

**UNIVERSIDAD DE CONGRESO**

**SUSTENTABILIDAD  
Y PRINCIPIOS JURÍDICOS**

LA RED DE REGLAS DE LA PROPORCIONALIDAD  
EN EL DERECHO AMBIENTAL ARGENTINO

ALDO RODRÍGUEZ SALAS



EdiUC

Rodríguez Salas, Aldo

Sustentabilidad y principios jurídicos : la red de reglas de la proporcionalidad en el derecho ambiental argentino / Aldo Rodríguez Salas. - 1a ed - Mendoza : Ediciones Universidad de Congreso - EdiUC, 2024.

392 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-82840-8-8

1. Derecho Ambiental. I. Título.

CDD 344.046

Director editorial: Dr. Gustavo Made

Coordinación editorial: Ed. Lucía Gabrielli

Primera edición: 2024

© Aldo Rodríguez Salas, 2024

© Ediciones Universidad de Congreso, 2024

Colón 90. Ciudad de Mendoza. CP 5500

Tel. 0054 261 4230630

[ediuc@ucongreso.edu.ar](mailto:ediuc@ucongreso.edu.ar)

[www.ucongreso.edu.ar](http://www.ucongreso.edu.ar)

Hecho el depósito que prevé la Ley 11.723

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio, ya sea digital, eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia sin permiso del editor.



**AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE CONGRESO**

**Rector**

Mg. Ing. Rubén Darío Bresso

**Vicerrector Académico**

Mg. Cdor. Emilio Berruti

**Vicerrectora de Administración y Finanzas**

Cdra. Irene Casati

**Vicerrectora de Planeamiento**

Arq. Karen Noval

**Secretaria General**

Lic. Norma García

**Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración**

Decano Cdor. Emilio Berruti

**Facultad de Ambiente, Arquitectura y Urbanismo**

Arq. Karen Noval

**Facultad de Estudios Internacionales**

Decano Mg. Lic. Ernesto Lucio Sbriglio

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

Decano Dr. Alberto Rez Masud

**Facultad de Ciencias de la Salud**

Decano Dr. Roberto Furnari

**Facultad de Humanidades**

Decano Dr. Gustavo Made

## PRESENTACIÓN

Este libro responde a la extensa trayectoria de su autor en la Universidad de Congreso, desde la dirección de la Carrera de Gestión Ambiental a la formulación de un conjunto de posgrados vinculados directamente con el desarrollo sustentable.

Los crecientes desafíos que plantea la problemática ambiental requieren un esfuerzo de todos, en tanto un futuro mejor es el bien comprometido. En este contexto, corresponde a la Universidad la encomiable labor de formar profesionales aptos para generar el necesario cambio, imbuidos de los objetivos de la sustentabilidad como de los medios para lograrlo.

Desde la Universidad de Congreso, ocuparse de la preservación del ambiente ha sido desde siempre un compromiso vital, en el que el debate y discusión de ideas conforman la plataforma necesaria para que el sistema educativo vuelque un caudal actualizado de enseñanza y aprendizajes.

Es en este renglón en el que se inscribe la obra que se pone a disposición de la sociedad, en la que la teoría confluye con la praxis jurídica y en la que se analizan conceptos en busca de su significado más profundo para mejorar la convivencia social. En ella se puede entender que la compatibilización de los derechos es la tarea clave a discernir.

Finalmente, Ediciones Universidad de Congreso (EdiUC) suma a su acervo esta obra que seguramente contará con el interés de alumnos, docentes, profesionales e interesados en la protección del ambiente.

Mg. Ing. Rubén Darío Bresso  
Rector de la Universidad de Congreso

# ÍNDICE

<b>Presentación</b>	<b>5</b>
Prólogo por Néstor A. Cafferatta	15
Prólogo por Mauricio Pinto	21
Palabras preliminares	27
<b>Introducción</b>	<b>29</b>
1. Importancia	29
2. La expansión indiscriminada de los principios ambientales. La necesidad de un análisis deconstructivo	30
3. Los derechos fundamentales y el sistema político. Autoritarismo y legalismo	32
4. La teoría de los principios y el test de proporcionalidad	37
5. Breve referencia a la obra de Robert Alexy	38
6. Recepción de los principios	40
<b>Capítulo 1</b>	
<b>Principios y reglas en el sistema jurídico</b>	<b>43</b>
1. El sistema jurídico y la cláusula ambiental constitucional	43
2. Sistema legalista vs. sistema de principios	45
2.1. Irrupción de los principios como normas jurídicas	45
2.2. Ambigüedades interpretativas	48
3. Estructura normativa y definición de principio	50
4. La norma de derecho fundamental.	52
Normas directamente estatuidas y normas adscriptas	52
4.1. El enunciado, la disposición y la norma de derecho fundamental	52
4.2. Normas directamente estatuidas y normas adscriptas de derecho fundamental. La LGA y su adscripción constitucional.	56
La estructuración del sistema jurídico	56
5. Los principios materiales y principios formales	59

6. Reconocimiento y funciones	60
6.1. Un modelo de reglas/principios.	60
Reconocimiento en el CCyC. El diálogo de fuentes	60
6.2. La relación entre principios y valores	64
6.3. Distinción con los principios generales del derecho (PGD)	66
7. La irradiación normativa: eficacia vertical y horizontal (Drittwirkung)	68
8. Derechos humanos y derechos fundamentales.	
La apertura constitucional	71

## Capítulo 2

### **El principio de proporcionalidad y la colisión entre principios**

**76**

1. El principio de proporcionalidad como método y garantía constitucional	76
2. Proporcionalidad y razonabilidad	78
2.1. Evolución y migración global de la proporcionalidad	78
2.2. Razonabilidad, proporcionalidad y armonización en el sistema jurídico argentino	80
3. La precedencia condicionada.	83
La ley de colisión y la limitación razonable	83
4. Etapas del examen de proporcionalidad	85
4.1. Examen de idoneidad. Los medios y los fines.	86
El estado de cosas inicial y final	86
4.2. Examen de necesidad	89
4.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto.	
La ley de ponderación. Terminología	91
4.4. Las variables de la ponderación	94
5. La variable «importancia concreta». La escala triádica de intensidades	96
5.1. La escala de tres intensidades	96
5.2. Los niveles de intensidad	97
5.3. Los dos primeros pasos de la ponderación por intensidades	98
5.4. El tercer paso: el principio precedente	100
6. Los modelos triádicos	101

7. Las variables adicionales de la ponderación: el peso abstracto y la certidumbre.	103
7.1. El peso abstracto	103
7.2. La certidumbre. Importancia	105
7.3. La fórmula de peso y la integración de las variables	108
8. Ejemplo de aplicación de la Fórmula de Peso.	110
Reglas para la resolución de los empates	110
9. Análisis valorativo y crítico	113
10. La red de reglas de ponderación	115

### **Capítulo 3 (primera parte)**

#### **El principio de sustentabilidad y el examen de proporcionalidad** **118**

1. La sustentabilidad como paradigma y como principio jurídico	118
1.2. La sustentabilidad o sostenibilidad como paradigma	118
2. La sustentabilidad: del valor al deber ser normativo	124
2.1. El componente axiológico: la solidaridad intergeneracional.	125
La sustentabilidad con desarrollo	125
2.2. La sustentabilidad como principio normativo	127
3. La sustentabilidad constitucional y sus principios	129
3.1. Diversidad de principios ambientales	129
3.2. El criterio de identificación	131
3.3. Principios ambientales directamente estatuidos en la CN y los «superpresupuestos mínimos»	132
3.4. Los principios de la LGA	134
3.5. Prevención, precaución y responsabilidad	136
3.6. El principio de progresividad y de no regresión (el mandato de optimización de la sustentabilidad)	140
3.7. Otros principios adscriptos de derecho ambiental	144
3.8. Principios generales del derecho (PGD).	149
Diferenciación e importancia. Principios orientadores	149
3.9. Conclusión: la función estructurante de la sustentabilidad	151

**Capítulo 3 (segunda parte)**  
**Principio de sustentabilidad**  
**y el examen de proporcionalidad** **154**

- 4. La proporcionalidad aplicada a la sustentabilidad 154
  - 4.1. La razonabilidad ambiental 154
  - 4.2. Los exámenes fácticos: idoneidad y necesidad 155
  - 4.3. La ponderación de la sustentabilidad 171
- 5. Asunción normativa de la proporcionalidad 181
- 6. Ejercicio de comprobación de la fórmula de peso. 183

**Capítulo 4**  
**Estructura operativa del derecho al ambiente** **187**

- 1. Los derechos fundamentales y las relaciones jurídicas 187
  - 1.1. La posición de derecho fundamental 187
  - 1.2. Los derechos a prestaciones 191
- 2. La teoría de los derechos fundamentales: observaciones de Lorenzetti 192
- 3. La estructura del derecho al ambiente (art. 41 de la CN) 195
  - 3.1. El titular (supraindividual, colectivo e intergeneracional) 195
  - 3.2. El destinatario 206
  - 3.3. El objeto 208
- 4. La imputación en la responsabilidad por daño ambiental colectivo.  
Los particulares y el Estado 211
- 5. El derecho al ambiente «como un todo» 217

**Capítulo 5**  
**El bien colectivo ambiente** **220**

- 1. El supuesto de hecho y el ámbito protegido 220
- 2. Definición de bien colectivo 222
  - 2.1. En la teoría de los principios 222
  - 2.2. La cuestión doctrinaria sobre los bienes colectivos o supraindividuales 225

3. El bien colectivo ambiente desde la perspectiva fáctica	226
4. Estatus jurídico del bien colectivo ambiente	229
4.1. La asimilación jurídica de la complejidad ecosistémica	229
4.2. Definición de bien colectivo conforme la CSJN	231
4.3. El bien colectivo y los diferentes grados de protección	234
4.4. Integración del bien ambiente	236
4.5. La regulación sistémica y la dualidad de derechos	238
4.6. La alteración relevante: el daño ambiental	239
5. Los derechos sobre los recursos naturales y el principio de utilización racional como principio de la sustentabilidad	240
5.1. El dominio originario: competencia de configuración de los derechos fundamentales	240
5.2. Interpretaciones sobre el dominio originario provincial	242
5.3. El dominio originario como competencia configuradora	244
5.4. La utilización racional: significado jurídico del enunciado normativo	245
6. Ponderación de la colisión entre el derecho colectivo sobre bienes culturales y el derecho de propiedad	246

## **Capítulo 6**

### **Los principios formales**

#### **y el Estado Ambiental de Derecho**

**250**

1. La reconfiguración estatal	250
2. Los principios formales, validez y ponderación	254
2.1. Clasificación y principios configuradores	254
2.2. Los principios formales y la validez normativa	255
2.3. El orden marco y el margen de acción estructural	257
3. Las tensiones competenciales	259
3.1. La eficacia requerida a las funciones del Estado	259
3.2. Proporcionalidad institucional. Federalismo. Concepto e interés de su adopción	260
4. La optimización legislativa (PMPA y NC). Tensiones con el principio federal	261
4.1. Configuración de la competencia regulatoria ambiental. Competencias concurrentes y compartidas	261

4.2. Las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) y las normas complementarias (NC).	265
4.3. Optimización conforme la órbita competencial. Lo mínimo y lo complementario. Tipos de medidas. Intensidad de la complementación	269
5. La optimización de la función ejecutiva ambiental	274
5.1. Importancia de la administración ambiental	274
5.2. Coordinación administrativa. Territorialidad ambiental y federal.	277
6. Optimización jurisdiccional. Tensiones procesales y federales	280
6.1. El proceso colectivo y la ruptura de los principios clásicos	280
6.2. El debido proceso como principio y la tutela judicial efectiva.	284
6.3. La precaución y las medidas preliminares previas a la definición de la competencia.	289
6.4. La competencia federal de excepción por razones de interjurisdiccionalidad (art. 7, LGA).	299
7. La proporcionalidad federal y el Sistema Federal Ambiental	303
7.1. Validez social y eficacia normativa	303
7.2. Proporcionalidad institucional ambiental: el SFA	305
7.3. La compatibilización entre derechos y la compatibilización institucional	309
8. Estado judicial vs. Estado democrático de Derecho	310
8.1. El principio democrático y el control de constitucionalidad	310
8.2. La optimización del principio democrático: participación social y sustentabilidad	313
9. Ponderación de una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental	317

## **Capítulo 7** **323**

### **La red de reglas de la proporcionalidad**

1. Configuración de la proporcionalidad ambiental en los precedentes de la CSJN	323
2. Los estándares de la proporcionalidad y la red de reglas	325
2.1. Significado jurídico de los precedentes de la CSJN	325

2.2. La competencia de la CSJN	328
2.3. Justificación, objetivos y resultados del análisis de los fallos ambientales	329
3. Red de reglas o estándares de la proporcionalidad ambiental	330
3.1. Test de idoneidad	330
3.2. Test de necesidad	333
3.3. Ponderación de las tres variables	335
3.4. Reglas especializadas de ponderación	341
3.5. Reglas de optimización jurisdiccional	343
3.6. Optimización administrativa y participación ciudadana	347
3.7. La proporcionalidad institucional o federal	348
4. Valoración y observaciones	353
5. La red de reglas. De la subsunción a la ponderación, de la ponderación a la subsunción. La configuración local de la proporcionalidad	356

## **Capítulo 8**

### **Conclusiones** **358**

1. Sobre el problema de los principios ambientales	358
2. Resultados y constataciones	359
3. La deconstrucción del derecho a través de la sustentabilidad	360

### **Bibliografía** **363**

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	383
Otros fallos judiciales	387
Declaraciones, informes y acuerdos internacionales	388
Tratados y convenciones de la Unión Europea	389

### **Abreviaturas** **390**

# PRÓLOGO

Por Néstor A. Cafferatta

Para prologar esta obra extraordinaria, titulada *Sustentabilidad y principios jurídicos. La red de reglas de la proporcionalidad en el derecho ambiental argentino*, de Aldo Rodríguez Salas, voy a reproducir algunos de los conceptos introductorios que el autor construye en sus primeros capítulos.

El derecho ambiental es un derecho cargado de principios y valores. Principios que no solo constituyen la base estructural del derecho ambiental, sino que nos señalan un camino, un espíritu, una guía de conducta, que nos orienta, nos ordena, y condiciona, en la búsqueda de soluciones de acceso efectivo a la justicia ambiental. Nuestra disciplina es un derecho esencialmente principialista (Saux), un derecho dúctil que persigue, como macro fin, la idea de sustentabilidad en miras no solo de la defensa de los ecosistemas (función ecológica) del derecho humano al ambiente, y de la equidad intra e intergeneracional.

La importancia de abordar una investigación sobre los principios de derecho ambiental se centra en comprender la especial naturaleza de este derecho, porque se trata de un nuevo derecho (artículos 41 y 43 Constitución Nacional), de incidencia colectiva, referido al bien colectivo ambiente o a alguno de sus componentes, que es autónomo, porque tiene principios propios, objetivos o fines propios, y técnicas propias, al mismo tiempo que es transversal, heterónimo u horizontal, interdisciplinario.

Los principios de derecho, enseña calificada doctrina, son conceptos jurídicos indeterminados, normas jurídicas prima facie, mandatos de optimización, guías de conducta, normas en estado germinal, normas jurídicas derrotables, pero con carácter vinculante.

Ahora vamos a la exposición del autor.

El objeto son los principios del derecho al ambiente, su función en el sistema jurídico y su forma de aplicación mediante la proporcionalidad (...), por lo que, para contestar el planteo que realiza, adopta las premisas básicas de la teoría de los principios a partir de la formulación realizada por Robert Alexy en la Teoría de los Derechos Fundamentales. Conforme su tesis doctoral, acorde al objetivo general y la hipótesis, procura comprobar si la teoría de los principios es la base para una teoría adecuada del derecho al ambiente reconocido en la Constitución Nacional.

En síntesis, el desarrollo se apoyará en las premisas de la teoría general de Alexy y se dirigirá a analizar, desde un enfoque hipotético-deductivo: 1) la estructura normativa del sistema jurídico (su composición, reglas y principios); 2) la proporcionalidad como método; 3) la estructura normativa del principio del art. 41 CN; 4) la proporcionalidad en relación con el principio de sustentabilidad; 5) la estructura operativa del derecho al ambiente.

Finalmente, se aplica la metodología o enfoque de estudio de casos inductivos, en la que los fallos ambientales seleccionados del máximo tribunal son objeto de «una recolección sistemática de información (datos) y su análisis conforme a un método jurídico».

Para la instrumentación del análisis de casos, se selecciona un conjunto de fallos de relevancia en el derecho ambiental que se analizan de acuerdo con las siguientes consignas o variables: 1) examinaron la idoneidad de la medida conforme las circunstancias fácticas y el fin de protección ambiental; 2) examinaron la necesidad de las medidas considerando los derechos opuestos; 3) ponderaron los derechos en colisión y cómo lo hicieron.

El autor afirma que el análisis estructural del sistema jurídico ambiental argentino condujo a que está integrado por principios y reglas. Es así como, en el Capítulo 1, el autor emprende la difícil o compleja labor de distinguir entre principios y reglas en el sistema jurídico.

Los principios, nos dice Aldo Rodríguez Salas, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por tanto, los principios son mandatos de optimización. Pueden cumplirse en diferentes grados. Son *prima facie*. Se aplican mediante la proporcionalidad. Las reglas, en cambio, son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Ellas son, en este sentido, mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente aquello que ella exige.

Luego aborda de manera didáctica, el concepto de principios de derecho fundamental, en tanto norma jurídica, que se originan por la traducción a términos prescriptivos o deónticos de los enunciados constitucionales que reconocen derechos, sin determinación respecto de los principios contrapuestos. Asimismo, introduce en la especialidad, el concepto de norma adscripta de derecho fundamental, que define como aquellas que forman parte del campo semántico o del ámbito normativo de las disposiciones iusfundamentales y son concretadas por el legislador y por los demás órganos políticos de configuración en relación con el caso o situación a regular.

Los principios de derecho fundamental son la fuente de creación de las reglas o principios adscriptos de derecho fundamental. La norma adscripta es una norma conforme a derecho de la norma estatuida, siendo «la relación de precisión» la que la identifica.

Así, conforme a lo expuesto, señala docentemente, la Ley General del Ambiente 25675 es una norma adscripta del derecho fundamental al ambiente que contiene reglas y principios. La función estructuradora del derecho ambiente se expresa cuando, al enunciar los principios ambientales, dispone que la interpretación y aplicación de la ley y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estará sujeta al cumplimiento de los principios que enumera.

Por último, distingue entre principios de contenido, sustantivos o principios materiales y principios formales o procedimentales.

Aldo Rodríguez Salas sostiene que el derecho ambiental es un derecho humano fundamentalizado por su positivo reconocimiento en la CN, cuyo valor es la solidaridad intra e intergeneracional. Que el artículo 41 Constitución Nacional es una disposición de derecho fundamental compleja, que expresa un conjunto de significados prescriptivos que establecen lo ordenado, prohibido o permitido para la protección del ambiente y atribuyen la competencia ambiental. El derecho positivizado en dicho artículo configura el principio de sustentabilidad que expresa el deber ser del derecho al ambiente. El enunciado normativo del derecho al ambiente CN, en tanto principio de derecho fundamental, es el elemento estructurador del sistema jurídico ambiental del que emanarán las normas ambientales adscriptas que lo conformarán.

En el Capítulo 2, analiza el principio de proporcionalidad y la colisión entre principios.

El principio de proporcionalidad, dice este jurista, reconocido profesor mendocino, es un método o un procedimiento de resolución de la colisión entre principios. El principio de proporcionalidad tiene sus raíces en el derecho prusiano de policía, donde cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual. Esto cambia con la Ley Fundamental de Bonn 1949, cuando el TC Federal desarrolló el concepto de la proporcionalidad como un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del Estado de Derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos.

Pero destaca que en el derecho constitucional alemán la ponderación es una parte de un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad. Este se compone de tres partes; los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, todos estos subprincipios expresan la idea de

optimización. La función del principio de proporcionalidad, si los principios colisionan en un caso o en una situación a regular, será establecer el principio que precede el caso o la situación. La ley de colisión enseña que las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad. La precedencia es condicional, cambiando las condiciones la precedencia puede cambiar.

Asimismo, añade que, a la luz de la aptitud para realizar el fin, juegan en conjunto el examen de idoneidad -que se define por un criterio negativo-, excluyendo las medidas que no son adecuadas, eficaces o aptas al fin, con el examen de necesidad, que exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado. Por la ley de ponderación, en la búsqueda de determinar el principio precedente, cuando mayor sea el grado de satisfacción o de afectación de uno de los principios tanto mayor debe ser la satisfacción del otro. Una vez resuelto el principio precedente, deja de ser *prima facie* para quedar determinado en su estructura, como un supuesto de hecho y consecuencia definitiva, propia de las reglas jurídicas.

Que la secuencia completa del examen de proporcionalidad se integra de los subprincipios de idoneidad y necesidad, medidas adecuadas, medida más benigna, ponderación de los principios en colisión, importancia concreta, peso abstracto, certidumbre, identificación del principio precedente, regla: determinación del supuesto de hecho, consecuencia jurídica del principio precedente. La ley epistémica de la ponderación dice que cuanto más intensa sea la intervención en un derecho fundamental tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención. Además, deberán integrarse las variables de importancia concreta, peso abstracto (fórmula de peso, consideración despojada de circunstancias) y certidumbre para obtener la precedencia de un principio sobre otro.

Con esta estructura filosófica del derecho, Aldo Rodríguez Salas desarrolla una investigación profunda, didáctica y estimulante para cualquier lector avezado en cuestiones de derecho ambiental, que constituyen una lección de altísimo vuelo intelectual, de meduloso estudio del sistema jurídico ambiental argentino, en abstracto o teórico y en concreto o práctico, con una salida de estudio jurisprudencial de fallos relevantes en la materia, –en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–, que resultan sumamente útiles para el juez, el filósofo del derecho, el abogado de la matrícula, el investigador, el especialista en derecho ambiental, y todo aquel que se aventure a profundizar el conocimiento de una disciplina, *in fieri*, revolucionaria, pero que ha alcanzado un grado notable de madurez, que la identifica como el motor de cambio de una nueva cultura jurídica.

El análisis del bien colectivo ambiente y de los micro bienes, de los derechos sobre los recursos naturales y el principio de utilización racional como principio de la sustentabilidad, de la colisión entre bienes colectivos y sociales. Colisión entre el derecho de propiedad y el derecho sobre los bienes culturales. Del Estado Ambiental del Derecho, los principios formales, la sustentabilidad. La optimización de la función ejecutiva ambiental, la optimización jurisdiccional, las tensiones procesales, la efectividad del derecho ambiental y el sistema federal ambiental, el principio democrático, la división de poderes y el control de constitucionalidad. La optimización orientada del principio de sustentabilidad, el análisis reflexivo, cuidadoso, de los precedentes de la Corte, Mendoza, Salas, Kersich, Cruz, Martínez, Represas de Santa Cruz, Mamani, Majul, Barrick, La Picasa, La Pampa c/ Mendoza, Equística, tiene un valor enorme desde el punto de vista doctrinario.

Es una obra magnífica, notable por la calidad del trabajo, seria, conmovedora, una investigación amplísima, que tiene la virtud de reunir lo académico, teórico o científico, con un enfoque más pedestre, pragmático, del tipo de las escuelas realistas anglosajonas, pero igualmente valioso o útil, porque le permite al lector, tanto al especialista como a aquel que se interesa por la disciplina, profundizar sobre la jurisprudencia de la Corte en la materia.

Es una obra robusta, enciclopédica, consistente, necesaria, imprescindible, congruente, útil, valiosa, que enriquece la bibliografía del derecho ambiental, de mayor calificación dentro de la especialidad. En ese sentido, es plausible, y admirable el trabajo de investigación del doctor Aldo Rodríguez Salas.

Buenos Aires, 14 de junio de 2024

# PRÓLOGO

Por Mauricio Pinto

Prologar la publicación de la tesis doctoral de Aldo Rodríguez Salas trae a mi mente diversas cuestiones, algunas eminentemente académicas y disciplinares; pero también otras que –seguramente mucho más valiosas y significativas- hacen a vivencias personales.

El derecho ambiental, y en especial el derecho ambiental argentino, resulta una reciente rama de la disciplina jurídica. Los nuevos valores y las consiguientes necesidades en la vida de la sociedad impusieron su surgimiento e inevitable expansión en –como conceptualizó Thomas Kuhn- una verdadera revolución científica frente a la obsolescencia de los modelos de problemas y soluciones tradicionales.

Este nuevo paradigma jurídico claramente descolocó el enfoque clásico, de matriz decimonónica, donde los bienes individuales marcaban –y limitaban- el paso de la siempre constante evolución normativa. La novedosa perspectiva enarboló como un vívido estandarte la tutela de los bienes colectivos y la solidaridad intra e intergeneracional, y desde allí puso en crisis y alteró sustancialmente el sistema jurídico que nos rige, modulando muchos de los tradicionales principios que lo estructuraban y generando otros novedosos.

Pero ese proceso de transformación no tuvo su nacimiento en la racionalidad del pensamiento académico, sino que se formó de manera práctica y desordenada. Principalmente, fue fruto –en un primer momento- de una actividad espontánea y activista de tutela judicial, seguida –luego- por la paulatina regulación legal. A pesar del notorio desarrollo que actualmente ha logrado el iusambientalismo, la existencia de un marco teórico profundo que fundamente y sistematice su contenido es en gran parte una deuda aún pendiente, y consiguientemente un aspecto que requiere de una continua construcción.

Seguramente por esa situación, es que –como se observa en el trabajo de Aldo- el derecho ambiental es acusado de disperso, fragmentado y contradictorio, lo que favorece su desconocimiento e ignorancia; y la solución práctica frente a esta falencia ha sido buscar principios que le confieran un andamiaje para su orden y consistencia. Pero incluso ese intento de encauzamiento también ha caído en la misma insolencia, generándose un abanico indiscriminado de principios inconexos, desordenados, incoherentes y excesivamente discursivos, lo que conduce a frecuentes inconsistencias en la interpretación y aplicación normativa.

Es aquí donde debe ponerse en valor el aporte que el trabajo de Aldo realiza al desarrollo y consolidación del derecho ambiental argentino, deconstruyendo el referido andamiaje principialista para luego teorizar el fundamento de los principios del derecho fundamental al ambiente como integrantes del sistema normativo, sistematizándolos en torno a la función estructurante de la sustentabilidad entendida como deber constitucional de protección de tal derecho.

No puedo dejar de hacer un paréntesis en este momento para referir que, salvo por excepciones como la tesis que se prologa, existe en esta especialidad un enorme vacío en el sistema académico argentino. Los estudios doctorales debieran tener un lugar preponderante en la construcción y consolidación teórica de la disciplina jurídica ambiental; sin embargo, en este tópico no es común encontrar trabajos con la calidad y profundidad que tiene el que nos convoca. De hecho, suelen ser limitados los aportes de tesis en la materia, tanto que -de la cohorte que cursó hace una década el programa de doctorado que la Universidad de Mendoza organizó sobre derecho ambiental- el trabajo de Aldo fue el primero en ser depositado, de un total de dos tesis leídas hasta el momento.

Para el análisis de los principios del derecho ambiental argentino, la investigación de Aldo se apoya en el marco general de la teoría principialista formulada por Robert Alexy. Más allá de las disquisiciones dogmáticas que tanto caracterizan a la academia y sus diversas preferencias, creo que la elección de esta base conceptual ha sido muy acertada. Por una parte, brinda una consistencia teórica sólida a partir de una teoría de los derechos fundamentales ampliamente aceptada, que -a diferencia de la mayoría de las teorías en la materia- no se limita a los derechos individuales sino que abarca también a los derechos colectivos, lo que es más acorde al objeto del trabajo de tesis desarrollado; y por otra parte, dicha teoría fundamenta el análisis de proporcionalidad con que la generalidad de tribunales -tanto nacionales como internacionales- resuelve los conflictos entre derechos fundamentales, lo que brinda a los resultados del trabajo de tesis una evidente e inmediata utilidad.

Mención aparte merece el profundo y complejo estudio de la aplicación normativa frente a la colisión del derecho al ambiente con otros derechos fundamentales. El trabajo de Aldo desmenuza y sistematiza metodológicamente las modalidades de dicha aplicación, observando las particularidades propias del derecho argentino en las colisiones en que está involucrado el ambiente frente a otros bienes individuales o colectivos.

De este modo, nos encontramos ante un análisis que a partir de claros y metódicos desarrollos teóricos concreta un enfoque pragmático de indiscutida utilidad práctica,

exponiendo una red de reglas extraíbles de la jurisprudencia del máximo tribunal argentino que consolidan significativamente a los principios en su buscado rol de andamiaje de orden y consistencia del derecho ambiental.

Pero más allá de todas estas reflexiones de naturaleza académicas, el trabajo de Aldo debe ponerse en valor a partir de otros aspectos muy destacables.

Al iniciar su trabajo, el tesista no resultaba un novel profesional que a poco tiempo de terminar su formación de grado ingresó a un programa de posgrado. Nos encontramos ante un sólido exponente del derecho ambiental argentino, que ha vivido su génesis y ha incidido activamente en su configuración y alcance.

Desde una perspectiva personal, sentí un enorme orgullo cuando Aldo me propuso que asumiera el rol de director de su trabajo. Pero ese rol también significó un gran desafío para estar a la altura del tesista y su trayectoria.

Digo esto porque hace tres décadas atrás, siendo solo un alumno de la carrera de abogacía motivado por la vocación en temas ambientales, interpusé la denuncia ambiental prevista en la Ley provincial 5961 frente a ciertas actividades que afectaban la capacidad de carga determinada para un área natural protegida regida por la Ley 6045. En ese marco, tuve la ocasión de conocer a Aldo, quien se encontraba a cargo del área legal de la –en ese momento recientemente creada– autoridad ambiental provincial. Recuerdo claramente el impacto que me generó esa entrevista, ya que sabía que esa persona que tenía ante mí era uno de los principales responsables del dictado de las primeras leyes verdaderamente ambientales de Mendoza, incluyendo las normas que fundaban mi denuncia. Normas que en esa época aún no se estudiaban en las facultades de Derecho ni eran conocidas por la generalidad de los profesionales, y mucho menos por el resto de la sociedad...

Posteriormente, ya siendo un abogado dedicado a cuestiones ambientales, nuevamente nuestros caminos se cruzaron cuando ambos trabajábamos para el Departamento General de Irrigación. A partir de ese momento, desde distintos roles institucionales y laborales, he vivenciado la profesión en interacción con Aldo, sea elaborando demandas o contestándolas, formulando proyectos normativos, ejerciendo la docencia, o simplemente intercambiando pareceres sobre la mejor solución jurídica a los problemas ambientales. Y en el curso del trabajo, he encontrado un amigo al que me unen las mismas pasiones y valores, y del que siempre tuve algo para aprender.

Aldo en su labor profesional ha sido un verdadero actor de la práctica del derecho ambiental cotidiano, ese que se formula en su diaria aplicación y regulación por los organismos y poderes del Estado, buscando materializar la convivencia social en un marco de sustentabilidad. Y, con seguridad, todo ello le ha brindado una experiencia que explica la calidad lograda en su trabajo de tesis, donde el desarrollo académico le ha permitido avanzar desde la mera praxis a la fundamentación teórica profunda, pero sin perder nunca de vista las necesidades de la realidad a la que se destina el derecho.

Todas estas circunstancias que he referido, tanto académicas como personales, no hacen más que convencerme que nos encontramos ante un verdadero hito en la construcción de la teoría del derecho ambiental argentino. La lectura de las páginas que componen esta publicación resultará indispensable para el estudio y aplicación de dicha rama disciplinar, en especial en relación con las tensiones que se producen entre el ambiente y el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Mendoza, 30 de junio de 2024

## PALABRAS PRELIMINARES

El presente es expresión de la tesis doctoral titulada *Sustentabilidad y principios jurídicos. La red de reglas de la proporcionalidad en el derecho ambiental argentino*, dirigida por el Dr. Mauricio Pinto. El acto de defensa se realizó el día 6 de junio de 2023 en la Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y obtuvo la calificación de sobresaliente summa cum laude.

El jurado evaluador fue integrado por los doctores Néstor Cafferatta, Valeria Berros y Marcela Andino, siendo jurado suplente la Dra. Valentina Erice.

En esta edición se ha mejorado el estilo expositivo y se actualizan las referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

Un problema, aparentemente simple, motiva el análisis jurídico: la creciente multiplicidad de principios de derecho ambiental y la diversidad de definiciones que se vierten sobre ellos dificultan su significado y la identificación de las funciones que cumplen en el sistema jurídico.

Se propone rescatar los fundamentos teóricos que dieron significado normativo a los principios de derecho fundamental, para luego analizar los propios del derecho ambiental.

Para ello, se seleccionó la teoría de Robert Alexy, que, al realizar una profunda elaboración de su concepto, proyecta la incidencia de estos en todo el sistema jurídico: los principios de derecho fundamental no son meras expresiones de deseos, como dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sino que estructuran en forma coherente y consistente el conjunto normativo.

Ya en este punto se introduce el desafío sobre cómo aplicar esta especial norma jurídica, para lo que Alexy propone el método de la proporcionalidad, ampliamente reconocida en el derecho comparado, cuya secuencia lógica culmina con la ponderación de derechos.

La correcta interpretación de esta teoría impuso recurrir, principalmente, a las obras de Carlos Bernal Pulido y Laura Clérico, notables exponentes del jurista alemán.

Culminada esta tarea inicial, se avanza en el tratamiento de los principios de derechos ambiental, acudiendo en este paso al soporte doctrinario de Néstor Cafferatta, quien desde sus obras ubica a los principios en el centro del sistema de la sustentabilidad; también muchos otros autores locales concurren a mejorar el desarrollo de las diversas ventanas que se abren a lo largo del análisis.

Las implicancias de los principios de derecho ambiental en el sistema jurídico de la sustentabilidad son notables y muchas veces excede el tratamiento dado, por eso, se advierte que el trabajo que se presenta debe ser entendido como una contribución para su comprensión.

Mendoza, 8 de abril de 2024

## 1. Importancia

El derecho ambiental acusa una expansión creciente en todos los campos del ordenamiento jurídico. Esta expansión es consecuencia de una demanda social que requiere respuestas eficaces ante una realidad cambiante en la que el ambiente local, regional y global acusa múltiples alteraciones o amenazas de degradación.

Esta situación, que impele a la reformulación de las instituciones, requiere de una concepción del derecho capaz de comprender las nuevas funciones que irroga el derecho al ambiente, adecuando sus premisas para realizar un abordaje metodológico, de naturaleza interdisciplinaria y participativa, que conjugue lo natural con lo social, para luego disponer aquello que sea razonable.

La constitucionalización del derecho al ambiente es consecuencia de un periplo evolutivo en la consideración de los valores de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, donde el derecho al ambiente representa el paso de la dignidad individualmente considerada a la solidaridad intra e intergeneracional como valor colectivo.

Así, el bien protegido por el derecho constitucional, se caracteriza por la interacción permanente de sus elementos, conformando una realidad dinámica y diversa que sustenta la vida, y cuyo entendimiento requiere de conocimientos científicos de múltiples disciplinas que expliquen tanto su estado actual como su evolución futura.

El complejo juego entre estas dimensiones temporales conforma el rasgo diferencial de este derecho. El entrelazamiento entre el titular presente y el titular porvenir exige el replanteo de la comprensión del sistema jurídico. Bien se dice que: «La regulación de la responsabilidad de las generaciones presentes respecto de las generaciones futuras aparece *a priori* como la tarea básica para la ciencia del derecho»<sup>1</sup>.

Desde esta perspectiva, la labor de los operadores jurídicos se despliega para realizar el derecho reconocido en la Constitución, tarea en la que confluyen un sinnúmero de cuestiones debatibles, que revelan la importancia de la interpretación jurídica para asegurar un futuro sostenible.

---

1 López, 2000, p. 417.

## 2. La expansión indiscriminada de los principios ambientales. La necesidad de un análisis deconstructivo

Sobre el fenómeno expansivo de las regulaciones ambientales, Peña Chacón señala que la proliferación y multiplicación de la legislación ambiental califica frecuentemente como dispersa, fragmentada y contradictoria, lo cual favorece el desconocimiento e ignorancia del derecho; agrega «su inobservancia, confusión y errónea aplicación, generando con ello inseguridad jurídica entre aplicadores y destinatarios de las normas»<sup>2</sup>.

Si bien la expansión regulatoria es un proceso que se explica a partir de la creciente conciencia sobre los efectos que implica la afectación del ambiente, las dificultades para la implementación de una respuesta normativa eficaz tienen como causa la diversidad de interpretaciones que se vierten sobre el derecho al ambiente y su objeto, sobre su ámbito de protección y sus formas de realización; puntos de encuentros y de desencuentros que repercuten en los atributos de coherencia y consistencia del sistema jurídico ambiental.

Así, la diversidad de enfoques interpretativos se manifiesta en la relación entre este derecho con los derechos individuales, con los recursos naturales, con su titularidad, con su bien protegido, con los principios y su alcance, y, especialmente, con la competencia para establecer las normas nacionales de presupuestos mínimos de protección ambiental y las normas provinciales complementarias.

La escala más elevada de estos problemas interpretativos en la Argentina gira en torno a los enunciados normativos contenidos en la cláusula constitucional ambiental. En efecto, enunciados con diversa significación jurídica configuran la disposición fundamental y son frecuentemente el motivo de confusiones en cuanto a los derechos y deberes que consagra, como sobre el alcance de las competencias de configuración que establece.

El caso de las diversas interpretaciones sobre la competencia regulatoria nacional es representativo de lo expuesto. Juliá identifica la incidencia de estas sobre el derecho y su bien protegido cuando expresa:

La nueva pregunta que aparece en escena es ¿cómo interpretar los presupuestos mínimos, con qué alcance? Se puede, por un lado, interpretar con un amplio alcance considerando que pueden regularse presupuestos mínimos sobre la problemática ambiental en general. Por otro lado, se puede interpretar el concepto con un alcance parcial considerando que solo puede regularse sobre ciertas temáticas ambientales y de acuerdo a una concepción limitada del ambiente y en forma restrictiva<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Peña Chacón, 2016, p. 56.

<sup>3</sup> Juliá, 2016, p. 23.

Pero, atendiendo lo observado por Peña Chacón, en cuanto a que la legislación ambiental califica frecuentemente como dispersa, fragmentada y contradictoria, se observa que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia recurren en sus desarrollos y fundamentaciones a los principios del derecho ambiental, en la idea que confieren un andamiaje que posibilita una comprensión ordenada y consistente del sistema jurídico.

En efecto, ninguna de las corrientes doctrinarias identificadas prescinde de ellos, alcanzando institucionalidad en la Ley General del Ambiente de Argentina 25675 (LGA), que enumera los principios rectores de la política ambiental y dispone que las autoridades en todos sus niveles deben aplicarlos en sus decisiones. Por lo que resulta evidente que se les ha asignado la función de estructurar el sistema jurídico ambiental.

El reconocimiento de los principios en el derecho positivo es compartido por muchos Estados nacionales, en tanto los principios ambientales tienen su fundamento en el derecho ambiental internacional, habiendo migrado a los ordenamientos nacionales, alcanzando, incluso, reconocimiento constitucional. Al respecto, Lorenzetti y Lorenzetti señalan que los principios en materia ambiental han tenido una profusa recepción en tratados internacionales, constituciones, leyes nacionales, declaraciones académicas y sentencias judiciales<sup>4</sup>.

Estos principios son numerosos; Bibiloni<sup>5</sup>, en la tarea de explicarlos, identifica veintidós. En marzo 2018, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Medio Ambiente presentó un informe al Consejo de Derechos Humanos<sup>6</sup> que identifica dieciséis principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Por su parte, la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental a través de la Comisión de Gestión Ambiental Institucional<sup>7</sup> presenta una guía con noventa y cinco principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable, en el que sistematiza los principios de protección del medio ambiente. En el Capítulo 3.3.1. se suman otros elencos de principios ambientales enunciados por la doctrina.

Así, un abanico indiscriminado de principios ambientales, muchas veces inconexos o desordenados, afectan la coherencia del sistema jurídico ambiental, repercuten en una merma de la certeza y en una creciente impredecibilidad en su aplicación frente a otros derechos, socavando la finalidad que se espera de ellos.

Por ese motivo, Lorenzetti y Lorenzetti observan que la enumeración de principios de manera indiscriminada presenta el problema de la sobreabundancia y la ineficacia sobre todo si no se distingue adecuadamente el enunciado normativo<sup>8</sup>.

4 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 107.

5 Bibiloni, 2008, pp. 156-162.

6 Naciones Unidas, 2018.

7 CIJA-CGAI, 2020.

8 Lorenzetti, 2018, p. 115.

En el mismo sentido, Cafferatta señala que: «Desde la doctrina, se han enunciado principios rectores de derecho ambiental o principios generales del derecho ambiental o principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad para exponer una nómina de ellos, no siempre coincidente»<sup>9</sup>.

Alenza García es elocuente al hablar de la sobreabundancia de los principios jurídicos ambientales, cuando advierte que se renueva por la bulímica lujuria del legislador y de la doctrina. Detecta una fiesta principal donde todo es excesivo y exagerado<sup>10</sup>.

Pero no solo se trata de multiplicidad de principios ambientales, sino del exceso de expresiones que pretenden explicar su significado. Así, son entendidos como pauta orientadora, guía de resolución, directriz política, criterio de interpretación, soporte básico, filtro purificador, diques de contención, despertar de la imaginación creadora, entre otras formulaciones metafóricas<sup>11</sup>, que compromete y erosiona la construcción teórica que les da soporte conceptual. Este desplazamiento del sentido propio que corresponde a los principios de derecho fundamental conduce a un deterioro de la definición y genera un espacio de confusión que se hace evidente cuando se los califica de principios generales del derecho y se elude su naturaleza normativa de fuente constitucional.

En este escenario, una labor deconstructiva se impone a fin de rescatar la elaboración teórica que fundamenta a los principios de derecho fundamental como integrantes del sistema normativo, para luego proyectarla sobre el derecho ambiental.

### **3. Los derechos fundamentales y el sistema político. Autoritarismo y legalismo**

Ante la cuestión jurídica detectada, una teoría es un recurso imprescindible para proporcionar una comprensión estructurada, coherente y sistemática de un problema en un área de estudio. Pero qué formulación jurídica es la más adecuada para explicar las propiedades lógicas o estructurales de los principios de derecho ambiental y el particular bien que protegen.

En este espacio problemático, la teoría de los derechos fundamentales o teoría principialista se presenta como la más apta para brindar respuestas, ya que las teorías positivistas no consideran los principios como parte del sistema jurídico.

<sup>9</sup> Cafferatta, 2018. Cafferatta, 2024.

<sup>10</sup> Alenza García, 2021, 4m 36s.

<sup>11</sup> En la mayoría de los casos, los autores toman estas definiciones metafóricas de trabajos relacionados con los principios generales del derecho privado.

Antes de seleccionar la teoría más adecuada, es oportuno indagar la relación entre los derechos fundamentales y el sistema político. Bernal Pulido explica su imbricación: «El papel que desempeñan los derechos fundamentales hace que la dogmática de estos derechos se desarrolle a velocidades vertiginosas. Al compás del debate sobre el modelo de comunidad política que se considera más justa para cada sociedad»<sup>12</sup>.

Por lo tanto, la evolución histórica de la configuración de la organización estatal en relación con los derechos fundamentales proporciona la indicación más adecuada para comprender la relación de estos con el sistema jurídico.

Los derechos fundamentales tienen una larga tradición jurídica, siendo concebidos originalmente como derechos de libertad frente al Estado, que se justifica en el reconocimiento a los individuos de una esfera de libertad previa a su conformación. En esta concepción original de los derechos fundamentales, el Estado tenía como deber abstenerse, y su hacer se limitaba al aseguramiento de libertades y derechos individuales. El Estado, a través de sus leyes, de su aparato administrativo y judicial, garantiza el estatus de libertad negativa a los sujetos jurídicos, es decir, la no alteración de las reglas de juego vigentes en el libre juego de la autonomía privada. Este modelo requería de un juez que obligara a la Administración a someterse al mandato de un legislador/constituyente<sup>13</sup>.

Pero la demanda social de mayor bienestar impuso el reconocimiento de nuevas generaciones de derechos humanos que actuaron como fuerza modificadora de aquel Estado gendarme para consolidar un Estado activo, socialmente comprometido.

Este cambio se manifiesta a partir de un paradigma superador del Estado Legal de Derecho, que se cristaliza en el Estado Constitucional de Derecho. El cambio de paradigma adquiere impronta como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial ante el evidente atropello de los derechos humanos justificado en el legalismo imperante. Como expresa Castillo-Córdova:

[...] acaso la muestra más dolorosa fue lo ocurrido durante el régimen nazi en Alemania y fuera de ella. No cabe duda de que los militares nazis actuaron en cumplimiento de las leyes nazis cuando desarrollaron sus políticas internas y externas de exterminio del pueblo judío. Legalmente su comportamiento fue irreprochable, pero jurídicamente fue condenable e incluso sancionable precisamente por «delitos contra la humanidad» a través –entre otros– del conocido como Juicio de Núremberg<sup>14</sup>.

12 Bernal Pulido, 2014, p. 39.

13 Aldao y Clérico, 2019, pp. 183-184.

14 Castillo-Córdova, 2012, p. 20.

La Constitución de la República de Weimar (1919) reconocía un nutrido catálogo de derechos fundamentales, un sistema de partidos, la división de poderes y el principio de legalidad como condición necesaria para la actuación de toda autoridad. Sin embargo, esos derechos y garantías institucionales no fueron suficientes para detener la intentona imperialista del régimen de Adolfo Hitler que desató la Segunda Guerra Mundial, ni impedir que se cometieran, ley mediante, atrocidades dentro y fuera del territorio alemán, antes y durante la guerra. «En los 12 años que duró el régimen se drenó de significado a la Constitución gracias a la aprobación de leyes por el parlamento con mayorías de su partido. Normas inspiradas en la ideología nazi y en las directrices verbales del Führer, notoriamente contrarias a los principios constitucionales»<sup>15</sup>.

Carl Smith fue uno de los juristas encargados de dar respaldo al nuevo orden nazi: «La totalidad del derecho alemán actual tiene que estar exclusiva y únicamente guiada por el espíritu del nacionalsocialismo. Toda interpretación debe ser una interpretación nacional-socialista. El Programa del Partido Nacional socialista alemán es la más importante fuente de derecho»<sup>16</sup>. Así, la Constitución era interpretada conforme las directivas partidarias y la ley era fiel reflejo del nuevo orden.

Para asegurar la vigencia de esas normas, el papel de la judicatura fue esencial. Al examinar las leyes de la época de Weimar, lo jueces lo hacían bajo la óptica de las nuevas ideas políticas. Si pasaban la prueba de alinearse a los dictados de nacionalsocialismo, confirmaban su validez y las aplicaban.

Los jueces nazis fueron juzgados en Núremberg. Se les imputó haber empleado recursos legales para perseguir y exterminar opositores por medio de juicios discriminatorios plagados de violaciones al debido proceso. Por la aplicación del decreto «Noche y Niebla», que era la base legal y procedimental para desaparecer personas, y por la redacción de las leyes de pureza racial, así como otras leyes con las cuales, por ejemplo, confiscaban propiedades de personas judías o enemigas en beneficio del imperio alemán<sup>17</sup>.

Los jueces argumentaron en su defensa que cualquier ley que se hubiese elaborado siguiendo el procedimiento legislativo establecido constituía Derecho y, por lo tanto, debía ser acatada por los ciudadanos y aplicada por los jueces, ello conforme la doctrina de Kelsen. El tribunal, en abril de 1949, expresó que «el puñal del asesino se oculta bajo el manto del jurista», entendiendo que se pueden cometer crímenes horribles, incluso hasta el asesinato en masa, cuando sean realizadas dentro de un contexto de funciones normativas consideradas legales. Así, usando la ley como medio de exculpación, permitieron la consecución de objetivos políticos irracionales, y de la cual los jueces resultaban evidentemente responsables<sup>18</sup>.

15 Guevara Bermúdez, 2022.

16 Raffecas, 2010, p. 142.

17 Guevara Bermúdez, 2022.

18 Jourdan Markiewicz, 2016, pp. 52 y ss.

Cuando los jueces nazis invocaron como defensa la doctrina de Kelsen, lo hicieron con la idea de la terrible persecución que tuvo el gran jurista por el régimen nacionalsocialista. Pero, bien se aclara, Kelsen fue perseguido no por sus ideas sino por su origen judío y sus convicciones democráticas<sup>19</sup>.

Sin embargo, como expresa Rafecas, la historia se encargaría de demostrar que, al igual que el *iusnaturalismo*, el *iuspositivismo* de Kelsen no tenía los anticuerpos necesarios para evitar que el terror se adueñara del poder estatal<sup>20</sup>.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos se universalizaron<sup>21</sup> y el Derecho no podía ser ajeno a ellos; así, aparece un nuevo paradigma que integra a los derechos humanos como normas del sistema constitucional y desplaza la fuerza de la ley por la fuerza de la Constitución. El derecho no estaría solo integrado por reglas, sino también por principios<sup>22</sup>.

Una concepción del sistema jurídico en torno de la Constitución define el comienzo de una nueva etapa de los derechos fundamentales.

Esta concepción actualizada de los derechos fundamentales se expresa en un conjunto elaboraciones teóricas que convergen en interpretaciones y planteos, tales como la defensa de la Constitución convertida en fuente del derecho; las diferencias entre reglas y principios; las tensiones entre la legislación y la judicialización; la justificación y operatividad de los derechos fundamentales; los límites y características de la democracia; la discrecionalidad y la ponderación judicial; las relaciones entre el derecho y la moral; la validez sustancial o material de las reglas jurídicas; la crisis de los sistemas jurídicos fuertes o kelsenianos<sup>23</sup>.

Los expuesto no puede desvincularse de lo sucedido en la Argentina durante la dictadura militar, en la que un nuevo orden se instaló con la pretensión de subordinar la Constitución y sus derechos a los objetivos del proceso militar. La consecuencia fue un feroz ataque a la vida y a los derechos fundamentales. La Junta Militar declaró caducos los mandatos del presidente de la Nación, gobernadores y vicegobernadores, interventores federales, diputados y senadores nacionales y provinciales, intendentes municipales, representantes y concejales. También se removieron los miembros de la Corte Suprema de Justicia y los integrantes de los tribunales superiores provinciales y se suspendió –entre otras medidas– la actividad política o gremial. Se declaró el estado de sitio, lo que suspendió las garantías constitucionales para los habitantes del país.

19 Feher Trenschriner, 2017, p. 192; Rafecas, 2010, p. 137

20 Rafecas, 2010, p. 137.

21 El 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de París, Francia, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas ONU aprobó y proclamó, a través de la Resolución 217 A (III), la denominada Carta Internacional de los Derechos del Hombre, Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

22 Santiago, 2016, p. 5.

23 Vigo, 2014, p. 925.

En este contexto, juristas afines explicaban que «los comandantes generales, como autores del Proceso de Reorganización Nacional, han establecido una nueva estructura legal fundamental». Identificaban tres textos supremos de carácter constitucional: los Objetivos Básicos, el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional y la Constitución Nacional<sup>24</sup>. La Junta aclaró que la Constitución continuaría en vigencia «en tanto no se oponga a los principales objetivos enunciados por la Junta Militar o las disposiciones legales».

La división de poderes y la democracia representativa quedó diezmada. El 19 de abril de 1976, la Junta puso en funcionamiento la Comisión de Asesoramiento Legislativo (CAL). A través de ese organismo, entre el 24 de marzo de 1976 y el retorno de la democracia, el 9 de diciembre de 1983, se sancionaron más de dos mil leyes. También se designaron integrantes afines a los objetivos del proceso en todo el Poder Judicial.

Respecto de los derechos fundamentales, expresa Sagüés:

El gobierno de facto restringió formalmente derechos mediante el mantenimiento de la declaración del «estado de sitio» (art. 23 de la constitución), pero además con la suspensión del «derecho de opción» para salir del país, por parte de los arrestados; la eliminación del derecho de huelga; la condena –directamente por la Junta Militar– de personas «responsables de lesionar los supremos intereses de la Nación»; o la facultad de la Junta militar para declarar la inhabilitación de bienes de personas físicas o jurídicas, etc.

Este autor enfatiza que «el período que transcurre durante el “proceso” (régimen militar entre tales fechas) importó una claudicación de los derechos fundamentales»<sup>25</sup>.

Cuando en 1994 se reformó el texto de la Constitución Nacional, se puso en discusión la doctrina de los gobiernos de facto, que justifica el reconocimiento de la autocracia de gobiernos establecidos por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo, y se estableció un remedio para que esta doctrina no pudiera aplicarse ante nuevos golpes de Estado. Resultado de ese intercambio fue la inclusión del llamado artículo 36 que establece:

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos [...].

<sup>24</sup> Pérez Ghilou, 1976.

<sup>25</sup> Sagüés, 2008.

Lo trascendente es que la Constitución se pone en el centro del sistema jurídico e instala como eje a los derechos humanos.

#### 4. La teoría de los principios y el test de proporcionalidad

En la medida que los derechos fundamentales adquirieron centralidad constitucional, los principios jurídicos que de ellos emanan cobraron una dimensión dominante en el pensamiento y la praxis jurídica.

Como se ampliará en el Capítulo 1, fue Ronald Dworkin quien en el año 1967 introdujo los principios como integrantes del sistema jurídico en contraposición con las teorías predominantes del positivismo legalista. Pero es con Alexy que la teoría de los principios adquiere precisiones lógicas y elevados fundamentos jurídicos.

La formulación realizada por Robert Alexy en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* constituye una de las concepciones actuales más relevante del derecho. Como expresa Sardo: «No hay exageración en afirmar que la de Alexy es la teoría de la ponderación más acreditada entre los juristas»<sup>26</sup>. En un sentido más amplio, Chano Regaña afirma que en el constitucionalismo contemporáneo la teoría de la ponderación más desarrollada es la del filósofo del Derecho Robert Alexy<sup>27</sup>.

No es el único desarrollo teórico sobre los principios y su método de aplicación<sup>28</sup>, tampoco son escasas las observaciones y críticas<sup>29</sup>; sin embargo, ninguna compromete la lógica que la fundamenta, mucho menos el método de la proporcionalidad. Ello, como se verá, no significa una sumisión desprovista de lo que es propio de cada sistema jurídico, en este caso, del sistema jurídica argentino.

Entonces, la elección de la obra del autor alemán se realiza porque, además de ser una de las teorías de los derechos más influyentes en el mundo jurídico, es comprensiva de la evolución de los derechos. Como expresa Pérez Jaraba: «La teoría de Alexy viene mejor como teoría de todos los derechos fundamentales, individuales y sociales, mientras que Dworkin limita su teoría solo para un tipo de derechos; para los derechos individuales»<sup>30</sup>.

En efecto, la teoría de Alexy comprende los principios sobre bienes individuales y sobre bienes colectivos, aspecto directamente relacionado con el bien protegido por el derecho al ambiente.

Este será el marco teórico a partir del cual se procurará explicar las propiedades lógicas o estructurales de los principios de derecho ambiental en la Argentina.

26 Sardo, 2013.

27 Chano Regaña, 2022, p. 242.

28 Sardo, 2013; Clérico, 2012, De Fazio, 2018.

29 Martín Reyes, 2023, p. 14.

30 Jaraba, 2011, p. 186.

Al respecto, debe señalarse que Néstor Cafferatta –uno de los principales exponentes del derecho ambiental argentino– ha trabajado con amplitud los principios de derecho ambiental. Advirtió que constituía una novedad que las últimas leyes generales del ambiente en el continente, las del siglo **XXI**, contuvieran principios de política ambiental o principios de derecho ambiental. Estima como un gran acierto de parte de las legislaciones incorporar dichos principios. Y explica, citando a Alexy, que «a diferencia de las reglas jurídicas, los principios son normas jurídicas inacabadas, germinales, son normas jurídicas *prima facie*»<sup>31</sup>.

En *El ascenso de los principios de derecho ambiental*<sup>32</sup>, Cafferatta realiza un abordaje sobre los principios siguiendo los postulados de Alexy, sin eludir otros autores de la corriente principialista. Comienza expresando que: «El derecho está compuesto por un conjunto de normas, que se integran con reglas y principios. Los principios son normas jurídicas *prima facie* (Alexy) o derrotables (Prieto Sanchís), en estado germinal, pero que, como toda norma jurídica, tienen carácter vinculante».

Cafferatta trata la cuestión clave de la teoría de los principios: «La diferencia entre reglas y principios se muestra con gran claridad en el conflicto de reglas y en las colisiones de principios» para indicar que mientras «la subsunción es la forma de aplicación del derecho reglado, la ponderación es la forma de aplicación de los principios». Dworkin, Zagrebelsky, Vigo, entre otros, son citados para interpretar la función de los principios. Destaca los principios contenidos en la Ley 25675 como un gran avance en la materia a los que procede analizar. El principio precautorio, que ha desarrollado intensamente a lo largo de sus trabajos, es objeto en este trabajo de una particular apreciación al vincularlo con el principio de proporcionalidad.

Así, el desarrollo que sigue se dirigirá a alcanzar la comprensión de los principios de derecho ambiental como normas jurídicas, para luego, como una consecuencia lógica, analizar la forma de aplicación de estos mediante la proporcionalidad.

## 5. Breve referencia a la obra de Robert Alexy

El texto original de la obra de Alexy, a la que se acudirá como eje expositivo, fue publicado en el año 1986 y su primera traducción al español correspondió a Ernesto Garzón Valdez, publicada en el año 1993, lo que constituyó una visionaria anticipación respecto a otras lenguas. La segunda edición corresponde al año 2012 y la traducción fue llevada adelante por Carlos Bernal Pulido, la cual constituye –en palabras de este autor– un texto distinto tanto en su forma como en su contenido

31 Cafferatta, 2008c.

32 Cafferatta, 2018. También, Cafferatta, 2024.

(p. XXI). Es esta última la edición la que se utilizará en este estudio, sin dejar de consultar el texto traducido en el año 1993.

Una acotación debe hacerse con respecto al *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, que Alexy recién publicara quince años después de la obra original, y que fuera traducido por Carlos Bernal Pulido. El *Epílogo* forma parte de la segunda edición del año 2012, pero, para lograr mayor claridad en las citas, se lo referenciará con la fecha de su publicación en la *Revista Española de Derecho Constitucional* del año 2002.

Otras obras y publicaciones de Alexy serán consideradas cuando aporten mayor claridad a su concepción. Sirve de soporte sobre el valor de la obra y concepción del autor alemán una biografía sobre Alexy que proporciona Ávila Herrera<sup>33</sup>.

El principio de proporcionalidad, elemento central de su teoría, tuvo su origen en el derecho de policía prusiano, y se concebía como un límite al exceso. De ahí en más fue migrando desde el derecho alemán a la escala comunitaria europea, transformándose en la esencia del control de constitucionalidad de los tribunales nacionales e internacionales<sup>34</sup>. La obra de Alexy imprimió al principio de proporcionalidad de la lógica necesaria para cumplir esa función. Así, el examen de proporcionalidad, como método para la aplicación de los principios, se emplea en el derecho nacional de muchos países europeos y latinoamericanos, también en Canadá, Nueva Zelanda, Israel y Sudáfrica, como en el derecho público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, a tal punto que se afirma que ha adquirido recepción universal<sup>35</sup>.

En efecto, un caso emblemático de aplicación de este método de resolución de la colisión entre principios es el caso *Kimel vs. Argentina*<sup>36</sup>, que enfrentó los derechos de libertad de expresión y la honra, ambos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió ponderando que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra.

Sobre el aporte realizado a la teoría del derecho, Borowski<sup>37</sup> destaca que, con su teoría, Alexy introduce la ponderación como método de aplicación jurídica con el mismo rango categorial que la subsunción, hasta entonces dominante en la metodología clásica.

33 Ávila Herrera, 2017.

34 Bernal Pulido, 2018, p. 217. Sardo, 2013.

35 Klatt y Meister, 2017, p. 8.

36 Corte IDH, 2008.

37 Borowski, 2016, p. 43.

Sobre el significado de su obra, Sodero destaca que:

[...] como sabemos, en 1978 Robert Alexy publicó su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, casi cuatro décadas después puede afirmarse que el fundador de la «segunda escuela de Kiel» no solo ha desarrollado la que es –probablemente– la más significativa teoría del discurso jurídico, sino que ha llegado a exponer un sistema *iusfilosófico* completo en lo esencial, algo que representa una *rara avis* en la filosofía jurídica de nuestro tiempo<sup>38</sup>.

Alexy emprende un análisis dogmático que se dirige a saber qué es lo que tiene validez en un sistema jurídico, aclarando que las cuestiones ético-filosóficas pueden plantearse con independencia del sistema<sup>39</sup>. No obstante, su teoría evolucionó a partir del examen del carácter y el funcionamiento de los principios hasta convertirse en un planteamiento general de la teoría del derecho<sup>40</sup>.

Al respecto, bien se expresa que una dogmática en sentido fuerte o de alto nivel, además de decir las respuestas deónticas (lo que está obligado, permitido, prohibido) en un caso concreto, no se limita a lo prescripto normativamente ni se conforma con inventariar enunciados legales, sino que emplea las herramientas científicas, obtiene principios, conceptos, crea teorías, clasifica, racionaliza el objeto de conocimiento<sup>41</sup>.

Alexy formula un método de conocimiento del derecho, que se aplicará al derecho ambiental conforme el sistema jurídico argentino y que, si bien seguirá la obra del autor alemán, también recurrirá a los aportes de otros autores que trabajan en el campo de la *teoría de los principios*.

## 6. Recepción de los principios

En la Argentina, esta renovada concepción del sistema jurídico, como integrado por principios y reglas, es una consecuencia de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 y la adopción de los tratados internacionales sobre los derechos humanos (art. 75, inciso 22, CN). Berizonce sostiene:

El encumbramiento de los nuevos derechos y garantías, a su vez, por la propia y consustancial morfología de los preceptos de sesgo supremo, básicamente consistentes

38 Sodero, 2015, p. 1.

39 Alexy, 2012, p. 152.

40 Poscher, 2022, p. 166.

41 Pereznieto Castro, 2020.

en normas fundantes, principios, en sus diversos sentidos, relacionados con valores o con las denominadas «directrices políticas», permite conceptualizar a la Constitución como «principiológica». No porque antes no lo fuera, sino, en todo caso, desde que ahora existen más y más normas abiertas<sup>42</sup>.

Perspectiva que también se encuentra en el actual Código Civil y Comercial argentino (2015), con la denominada «constitucionalización» del derecho privado, que supuso una explícita revisión y reformulación del paradigma positivista legalista heredado del siglo XIX<sup>43</sup>.

La vinculación de la teoría de los derechos fundamentales con las bases teóricas del Derecho Privado es destacada por Sozzo:

La constitucionalización del Derecho Privado, con la consecuente puesta en vinculación de la teoría de los derechos fundamentales con las bases teóricas del Derecho Privado, que importa el reconocimiento, en el ámbito del sistema jurídico, de derechos fundamentales individuales (como el derecho propietario) y bienes colectivos fundamentales (como la protección del patrimonio cultural o del medio ambiente), con fuerza normativa propia introduce un salto cualitativo respecto del modelo de la función social de la propiedad y el contrato<sup>44</sup>.

En la Argentina destacan numerosos juristas que han abordado y desarrollado la teoría de los principios: Rodolfo Vigo, Eduardo R. Soderó, Juan Cianciardo, María Laura Clérico, Ricardo Guibourg, Andrés Gil Domínguez, Ernesto Grün, Carlos Aníbal Rodríguez, Alfonso Santiago, Eduardo Barbarosch, entre otros autores nacionales.

Sobre esta perspectiva del sistema jurídico, Pérez Hualde señala:

La moderna tendencia que nos ofrece el constitucionalismo nos coloca frente a un conjunto de valores y principios fundamentales, expresados –en principio– en los acuerdos internacionales de derechos humanos, y en aquellos que tienen por finalidad la protección del medio ambiente, que se encuentran contenidos explícita o implícitamente en el texto constitucional y que le sirven de sustrato al compromiso de acatamiento a ese orden normativo<sup>45</sup>.

42 Berizonce, 2016, p. 1005.

43 Pinto, 2017, p. 496.

44 Sozzo, 2007, p. 376.

45 Pérez Hualde, 2008, p. 750.

Cassagne, por su parte, expresa:

A su turno, la progresiva constitucionalización de los principios generales –que abrió paso a nuevas técnicas de interpretación– ha ahondado el declive del llamado positivismo excluyente que, en su caída, ha arrastrado antiguos dogmas. En la actualidad, casi nadie sostiene que la interpretación y aplicación al caso sea una operación de pura lógica formal que consista en subsumir los hechos a la norma aplicable<sup>46</sup>.

Santiago, a partir de una concepción integradora con fuerte incidencia en la organización del Estado, indica que la Constitución Nacional instituye:

[...] un renovado bloque de constitucionalidad asentado en la concepción superadora de un Estado social democrático de derecho que, sin renegar de los valores democrático-liberales tradicionales, incorpora un catálogo ampliado de nuevas categorías de derechos y garantías –aquellos encuadrados en segunda y tercera generaciones–, asentados en renovados valores que ensalzan la dignidad humana como eje central para el ejercicio de la libertad<sup>47</sup>.

En materia ambiental es significativo el aporte de Ricardo Lorenzetti, Néstor Cafferatta, Gonzalo Sozzo, María Paula Morelli, entre muchos otros, a quienes se acudirá en el desarrollo.

Entonces, en consonancia, el centro del trabajo es un enfoque del derecho al ambiente reconocido por la Constitución Nacional desde las premisas de la teoría de los principios a fin de interpretar los principios de derecho ambiental, su funcionamiento en el sistema jurídico y el método para su aplicación.

46 Cassagne, 2015, p. 13.

47 Santiago, 2008.

## PRINCIPIOS Y REGLAS EN EL SISTEMA JURÍDICO

### 1. El sistema jurídico y la cláusula ambiental constitucional

El artículo 41 de la CN es una disposición que expresa más de una norma jurídica, en tanto en sus enunciados converge el reconocimiento del derecho al ambiente y el deber de preservarlo; establece las condiciones de sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano del bien protegido; la responsabilidad con las generaciones presentes y futuras; el deber de recomponer el daño ambiental; deberes de protección a cargo de las autoridades; una especial distribución de competencias federales y el establecimiento de prohibiciones; conformando todo ello el núcleo del sistema jurídico ambiental.

Esain explica que:

La cláusula ambiental argentina emerge en 1994 con la reforma constitucional, pero como parte de una estructura más amplia. Ella puede pensarse desde el punto de vista dogmático (derechos) y también desde el espacio de los poderes (orgánico) y con pleno reenvío entre ambos, porque el derecho al ambiente se rodea de contracciones tanto en el sistema de derechos como en el sistema del nuevo Estado de derecho ahora Estado ambiental de derecho<sup>48</sup>.

---

48 Esain, 2017, p. 42.

Una relación entre derechos sustantivos y la organización para su protección por el Estado se vinculan en la misma disposición constitucional.

Previo al análisis estructural de la norma jurídica, debe considerarse que estas se diferencian de otros tipos de normas por las propiedades que les son atribuidas debido a su pertenencia a un sistema jurídico, derivando de este su estructura formal<sup>49</sup>. El primer abordaje, entonces, será indagar la estructura del sistema jurídico en el que se desenvuelve el derecho al ambiente. Este análisis posibilitará descubrir las relaciones, interacciones y procesos que lo explican sistémicamente, siendo la base para reconocer y entender el funcionamiento de la cláusula ambiental y sus eventuales conflictos interpretativos.

Sobre la unidad y consistencia del sistema jurídico como sustento de toda interpretación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que:

[...] la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteligencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto (CSJN, 2001).

Entonces, si la complitud, consistencia y coherencia entre sus normas son los rasgos esenciales del sistema jurídico, la Constitución es la referencia central en el proceso de interpretación.

El concepto de sistema jurídico se muestra como un concepto clave en la teoría jurídica. Sin embargo, el término no está exento de vaguedad<sup>50</sup>. No existe una única definición o noción de sistema jurídico; por tal razón se reivindica –más que su acepción– sus efectos prácticos o funcionales para resolver conflictos<sup>51</sup>.

Acosta Alvarado<sup>52</sup> caracteriza al sistema jurídico que, con algunas acotaciones, describe de la siguiente forma:

- 1) El sistema jurídico es un sistema normativo: según algunos autores, integrado exclusivamente por reglas; según otros, por principios y reglas.
- 2) El sistema jurídico es sistema coactivo: pues algunas de sus disposiciones están dirigidas a regular el ejercicio del monopolio estatal de la fuerza.

49 Huerta Ochoa, 2007, p.18.

50 Así, Huerta Ochoa (2003, p. 29) diferencia el sistema y el ordenamiento jurídicos atendiendo a su operatividad en el tiempo, siendo el primero diacrónico y el segundo sincrónico. El art. 2 del CCyC alude que la interpretación debe ser coherente con el ordenamiento; sin embargo, sin alterar su significado, se utilizará sistema jurídico por su uso habitual y porque posibilita aludir con facilidad al subsistema jurídico ambiental.

51 Pavlovich Jiménez, 2009.

52 Acosta Alvarado, 2010, pp. 193-219.

3) El sistema jurídico es un sistema institucionalizado: algunas de sus disposiciones establecen autoridades u órganos para la creación y aplicación del derecho. Estas instituciones son, además, indispensables para hacer uso del ya mencionado monopolio estatal de la fuerza.

4) Todo sistema jurídico cuenta con órganos primarios: los órganos encargados de crear y derogar normas, los órganos encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y los órganos responsables de ejecutar las medidas coactivas.

5) Dichos órganos jurídicos reconocen como obligatorias las disposiciones que conforman el sistema.

Así, estructura y función son dos enfoques complementarios de una misma realidad y ninguno describe acabadamente por sí solo el sistema<sup>53</sup>.

## 2. Sistema legalista vs. sistema de principios

### 2.1. Irrupción de los principios como normas jurídicas

Luego de la Segunda Guerra Mundial comienza una nueva era en la vida del Derecho y, en especial, del Derecho Constitucional. Es que, como sucediera con la legislación nazi, los derechos humanos más elementales en manos de Estados autoritarios podían ser vulnerados con leyes.

El derecho, en consecuencia, no se podía reducir a la ley, así aparece un nuevo paradigma que instala a los principios como integrantes del sistema normativo, desplazando la fuerza de la ley por la fuerza de la Constitución. El derecho no estaría solo integrado por reglas, sino también por principios<sup>54</sup>.

Los principios, como expresión jurídica, irrumpen cuando Ronald Dworkin presenta una construcción del derecho que parte de la crítica a quien era entonces el exponente más importante del positivismo, H. L. A. Hart, quien había publicado el libro *El concepto del derecho* en 1961 y que Dworkin rebatió con un artículo publicado en 1967, con el título: «¿Es el derecho un sistema de reglas?», concepción jurídica que sistematizaría en su obra *Los derechos en serio*, publicada en 1977.

Para Dworkin, la teoría del derecho de Hart sirve exclusivamente para las «reglas del sistema jurídico», pero no dice nada respecto de lo básico de cualquier sistema jurídico: que está compuesto fundamentalmente por principios jurídicos<sup>55</sup>. Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios.

53 Grün, 2007.

54 Santiago, 2016, p. 5.

55 Dworkin, 1989, p. 72.

Mientras que las normas tipo reglas suponen un esquema binario para su aplicación, llamado por Dworkin «a todo o nada», esto es, si se verifican las condiciones de aplicación previstas en las normas deben verificarse sus consecuencias jurídicas, las normas tipo principios se desempeñan con mayor fuerza en los casos duros o difíciles en los que no media ninguna regla<sup>56</sup>.

Dworkin distingue además entre principios y directrices o directrices políticas. Los principios aluden a un estándar que debe ser observado porque es una exigencia de la justicia, la equidad u otra dimensión de la moralidad, mientras que las directrices políticas son un tipo de estándares que tienen algún objetivo económico, político o social de la comunidad. Los define más sintéticamente expresando que: «Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos»<sup>57</sup>.

Dworkin afirma que los principios están dotados de una dimensión de peso o importancia del que carecen las reglas; el conflicto entre dos reglas supone que una es inválida, los conflictos entre principios implican aplicar el de mayor peso relativo en el caso<sup>58</sup>.

Si bien Dworkin sienta las bases de una nueva forma de concebir el sistema jurídico, su propuesta se presenta esencialmente como una réplica a la teoría positivista de Hart.

Es con Alexy que la teoría de los principios adquiere precisiones lógicas y mayores fundamentos jurídicos. Recoge las ideas básicas de Dworkin, así como desarrollos sobre los principios jurídicos presentes en anteriores tendencias en la literatura de habla alemana, para establecer una diferenciación, en cuanto a la teoría de la norma, entre reglas y principios<sup>59</sup>.

Alexy fundamenta la integración de los principios en el sistema jurídico, observando lo siguiente:

Para saber si las mejores razones hablan en favor o en contra de considerar a los principios como elementos del sistema jurídico, hay que preguntarse, ante todo, qué sucedería si el sistema jurídico contuviese exclusivamente reglas. Una concepción del sistema jurídico que solo contuviese reglas puede ser llamado «modelo de sistema jurídico de reglas»<sup>60</sup>.

El éxito de este modelo depende de que sus normas puedan establecer o describir todos los hechos sujetos a decisión. Pero la experiencia histórica y la lógica demuestran

56 Dworkin, 1989, p. 80.

57 Dworkin, 1989, p. 158.

58 Dworkin, 1989, p. 77-78.

59 Borowski, 2016, p. 56.

60 Alexy, 2004, p. 165.

que «una legislación tal es imposible»<sup>61</sup>, en cuanto las reglas no pueden abstraer la dinámica de toda la realidad, siempre cambiante y colmada de circunstancias.

Se suelen distinguir al respecto los casos denominados fáciles de los difíciles. Como expresa Negri<sup>62</sup>: son casos fáciles aquellos en los que no existen dificultades en identificar la norma a aplicar y el supuesto de hecho objeto de decisión; por ejemplo, aquellos en que la norma utiliza conceptos unívocos (aeronave, cheque, hecho imponible, etc.), o cuando utiliza conceptos numéricos, cuando establece la mayoría de edad a los dieciocho años, o requiere la existencia de tres testigos en los testamentos o determina que el muro medianero debe tener como mínimo tres metros de altura. De allí que se afirme que en los casos fáciles sea más evidente la aplicación del derecho mediante la subsunción.

Sin embargo, agrega Negri, los casos fáciles no se presentan con tanta frecuencia como sería deseable. Generalmente los litigios judiciales presentan circunstancias fácticas complejas que son arduas de probar; las normas, principios o valores en juego no son tan simples de aprehender y de aplicar. Además, las leyes cuentan con términos, expresiones y conceptos equívocos y ambiguos. Se constituyen de este modo los llamados *casos difíciles*.

De tal forma, frente a la dinámica social, las lagunas regulatorias son inevitables, incluso en el sistema legal más completo. Bien se dice que «en términos doctrinarios, vale la pena repetir con Larenz: toda ley, inevitablemente, tiene lagunas»<sup>63</sup>.

Frente a la realidad cambiante, imposible de ser regulada legalmente en todas sus circunstancias, Alexy observa que apelar a lo extrajurídico como argumentación para resolver estos vacíos contradice la teoría positivista, peor aún, contradice una concepción científica del derecho. Así, fundamenta la conformación del sistema jurídico integrado por reglas y principios:

Otra es la situación en una teoría del sistema jurídico según la cual este está constituido tanto por reglas como principios, es decir, en un *modelo de reglas/principios*. En el modelo de reglas/principios, por una parte, se conserva básicamente la fuerza vinculante del nivel de las reglas. Por otra, es un sistema cerrado en la medida en que siempre hay principios a los que puede recurrirse y, por lo tanto, no hay en él ningún caso posible que no pueda *ser* decidido sobre la base de criterios jurídicos<sup>64</sup>.

61 Alexy, 2004, p. 166.

62 Negri, 2018.

63 Lezcano, 2015, p. 7.

64 Alexy, 2004, p. 168.

Un sistema jurídico integrado por principios generadores de reglas aventa la arbitrariedad, y conforma una barrera de protección de los derechos constitucionales, en tanto las reglas deben responder a aquellos.

Corresponde aclarar que los principios tienen una larga historia en la tradición jurídica moderna y contemporánea, y no reduce sus límites a los desarrollos de Dworkin o de Alexy, pero es innegable el hecho de la creciente influencia que la doctrina elaborada por ambos ha ejercido sobre la teoría contemporánea del derecho y los valiosos aportes que han hecho a la práctica jurídica –especialmente a la práctica de los tribunales judiciales<sup>65</sup>.

Sobre este cambio de paradigma jurídico, expresan Soderó y Vigo, que, frente a las visiones «normativistas», se consolida con el Estado de Derecho Constitucional una visión «principalista» del derecho. Esta nueva matriz jurídica se fue construyendo en Europa Continental después de Núremberg, y una de sus tesis centrales es la de la ruptura de la sinonimia entre derecho y ley, junto a la superación del dogma de la infalibilidad de la voluntad legislativa<sup>66</sup>.

Como expresa Alfonso Santiago: «Del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos»<sup>67</sup>.

## 2.2. Ambigüedades interpretativas

Para Alexy, resulta desconcertante la amplia gama de caracterizaciones teórico-estructurales que se encuentran en las interpretaciones de la jurisprudencia y en la doctrina, tanto respecto de los derechos fundamentales como de las normas de derecho fundamental. Identifica veintiún expresiones con connotaciones teórico-estructurales de los derechos fundamentales y de sus normas: garantías de libertad, principios de conformación social, elementos de ordenación social, principios constitucionales, disposiciones de fines del Estado, principios estructurales, norma rectora, norma-pauta, principios de orden social, principios objetivos, entre muchos otros, para preguntarse ¿qué se quiere decir con «objetivo» o con «principio»?<sup>68</sup>.

Negri considera que una opinión común de los juristas es que existe una clase diferente de normas, que son los *principios*, para señalar que se trata, indudablemente, de una expresión ambigua. Al respecto, se muestran algunas de las acepciones que este autor recopila: 1) como parte o ingrediente importante de algo, propiedad

65 Suárez-Rodríguez, 2012, p. 58.

66 Vigo, 2015, p. 1077.

67 Santiago, 2008.

68 Alexy, 2012, pp. 23-24.

fundamental, núcleo básico, característica central; 2) como premisa, inalterable punto de partida para el razonamiento, axioma, esencia, propiedad definitoria; 3) como regla práctica de contenido evidente; verdad ética incuestionable, 4) como máxima, aforismo, proverbio, pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición, 5) como idea o rasgo fundamental del ordenamiento jurídico o de un sector de él; 6) como la *ratio legis* de una norma o de un conjunto de ellas; 7) como una regla general inducida de disposiciones específicas; 8) como una regla de una larga tradición jurídica; 9) como una regla aplicada por analogía; 10) como una regla originada en la equidad; 11) como una disposición legal de carácter general; 12) como un artículo considerado fundamental de un cuerpo legal; 13) como un artículo o un grupo de ellos de la constitución política<sup>69</sup>.

Saggese, cuando procura determinar el estatus jurídico de la razonabilidad, analiza el significado jurídico que se le otorga al término «principio», y encuentra diversidad de ideas y teorías sobre su significado, y considera que la tarea más importante es la función que cumplen en la interpretación y aplicación del derecho<sup>70</sup>.

Delucchi, luego de realizar una extensa enumeración de los principios, se pregunta si todos ellos significan lo mismo. Responde que no, caso contrario todos los principios operarían del mismo modo. En efecto, su función en el sistema jurídico varía considerablemente. Se puede apreciar que algunos de ellos operan como guías de resolución de conflictos entre reglas (la ley superior prevalece sobre la inferior), otros como valores (principio de solidaridad, de justicia), otros como garantía de la organización institucional (principio de división de poderes y federalismo), otros como consecuencias lógicas del propio sistema de normas en un caso (si puedo lo más puedo lo menos) y tal vez también como consecuencias pragmáticas (estar por la validez del acto), y otros como formulaciones explicitadas en el sistema (no hay crimen ni pena sin ley previa). En otros casos actúan como la enunciación de lo que suele pasar en la realidad (*pacta sunt servanda*) o de ficciones o presunciones que mantenemos para que otras instituciones del sistema puedan funcionar (*iuria curia novit*)<sup>71</sup>.

Como el derecho ambiental es pródigo en el recurso a los principios, corresponde en este punto avanzar en una concepción que posibilite identificar a los que conforman la estructura del sistema jurídico, lejos de consideraciones equívocas –muchas veces metafóricas–, que no despejan la comprensión de su entidad jurídica, para luego tratar los que son propios del sistema jurídico ambiental.

69 Negri, 2020.

70 Saggese, 2010, p. 39

71 Delucchi, 2010, p. 602.

### 3. Estructura normativa y definición de principio

Para Alexy, tanto las reglas como los principios son normas jurídicas porque establecen lo que *debe ser*. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición<sup>72</sup>.

Con ello, reconoce en los principios la estructura de toda norma jurídica, conformados por un supuesto de hecho y la respectiva consecuencia en caso de que aquel se realice.

Entonces, la norma jurídica se formula de manera condicional, atendiendo a una serie de *circunstancias, sujetos y acciones*, que son denominadas elemento del supuesto de hecho, que se vinculan a una consecuencia jurídica que *debe ser* cuando el supuesto se materializa. La relación normativa entre estas dos partes de la estructura de la norma es, como Kelsen la denominó, de imputación, y se representa en la fórmula condicional: «Si A es, entonces B debe ser», es decir, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). La consecuencia es imputada a la condición<sup>73</sup>.

Las reglas y los principios pueden establecer obligaciones, prohibiciones o permisiones, por lo que, entonces, toda norma jurídica es o bien una regla o un principio<sup>74</sup>.

No obstante, debe precisarse cuál es la diferencia de la regla con los principios. Aquí subyace un motivo de disputa entre los autores principialistas. Es por ello que suele diferenciarse entre tesis débiles y fuertes de la separación. La tesis débil sostiene que la diferencia entre principios y reglas es meramente de grado según su mayor o menor nivel de generalidad o abstracción. En cambio, la tesis fuerte afirma que la diferencia entre principios y reglas no es meramente de grado, sino además clasificatoria en virtud de sus propiedades lógicas o estructurales<sup>75</sup>.

Así, la distinción más frecuente se ha vinculado a la generalidad de los principios (tesis débil). Se expresa que una generalidad alta distingue a los principios, mientras que una generalidad baja distingue a la regla.

Sin embargo, para Alexy, esta distinción no es el criterio decisivo. Él diferencia los principios de las reglas definiendo a los primeros como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, mientras que las reglas son normas que ordenan algo de manera definitiva. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado, y la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas<sup>76</sup>.

72 Alexy, 2012, p. 65.

73 Kelsen, 1982, p. 50.

74 Alexy, 2012, pp. 67-68.

75 Fazio, 2018, pp. 45-46.

76 Alexy, 2012, p.68.

Al depender esa mayor realización de las posibilidades fácticas y jurídicas, se dice que son mandatos *prima facie*, sin determinación. Por el contrario, las reglas son mandatos definitivos, pues contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Solo pueden ser cumplidas o no.

De esta distinción se sigue que los principios, en tanto mandatos de optimización, son realizables con medidas de autorización, obligación o prohibición que pueden comprender un amplio espectro; mientras que las reglas, en tanto mandatos definitivos, se cumplen o no<sup>77</sup>.

Entonces, de una concepción del derecho que agotaba su esfuerzo en la subsunción de los hechos y conductas a las reglas<sup>78</sup>, se expande a la ponderación de los derechos entendidos como principios normativos. Es que los principios, que se caracterizan por procurar su optimización, esto es, su mayor realización posible, cuando colisionan entre sí, requieren de la ponderación como forma de aplicación.

La definición de principios jurídicos que ofrece Alexy ha sido objeto de amplios debates. Uno de los más interesantes es el que Alexy protagoniza con Poscher y que se extendió durante años en una secuencia de artículos que han sido recogidos en una obra colectiva: *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*<sup>79</sup>.

El debate, en uno de sus puntos más importantes, gira en torno a la existencia de los principios. Interesa exponer sucintamente el aporte que Alexy realiza para la comprensión de la definición de principios.

Distingue entre mandatos de optimización y mandatos a ser optimizados. Estos últimos pueden ser denominados *deber ser ideal*, o simplemente *ideales*. El deber ser ideal es lo que debe optimizarse para transformarse en un *deber ser real*. Así, los principios, en tanto objeto de ponderación, son mandatos a ser optimizados que contienen un *deber ser ideal*, pero que aún no contienen un deber ser conforme la posibilidades fácticas y jurídicas<sup>80</sup>.

Entonces, precisa que la aplicación de dos principios a un mismo caso –por ej., el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión– es una contradicción entre exigencias del deber ser ideal. Esta contradicción existe porque se da entre derechos que tienen validez reconocida, lo que significa que ellos existen. Estas colisiones son normativas, no son empíricas; se dan entre normas tipo principios. Ya en el trance de

77 Alexy, 2004, pp. 68 y 185. En la nota 23, página 68, Alexy aclara que utiliza la palabra *mandato* en sentido amplio, comprendiendo la permisón y la prohibición.

78 La subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica es un silogismo a tenor del cual la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) que debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica. Iturrealde, 1991, 241-242.

79 García Amado; Dalla-Barba (eds.), 2022.

80 Alexy, 2022a, p. 62.

resolución de la colisión en el caso, por medio de la ponderación, el deber ser ideal de los principios se transforma en el deber ser real por medio de una relación de prelación condicionada, que no podría tener lugar si los principios no existiesen, ya que no es posible deducir algo de algo que no existe<sup>81</sup>.

Como explica Atienza en el prólogo de la obra colectiva referida, Alexy propone ver la distinción entre mandatos a ser optimizados y mandatos de optimización en término de dos tipos de deberes: deberes ideales, *prima facie* o *pro tanto* (los principios); y deberes reales, definitivos o consideradas todas las circunstancias del caso (las reglas)<sup>82</sup>.

No obstante, Alexy reafirma que referirse a los principios como mandatos de optimización tiene sentido. Únicamente cuando el análisis lo exija se deben realizar diferenciaciones más refinadas. Ello porque existe una relación necesaria entre el *deber ser ideal*, es decir, entre el principio como tal, y el mandato de optimización, en cuanto regla. El deber ser ideal implica el mandato de optimización y viceversa. El mandato de optimización está contenido en el concepto mismo de principio y su supresión tendría como consecuencia para cada principio perder su carácter de principio<sup>83</sup>.

Por ello, se continuará empleando la definición de principio como mandato de optimización, el cual encuentra una respuesta dogmática en el derecho ambiental argentino dada por el principio de progresividad o de no regresión como se analiza en el Capítulo 3.3.6.

Queda por precisar, entonces, cuándo se está ante un principio de derecho fundamental, ya que esta estructura del sistema jurídico, integrada no solo por reglas sino por principios, se explica teniendo a la Constitución como fuente normativa directa, concepción que define el Estado Constitucional de Derecho.

## **4. La norma de derecho fundamental.**

### **Normas directamente estatuidas y normas adscriptas**

#### **4.1. El enunciado, la disposición y la norma de derecho fundamental**

Los principios son normas jurídicas, por lo que se trata de avanzar hacia una definición de la norma de derecho fundamental. Con este propósito, corresponde comenzar por distinguir entre norma y enunciado.

Un enunciado –sin aditamentos– es una expresión lingüística que permite comunicar algo. Un enunciado califica de *normativo* por pertenecer a una fuente de derecho

81 Alexy, 2022b, pp. 211– 215.

82 Atienza, 2022, p. 22.

83 Alexy, 2022a, p. 63.

–por ej.: la Constitución o la ley–, siendo *lo normativo* el resultado de la interpretación sobre lo debido, prohibido o permitido. Lo normativo es lo prescripto por el enunciado. La norma, entonces, establece una conducta como obligatoria, prohibida o permitida.

De tal forma, los enunciados *normativos* expresan las normas a través del lenguaje en que se redactan los textos normativos<sup>84</sup>, si un enunciado por sí mismo no expresa ninguna norma, deberá combinarse con otros enunciados para construirla.

Negri, siguiendo a Guastini, define la relación entre interpretación, enunciado y disposición: «La operación intelectual que conduce del enunciado al significado (o la operación de identificación del significado) constituye la interpretación. La disposición es por lo tanto el objeto de la interpretación, y la norma es su resultado, aunque la norma no es ontológicamente algo distinto de la disposición»<sup>85</sup>.

Respecto a los significados, Negri explica que, sentada esta distinción, hay disposiciones que expresan más de una norma (tienen un contenido de significados complejo: expresan una multiplicidad de normas conjuntas). Hay disposiciones ambiguas, en el sentido que pueden ser interpretadas de distintas maneras. A cada interpretación corresponde un significado distinto y, por tanto, una norma distinta.

En estos casos, a una sola disposición corresponde no ya una sola norma, sino una multiplicidad de normas separadas entre sí. Hay disposiciones sinonímicas, es decir, que tienen el mismo significado. Hay normas extraídas de más de una disposición; una norma se extrae por vía interpretativa de una pluralidad de disposiciones combinadas. Hay decisiones interpretativas en una sentencia en la que el juez constitucional se pronuncia sobre una interpretación de una disposición, es decir, sobre una norma<sup>86</sup>.

Entonces, hay diferentes formas de expresar una norma, entre estas formas destacan las que emplean formas deónticas, tales como está prohibido, pueden o deben. Por su parte, las expresiones «tienen un derecho» son una modalidad deóntica compleja<sup>87</sup>, como se aprecia en el art. 41 de la CN con respecto al derecho al ambiente y que se trata en el Capítulo 3.2.2.

El asunto es cuándo un enunciado normativo de la Constitución es una norma de derecho fundamental. Antes de acometer esta tarea, razones terminológicas requieren aclarar que en ocasiones Alexy simplifica la expresión de enunciado normativo de derecho fundamental por el de *disposición* de derecho fundamental, por su uso más frecuente<sup>88</sup>.

Conforme Alexy, hay tres criterios para identificar las normas de derecho fundamental: el estructural, el material y el formal. Así, requerir que un derecho pertenezca

84 Huerta Ochoa, 2008, p. 18.

85 Negri, 2020.

86 Negri, 2020.

87 Alexy, 2012, p. 37.

88 Alexy, 2012, p. 46.

al fundamento mismo del Estado es una manifestación material. Si el Estado es liberal, únicamente son derechos fundamentales un grupo de derechos, es decir, el de los «derechos individuales de libertad»<sup>89</sup>.

Una definición de los derechos fundamentales de carácter material, como la expuesta, es rechazada por Alexy, por ser limitativa, en cuanto la vincula con una determinada concepción del Estado; así resulta que, si el Estado es liberal de Derecho, muchos derechos fundamentales quedarían excluidos. Por ejemplo, el derecho al mínimo vital y móvil quedaría excluido por no poseer la estructura de los derechos de libertad.

El criterio estructural considera derecho fundamental exclusivamente cuando una norma confiere un derecho subjetivo. Alexy observa que muchas disposiciones, ubicadas en otras partes de los textos constitucionales, tienen conexión sistémica y contextual con normas que confieren derechos, las que quedarían excluidas de este concepto. Da un ejemplo de la Constitución alemana cuando fuera del capítulo específico establece: *Todo el sistema escolar se encuentra bajo la supervisión del Estado*, enunciado en el que observa una clara prescripción hacia el Estado, por lo que rechaza el criterio subjetivo por ser restrictivo.

Por su parte, el criterio formal, que apunta a la forma de positivización, le resulta más conveniente. Pero realiza una apertura; este criterio puede resultar muy restrictivo al considerar como norma de derecho fundamental exclusivamente a las que son establecidas expresamente en algún capítulo específico de un texto constitucional, por ejemplo: «de los derechos fundamentales», quedando excluidos los enunciados en otros capítulos que tienen conexión sistémica y contextual con disposiciones que confieren derechos.

El afán de alcanzar una teoría general de los derechos fundamentales, lo decide por una definición formal, que apunte a *la forma de positivización*, pero sin cerrarse a una parte del texto constitucional. Entiende que este criterio no excluye ningún derecho fundamental. Entonces, son normas de derecho fundamental las normas directamente expresadas por enunciados constitucionales<sup>90</sup>.

Así, siguiendo la interpretación que Alexy realiza de la Ley Fundamental alemana, se procede a definir la disposición de derecho fundamental y la norma de derecho fundamental: las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados constitucionales que confieren derechos, mientras que las normas de derecho fundamental son las normas directamente expresadas por esos enunciados.

Como bien sintetiza Bernal Pulido: «Aquello que la disposición de derecho constitucional expresa se traduce en aquello que la norma ordena»<sup>91</sup>.

89 Alexy, 2012, p. 46.

90 Alexy, 2012, p. 48.

91 Bernal Pulido, 2014, pp. 141-142.

Queda por distinguir cuándo una disposición de derecho fundamental estatuye un principio o una regla. Los principios de derecho fundamental, en tanto norma jurídica, se originan por la traducción a términos prescriptivos o deónticos de los enunciados constitucionales que reconocen derechos, sin determinación respecto a los principios contrapuestos. Así, los principios son el *deber ser* de los derechos constitucionalmente reconocidos. Por ejemplo, si se reconoce el derecho al ambiente, el principio prescribe que está ordenado protegerlo. Es una norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Pero cuando una norma de derecho fundamental posee determinación respecto a principios opuestos, se está frente a una regla. Por ejemplo, la prohibición de ingresar al territorio nacional residuos actual o potencialmente peligrosos dispuesta por el art. 41 *in fine* de la CN conforma una restricción a la actividad comercial o industrial (art. 14 de la CN) sobre estos residuos. Es una regla definitiva que establece la precedencia de la sustentabilidad y, como tal, se cumple o no se cumple.

Entonces, en el art. 41 conviven dos tipos de normas. Respecto de las reglas de derecho fundamental, Alexy califica a este tipo de disposiciones como de carácter doble, en las que se da un ensamble entre el nivel del principio y el nivel de la regla, en cuanto esta última supone una ponderación del constituyente entre el derecho fundamental reconocido y un derecho opuesto<sup>92</sup>.

#### Cuadro de texto 1. Principios de derecho fundamental

Los principios de derecho fundamental, en tanto norma jurídica, se originan por la traducción a términos prescriptivos o deónticos de los enunciados constitucionales que reconocen derechos, sin determinación respecto a los principios contrapuestos.

La concepción formal tiene amplitud al no prejuzgar ni la tesis estructural ni material. En efecto, al ser comprensiva de derechos fundamentales de diferente categoría, abarca las diferentes formas de concebir al Estado de Derecho.

En la concepción formal, la idea que subyace es que lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su resistencia frente a la ley o, si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos, incluido el propio legislador democrático. Ello solo puede lograrse si se trata de derechos recogidos en normas de rango superior al de la ley<sup>93</sup>.

92 Alexy, 2012, pp. 114-115.

93 Díez-Picazo, 2003, p. 33.

En definitiva, «la norma de derecho fundamental se define como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está *iusfundamentalmente* ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental»<sup>94</sup>.

En relación con el enunciado del primer párrafo del art. 41 de la CN, que atribuye a todos los habitantes el derecho al ambiente, es una disposición cuya interpretación normativa es un principio de derecho fundamental que prescribe el deber de preservación ambiental.

Pero, integralmente considerada, la cláusula ambiental es una disposición de derecho fundamental compleja, que expresa un conjunto de significados prescriptivos que establecen lo ordenado, prohibido o permitido para la protección del ambiente y atribuyen la competencia ambiental. Así, en relación con los deberes que establece sobre las actividades productivas, sobre las autoridades, sobre los particulares, y en la asignación de la competencia regulatoria, entre otras prescripciones.

Todas estas relaciones se condensan en la sustentabilidad constitucional, principio que se trata en el Capítulo 3, y en su estructura operativa, según se trata en el Capítulo 4.

#### **4.2. Normas directamente estatuidas y normas adscriptas de derecho fundamental. La LGA y su adscripción constitucional. La estructuración del sistema jurídico**

La norma de derecho fundamental no está restringida al texto constitucional. Alexy introduce una significativa clasificación de estas:

Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscritas. Una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación *ius fundamental* correcta<sup>95</sup>.

Es decir, la norma adscripta es una norma *conforme a derecho* de la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la identifica. Las normas adscriptas requieren, además, de una «relación de fundamentación» entre la norma que hay

94 Bernal Pulido, 2014, p. 103.

95 Alexy, 2012, p. 52.

que precisar y la norma que la precisa; relación que se establece por la argumentación *iusfundamental*. Por lo tanto, una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación *iusfundamental* correcta. Esa fundamentación provendrá del texto de las disposiciones constitucionales, de los precedentes en los conflictos de tipo constitucional y de los argumentos prácticos generales<sup>96</sup>.

Una condición debe apreciarse: una adscripción se lleva *conforme a derecho* cuando la norma adscripta puede catalogarse como *válida*. Sobre la condición de validez, Alexy considera que debe reunir validez formal, ética y social<sup>97</sup>, pero el criterio formal de validez, que se vincula con la competencia del órgano para expedirla, será el punto de partida de los enunciados jurídicos con validez<sup>98</sup>. Por lo que este criterio formal es el que se utilizará en lo sucesivo; sin eludir, por su manifiesta importancia, los otros criterios cuando sea necesario acudir a ellos.

Entonces, son normas de derecho fundamental no solo las expresadas en la Constitución, sino también las normas válidas que las precisan. Se trata pues de una relación fundamentada entre la norma que hay que precisar y la norma que la precisa.

Bernal Pulido indica que la adscripción puede resultar del vínculo semántico entre los términos en que está redactada una disposición de derecho fundamental y la norma o posición que se adscribe, siendo este el método literal de interpretación, pero también puede resultar del método teleológico en el cual el fin de la norma constitucional se relaciona con la norma cuya adscripción se pretende<sup>99</sup>. Este criterio de vinculación semántica o teleológica será empleado en lo sucesivo junto con el de relación precisante.

Las normas adscriptas pueden ser reglas o principios; en este último caso se aplican mediante la proporcionalidad<sup>100</sup>. Será un principio adscripto cuando aporte mayores precisiones al principio que precisa sin llegar a establecer un mandato definitivo. Esto tiene especial importancia para los principios ambientales legal o judicialmente establecidos.

Es manifiesto el proceso estructurador del sistema jurídico que, a partir de las disposiciones estatuidas de derecho fundamental, se configura en las normas adscriptas. Bernal Pulido lo explica con claridad: el contenido de los derechos fundamentales se identifica con un conjunto infinito de normas y posiciones que pueden ser adscriptas interpretativamente a las disposiciones *iusfundamentales*. Este conjunto de normas

96 Alexy, 2012, p. 53.

97 Alexy, 2004, p. 89.

98 Pérez Jaraba, 2011, p. 204-205.

99 Bernal Pulido, 2014, pp. 787-794.

100 Bernal Pulido, 2014, p. 753

y de posiciones no está conformado solo por las que expresa la Constitución, sino también por todas aquellas que resultan de las leyes, los reglamentos, los actos administrativos y las sentencias, incluso en los actos jurídicos de los particulares donde se ejercitan. Por lo que «la indeterminación de las disposiciones *iusfundamentales* se reduce en un formidable pero imperceptible proceso, del cual son partícipes cada uno de los poderes del Estado y cada uno de los participantes en la práctica jurídica»<sup>101</sup>.

#### Cuadro de texto 2. Norma adscripta de derecho fundamental

Las normas adscriptas forman parte del campo semántico o del ámbito normativo de las disposiciones *iusfundamentales* y son concretadas por el legislador y por los demás órganos políticos de configuración en relación con el caso o situación a regular.

Es la relación de precisión con la norma *iusfundamental* la que aglutina el conjunto normativo que conforma el sistema jurídico. Por lo que la disposición del derecho fundamental al ambiente de la CN estructura el sistema jurídico ambiental.

Sobre la irradiación de las disposiciones constitucionales sobre el sistema jurídico, la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte IDH expresa:

En este sentido, la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica<sup>102</sup>.

Así, conforme a lo expuesto, la Ley General del Ambiente (LGA) 25675 es una norma *adscripta* del derecho fundamental al ambiente que contiene reglas y principios.

Como tal, fundamenta su *adscripción* constitucional y su función estructuradora cuando establece que la interpretación y aplicación de ella, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los principios que enumera (art. 4), principios que guardan íntima relación con la disposición del art. 41 de la CN; y cuando expresa que los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios que enuncia (art. 5), ello conforme con el deber tutelar constitucional impuesto a las autoridades, art. 41, segundo párrafo de la CN.

101 Bernal Pulido, 2014, p. 683.

102 Corte IDH, OC-23/17, ap. 146.

Su condición de norma adscripta es reconocida en sucesivas interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2008a, 2021d). Así, en la causa «Asociación de Abogados Ambientalistas c/ Provincia de Buenos Aires», expresada en su fallo (2008a):

Que la Ley General del Ambiente 25.675, establece en su art. 6° los presupuestos mínimos que el art. 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (arts. 2°, 4° y 8°).

En efecto, la protección del derecho al ambiente en todas sus dimensiones conforma su fin e integra sus enunciados: derechos y deberes, principios adscritos y conexos al principio constitucional, instrumentos de gestión y política ambiental, mecanismos participativos, reglas procesales y de responsabilidad colectiva y un sistema de coordinación interjurisdiccional que establece el procedimiento de implementación de la normativa ambiental. De este modo, el derecho positivo argentino ha contenido a los distintos niveles de gobierno –incluyendo el ejercicio de la función jurisdiccional– en la determinación de los principios ambientales y su contenido, definiéndolos en un texto legal que complementa al plexo constitucional que le sirve de base<sup>103</sup>.

Finalmente, un criterio signa la diferencia entre la norma de derecho fundamental directamente estatuidas y las normas adscriptas. La norma directamente estatuida en el texto constitucional tiene mayor rigidez que las normas adscriptas, ya que estas últimas pueden ser modificadas, derogadas o denunciadas, según corresponda, sin convocar a una reforma constitucional<sup>104</sup>.

## 5. Los principios materiales y principios formales

Alexy distingue entre principios de contenido o materiales y principios formales o procedimentales. Un principio material –que también se puede denominar sustancial– es aquel tipo de principio que ordena la defensa de un derecho individual, o bien la defensa de un bien comunitario. Ambas formas de principio son materiales.

En efecto, mientras los principios materiales tienen por objeto la optimización de contenidos, como, por ejemplo, la vida, libertad de expresión, el mínimo vital, y la protección del medio ambiente<sup>105</sup>, los principios formales se refieren a la organi-

103 Pinto, 2015, p. 307.

104 Quiroga Lavié Benedetti, Cinecacelaya, 2009, p. 570.

105 Alexy, 2014, p. 29.

zación y procedimientos para la defensa y protección de los derechos fundamentales<sup>106</sup>. Se caracterizan porque *el algo* que conforma su mandato de optimización lo es en relación con los derechos fundamentales y por dotar a la autoridad de la competencia optimizadora.

El Estado Constitucional de Derecho se configura conforme los principios formales; la división de poderes, el federalismo y la democracia, entre muchos otros, que representan el compromiso del Estado en el aseguramiento de los derechos fundamentales materiales. A medida que los derechos fundamentales se amplían y requieren más prestaciones, el Estado se reconfigura mediante la optimización de los principios formales.

En efecto, en tanto principios constitucionales, los principios formales también son objeto de optimización en sí mismos para proporcionar en la mayor medida posible los medios para que el Estado y sus autoridades garanticen los principios sustanciales. Cuando de la protección del derecho al ambiente se trata, la reconfiguración supone un Estado ambientalmente orientado.

En el Capítulo 6 se tratan los principios formales en relación con la optimización del principio sustancial de sustentabilidad.

## 6. Reconocimiento y funciones

### 6.1. Un modelo de reglas/principios.

#### Reconocimiento en el CCyC. El diálogo de fuentes

Se identifican tres funciones de los principios de derecho fundamental en el sistema jurídico: en su producción, su interpretación y su integración<sup>107</sup>.

Los principios de derecho fundamental son la fuente para la creación de las reglas adscriptas de derecho fundamental. Esta es la función clave y proviene de la propia definición de principio como mandato de optimización que ordena su realización en la mayor medida posible, esto es, que como norma *prima facie* impele a su realización en normas tipo regla. Esto permite apreciar que la pluralidad de principios en procura de su realización revela una dinámica permanente del sistema jurídico, por lo que este no es *estacionario*, sino que es esencialmente *expansivo*.

La pluralidad de principio deviene de la diversidad de fuentes de las que emanan y el dinamismo de las sucesivas normas adscriptas que los precisan para su realización, labor que en su conjunto se sustenta en la interpretación jurídica.

106 Alexy, 2012, pp. 433-434; y 2002, p. 89.

107 Acosta Alvarado, 2010, p. 202.

Los principios como normas jurídicas y su función en el sistema jurídico son reconocidos en el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>108</sup>. Así, en el artículo 1 del CCyC, dispone: «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. [...]». El artículo 2 del Código Civil y Comercial es explícito en cuanto al significado normativo a alcanzar mediante la interpretación al establecer que «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». Estas normas ponen a la Constitución junto con los tratados de derechos humanos en el centro del sistema jurídico. La ley, o la regla, deberá ser conforme a ellos.

Es en este contexto que el art. 14 del CCyC reconoce expresamente los derechos individuales y de incidencia colectiva, y establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. Norma que se completa con el art. 240 del mismo cuerpo legal.

Se ha observado críticamente estas disposiciones del Código Civil y Comercial diciendo:

Ya hemos consignado que en la Exposición se reconoce que el derecho no solo está en las reglas sino también en principios y valores, pero si vamos al capítulo del derecho ellos no aparecen en la nómina del art. 1º referido precisamente a las «fuentes» sino simplemente en el art. 2º, cuando se habla de la interpretación de la ley. De ese modo, los principios (y valores) solo tendrían una función interpretativa, pero se les desconocería las funciones: integradoras, correctiva y validadora de las reglas<sup>109</sup>.

No se comparte que exista esta limitación: por una parte, el art. 1 es contundente en el reconocimiento de los principios cuando instala como fuentes a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, en tanto los derechos humanos positivizados por la CN son principios de derecho fundamental; por la otra, el art. 2 provoca una apertura en la interpretación de la ley, la que debe hacerse conforme los derechos humanos, los principios y los valores. Que el artículo refiera a la interpretación de

108 Código Civil y Comercial de la Nación comentado, arts. 1, 2 y 3.

109 Vigo citado por Lezcano, 2015, p. 7.

la ley es, nada menos, que establecer que su resultado sea la adscripción de su significado normativo con la Constitución y sus principios. Se expresó que la norma adscripta es una norma *conforme a derecho* de la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la identifica. Por lo que estos artículos tienen una estrecha conexión y establecen definitivamente un modelo de reglas/principios en el sistema jurídico argentino.

En efecto, como señala Gil Domínguez, los originales códigos civil y comercial, de cuño decimonónico, eran portadores de una concepción que limitaba los criterios de interpretación a lo gramatical, histórico y teleológico, los cuales no tenían ninguna clase de vinculación normativa con la Constitución o los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, por cuanto dichas normas carecían de fuerza normativa para perforar la endogamia circular que proponían «los Códigos». Para completar:

El art. 2 del Código Civil y Comercial refleja este cambio de paradigma en los sistemas de aplicación e interpretación. La coherencia que exige como pauta de interpretación está basada en la inexcusable remisión a los principios constitucionales y convencionales. Las palabras, las finalidades, las leyes que se apliquen deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional. La aplicación del Código Civil y Comercial responde a una racionalidad menos apegada a las verdades terminantes y más proyectadas a las verdades consensuadas y ponderadas<sup>110</sup>.

Sobre la trascendencia de este modelo, Cafferatta, en un intenso comentario sobre la constitucionalización del derecho privado, expresa que el artículo 1° del Código Civil y Comercial, al reconocer fuerza normativa a la Constitución, no solo unifica la materia Civil y Comercial (Derecho Privado), sino que también establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina<sup>111</sup>.

La nueva concepción adopta el «diálogo de fuentes» como figura interpretativa y de aplicación. Berizonce, luego de señalar que la doctrina alemana pergeñó este concepto, expresa que es «metafóricamente una actitud que se requiere del intérprete para armonizar las diversas fuentes jurígenas, con la finalidad última de tornar operativos los derechos y garantías»<sup>112</sup>.

Sobre la proporcionalidad y su relación con el diálogo de fuentes, explica Cafferatta que esta es la base del juicio de ponderación, que debe implementar el juez

110 Gil Domínguez, 2016, p. 57.

111 Cafferatta, 2014.

112 Berizonce, 2015, p. 175.

en los llamados «casos difíciles», siendo un método de razonamiento, interpretación hermenéutica y aplicación de las normas «reflejo de una lectura “horizontal” o “transversal” del derecho», que exige del operador jurídico una labor de conjugación, armonía, coordinación, compatibilización, de derechos, intereses, leyes (reglas), y de principios y valores en juego<sup>113</sup>.

Lorenzetti señala la incidencia del diálogo de fuentes sobre la coherencia del sistema jurídico:

[...] en el siglo XIX, en el que el legislador diseñaba un código con reglas jurídicas armonizadas entre sí, la coherencia del sistema era *a priori*. Hoy, la coherencia es *a posteriori* y ya no es obra del legislador, sino del juez, quien debe decidir un caso tomando en cuenta diversas normas ubicadas en diversas fuentes que debe hacer «dialogar»<sup>114</sup>.

En el Derecho ambiental, ninguna autoridad está excluida de este proceso interpretativo, en el que la optimización de los principios representa el nuevo paradigma del sistema jurídico y que tiene en la Constitución y los tratados de derecho humanos la imagen misma del sistema.

En efecto, el sistema jurídico ambiental argentino se sustenta en el modelo de reglas/principios. Debe destacarse que el reconocimiento normativo de los principios de derecho ambiental es anterior a la reforma del CCyC de la Nación. La LGA consolida en sus enunciados ese modelo, incluso establece la función estructuradora de estos.

Así, la función estructuradora está expresa en la Ley 25675 General del Ambiente (LGA), cuando al enunciar los principios ambientales, dispone que la interpretación y aplicación de la ley y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estará sujeta al cumplimiento de los principios que enumera (art. 4), indicando que los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la ley (art. 5).

El artículo 5 de la LGA responde al deber tutelar consagrado en la cláusula constitucional y proyecta a todas las funciones del Estado la acción transformadora de los principios del derecho fundamental al ambiente. Un encadenamiento de normas adscriptas, de reglas y principios, configuran el sistema jurídico ambiental.

113 Cafferatta, 2022a.

114 Lorenzetti, 2010a, p. 63.

Al respecto, en la causa Fernández (CSJN, 2019h), la Corte ha dicho:

En este contexto, se destaca que, por el art. 4° de dicha ley, el principio de congruencia, el principio de prevención, el principio precautorio, y el principio de sustentabilidad, para resaltar, algunos de los más relevantes, entre otros, constituyen el armazón estructural de la regulación de la especialidad, no debiendo el juez perder de vista la aplicación de los mismos, que informan todo el sistema de derecho ambiental, aun en cuestiones de competencia.

Lo concerniente al derecho al ambiente como principio de derecho fundamental es el objeto del tratamiento propuesto y se despliega a partir del Capítulo 3.

## 6.2. La relación entre principios y valores

Los valores y los principios también son objeto de confusión. Los valores responden a lo que es bueno o, mejor, digno para el ser humano; mientras que los principios son propios del *deber ser*, entrañan un mandato. Sin embargo, su relación es íntima: los valores requieren de ponderación, solo así puede determinarse qué es lo mejor; los principios jurídicos, a su vez, cuando colisionan entre sí, requerirán de la ponderación para determinar el principio aplicable.

Resulta así que la diferencia entre principios y valores tiene una naturaleza cualitativa, que se vincula con su carácter axiológico o deontológico: «Lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*»<sup>115</sup>.

En *El concepto y validez del derecho*, Alexy explica:

La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un estatus axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico<sup>116</sup>.

115 Alexy, 2012, p. 125.

116 Alexy, 2004, p. 164.

Ante esto, interesa indagar el significado que se da a los valores jurídicos en el art. 2 del CCyC como criterio de interpretación. Lorenzetti comenta que los valores cumplen algunas funciones: en el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores; en el campo argumentativo, pueden ser contenido de los principios, en tanto estos contienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores; en otros casos el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, manda a hacer algo en la mayor medida posible). Concluye explicando que «esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro»<sup>117</sup>.

Se resalta la consustancialidad entre principios y valores, destacando el aporte que suministran a la argumentación jurídica como fundamento de la decisión. Los principios están dotados de una estructura normativa en la que el *deber ser* los distingue de los valores, pero estos valores fundamentan los derechos humanos que al ser reconocidos devienen en derechos fundamentales. Así, la solidaridad es el valor que fundamenta a los derechos humanos de segunda generación; cuando esos derechos reciben positivización constitucional, comunican ese valor a los principios, a través de los cuales se aplican en el mundo del *deber ser*. Una sutil diferencia de ropaje establece la diferencia, en palabras de Alexy. Reconocer ese valor subyacente a los derechos posibilita sopesar los principios, cooperando en la asignación de la precedencia de un principio sobre otro.

Bernal Pulido expresa esta relación desde una perspectiva histórica cuando sostiene que es innegable que los derechos fundamentales representan una institucionalización en el sistema jurídico de los valores de la teleología o de los principios que aparecen en la moral en forma de derechos humanos. Esta tesis puede fundamentarse no solo desde un punto de vista filosófico jurídico, sino también, histórico. Los conceptos de libertad, igualdad, participación política o mínimo existencial se propusieron y se configuraron primero en el ámbito de la filosofía política y moral, como elementos de lo bueno y como objeto de los derechos humanos, antes de que se institucionalizaran en la Constitución<sup>118</sup>.

Desde la perspectiva de los principios, como pueden ser más o menos abstractos, se observa que mientras más abstractos son, mayor semejanza tienen con los valores<sup>119</sup>. Esto se aprecia con el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos, reconocido en el art. 9º del CCC, principio que, como expresa Cafferatta: es «el faro que ilumina todo el derecho» y elemento clave para el ejercicio del derecho ambiental, tal

117 Lorenzetti, 2014, p 39.

118 Bernal Pulido, 2007a, p. 287.

119 Alexy, 2022b, p. 211.

como lo enuncia el Principio 27 de la Declaración de Río 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable<sup>120</sup>.

La solidaridad intra e intergeneracional, como se analiza en el Capítulo 3, es el valor ínsito en el derecho al ambiente, valor que comunica su peso al principio constitucional de sustentabilidad.

Por su parte, valores tales como afianzar la justicia o la unión nacional, entre otros expresados en el Preámbulo de la Constitución Nacional, sustentan los principios formales organizativos del Estado argentino.

### 6.3. Distinción con los principios generales del derecho (PGD)

La relación entre principios de derecho fundamental y principios generales del derecho (PGD) genera confusiones interpretativas, por lo que, dada la gran tradición de estos, tiene importancia distinguirlos para evitar equívocos.

En relación con ellos, es clásica la descripción que realiza Busso al comentar el art. 16 del código velezano:

[...] hay principios generales de una institución jurídica dada, de varias instituciones jurídicas afines, de una determinada parte del derecho privado (civil o comercial) o de una parte del derecho público (constitucional, administrativo, internacional, eclesiástico, etc.), de todo el derecho privado o de todo el derecho público y finalmente de todo el derecho positivo sin distinción alguna. A estos últimos hay que recurrir cuando no sean suficientes los otros menos generales<sup>121</sup>.

Los principios generales del derecho son principios implícitos, una consecuencia de un proceso de integración del derecho. Estos principios no están en una disposición en particular, sino que «ellos se desprenden de la conjunción y el análisis de varios enunciados provenientes de otras fuentes o de la construcción de normas sin partir de disposición alguna gracias a la indagación de la razón de ser (ratio) y el fundamento del ordenamiento jurídico o de parte de él»<sup>122</sup>. Es decir, su fuente son los propios cuerpos normativos legales, de los cuales se inducen o infieren; así, por ejemplo, si en materia de residuos peligrosos se establecen reglas sobre la trazabilidad de la vida de estos desde la generación hasta su disposición final, con la implementación de un manifiesto que acompaña y certifica cada etapa, se induce el principio de regulación integral o, en su expresión popular, «de la cuna a la tumba».

120 Cafferatta, 2021.

121 Busso, 1944, p. 155.

122 Acosta Alvarado, 2010, p. 201.

Una interpretación diferente resulta si se observa el fundamento de este régimen, de las razones que dieron origen a las reglas que regulan las obligaciones de los generadores, transportista y operadores de residuos peligrosos, estableciendo límites en el ejercicio de derechos constitucionales. La respuesta no es compleja, las reglas del régimen de residuos peligrosos responden al deber constitucional que ordena proteger al ambiente. La fuente entonces es la Constitución, y no se induce, sino que proviene del principio que ordena la mayor realización de la prevención. La omisión de regular el transporte de residuos peligrosos afectaría el derecho constitucional por desprotección.

Entonces, desde esta perspectiva, se distinguen los principios cuya fuente son los cuerpos legales, que aportan a la interpretación de un régimen legal, y los principios que tienen como fuente a la Constitución. Estos últimos, en tanto mandatos, establecen el deber ser de los derechos reconocidos y califican como *principios de derecho fundamental*.

La esencia de la distinción devela que, en el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución irrumpe como fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no solo como fuente de las fuentes. Se expresa al respecto:

[...] de una dinámica en la cual los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución adquirirían fuerza en tanto eran desarrollados por la ley, se pasa a una relación de subordinación en donde –en palabras de Susanna Pozzolo– la ley opera como un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas<sup>123</sup>.

Se cambia el paradigma decimonónico del Estado Legal de Derecho al modificarse las bases del sistema de fuentes, su teoría constitucional y del derecho. Aparece así un tipo de principio con una especial jerarquía normativa, que incide en las condiciones y funciones del sistema jurídico.

Una evidencia de esta transformación es que el Código Civil velezano, en el art. 16, preveía los principios generales del derecho como fuente, consideración que la reforma en el CCyC ha suprimido.

Esborraz critica esta supresión, que conduciría «al cierre del ordenamiento jurídico argentino sobre sí mismo»<sup>124</sup>. Entiende que la Comisión Redactora del CCyC habría seguido la teoría de Robert Alexy, no advirtiendo que los principios generales del derecho proyectan al sistema jurídico en tanto conjunto de conceptos, principios, reglas, instituciones y normas armónicamente enlazados entre sí, un rasgo caracterizante de la tradición jurídica romanista<sup>125</sup>.

123 Núñez Leiva, 2016.

124 Esborraz, 2015, p. 60.

125 Esborraz, 2015, p. 53.

No se comparte que la supresión realizada por el CCyC haya excluido los PGD, en tanto ellos se inducen de los cuerpos legales conservando su función interpretativa; incluso, alcanzan función normativa cuando son enunciados expresamente por el propio ordenamiento jurídico. Lejos de conducir al cierre del ordenamiento jurídico argentino sobre sí mismo, provoca una apertura de este.

## 7. La irradiación normativa: eficacia vertical y horizontal (*Drittwirkung*)

La concepción tradicional de los derechos fundamentales tiene que ver con la posibilidad de reclamar su defensa frente a las actuaciones del Estado, siendo esta la denominada *eficacia vertical*.

Más novedosa es la eficacia horizontal que alude a los efectos entre particulares, a su salvaguarda cuando las actuaciones lesivas provienen de agentes privados. En palabras de Alexy: «Actualmente se acepta en general que las normas *iusfundamentales* influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto entre terceros o un efecto horizontal»<sup>126</sup>.

En el marco de la evolución de los derechos, Anzures Gurría explica que, si la noción actual de los derechos fundamentales se da en el marco de un Estado social de derecho, se deduce que su vigencia surte efectos no solo en las relaciones verticales (del particular con el Estado), sino también en las relaciones sociales, y que el Estado debe garantizarlos<sup>127</sup>.

Por eso, en relación con el sistema jurídico argentino, Cafferatta dice que:

[...] el gran cambio que consagra este Código [Civil y Comercial] es la intervención de las normas constitucionales en las relaciones entre los particulares (conforme a la doctrina que los alemanes llaman *drittwirkung*, del objeto horizontal o entre particulares de las garantías constitucionales). Para este Código Civil y Comercial, las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales (artículos 1 y 2) tienen también eficacia en el dominio de las relaciones entre particulares<sup>128</sup>.

Así, el Código Civil y Comercial recepta este efecto cuando, entre otros institutos, regula la función preventiva del daño, estableciendo el deber de toda persona

126 Alexy, 2012, p. 468. Alexy identifica en la causa *Lüth*, fallada en el año 1958 por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el reconocimiento del efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico. Alexy, 2009.

127 Anzures Gurría, 2010, p. 9.

128 Cafferatta, 2015b.

de evitar el daño no justificado (art. 1710), para luego regular su garantía con la acción preventiva (arts. 1711-1713). El deber genérico de prevención del daño impuesto enmarca de modo certero el principio de prevención contenido en el art. 4 de la Ley 25675<sup>129</sup>, pero su sustento constitucional es el deber de preservar que se impone a todo habitante en el art. 41, primer párrafo, de la CN. Deber que irradia a todas las relaciones entre particulares.

Las normas civiles instrumentan la función judicial hacia la protección efectiva a los derechos fundamentales frente a violaciones cometidas por sujetos privados, que cobran singular importancia para el derecho ambiental cuando se trata de prevenir el daño. En el derecho argentino, la acción de amparo tiene este amplio criterio protector, ya frente al Estado, ya frente a particulares.

Al respecto, Kemelmajer señala la consecuencia procesal del efecto horizontal:

Piénsese en lo siguiente: si las garantías constitucionales también tienen efectos horizontales, los instrumentos procesales que protegen esas garantías también deben estar al servicio de las garantías individuales que los particulares tienen unos frente a los otros. Abrimos la vía del amparo no solo contra actos del gobierno, sino también contra actos de los particulares. En este aspecto de la cuestión, la Provincia de Mendoza ha sido pionera. Nuestra ley de amparo siempre admitió que el amparo procede también contra los actos de los particulares<sup>130</sup>.

Arroyo Cisneros señala la importancia político-social de este cambio:

La *Drittwirkung* implica pues una eficacia *inter privatos*, o sea, que se hace cargo del tráfico jurídico privado, que por mucho tiempo ha quedado fuera de la protección constitucional. Y es que los poderes fácticos, poderes salvajes del mercado, grupos de interés, grupos de presión o factores reales de poder han logrado por siglos salir *avantes* de sus propias transgresiones a la vida social. La nueva dimensión de los derechos fundamentales va en el sentido de propiciar mecanismos de defensa acordes con un Estado ciudadanizado y con el empoderamiento de la sociedad civil organizada<sup>131</sup>.

Este efecto es gravitante en el derecho al ambiente. Kemelmajer, tratando el efecto horizontal y su repercusión en el derecho de daños, ejemplifica sobre los derechos al consumidor y los derechos al medio ambiente incorporados en la reforma consti-

129 Lorenzetti, 2018.

130 Kemelmajer de Carlucci, 2003.

131 Arroyo Cisneros, 2015, p. 228.

tucional de 1994, se pregunta: ¿a quiénes se oponen?, ¿contra quién se hacen valer?, respondiendo que se oponen a las empresas contaminadoras, a las que producen productos defectuosos, etcétera. Así, derechos que aparecían en el ámbito de la legalidad ascienden al derecho constitucional<sup>132</sup>.

Corresponde a Sozzo un profundo estudio sobre la «ecologización» del derecho privado, en el que considera que el CCyC incorpora la racionalidad constitucional en la interpretación jurídica, cuestión que no era evidente en cuanto se pensaba que la Constitución estaba limitada al derecho público. Este «giro ecológico» se manifiesta en el art. 1 del CCyC, que ubica a la Constitución como fuente normativa, borrando las fronteras de lo público y lo privado. El rediseño se realizó reescribiendo las instituciones fundamentales del dispositivo del derecho privado –la propiedad, el contrato, la responsabilidad, la teoría de los bienes y el ejercicio de los derechos– a partir de la premisa de reconocer la necesidad de que funcionen –además– en el sentido de proteger la naturaleza<sup>133</sup>. El empleo de conceptos de cuño constitucional por el CCyC es otra evidencia de la constitucionalización del derecho privado. Aludir a los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 7); establecer la categoría de los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240); el concepto de comunidades indígenas (art. 18); la expresión garantía constitucional de igualdad (art. 1098), entre otros, tienen una conexión inequívoca con la Constitución<sup>134</sup>.

Por ello, Kemelmajer sostiene que: «El derecho ambiental es horizontal; hace un corte transversal entre todas las disciplinas clásicas del derecho, entre las que se solapa y penetra. Es, por ello, un derecho invasor»<sup>135</sup>.

Por su parte, Peña Chacón lo fundamenta desde los derechos humanos:

El derecho ambiental, como parte de los derechos humanos de la tercera generación, tiene un carácter transversal. Esto implica que sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan el entero ordenamiento jurídico<sup>136</sup>.

Finalmente, Martín destaca la consecuencia de este efecto sobre el régimen de los recursos naturales, sosteniendo que a partir del art. 41 CN todos los recursos naturales quedan impregnados por sus principios. La doctrina –dice– ha puesto de relieve el efecto jurídico reestructurante que estos principios ambientales tienen sobre el

132 Kemelmajer de Carlucci, 2001.

133 Sozzo, 2019, p. 25.

134 Sozzo, 2019, pp. 104-105.

135 Kemelmajer de Carlucci, 2006, p. 12.

136 Peña Chacón, 2004.

sistema normativo en su conjunto, en particular, por ejemplo, el carácter reestructurante que el principio de sustentabilidad tiene sobre el régimen dominial<sup>137</sup>.

En síntesis, como expresa Martín, el derecho al ambiente tiene un notable efecto reestructurante del sistema jurídico, efecto que se corresponde con lo que sostiene Peña Chacón cuando lo vincula con los derechos de tercera generación. Surge entonces que la irradiación normativa, horizontal y vertical, propia de los derechos fundamentales, adquiere en estos derechos, particularmente, con el derecho al ambiente, una acción reconfiguradora del Estado que requiere respuestas normativas y fácticas para su realización. El análisis de la estructura operativa del derecho al ambiente –Capítulo 4– hará evidente la necesaria configuración del Estado Ambiental de Derecho, como se analiza en el Capítulo 6.

## 8. Derechos humanos y derechos fundamentales.

### La apertura constitucional

Expresa Alexy que «con frecuencia se dice que existe una estrecha conexión entre derechos humanos y organización del Estado y difícilmente se duda de ello»<sup>138</sup>.

La relación entre los derechos humanos con los derechos fundamentales es estrecha, sin embargo, aquellos tienen una naturaleza particular, conectada directamente con los valores, que exige ser indagada para alcanzar una adecuada interpretación de su importancia en la modelación del Estado Constitucional de Derecho. La evolución de este último y la apertura constitucional que supone torna difusa su diferenciación, pero resulta conveniente para entender esa vinculación.

Al respecto, García Jaramillo expresa:

Los derechos humanos constituyen la base del ordenamiento normativo de la sociedad. Son derechos morales debido a su especial importancia. Los derechos humanos también tienen una doble naturaleza: la real al momento de su positivización, y la ideal que existe de manera independiente a este hecho<sup>139</sup>.

Para Alexy, los derechos humanos son derechos morales en tanto son derechos *fundamentales* frente a todos, requiriendo del Estado como instancia común para su cumplimiento. Explica la importancia de su positivización:

137 Martín, 2010, p. 39.

138 Alexy, 2000, p. 21.

139 García Jaramillo, 2015.

El argumento expuesto hasta ahora se basa en la existencia y en el carácter de los derechos humanos, así como en la premisa de que la validez moral por sí sola, aun tratándose de derechos humanos, no siempre garantiza un comportamiento respectivo por parte de todos. Este es el principal argumento de la transformación de derechos humanos en derecho positivo<sup>140</sup>.

En consecuencia, en el pensamiento de Alexy, los derechos humanos son derechos morales, nutridos de valores, que una vez positivizados dan origen a los derechos fundamentales, porque los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalmente protegidos<sup>141</sup>.

García Jaramillo continúa explicando que: «La positivización de los derechos humanos, es decir su transformación en derechos fundamentales, constituye el esfuerzo por articular las dimensiones real e ideal del derecho»<sup>142</sup>. La transformación resulta de su positivización constitucional.

Sánchez Sánchez, citado por Pinto y Andino, lo expresa así:

[...] por una parte, la facultad o poder de disposición que le corresponde a una persona respecto de una cosa y/o frente a otras personas, y que puede esgrimirse frente a los tribunales para su protección; y, por otra parte, que esa facultad que detenta el sujeto la tiene precisamente por su condición de ser humano. Cada uno de estos aspectos –en caso de que no se presenten simultáneamente– afecta a un plano distinto de la prerrogativa; el primero al de la eficacia y el segundo al de la fundamentación<sup>143</sup>.

Así, hay una doble validez, la validez moral de los derechos humanos que radica en su corrección, y la validez de los derechos constitucionales que radica en su positivización.

La reforma constitucional de 1994, en el art. 75 inc. 22, confiere jerarquía constitucional a once tratados y declaraciones sobre derechos humanos y prescribe que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Además, admite la jerarquización de otros tratados de derechos humanos a través de un procedimiento legislativo con mayorías calificadas. Bidart Campos califica este dispositivo normativo como bloque de constitucionalidad federal (BCF)<sup>144</sup>, que está conformado por la constitución formal y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que integran el art. 75 inc. 22.

140 Alexy, 2000, p. 32.

141 Guibourg, 2008.

142 García Jaramillo, 2015.

143 Pinto y Andino, 2016, p. 4.

144 Bidart Campos, 2005b, p. 412.

De esta forma, como señala Amaya, el principio de supremacía constitucional en la Argentina tiene en su cúspide una doble fuente (interna e internacional): la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que recibieron jerarquía constitucional con la reforma constitucional, o aquellos que el Poder Legislativo le otorgó u otorgue en el futuro dicha jerarquía a través del procedimiento legislativo de ratificación con mayoría calificada<sup>145</sup>.

Ello ha provocado una profunda transformación del sistema jurídico en casi todas sus ramas. La Corte Suprema de la Nación considera que hay una plena compatibilidad entre la primera parte de la Constitución Nacional y los once Tratados sobre Derechos Humanos a los que el Constituyente de 1994 dio reconocimiento en el art. 75 inc. 22<sup>146</sup>.

En la causa Simón (2005b), la CSJN expresa que:

La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes, que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones.

Este fallo considera la positivización constitucional de los derechos humanos y con ello su reconocimiento como principios de derecho fundamental del sistema jurídico argentino.

La CSJN, en el mismo fallo, da un paso más cuando reconoce las pautas interpretativas de los Tratados Internacionales establecidas por los tribunales y organismos internacionales: «Las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana» y «la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana [...] al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales».

Esta doctrina se ha ido profundizando en posteriores pronunciamientos, como lo identifica Santiago: «Al resolver en el año 2013 el caso Carranza Latrabusse establecerá el carácter vinculante no sólo de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, sino también de las recomendaciones de la Comisión IDH. Este criterio será reiterado en el año 2014 al resolver el caso Arrillaga, Alfredo Manuel»<sup>147</sup>.

145 Amaya, 2015, pp. 361-362.

146 Santiago, 2016, p. 5.

147 Santiago, 2016.

Entonces este conjunto normativo o bloque de constitucionalidad se integra, además, por las Opiniones Consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>148</sup>.

Así, Pizzolo<sup>149</sup> define al sistema jurídico general como un sistema de «normas interconectadas», en el que concurre una protección multinivel o por niveles, en este caso –por cierto, el más emblemático– de los derechos humanos. Se trata de diversas capas de protección que se insertan o, si se quiere, se van acumulando a la protección ya prevista en el derecho nacional. En ello, esencialmente, consiste el pluralismo jurídico.

Esto tiene profunda incidencia en el sistema jurídico de la sustentabilidad si se considera, por ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva OC-23/17 afirmó que el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal y es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, y que «como derecho autónomo» protege los componentes del ambiente en sí mismos, tales como bosques, mares, ríos y otros, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Esta definición es importante, en cuanto la protección del ambiente no está supeditada a la incidencia sobre otros derechos.

Este proceso, con multiplicidad de fuentes jurídicas, requiere del diálogo de fuentes, que supone un método de razonamiento y de aplicación de las normas, reflejo de una lectura horizontal o transversal del derecho, que servirá para resolver de manera ponderada, los casos complejos o difíciles, de base interdisciplinaria<sup>150</sup>.

El Código Civil y Comercial argentino consolida este proceso cuando establece en el art. 1 que: «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», estableciendo la apertura y la pluralidad jurídica.

De lo que resulta que el Estado de Derecho se reconfigura al compás de la evolución de los derechos humanos: desde los derechos de defensa de las libertades del individuo que exigían la no injerencia de los poderes públicos en su vida privada; pasando a los derechos de segunda generación, sociales, culturales y económicos, que se caracterizan por obligar al Estado a hacer algo; hasta arribar a una tercera generación de derechos dotados del valor solidaridad comprensivo del género humano o los grupos colectivos, en el que la «apertura constitucional» se impone para aceptar los marcos tutelares de la comunidad internacional.

Una evolución en la consideración de los valores de la dignidad humana conforma el periplo evolutivo de los derechos humanos y, en particular, del derecho al ambiente. De la dignidad humana individualmente considerada a la solidaridad intra e intergeneracional como valor colectivo. Así, como hito relevante en este proceso, la

148 Basterra, 2016.

149 Pizzolo, 2015, p. 1.

150 Cafferatta, 2022a.

Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de julio de 2022, reconoció el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano, y exhortó a todos los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas con el fin de intensificar los esfuerzos para garantizar un medio ambiente limpio, saludable y sostenible para todos<sup>151</sup>.

Sobre esa íntima relación entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, en referencia al derecho al ambiente, Bidart Campos, comentando el art. 41 CN, expresa:

Es una norma nueva que da acogimiento a una materia que antes de la reforma era susceptible de ubicarse por igual en dos ámbitos: en el de los derechos de la tercera generación, y en el de los llamados intereses difusos, o intereses colectivos, o intereses de pertenencia difusa. El art. 33 sobre derechos implícitos les servía de base. Ahora, bien se lo puede ubicar entre los derechos humanos fundamentales<sup>152</sup>.

Así, el derecho al ambiente es un derecho humano fundamentalizado por su positivización en la CN.

La moral fundamenta los derechos humanos, los que reciben normatividad jurídica cuando son constitucionalmente reconocidos, siendo estos derechos humanos positivizados a los que se calificará como principios de derecho fundamental.

---

151 Naciones Unidas, Asamblea General, 2022.

152 Bidart Campos, 2005a, p. 84.

## CAPÍTULO 2

# EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS

### 1. El principio de proporcionalidad como método y garantía constitucional

Establecido que el sistema jurídico argentino se integra por normas tipo regla y normas tipo principio, y que los principios de derecho fundamental son mandatos de optimización, corresponde tratar cómo se aplican estos cuando se produce una colisión entre derechos fundamentales.

La colisión entre derecho es una especie de los conflictos normativos, que tiene lugar cuando la contradicción no es entre normas tipo regla sino entre principios<sup>153</sup>. Así, se observa que, en procura de su mayor realización, los principios entran en colisión con otros derechos fundamentales; este tipo de conflicto puede suceder entre derechos individuales, como la libertad de expresión y el derecho al honor, o entre derechos individuales y colectivos, como el derecho de propiedad o a la industria lícita y el derecho al ambiente, y entre derechos colectivos.

Sobre cómo resolver estas colisiones, Guastini explica por qué no procede aplicar los criterios clásicos de resolución de conflicto entre reglas:

Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos. No se

---

153 Para Alexy, un conflicto entre reglas refiere a una cuestión de validez, por lo que se busca establecer qué normas están dentro o fuera del orden jurídico. Mientras que el concepto de colisión sirve para designar un problema dentro del orden jurídico, pues en caso de un enfrentamiento, los principios mantienen su validez, solamente se modifica su aplicabilidad. Huerta Ochoa, 2017, p. 170.

puede utilizar el criterio «lex posterior», porque los dos principios son coetáneos. No se puede emplear el criterio «lex superior», porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio «lex specialis», porque las dos clases de hechos regulados por los dos principios se entrecruzan<sup>154</sup>.

Se expresa por ello que, a partir de la doctrina de Alexy, ha cobrado relevancia la idea de que los derechos y libertades pueden colisionar, y que la forma de solucionar esta clase de problemas es acudiendo a la proporcionalidad y a la ponderación entre los derechos en conflicto<sup>155</sup>, siendo este el mayor aporte de la teoría de los principios.

El principio de proporcionalidad es un método o un procedimiento de resolución de la colisión entre principios. Está integrado por etapas que examinan las posibilidades fácticas y jurídicas del caso. Cada una de estas etapas es precedida por las máximas parciales o subprincipios de la proporcionalidad. Es claro, entonces, que la proporcionalidad no es un principio sustantivo de derecho fundamental, es un método o un procedimiento, cuya importancia deviene en que los principios no pueden realizarse sin recurrir a él.

Sobre su calificación como principio, Alexy explica, en la nota 84 de la *Teoría de los derechos fundamentales*, su distinción respecto a los principios de derecho fundamental:

La máxima de proporcionalidad suele ser llamada «principio de proporcionalidad». Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tenga precedencia y otras no. Lo que se pregunta es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas<sup>156</sup>.

Así, la proporcionalidad es un método de resolución de la colisión entre principios de derecho fundamental, integrado por exámenes parciales que, al final de su secuencia procedimental, establecerá el principio precedente en el caso.

Sin embargo, su función como garantía constitucional es apreciable, y para visualizarlo es muy útil el pensamiento de Saggese cuando analiza si la razonabilidad es un principio, para considerar que, más que un principio propiamente dicho, constituye una garantía, que se traduce en una exigencia para la validez y aplicación de las

154 Guastini, 2007, p. 636

155 Sánchez Gil, 2017.

156 Alexy, 2012, p. 92.

normas, y que junto con la legalidad conforman la garantía fundamental del Estado de Derecho<sup>157</sup>.

Clérico, en el mismo sentido, explica que la validez y el rango constitucional del mandato de proporcionalidad en sentido amplio ha sido reconocido con múltiples argumentos, entre ellos, el argumento del Estado de Derecho, de la esencia de los derechos fundamentales y de la Justicia<sup>158</sup>. Por lo que conforme lo expresado por Saggese se puede argumentar que la proporcionalidad es uno de los sentidos del principio de razonabilidad constitucional.

En esta misma dirección, el Tribunal Constitucional español le ha otorgado la dimensión de auténtico principio constitucional<sup>159</sup>. Una interpretación más amplia proviene de Klatt y Meister, quienes, por la vinculación con los derechos constitucionales, justifican que se considere a la proporcionalidad como principio constitucional universal<sup>160</sup>.

En síntesis, la proporcionalidad es una técnica procedimental, un método de argumentación jurídica, dotada de una estructura lógico-analítica, que, por su objeto en la realización de los derechos fundamentales, es una garantía de estos, adquiriendo la condición de principio del Estado de Derecho.

En cuanto a la terminología a aplicar, se distinguirá entre colisión de principios y conflicto de reglas, denotando la diferencia de métodos que corresponde aplicar a la resolución de diferentes tipos de conflictos normativos. Respecto a la proporcionalidad, se utilizarán, además del término principio, las denominaciones de *método*, *test*, *máxima* o *procedimiento*.

## 2. Proporcionalidad y razonabilidad

### 2.1. Evolución y migración global de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene sus raíces en el derecho prusiano de policía, en donde la proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual. El Tribunal Superior Administrativo de Prusia (*preussisches OVG*) acuñó el concepto de «prohibición de exceso» como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía<sup>161</sup>.

La proporcionalidad como límite se aplicaba solo al Poder Ejecutivo, el Poder Le-

157 Saggese, 2010, p. 49.

158 Clérico, 2016, p. 27.

159 Chano Regaña, 2022, p. 245.

160 Klatt y Meister, 2017.

161 Arnold, Martínez Estay y Zúñiga Urbina, 2012, p. 67.

gislativo estaba exento, ya que de él provenía toda la legalidad. El Estado de Derecho era concebido en un sentido formal, basado en el principio de legalidad y no en el de constitucionalidad.

Esto cambia con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuando el Tribunal Constitucional Federal (TCF) desarrolló el concepto de la proporcionalidad como un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del Estado de Derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos<sup>162</sup>.

Esta última etapa no se divorcia de la idea de límite a los excesos, pero la novedad reside en que el principio de proporcionalidad cobra centralidad en la teoría del derecho en la que los principios se integran al sistema normativo, requiriendo de una especial forma de decisión cuando colisionan entre ellos.

Alexy, cuando explica la estructura de la ponderación en Alemania, la enmarca en la proporcionalidad:

En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización<sup>163</sup>.

Bernal Pulido subraya la migración del principio de proporcionalidad desde el derecho administrativo al derecho constitucional, parte de reconocer también su génesis en el derecho prusiano de policía, para resaltar su expansión al continente europeo donde se consagra como un principio general del derecho administrativo. Sí –afirma–, la proporcionalidad antes de consagrarse como una técnica del control de constitucional fue un principio del derecho administrativo. Recién en 1958, el Tribunal Federal Constitucional alemán inaugura el empleo de la doctrina de la proporcionalidad como piedra angular del control de constitucionalidad. Luego de ello, la proporcionalidad migró al derecho comunitario europeo y al derecho europeo de los derechos humanos, para escalar finalmente al derecho constitucional nacional de los países europeos<sup>164</sup>.

Klatt y Meister describen «la marcha triunfal» del principio de proporcionalidad y de su ubicuidad en el derecho, por su recepción, además de los países europeos, en Canadá, Nueva Zelanda, Israel, Latinoamérica, Sudáfrica, por lo que no dudan en identificarlo –como se expresó *supra*– como un elemento del constitucionalismo global, como un principio constitucional universal<sup>165</sup>.

162 Arnold et al., 2012, pp. 67-68.

163 Alexy, 2009c.

164 Bernal Pulido, 2018, pp. 208- 217.

165 Klatt y Meister, 2017, p. 8.

Respecto al derecho español, Sapag<sup>166</sup> comenta que el principio de proporcionalidad comienza a manifestarse a mediados del siglo **xx** como una herramienta de control de la discrecionalidad administrativa; empero, el principio se aplicaba de un modo impreciso y asistemático: no será sino hacia fines de siglo cuando el Tribunal Constitucional adoptará la estructura de los tres subprincipios proveniente del derecho alemán.

## **2.2. Razonabilidad, proporcionalidad y armonización en el sistema jurídico argentino**

Se expresa que la razonabilidad se encuentra implícita en los artículos 28 y 33; 16, 17 y en el Preámbulo de la CN, y que la interpretación de dichos artículos permite deducir que los derechos se ejercen según las leyes que reglamentan su ejercicio y que esas reglamentaciones encuentran su límite en la razonabilidad, a los fines de evitar que se restrinja demasiado el derecho, desvirtuándolo o privándolo de contenido<sup>167</sup>. Pero esta es una interpretación limitada de la razonabilidad, ya que decidir solo y únicamente acorde a la ley se aleja de las exigencias actuales del derecho, y de las necesidades de los justiciables en un Estado de derecho constitucionalizado<sup>168</sup>.

Es así, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria ha ido variando, y en ese proceso la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha invalidado pronunciamientos por no ser «una derivación razonada del derecho vigente» (nótese que dice derecho en lugar de ley)<sup>169</sup> o por no responder a un «juicio de ponderación razonable» o por no «ponderar concretamente la intensidad de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad». Los precedentes de la CSJN son de tal importancia que se trata en forma especial en el Capítulo 7.

La conexión entre la ponderación y la razonabilidad se alcanza atendiendo a la evolución del sistema jurídico. Kemelmajer señala que, desde la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), la razonabilidad «en la interpretación y aplicación del derecho atraviesa una buena parte del Cód. Civ. y Com.»<sup>170</sup>. El art. 3 establece este mandato con el siguiente enunciado: «Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada». El significado normativo del principio formal de razonabilidad ordena decisiones fundadas. Se entiende que la razonabilidad impone el

166 Sapag, 2008, p. 172. En el mismo sentido, Bernal Pulido, 2007a, p. 277.

167 Soriano Zothner, 2018.

168 Ruhl, 2021.

169 Ruhl, 2021.

170 Kemelmajer de Carlucci, 2019.

deber de seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial<sup>171</sup>; por lo que una decisión razonable se expone mediante argumentos, ya que, como expresa Guibourg, «argumentar, desde luego, es dar razones»<sup>172</sup>.

De tal manera, la interpretación de un enunciado se identifica con la argumentación, dado que el significado elegido como correcto para resolver ha de ser justificado<sup>173</sup>. La decisión judicial implica una doble tarea: la de buscar la solución del caso planteado a la luz del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, la de justificar la decisión adoptada ante las partes, los tribunales superiores y la sociedad. En este sentido, justificar quiere decir dar las razones por las cuales se decidió de una manera determinada y no de otra. Por lo tanto, en todo proceso de aplicación del derecho se desarrollan ambas tareas, la de elaboración y la de exposición de la decisión, la de búsqueda y justificación de la decisión<sup>174</sup>.

Entonces, si la interpretación judicial de un enunciado normativo ha de producir una decisión, esta ha de ser justificada mediante argumentos que sean conforme lo prescripto por el art. 2 del CCyC, esto es, de acuerdo con los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Es decir, la proporcionalidad está ínsita en el mandato de razonabilidad cuando se trata de resolver la colisión entre principios o derechos fundamentales.

En efecto, tanto la subsunción como la proporcionalidad son procedimientos racionales para la aplicación de las normas. En la subsunción, la reconstrucción silogística de la justificación tiene por objeto demostrar la correspondencia entre la norma y el caso que justifica la subsunción de los hechos, así como el deber de aplicar la norma<sup>175</sup>. Pero, conforme los arts. 2 y 3 del CCyC, cuando se trata de la colisión entre derechos, la restricción de uno de esos derechos exige la ponderación de los principios constitucionales en colisión. Ello porque, sin un desarrollo argumentativo que pondere los derechos, no se lograría una solución capaz de justificar el desplazamiento de un derecho de igual jerarquía. La ponderación también resultaría imprescindible cuando la interpretación y aplicación de una regla condujera a la restricción de un derecho constitucional<sup>176</sup>.

Al respecto, el art. 1713 del CCyC aporta mayor precisión al mandato del art. 3 cuando para la decisión de la acción preventiva establece la *ponderación* de los derechos en colisión, indicando los elementos a examinar para la justificación. La re-

171 Código Civil y Comercial Comentado, 2014.

172 Guibourg, 2019.

173 Huerta Ochoa, 2017, p. 406.

174 Negri, 2018.

175 Huerta Ochoa. 2017. p. 394.

176 Sobre esto, Alexy destaca que en el caso *Lüth* (1958), el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que, cuando la aplicación de normas del derecho civil mediante la subsunción condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión. Alexy, 2009c.

lación entre razonabilidad y proporcionalidad en materia ambiental se trata en el Capítulo 3.4. y 3.5.

Sobre la relación entre razonabilidad y proporcionalidad hay estudios de fallos de la CSJN, previos a la reforma del CCyC y su entrada en vigor en el año 2015, que expresan interesantes conclusiones.

En efecto, Saggese analiza el significado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le atribuye a la razonabilidad, distinguiendo un sentido estricto y un sentido amplio. Expresa que, cuando lo utiliza en sentido amplio, lo hace aludiendo a aquello que está conforme a la razón, que es justo, aceptable o equitativo, en oposición a lo que es injusto, arbitrario o inequitativo. Por otra parte, cuando se refiere a su significado en sentido estricto, lo hace en referencia a la relación entre los medios y fines. «Así, la Corte Suprema entiende que la razonabilidad supone que los actos deberán satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido y carecer de inequidad manifiesta»<sup>177</sup>.

También señala que, cuando realiza el control de razonabilidad entre el medio y el fin, ha utilizado dos parámetros, uno de ellos, el más estricto, es el cumplimiento de la idoneidad, la necesidad y/o proporcionalidad de la medida, considerando irrazonable una norma por la ausencia de uno de estos requisitos. Entiende que estos tres requisitos tienen correspondencia con los desarrollados por el Tribunal Constitucional Alemán; no obstante, agrega, no hay en los fallos de la CSJN una referencia conjunta a esos tres requisitos<sup>178</sup>.

Cianciardo interpreta que la postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Advierte la existencia de dos criterios conexos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego. La garantía de la vigencia de los derechos fundamentales se alcanzará solo si al juicio sobre la proporcionalidad de la medida se le agrega el del contenido esencial, orientado hacia la tutela de la intangibilidad de los derechos<sup>179</sup>.

Este autor, cuyo desarrollo teórico es una variante respecto a la teoría de los principios, en un párrafo, sintetiza su visión: «La proporcionalidad y el contenido esencial se coimplican: la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestación»<sup>180</sup>.

El voto de Lorenzetti en la causa Shi (2021c) coincide con lo expresado por Cianciardo cuando dice: «La medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines,

177 Saggese, 2010, pp. 134-137.

178 Saggese, 2010, p. 142.

179 Cianciardo, 2004, pp. 98-99.

180 Cianciardo, 2004, p. 99.

sin que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles».

Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, una breve acotación. Corresponde a las denominadas teorías armonizadoras o anticonflictivistas afirmar que los criterios de solución a las controversias pasan necesariamente por la determinación del contenido jurídico constitucional o esencial de estos, ello en cuanto se debe atender a la unidad de la naturaleza humana. Para determinar ese contenido esencial, se formulan diferentes criterios: para la denominada teoría absoluta hay un núcleo inmune a la intervención y un área disponible en cuanto supere el test de proporcionalidad; mientras que para la teoría relativa el contenido esencial es la parte del derecho que comienza cuando el límite deja de ser proporcionado o como aquello que queda después de una ponderación. Puede advertirse que no se prescinde de la proporcionalidad, y que en la vertiente relativa el contenido esencial, se identifica con el resultado de la ponderación<sup>181</sup>. La exigencia de compatibilización que integra el enunciado normativo del art. 240 debe ser entendida en este último sentido.

Pedernera Allende, revisando la evolución de la jurisprudencia de la CSJN, expresa: «Con algunas variantes, la jurisprudencia posterior a 1983 comenzó a hacer hincapié en los derechos fundamentales. La conceptualización de la razonabilidad se tradujo en la adopción del juicio de proporcionalidad, que se compone de tres subprincipios»<sup>182</sup>. La proporcionalidad, entonces, es el método del control de la razonabilidad constitucional.

En consecuencia, se analizará en qué grado y modalidad se aplica el examen de proporcionalidad en las causas ambientales por la CSJN y su relación con la razonabilidad.

### **3. La precedencia condicionada. La ley de colisión y la limitación razonable**

Si los principios colisionan en un caso o en una situación a regular, la función del principio de proporcionalidad será establecer el principio que precede el caso o la situación. Esto supone desplazar, a partir del examen de las posibilidades, al principio opuesto; pero, lo singular de la proporcionalidad, es que, dada otras posibilidades, puede resolverse en favor de la precedencia del principio antes desplazado, por lo que la precedencia de un principio sobre otro es condicionada a las posibilidades del caso o situación. Entonces, para esta teoría no hay derechos absolutos y los límites son externos conforme a las posibilidades fácticas o jurídicas.

181 Con mayor profundidad, puede verse en Maldonado Muñoz, 2019.

182 Pedernera Allende, 2015, p. 123.

En consecuencia, nunca podrá establecerse por ley o sentencia una precedencia absoluta de un principio constitucional sobre otro, lo que justifica tratar en el Capítulo 3.4.3. la interpretación del artículo 240 del CCyC.

En este contexto, Alexy enuncia la *ley de colisión* como uno de los fundamentos de la teoría de los principios y que refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia.

### Cuadro de texto 3. Ley de colisión

Las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad.

El análisis de la ley de colisión identifica:

- 1) Que, en tanto norma *prima facie*, el supuesto de hecho de los principios está representado por sujetos, acciones y el bien protegido, y una consecuencia –lo ordenado, prohibido o permitido– *prima facie*;
- 2) Que, cuando colisionan, la proporcionalidad examinará las posibilidades o condiciones fácticas y jurídicas de los principios, para luego establecer, mediante la ponderación, la regla definitiva, determinando el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica conforme al principio precedente;
- 3) Que la precedencia es condicional, ya que ambos principios tienen la misma jerarquía constitucional y serán esas condiciones las que en el caso establecerán la precedencia de uno sobre otro. Cambiando las condiciones, la precedencia también puede cambiar.
- 4) Que la proporcionalidad no establece por sí una limitación a los derechos fundamentales, sino que lo hace al identificar el grado de intervención posible o razonable del derecho a restringir en el caso concreto o en la situación a regular.

Bernal Pulido define esta función del siguiente modo: «Es un instrumento metodológico mediante el cual se hace explícito hasta dónde el derecho fundamental limitado tolera las limitaciones que se le imponen»<sup>183</sup>.

La colisión se representa, por una parte, por el principio a satisfacer, que se identifica como aquel cuya realización es objeto del examen, y, por otra parte, por el principio opuesto, que es aquel que va a ser intervenido o afectado como consecuencia de la eventual medida de satisfacción. Por ejemplo, si se pretende satisfacer el dere-

183 Bernal Pulido, 2014, p. 673.

cho al ambiente, las medidas que instrumenten las obligaciones que se pretenden prescribir intervienen o restringen el derecho a ejercer una actividad industrial.

#### 4. Etapas del examen de proporcionalidad

La proporcionalidad dirime la precedencia a través de la aplicación de tres subprincipios o máximas parciales: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en *sentido estricto*, o ponderación. Los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios<sup>184</sup>.

Los dos primeros, idoneidad y necesidad, expresan la mayor realización del principio a proteger conforme las posibilidades fácticas, y, para ello, examinarán la medida que, como consecuencia jurídica, correspondería aplicar.

La ponderación representa el examen de las posibilidades jurídicas, y expresa la mayor realización posible del derecho a satisfacer en relación con el derecho a intervenir. También se la denomina proporcionalidad *en sentido estricto* y su esencia es sopesar ambos derechos a fin de no incurrir en una intervención arbitraria.

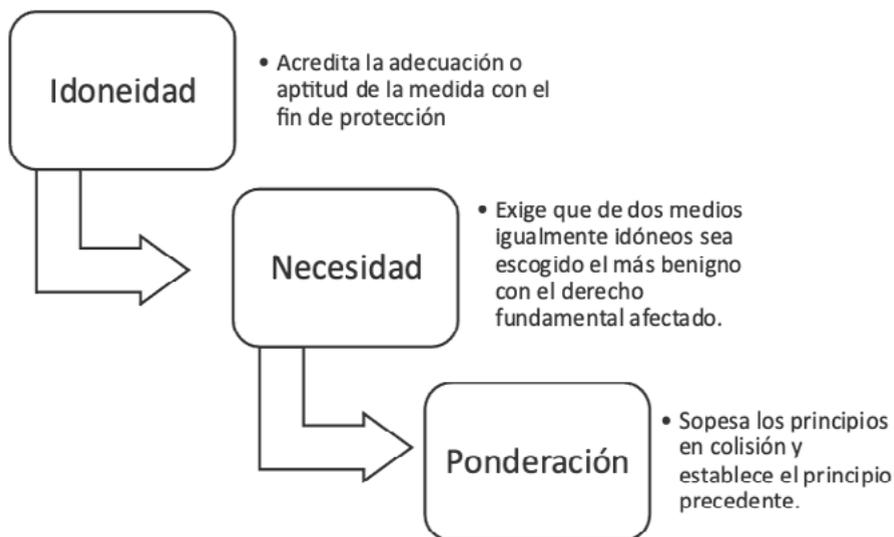
De este procedimiento resultará el mandato optimizado o definitivo: la regla jurídica aplicable.

Tales subprincipios se explican con mayor detalle a continuación, conforme lo desarrollado por Alexy en el *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (2002), acudiendo además a otros desarrollos posteriores de este autor, así como a otras fuentes doctrinarias interpretativas del procedimiento.

---

184 Alexy, 2002, p.26.

Figura 1. Subprincipios del examen de proporcionalidad



#### 4.1. Examen de idoneidad. Los medios y los fines. El estado de cosas inicial y final

El subprincipio de idoneidad tiene el estatus de un criterio negativo mediante el cual se puede detectar qué medidas no son adecuadas al fin. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos<sup>185</sup>. El principio excluye la adopción de medidas que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios. La consecuencia es que «si un medio *M*, adoptado con objeto de promover un derecho a protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un derecho de defensa, entonces será desproporcionado y, por tanto, anticonstitucional»<sup>186</sup>.

La máxima requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto es, la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse coherente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece<sup>187</sup>.

185 Alexy, 2002, p. 28.

186 Alexy, 2009, p. 57.

187 Prieto Sanchís, 2008, p. 111.

Entonces, se debe subrayar que, en esta fase del examen de proporcionalidad, la intervención requiere que la medida contribuya de *algún modo* con el fin constitucional, excluyendo a las que de ningún modo lo hacen. Una norma cuya consecuencia jurídica establezca medios que no se relacionen con la finalidad constitucional será desproporcionada por inidónea.

Por lo que la determinación del fin es la condición del examen de adecuación del medio. La expresión *fin*, dice Clérico, suele ser utilizada para referirse a un estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr. Su determinación es esencial para la selección de los medios y requiere la descripción del estado de inicio –diagnóstico de la situación de partida– y el estado de llegada o final<sup>188</sup> que se persigue provocar.

Sobre el fin, aporta Bernal Pulido la distinción entre fines mediatos constitucionales e inmediatos del legislador:

El fin inmediato del legislador es un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional, sea individual o colectivo (el fin mediato).

Alcanzar dicho estado de cosas forma parte de la realización del derecho fundamental, el bien colectivo o el bien jurídico que el principio constitucional protege<sup>189</sup>.

Estos conceptos son aplicables a todas las funciones del Estado; así dentro del fin *mediato* constitucional, que es lo constitucionalmente ordenado –por ejemplo, la protección del ambiente corresponde a todas las autoridades– existe un margen de acción respecto al grado en que debe promoverse la satisfacción de este, en tanto, los principios exigen, *prima facie*, que se otorgue más protección. Por lo que la fijación de fines *inmediatos* integra el margen de discrecionalidad competencial que establecerá los grados de realización<sup>190</sup>.

Estos fines inmediatos para la realización del derecho deben tener correspondencia con el fin mediato que debe alcanzarse. En consecuencia, si al intervenir en un derecho fundamental, no se persigue ningún fin, o persigue un fin constitucionalmente ilegítimo o irrelevante, la decisión deberá ser declarada inconstitucional por ser arbitraria. La no realización del fin constitucional es una protección deficiente.

188 Clérico, 2016, p. 47.

189 Bernal Pulido, 2014, p. 907.

190 El orden marco y los márgenes de discrecionalidad se tratan en el Capítulo 6.

Al respecto, la Corte (CSJN, 2006b) ha dicho:

Las normas infraconstitucionales dictadas o a dictarse deberán ser interpretadas de modo de constituir *medios idóneos* para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional. Si así no fuera el mandato constitucional quedaría transformado en una mera declamación dogmática sin posibilidad de aplicación práctica alguna (Disidencia de los jueces Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

Una vez determinado el fin inmediato, se deben examinar las medidas para seleccionar aquellas que sean idóneas. Entre los objetivos de la LGA, art. 2, se ordena la idoneidad o adecuación de los medios en determinadas situaciones que representan fines: «Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental» (inciso k).

En tanto una medida puede tener mayor o menor grado de *intensidad* en la realización del fin, hay que indagar cuál es el nivel de exigencia requerido para reputar como idónea a una medida. Mientras Bernal Pulido entiende que una medida será idónea si promueve la realización del fin *de algún modo*<sup>191</sup>; Clérico considera que, si bien el operador jurídico debe controlar la adecuación del medio con el fin en el marco de una versión débil –de fomento del fin–, otros aspectos, cuantitativos, cualitativos y probabilístico, *son de utilidad* para el referido examen. Esta es una versión fortísima del mandato de idoneidad, en cuanto realiza la selección atendiendo a que el medio alcance el fin en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (el más alto alcance); cualitativo (el mejor de los alcances) y el de las probabilidades (el más seguro de ser alcanzado)<sup>192</sup>.

Bernal Pulido –quien ubica las condiciones de intensidad en el examen de necesidad– sintetiza los aspectos de la versión fortísima del examen de idoneidad de Clérico:

Desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser *más o menos* eficaz para la obtención de su fin; desde la perspectiva temporal, el medio puede contribuir con *mayor o menor* rapidez a la obtención de su objetivo; desde la perspectiva de la realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen *más o menos* aspectos relativos al fin, y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con *mayor o menor seguridad* para alcanzar la finalidad que se propone<sup>193</sup>.

191 Bernal Pulido, 2014, p. 916.

192 Clérico, 2016, p. 59-60 y 2015, p. 81.

193 Bernal Pulido, 2014, pp. 913-914.

No obstante, ambos autores establecen que la idoneidad exigida en esta etapa se satisface con la versión débil –la que contribuye *de algún modo* con el fin constitucional–, sin embargo, para ambos, ya sea en esta etapa o en el examen de necesidad, el examen de las demás dimensiones de la idoneidad es imprescindible, ya que en muchos casos deberá considerarse no solo la eficacia, sino también la temporalidad, plenitud y seguridad de las medidas. En realidad, todas estas dimensiones contribuyen a establecer la medida idónea.

Este alcance del examen es conforme con los precedentes de la CSJN. Así, la Corte exige la idoneidad en su faz temporal como criterio de razonabilidad en un amparo colectivo en contra de las restricciones al ingreso y a la circulación impuestas por la provincia de Formosa como consecuencia de la pandemia por COVID, luego de comprobar que no se ha definido el tiempo de vigencia del régimen establecido ni de las medidas dispuestas, ni siquiera se brindan indicios de hasta cuándo se extenderán las restricciones al derecho a transitar libremente; considera:

En síntesis, a la luz de todo lo hasta aquí expresado, cabe puntualizar que la restricción de derechos en el marco de la aplicación de medidas de la naturaleza de las descriptas no resulta *prima facie* razonable en su aspecto temporal (por las excesivas esperas reseñadas en el considerando 3º precedente) ni en el aspecto económico, en tanto supedita el ejercicio de derechos a una determinada capacidad económica (CSJN, 2020g).

En relación con la sustentabilidad, la modalidad de este examen se trata en el Capítulo 3.4.1.

#### 4.2. Examen de necesidad

El subprincipio de necesidad exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado.

Bernal Pulido explica la medida necesaria: «Debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto»<sup>194</sup>.

El subprincipio de necesidad lleva a cabo una selección entre los medios que han sobrepasado el examen de idoneidad. Entre ellos corresponde analizar cuál es el menos gravoso para el derecho a intervenir. Se trata de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales. Es un criterio de eficiencia.

Para Sánchez Gil, el criterio de necesidad requiere que la intervención en el derecho fundamental se dé en un grado estrictamente imprescindible, ya sea porque la

194 Bernal Pulido, 2008.

medida es la única disponible o bien porque existiendo varias es la menos lesiva al derecho fundamental porque lo afecta en menor grado<sup>195</sup>.

Idoneidad y necesidad llevan implícita la idea de optimización desde el análisis fáctico, por ello no se puede prescindir de ellos procediendo a una ponderación desprovista de las circunstancias que operan en cada caso. Mientras que la idoneidad procura la *eficacia* en el logro de la finalidad, la necesidad procura la *eficiencia* en el logro de la finalidad, requiriendo la menor afectación del derecho a restringir.

Martín Reyes<sup>196</sup> propone graficar el examen de necesidad, representando en el eje horizontal (eje de abscisas) los beneficios generados por las medidas (esto es, su nivel de idoneidad). Aclara que entre más a la derecha se encuentre una medida, mayor serán los beneficios que genera. Por el otro, el eje vertical (eje de las ordenadas) refleja los costos generados por las medidas (su nivel de afectación). Entre más arriba se encuentre una medida, mayores serán los costos que genera.

En la figura 2, observamos que resulta que *M2* es preferible a *M1* porque genera más beneficios en términos del objetivo legítimo *P2* (tiene un mayor nivel de idoneidad) y, al mismo tiempo, genera menores costos en términos del derecho afectado *P1* (por eso tiene un menor nivel de afectación). Al optar por *M2* y no por *M1* «transitamos a un mundo con más derechos (en términos de *P2*) y menos restricciones (en términos de *P1*)».

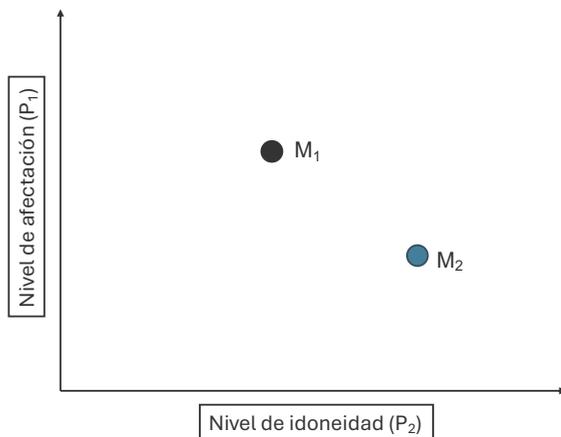
Bernal Pulido considera que es en esta instancia que se debe examinar la *intensidad* de la eficacia, de la temporalidad, de la plenitud y de la probabilidad, ya que en todas estas dimensiones puede mediar mayor o menor grado de intervención. Por lo que en cuanto al requerimiento de que el medio sea más benigno con el derecho a intervenir, debe considerarse que si es más benigno en alguna de estas perspectivas, es un medio necesario, aunque todavía resta someterlo al examen de ponderación<sup>197</sup>. En el Capítulo 3 se analiza el examen de necesidad y su relación con la intensidad de las dimensiones de la idoneidad conforme el art. 1713 del CCyC.

195 Sánchez Gil, 2017, p. XXV.

196 Martín Reyes, 2023, p. 73 y siguientes.

197 Bernal Pulido, 2014, p. 947.

Figura 2. Examen de necesidad



Puede observarse que este examen, al requerir la consideración del medio menos lesivo sobre el derecho a intervenir, preestructura el examen de ponderación, pero se debe aclarar que en esta instancia el derecho a intervenir es considerado en abstracto, es decir, el medio más benigno será aquel que, en promedio, o sea, en la generalidad de los casos o en un caso normal, afecte con menor intensidad el derecho fundamental<sup>198</sup>.

Esta consideración es relevante, ya que recién en la etapa de ponderación se examinará y valorará la importancia concreta de la medida sobre el derecho a intervenir.

Este examen aplicado a la sustentabilidad se analiza en el Capítulo 3.4.2.

### 4.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto.

#### La ley de ponderación. Terminología

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, como tercer subprincipio, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario<sup>199</sup>.

Alexy enuncia en este punto la *ley de ponderación*, que establece que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser

198 Bernal Pulido, 2014, p. 953.

199 Alexy, 2002, p. 31.

la satisfacción del otro<sup>200</sup>. Esta *ley* pone de manifiesto que la precedencia de un principio sobre otro no es determinable de forma absoluta, *a priori*, sino que tan solo puede hablarse de *pesos relativos* y que la determinación requiere sopesar a ambos principios en el caso a resolver, estableciendo que el principio a satisfacer frente al principio a intervenir debe reunir mayor grado de importancia. La ley de ponderación significa, entonces, que cuanto más intensa sea la restricción del derecho afectado por la intervención, tanto más importantes deben ser las razones alegadas para la satisfacción del otro derecho.

#### Cuadro de texto 4. Ley de ponderación

Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro.

La *ley de ponderación* requiere demostrar racionalmente si la importancia de la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro principio en colisión.

La ponderación requiere considerar el principio opuesto, por lo que las posibilidades jurídicas para la realización del principio a proteger o satisfacer dependen del principio contrario, con el cometido de establecer hasta dónde es razonable la afectación del principio a intervenir.

Como aclaración terminológica, en tanto lo mismo sucede en el derecho local, en la dogmática alemana de los derechos fundamentales son sinónimas las fórmulas «proporcionalidad en sentido estricto, ponderación y adecuación. La segunda es preferida en el uso común; se emplea con menor frecuencia la última. Estas diferencias son meramente formales y en nada cambian la esencia del concepto que dichos términos refieren»<sup>201</sup>.

Prieto Sanchís explica el significado de la ponderación:

Pues bien, como venimos diciendo, el modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas<sup>202</sup>.

200 Alexy, 2012, p. 138 y p. 141.

201 Sánchez Gil, 2017.

202 Prieto Sanchís, 2008, p. 99.

El término *ponderación* es frecuentemente aplicado por la CSJN en los fallos ambientales; se alude a él como juicio de ponderación, ponderación razonable o, simplemente, ponderación, como se analiza en el Capítulo 7.

La etapa de ponderación supone un procedimiento que también tiene tres pasos:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro<sup>203</sup>.

El resultado identificará el principio que precede y la regla consecuente.

Bernal Pulido simplifica la interpretación: «Es pertinente observar que el primer y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de la importancia en la satisfacción –del segundo principio–»<sup>204</sup>.

Para estos dos primeros pasos, los elementos del caso concreto que resultan esenciales para la ponderación son la medida examinada y las consecuencias que su ejecución o su no ejecución tienen para los principios implicados. Esto establecerá la mayor importancia de un principio sobre otro. La forma de medirlo se explica en el capítulo siguiente.

El tercer paso implica la selección del principio precedente, que resulta cuando la importancia de la satisfacción del principio (por ser mayor) justifica la afectación del otro principio.

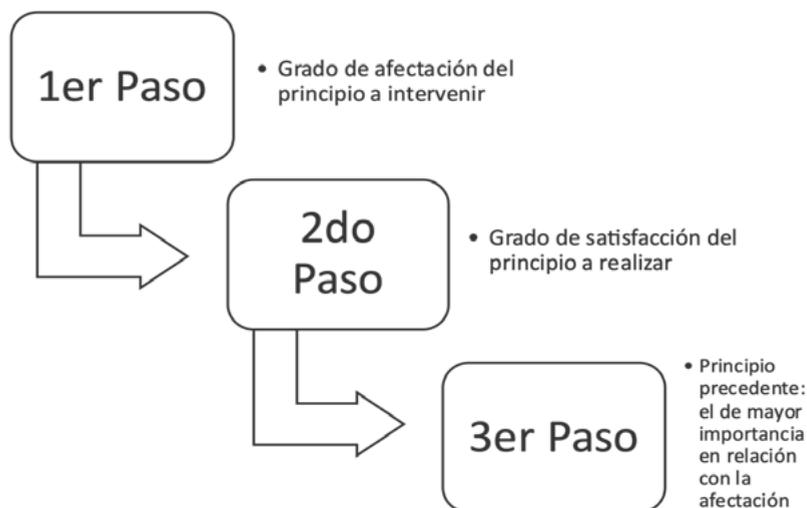
Una aplicación del método de la proporcionalidad se observa en la causa *Kimel vs. Argentina*. En este fallo de la Corte IDH se explican los pasos de la ponderación para resolver el caso: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación *fue grave, intermedia o moderada*; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro. Se considera que «en algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra»<sup>205</sup>.

203 Alexy, 2002, p. 32.

204 Bernal Pulido, 2008, p. 99.

205 Corte IDH, 2008.

Figura 3. Pasos para ponderar la importancia concreta



El resultado de la ponderación es establecer la regla definitiva: el supuesto de hecho del principio precedente deja de ser *prima facie* para quedar determinado en sus condiciones. Lo mismo sucede con la consecuencia jurídica, concretándose la medida como autorizaciones, obligaciones o prohibiciones específicas. El resultado, entonces, es el mandato definitivo, una norma tipo regla.

La regla determina los bienes, sujetos y acciones –supuesto de hecho– que se vinculan a una consecuencia jurídica que *debe ser* cuando el supuesto se materializa.

#### 4.4. Las variables de la ponderación

Identificar el principio con mayor peso exige que esos aspectos contrapuestos a los que refiere Prieto Sanchís<sup>206</sup>, o –de ahora en más– *variables*, sean objeto de un análisis valorativo, que tiene como punto de partida la importancia concreta, que establecerá el grado de incidencia concreta de la medida en el derecho intervenido.

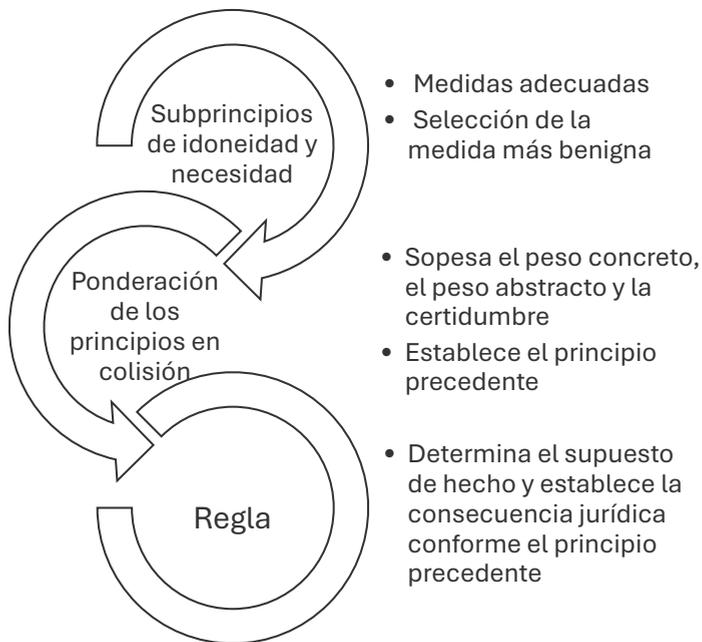
Pero en la ponderación no solo se sopesa la importancia concreta de los derechos en colisión, sino que también se debe sopesar la importancia que tienen en sí mismos en la trama de derechos constitucionales, siendo esta una valoración

206 Nota 220.

despojada de consideraciones circunstanciales. Esta variable considera el mayor o menor *peso abstracto* que corresponde a cada principio. Además, como no todos los principios en colisión alcanzan la comprobación plena de las premisas fácticas o normativas que los sustentan, corresponderá sopesar la *certidumbre* de esas premisas. La forma de ponderar estas variables de los derechos en colisión –importancia concreta, peso abstracto y certidumbre– signarán el desarrollo que sigue.

Lo expuesto hasta aquí revela la ponderación como una metodología dialéctica, en la que se examinan los argumentos a favor de un principio y los argumentos a favor de otro, siendo la resolución la superación de la contradicción entre los derechos en colisión<sup>207</sup>.

Figura 4. Secuencia y variables del examen de proporcionalidad



207 Berumen Campos, 2003.

## 5. La variable «importancia concreta».

### La escala triádica de intensidades

#### 5.1. La escala de tres intensidades

La *ley de ponderación* –cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro– requiere demostrar racionalmente si la importancia de la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro principio en colisión.

Ello debe ser el resultado de un juicio racional que exprese el mayor peso del principio precedente. Para lo cual, la ponderación de la importancia concreta medirá el grado de satisfacción del principio a proteger y el grado de intervención en el derecho opuesto.

Si se considera que, en el estadio de ponderación, los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, resulta lógico plantear cómo se mide el grado de importancia para establecer el principio precedente.

Alexy en el *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* propone un método mediante rangos de intensidades para establecer la importancia de los derechos en colisión y así identificar el principio con mayor peso que precederá el caso o situación a regular.

El autor alemán comienza argumentando que: «Es posible encontrar algunos ejemplos fáciles en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado de forma racional»<sup>208</sup>.

Da el siguiente ejemplo:

Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de colocar en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que implica el fumar, lo que constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave. En medio de casos de este tipo, leves y graves, pueden colocarse otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es media. Un ejemplo sería la prohibición de tener máquinas expendedoras de tabaco, aunada a que la venta de tabaco se restringiera a determinados establecimientos.

De esta manera, se forma una escala con los grados «leve», «medio» y «grave». Considera que este ejemplo muestra que es posible concebir una ordenación racional de dichos grados conforme las medidas que se deciden en cada caso.

---

208 Alexy, 2012, p. 33.

La posibilidad de construir la escala de tres intensidades también se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho fundamental. Por ejemplo, el deber de poner advertencias en los productos derivados del tabaco es «leve» para el productor. Frente a ello, la importancia de la razón que fundamenta el deber de poner esas advertencias, que es la protección de la población frente a diversos peligros para la salud que supone fumar, es «alta o grave».

Completa el ejemplo con aquello que es clave en el proceso de ponderación, que es identificar el principio precedente del cual emanará la regla: «Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve».

## 5.2. Los niveles de intensidad

Por lo que el derecho a satisfacer por la medida puede configurar una escala con los grados «leve», «medio» y «grave»; lo mismo sucede con el derecho a intervenir, por lo que la escala completa se construye considerando, por un lado, el grado de intervención del derecho a intervenir y, por el otro, el grado de satisfacción del derecho a proteger.

Según la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción o de la intervención en un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto ahora de valoración como *l*, *m*, o *g*, dando por resultado el principio precedente.

En relación con la terminología, Alexy precisa:

Como ya se ilustró, los tres rangos pueden designarse con las expresiones «leve», «medio» y «grave». Para simplificar la exposición, estos tres rangos serán caracterizados con las letras «l», «m» y «g». «l» no solo representa la expresión «leve» del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como «reducido» o «débil», y «g», junto a «grave», también representa términos como «elevado» o «fuerte»<sup>209</sup>.

Simplificando, la escala de intensidades representa en grados de intensidad la relación dialéctica que supone la colisión entre dos principios, el principio que se interviene y el principio a satisfacer. Ello, en cuanto las medidas de restricción que se adopten para satisfacer el principio a proteger repercuten en el principio a intervenir.

209 Alexy, 2002, p. 37.

### 5.3. Los dos primeros pasos de la ponderación por intensidades

La ponderación de la importancia se aplica en tres pasos y, conforme a la escala triádica, se le asigna a cada principio una valoración o grado.

Entonces, dado dos principios, que se designan como:  $P_i$ , principio intervenido o a restringir, y  $P_j$ , principio a satisfacer, puede asignarse una magnitud de importancia a cada uno a fin de determinar, en un paso subsiguiente, el principio precedente que conformará la regla.

Los dos primeros pasos pueden graduarse con ayuda del modelo triádico, por lo que corresponde proceder a la valoración de  $P_i$  (principio intervenido) como leve ( $l$ ), medio ( $m$ ) o grave ( $g$ ) y la valoración de  $P_j$  (principio a satisfacer) también como  $l$ ,  $m$  o  $g$ .

El principio intervenido ( $P_i$ ) pone de manifiesto que se trata del principio cuya vulneración como  $l$ ,  $m$  o  $g$  se examina a causa de su restricción o intervención. *La intervención en el principio vulnerado siempre es concreta.* Esto justifica que la importancia concreta comience sopesando el principio a intervenir.

Figura 5. Escala triádica de intensidades de intervención y de satisfacción

## ESCALA TRIÁDICA

### Niveles o grados de intervención y de satisfacción

Derecho a intervenir ( $P_i$ )	Derecho a satisfacer ( $P_j$ )
Principio cuya vulneración se examina a causa de su intervención	Efectos que tiene sobre $P_j$ la omisión de la intervención en $P_i$
Leve	Leve
Medio	Medio
Grave	Grave

La escala triádica tiene por objeto establecer el principio precedente, midiendo los grados de intervención y de satisfacción de los derechos en colisión

Por ejemplo, si a un emprendimiento susceptible de degradar el ambiente en forma significativa se le impone el procedimiento de EIA, la medida es una intervención leve o media en el derecho de propiedad o del ejercicio de una industria lícita. Esto en tanto la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento, sino, antes bien, una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana (CSJN, 2016a).

La segunda magnitud de valoración como *leve (l)*, *medio (m)* o *grave (g)*, según la ley de ponderación, corresponde a la importancia de la satisfacción del otro principio, de *Pj* o principio a satisfacer.

Pero ¿cómo se establece la importancia concreta de la satisfacción del principio a proteger conforme la ley de la ponderación? En tanto trata la relación entre los principios en colisión, la importancia solo puede depender *de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en el principio a intervenir tenga en el principio a satisfacer*. Es una importancia refleja que resulta de medir el efecto que la omisión de la medida de intervención provoca en el principio a satisfacer.

En materia ambiental es habitual que los informes científicos expliquen la importancia de sus conclusiones y de las medidas propuestas, atendiendo a las consecuencias que su no realización tendría en el ambiente. De esta forma, si una medida restringe un derecho individual en forma concreta, la escala de intensidad de la satisfacción surge del impacto que ocasionaría su omisión en el derecho al ambiente. Así, las medidas de reducción de los gases de efecto invernadero propuestas por el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) son fundamentadas en los escenarios futuros, que identifican las graves consecuencias que para el clima del planeta provocaría su omisión; de ese modo, se establece el grado de importancia de la satisfacción de la protección del ambiente.

Entonces, si a un emprendimiento susceptible de degradar el ambiente en forma significativa se le impone el procedimiento de EIA, la importancia de esta medida en el derecho al ambiente resulta de estimar cuál es el efecto de no establecerla u omitirla, por lo que la valoración dará una afectación *grave* como consecuencia de no prevenir los daños ambientales relevantes. Esto, en tanto, como se consideró por la Corte en Represas de Santa Cruz, la mayor importancia concreta de la sustentabilidad se obtiene del efecto que la omisión de la EIA supondría en el ambiente regional por la amenaza de daño grave o irreversible de la obra (CSJN, 2016c; 2016d).

Por lo que los grados de la importancia concreta de la satisfacción del derecho se determinan según el efecto que tenga sobre este la omisión de la medida en el derecho a intervenir.

## Cuadro de texto 5. Importancia concreta del principio a proteger

La importancia concreta solo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en el principio a intervenir tenga en el principio a satisfacer. El peso concreto de un principio es un peso relativo sujeto a la incidencia del otro principio.

### 5.4. El tercer paso: el principio precedente

Como la escala se dirige a establecer el principio que precede en la situación a resolver o legislar, la pregunta es cómo debe efectuarse el tercer paso, que define si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

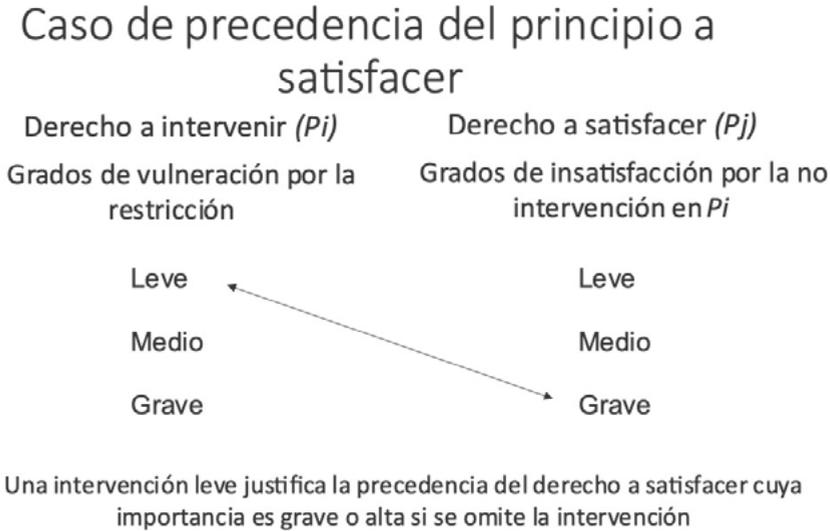
Conforme la ley de ponderación, que dice cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro, resulta que: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media o grave de otro derecho fundamental, y las vulneraciones medias ceden ante las graves. Se define así si la importancia de la satisfacción del principio justifica la restricción.

Cumplido este examen, surge la regla ponderada: «Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»<sup>210</sup>.

En el ejemplo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, esta medida provoca una afectación leve o media en el derecho a ejercer una industria lícita y una satisfacción mayor en el derecho al ambiente al prevenir los daños ambientales relevantes. Siendo en este caso el derecho al ambiente el principio precedente, corresponderá aplicar las consecuencias normativas de la prevención.

<sup>210</sup> Alexy, 2012, p. 75.

Figura 6. Esquema de precedencia del principio a satisfacer



En la Figura 6, una vulneración leve del principio a intervenir se justifica cuando la omisión de intervención genera un menoscabo en la satisfacción del principio que se estima alta o grave. Lo mismo sucedería en el caso de que la intervención fuera media. En ambos casos las medidas son constitucionales.

Entonces, el grado de intensidad se obtiene del examen de las medidas de la decisión y las consecuencias que su ejecución y su no ejecución tienen para los principios implicados.

## 6. Los modelos triádicos

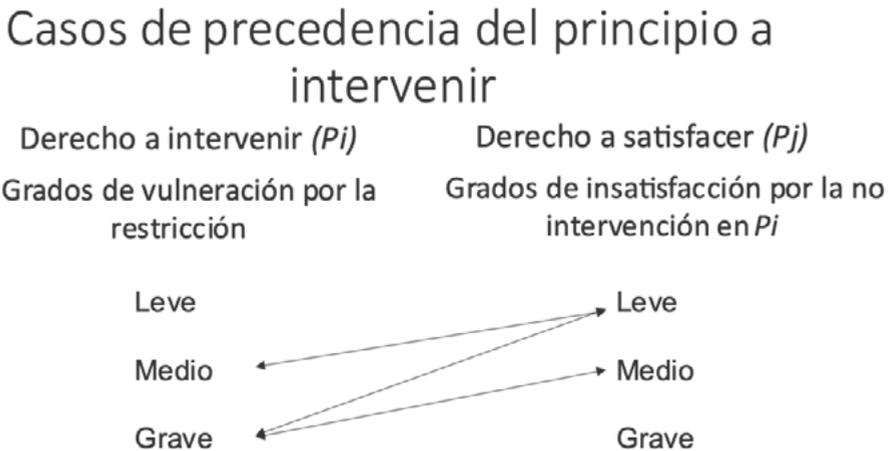
A partir de lo expuesto, se pueden esquematizar las alternativas en las que un principio precede a otro.

Existen tres constelaciones en las que la gravedad en el principio a intervenir ( $P_i$ ) es más intensa que el efecto que sobre el principio a satisfacer ( $P_j$ ) produce la omisión de dicha intervención. En estos casos, la ley de la ponderación no justifica la intervención en  $P_i$ , ya que la vulneración de dicho principio es mayor al efecto que

la omisión de esa medida tiene sobre el principio a satisfacer ( $P_j$ ). Es decir, el mayor peso está del lado del principio a intervenir.

A continuación, se representan las constelaciones de precedencia del principio intervenido.

Figura 7. Constelaciones de precedencia del principio intervenido



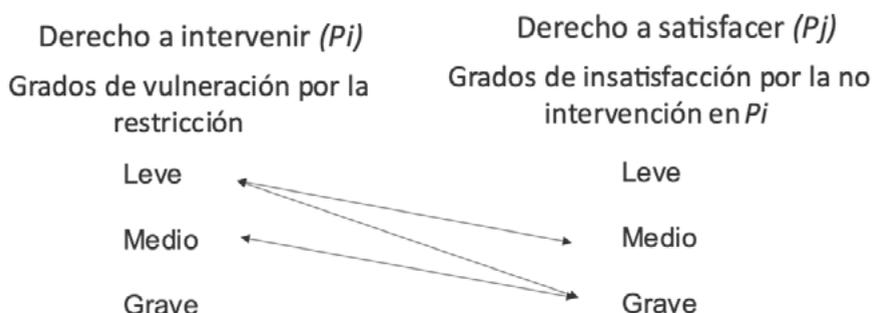
En estos supuestos la importancia de la satisfacción del principio  $P_j$  no justifica la restricción del principio  $P_i$ , en tanto cuanto mayor es el grado de restricción o perjuicio de un principio, tanto más importante debe ser la satisfacción del otro.

A esos tres casos de primacía del principio a intervenir ( $P_i$ ) son correlativos tres casos de primacía del principio a satisfacer ( $P_j$ ). En estos supuestos, la ley de la ponderación justifica la intervención en cuanto la vulneración de  $P_i$  a causa de la intervención es menor al efecto que la omisión de esa intervención causa sobre  $P_j$ . En consecuencia, el mayor peso está del lado del principio a satisfacer.

A continuación, se representan las constelaciones de la precedencia del principio a satisfacer.

Figura 8. Constelaciones de precedencia del principio a satisfacer

## Casos de precedencia del principio a satisfacer



La satisfacción del principio  $P_j$  es superior en relación al grado de restricción que supone la medida sobre el principio  $P_i$

## 7. Las variables adicionales de la ponderación: el peso abstracto y la certidumbre. La fórmula de peso y la integración de las variables. Supuestos de procedencia

### 7.1. El peso abstracto

Tal como señala Bernal Pulido, la variable importancia de la intervención/satisfacción de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación<sup>211</sup>. Otras concurren en el proceso del examen de proporcionalidad, variables con características singulares, que justifican un tratamiento específico.

En efecto, la ponderación en sentido estricto exige el sopesamiento, además de la importancia concreta, de los pesos abstractos y de la certidumbre de los principios en colisión.

211 Bernal Pulido, 2014, p. 992.

El peso abstracto refiere a una consideración despojada de aspectos circunstanciales, se relacionada con la valoración de los derechos en colisión en la trama constitucional de los derechos. Alexy da el siguiente ejemplo: la vida humana tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Entonces, distingue la importancia concreta de la abstracta de este principio: la importancia que tenga la protección de la vida en una situación puede determinarse a la vez, según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto. Que un concepto integrado de importancia como este sea inteligible no es, sin duda, una razón en contra de que sus elementos puedan ser diferenciados, y ello por razones analíticas<sup>212</sup>.

La trama de derechos constitucionales no es homogénea, en tanto, como expresa Bidart Campos, los derechos responden a valores diferentes. Precisa que:

La igual jerarquía de todas y cada una de las normas constitucionales [...] permite decir que todas las que declaran derechos gozan de igual rango, no obstante lo cual, los derechos «en sí» no son todos iguales, porque hay unos más «valiosos» que otros (la vida «vale» más que la propiedad, por ejemplo)<sup>213</sup>.

Sobre las jerarquías valorativas, la CSJN expresa: «Esta Corte afirmó esta doctrina señalando que el derecho a la vida, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479)» (CSJN, 2021b, voto del juez Lorenzetti).

Se atribuye un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales cuando media conexión entre ellos y otros principios del estado constitucional y democrático. Se identifican como principios que otorgan un peso abstracto mayor al principio de protección y respeto de la dignidad humana y al principio democrático. Así, la libertad de expresión y el derecho a la intimidad priman sobre otros derechos fundamentales debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana<sup>214</sup>.

Respecto a los derechos sobre bienes colectivos, Sozzo explica: «A la hora de efectuar los “juicios de ponderación” cuando existen conflictos entre diferentes tipos de derechos –de las diferentes generaciones– un argumento para resolver los conflictos de derechos fundamentales es el “principio de precedencia” de los derechos sobre bienes comunes»<sup>215</sup>.

212 Alexy, 2002, p. 38.

213 Bidart Campos, 2005a, T. I, p. 494.

214 Clérico, 2008, p. 160; Bernal Pulido, 2008, p. 56.

215 Sozzo, 2018, p. 1.

Lorenzetti y Lorenzetti fundamentan la precedencia cuando el conflicto opera entre derechos individuales y derechos colectivos de la siguiente forma:

Los bienes colectivos pertenecen a la esfera social, es decir, el conflicto no es un ataque al individuo, ni entre personas, sino una relación entre los bienes transindividuales y los sujetos. Esta afirmación es importante porque en el primer caso tienen precedencia la protección del individuo, en el segundo es un problema de ponderación equilibrada de derechos de valor semejante, mientras que en el tercero es una relación entre el derecho subjetivo y el colectivo.

Entre la esfera pública y privada hay una esfera social donde ubicamos a los bienes colectivos, lo cual insta una regla de precedencia lógica en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales<sup>216</sup>.

Merece destacarse la coincidencia de estas referencias con lo expresado por Alexy sobre los principios sobre bienes colectivos:

[...] que un principio se refiere a bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas o fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales<sup>217</sup>.

Esta precedencia de unos derechos sobre otros es abstracta, en cuanto se estima sin considerar las circunstancias de un caso o situación a regular y, en este sentido, es una precedencia condicionada al resultado de la ponderación de las demás variables.

El peso abstracto de la sustentabilidad se trata en forma específica en el Capítulo 3.4.3.

Finalmente, los grados del peso abstracto se miden en forma análoga a los de la importancia concreta: grave, medio y bajo.

## 7.2. La certidumbre. Importancia

Alexy incorpora, además, la variable *certidumbre* o *seguridad de las premisas empíricas y normativas*<sup>218</sup>. Tal es su importancia que lleva a Alexy a enunciar la segunda ley de ponderación, que denomina *ley epistémica de la ponderación*, según la cual: «Cuanto

216 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 86.

217 Alexy, 2004, p. 90.

218 Lo hace en el *Epílogo*, 15 años después de su obra clave.

más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención»<sup>219</sup>.

#### Cuadro de texto 6. Ley epistémica de ponderación

Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.

Conforme esta ley, a mayor grado de intervención, el principio (*Pi*) acrecienta su resistencia, exigiendo mayor certeza en el principio a satisfacer (*Pj*). Por esta razón, a la ley de ponderación ya tratada Alexy la denomina «ley material de la ponderación», y a esta, «ley epistémica de la ponderación»<sup>220</sup>. A diferencia de la primera, la segunda ley de ponderación no hace énfasis en grado de importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en el grado de conocimiento de las premisas que lo configuran.

Pero esta ley tiene una justificación que trasciende su expresión inicial al dotar a las autoridades de una competencia singular. En efecto, Alexy fundamenta esta variable sosteniendo que «los derechos fundamentales requieren no sólo una optimización sustancial, sino también una optimización epistémica»<sup>221</sup>, en tanto una precedencia absoluta para el principio sustancial en casos de incertidumbre empírica conduciría a una parálisis legislativa de largo alcance en áreas como el derecho comercial, la seguridad y el derecho ambiental, por lo que, de acuerdo con el principio democrático, está permitido al legislador decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben. Luego completa esta explicación expresando que «de manera análoga, según el principio del Estado de Derecho, la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del Derecho ordinario o la valoración de las pruebas»<sup>222</sup>.

Así, cuando hay incertidumbre, con sustento en los principios conformadores del Estado, se reconoce a la autoridad competente el margen epistémico o cognitivo para decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben o confían a la discrecionalidad estructural de la autoridad<sup>223</sup>. Los principios formales y el margen de acción discrecional de tipo estructural se tratan en el Capítulo 6.

219 Alexy, 2002, p. 55.

220 Alexy, 2002, p. 55.

221 Alexy, 2014, p. 25.

222 Alexy, 2014, p. 26.

223 Alexy, 2014, p. 29.

En consecuencia, las posibilidades epistémicas establecen límites adicionales a los mandatos de optimización, en cuanto se parte de la base de que no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios fundamentales en colisión<sup>224</sup>.

La certidumbre puede ser empírica o normativa. La certidumbre empírica es un factor referido al grado de conocimiento de las cosas, e incide jurídicamente cuando no se han acreditado plenamente las premisas fácticas de un principio. En efecto, si el supuesto de hecho tiene la función de resumir totalmente los presupuestos materiales de los principios para la consecuencia jurídica *prima facie*<sup>225</sup>, muchas veces, especialmente en el derecho al ambiente, esas pruebas no serán suficientes para alcanzar el grado de certeza absoluta de sus premisas, lo que provocaría su desplazamiento en la ponderación. Por lo que se reconoce a la autoridad el margen epistémico para establecer la valoración alcanzada sobre el estado de cosas.

Por su parte, la incertidumbre normativa tiene lugar cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en colisión<sup>226</sup>; en estos casos existe inseguridad respecto a cuál de los derechos en colisión corresponde mayor protección.

Un supuesto de incertidumbre normativa es cuando hay duda, oscuridad o antinomia sobre la norma aplicable; así, por ejemplo, en un proceso judicial se presenta cuando el juez se encuentra ante alternativas procedimentales para la protección de los derechos fundamentales y no tiene certeza sobre la forma más apropiada para hacerlo.

El interés de esta variable se puede apreciar en los casos ambientales, en tanto la duda o la incertidumbre inhibiría muchas intervenciones en los derechos individuales cuando la sustentabilidad no presente premisas empíricas o normativas dotadas de certeza. Es entonces que el principio precautorio y los principios *in dubio pro natura* y *pro aqua* ingresan en la ponderación por decisión autoritativa cuando media incertidumbre.

Los grados de certidumbre también poseen una escala triádica, pero con conceptos diferentes, que son la certeza, la plausibilidad y lo no evidentemente falso; menos que no evidentemente falso debe reputarse que la premisa es falsa y no se puede ponderar.

En relación con la sustentabilidad, esta variable tiene una importancia trascendente en la ponderación, que se trata en el Capítulo 3.4.4.

224 Bernal Pulido, 2007a, p. 291.

225 Alexy, 2012, p. 266.

226 Alexy, 2002, p. 62.

### 7.3. La fórmula de peso y la integración de las variables

El tema es cómo integra Alexy las variables de importancia concreta, peso abstracto y certidumbre para obtener la precedencia de un principio sobre otro. Brinda la respuesta con la fórmula de peso<sup>227</sup>.

Explica Bernal Pulido que esta fórmula establece que el peso concreto del principio  $P_i$  en relación con el principio  $P_j$ , en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio  $P_i$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del principio  $P_j$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia<sup>228</sup>.

La «fórmula de peso» complementa la ley de colisión y la ley de ponderación e integra las variables de cada principio atribuyéndoles a cada nivel o grado una cantidad o valor numérico:

- 1) Respecto a la importancia concreta, para los grados de intensidad de la intervención y de satisfacción ( $I$ ), los valores numéricos son: (1) para leve, (2) para medio y (4) para grave.
- 2) A los pesos abstractos ( $W$ ), corresponden los mismos grados triádicos de la importancia y se asignan los siguientes valores numéricos: (1) para leve, (2) para medio y (4) para grave.
- 3) Para la certidumbre de los presupuestos fácticos y normativos ( $R$ ), los valores numéricos son: (1) para cierto, (1/2) para plausible y (1/4) para no evidentemente falso<sup>229</sup>.

Esta fórmula define el peso como el cociente de los tres factores fijados, en cada lado de la ponderación, donde cada uno es representado por números<sup>230</sup>.

227 Bernal Pulido, 2014, p. 993.

228 Bernal Pulido, 2008, pp. 56-57.

229 Alexy, 2008, p. 38. Los valores numéricos de la certidumbre expresan que tanto la fuerza de defensa como la de ataque se reduce ante la creciente incertidumbre de las premisas que soportan cada una de las partes.

230 Alexy, 2008, p. 32. Explica que si se utiliza la serie aritmética 1, 2 y 3 para cada nivel, se obtienen resultados esclarecedores mediante una *fórmula diferencial*. Pero la serie geométrica 1, 2 y 4 representa mejor el concepto de ponderación. Esta serie se diferencia de la serie aritmética esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales, sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención. El carácter geométrico de la escala permite definir el peso concreto de  $P_i$ , no mediante una fórmula de diferencia, sino mediante una *fórmula de cociente*. Esta fórmula constituye el núcleo de una fórmula más comprensiva cuando incluye las demás variables que debe llamarse «la fórmula del peso».

Figura 9. Fórmula de peso (tres variables)

$$W_{i,j} = \frac{I_i W_i R_i}{I_j W_j R_j}$$

$W_{i,j}$  representa el cociente o peso del principio  $P_i$  en relación con el principio en colisión  $P_j$ . Esto es, la ponderación de los principios resulta de las tres variables de la ecuación –peso concreto, abstracto y certidumbre–, en la que  $I$  representa la gravedad de la intervención ( $I_i$ ) o importancia de la satisfacción ( $I_j$ ), entonces, según sea el peso concreto estimado, al grado leve se le asigna (1), al medio (2), al grave (4). Respecto de los pesos abstractos de los principios en colisión ( $W_i/W_j$ ), se ponderan asignándoles respectivamente la cantidad numérica (1), (2), (4) según el peso que posean en la trama constitucional de derechos. Finalmente, para medir la fiabilidad de las premisas empíricas y normativas ( $R$ ), los grados y valores son: seguro (1), plausible (1/2) y no evidentemente falso (1/4)<sup>231</sup>.

Así, el cociente de cada principio representa su peso en la colisión, estableciendo la precedencia del principio con mayor peso.

Una aclaración importante es que  $I_i$  e  $I_j$  (importancia concreta) y  $W_i$  y  $W_j$  (peso abstracto) corresponden a la dimensión material de la ponderación, que también se denomina ontológica<sup>232</sup>. Mientras que  $R_i$  y  $R_j$  (certidumbre) tiene un carácter completamente diferente, en tanto opera cuando no se tiene certeza plena acerca de las premisas empíricas o cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales.

Alexy explica cómo la variable certidumbre incide con los factores materiales, resultando que:

Si los valores epistémicos ascienden a 1, los valores materiales permanecen intactos. Si los valores epistémicos son menores que 1, el impacto de los valores materiales o sustanciales se reduce en consecuencia. El menor valor epistémico se da cuando la fiabilidad tanto de las premisas empíricas como normativas es evaluado no tan alto como «no evidentemente falso»<sup>233</sup>.

Respecto a la ponderación mediante la fórmula de peso, una precisión debe realizarse sobre las variables adicionales, peso abstracto y certidumbre, las que

231 Alexy, 2014, p. 18.

232 Alexy, 2016.

233 Alexy, 2014, p. 20.

se sopesan únicamente cuando los principios en colisión no tienen el mismo peso abstracto y cuando las premisas fácticas del principio a satisfacer no alcanzan el nivel de certeza requerido. En el caso de la certidumbre normativa, cuando no existe certeza respecto a cuál de los principios en colisión debe prevalecer. De esta forma, fuera de estas condiciones, estas variables se anulan recíprocamente y el procedimiento culmina con la ponderación de la importancia concreta.

En consecuencia, estas variables deben ser utilizadas en la fórmula solo cuando los pares de factores son desiguales. Si estos pares son iguales, se neutralizan mutuamente<sup>234</sup>.

Así, si se trata de una colisión entre derechos sobre bienes individuales, en los que el peso abstracto es equivalente, no corresponde sopesarlo. Lo mismo sucede si el grado de certidumbre de las premisas fácticas es equivalente en ambos derechos.

A continuación, se apreciará el funcionamiento de la fórmula de peso y la incidencia de la certidumbre sobre las variables materiales.

## 8. Ejemplo de aplicación de la Fórmula de Peso. Reglas para la resolución de los empates

A continuación, en sus rasgos esenciales, se aplica la fórmula de peso conforme un ejemplo de Bernal Pulido<sup>235</sup>.

Cuadro de texto 7. Ejemplo de aplicación de la fórmula de peso

**Caso:** los padres de una niña que profesan cierto culto se niegan a llevarla al hospital en cumplimiento de sus mandatos religiosos que impiden que se le realice una transfusión de sangre. Se pondera la imposición de la transfusión.

234 Alexy, 2008, p. 33.

235 Bernal Pulido, 2014, pp. 996-997.

1) PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CULTOS ( $P_i$ ):

La no satisfacción de la libertad de cultos de los padres gradúa como grave  $I_i = 4$

El peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte)  $W_i = 2$

La seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos)  $R_i = 1$

2) EL PRINCIPIO A LA VIDA Y SALUD DE LA NIÑA ( $P_j$ ):

La importancia de la vida de la niña cataloga como intenso o grave  $I_j = 4$

El peso abstracto de la vida y la salud cataloga como alto  $W_j = 4$

La certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte)  $R_j = 1$

3) Conforme a la fórmula de peso, el derecho a la vida y a la salud arroja el valor numérico de 16 ( $4 \times 4 \times 1$ ) y el derecho del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de cultos arroja el valor numérico de 8 ( $4 \times 2 \times 1$ ), multiplicando todos los números del primer principio y del segundo principio se dividen para obtener el cociente y conocer el valor numérico más alto:

$$8/16$$

Principio de la libertad de cultos ( $P_i$ ) = 0.50

$$16/8$$

Principio a la salud y a la vida ( $P_j$ ) = 2

Resultando que el derecho a la vida y la salud de la niña es el principio precedente, por lo que ordenar la práctica de la transfusión es constitucional.

Integrando las variables en la fórmula de peso, resultan los siguientes cocientes para cada principio:

$$P_i = \frac{4}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{1} = 0,50 < P_j = \frac{4}{4} * \frac{4}{2} * \frac{1}{1} = 2$$

$$P_i = 0,50 < P_j = 2$$

La valoración de la certidumbre como cierta (1) supone que los valores materiales permanecen intactos.

Para comprender la incidencia de la certidumbre en los cocientes, como ejercicio, se utiliza el mismo caso, pero alterando el grado en el principio a satisfacer ( $P_j$ ) a *no evidentemente falso*, al que corresponde el valor  $\frac{1}{4}$ , conservando el grado y valoración de las otras variables. La consecuencia es que el cociente del principio a satisfacer se modifica a 0,5, mientras que el del principio a intervenir ( $P_i$ ) se eleva a 2. En tal supuesto, no se debe intervenir el derecho.

$$P_i = \frac{4}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{1/4} = 2 > P_j = \frac{4}{4} * \frac{4}{2} * \frac{1/4}{1} = 0,50$$

$$P_i=2 > P_j=0,50$$

La pregunta subsiguiente es qué sucede cuando de la fórmula de peso resulta un empate; la respuesta para decidir es la carga de la argumentación jurídica, reconociendo al decisor el margen competencial epistémico necesario cuando no se tiene certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en colisión.

Respecto a la argumentación de la que se valdrá el decisor, interesa cómo abordará razonablemente la situación de empate. Bernal Pulido enuncia dos reglas, la primera consiste en aplicar al principio *in dubio pro libertate*, de manera que en caso de duda respecto al reconocimiento de un derecho o de su restricción deberá estarse a favor de su reconocimiento.

Este principio, conocido también como *in dubio pro homine*, está reconocido en el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional supremo de conformidad al [art.75](#), inc.22, de la Constitución Nacional.

La segunda regla es la argumentación sobre la base de los precedentes que establecieron una precedencia condicionada como resultado de una ponderación en casos idénticos o análogos, estos precedentes orientarán la definición<sup>236</sup>.

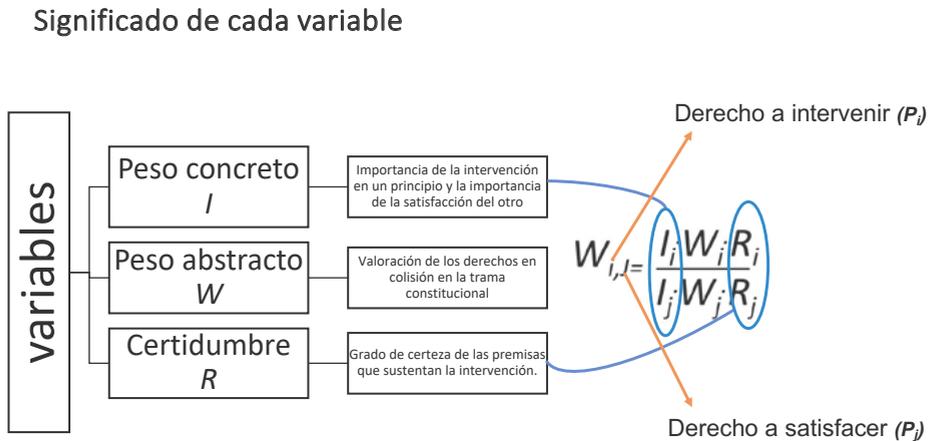
Entonces, queda por establecer cuál es el argumento que despejará la duda cuando la sustentabilidad es el principio en colisión. Este aspecto se tratará en forma específica en el Capítulo 3.6.

236 Bernal Pulido, 2014, pp. 1015-1016.

## 9. Análisis valorativo y crítico

El principio de proporcionalidad implica un *procedimiento escalonado y sucesivo*<sup>237</sup>, de modo que, si no se logra atravesar uno de ellos, la norma es inconstitucional<sup>238</sup>. En primer lugar, realiza un examen fáctico de las medidas a través de la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad del principio a satisfacer para luego ponderar las variables de los principios, estableciendo el principio con mayor importancia en el caso concreto. Así, se construye la regla definitiva, que resulta del examen de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Figura 10. Significado de cada variable



237 Bernal Pulido, 2014, p. 874.

238 Sapag, 2008, p. 172.

Respecto a la ponderación, expresa Bernal Pulido, es racional tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico. Es racional porque responde a una estructura que resulta de la ley de colisión, de la ley de ponderación, de la fórmula de peso y de la argumentación jurídica, y es práctica porque su estructura argumentativa satisface la racionalidad del discurso jurídico<sup>239</sup>.

En el periplo de la ponderación, cuando se trabaja con la importancia concreta de los principios, la escala triádica de intensidades se presenta como un método eficiente para establecer los grados de intervención/satisfacción. Pero cuando los pesos abstractos de los principios en colisión son diferentes, o la certidumbre de las premisas fácticas y normativas difiere, se requiere de la fórmula de peso para la ponderación integrada de todas las variables.

Por ello, Bernal Pulido observa que la fórmula de peso es una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación. La relación de precedencia no se determina solo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto (o sea, «del grado de no satisfacción o de afectación de un principio» y «la importancia de la satisfacción del otro»), sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios.

Este autor realiza una aclaración, no menor, al señalar que no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer en cada caso una única respuesta correcta. Lo valora como un procedimiento que abre al juez un margen racional de deliberación que posibilita fundamentar a través de esas variables una ponderación correcta<sup>240</sup>.

Sobre la naturaleza de la fórmula de peso, Alexy explica que la fórmula no pretende sustituir la ponderación como forma de argumentación por el cálculo. «Se trata de un dispositivo formal para expresar la estructura inferencial de la ponderación de principios, del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la subsunción normativa»<sup>241</sup>.

En efecto, Alexy la describe metafóricamente como un microscopio que permite identificar cuestiones ajenas a la visión corriente y que el juez, a partir de ella, debe interpretarlas mediante la argumentación jurídica racional para la resolución correcta<sup>242</sup>. Ya en el *Epílogo* había expresado que, una vez que se ha hecho el trabajo analítico, el jurista tiene que regresar a la superficie y tiene que comunicar sus conocimientos con las palabras más fáciles y confiables que sea posible<sup>243</sup>.

239 Bernal Pulido, 2012, p. XLVII.

240 Bernal Pulido, 2014, pp. 995-996 y 1006.

241 Alexy, 2009a, pp. 63-64.

242 Alexy, 2015b, 1h08m15s.

243 Alexy, 2002, p. 39.

Por ello define la fórmula de peso de la siguiente forma: «Se trata de un dispositivo formal para expresar la estructura inferencial de la ponderación de principios, del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la subsunción normativa»<sup>244</sup>.

## 10. La red de reglas de ponderación

Sobre la fórmula de peso, hay importantes observaciones críticas que giran sobre la confiabilidad de las valoraciones que la componen. Así, para Guibourg<sup>245</sup>, la estructura de la fórmula del peso es inútil sin un método confiable para medir la interferencia con un principio que sea requerida para satisfacer otro principio dentro de un caso dado. En efecto, no existe un catálogo de pesos de los derechos –una especie de tabla periódica de los elementos.

Bernal Pulido y Clérico proponen un modelo de reglas para conferir previsibilidad a la ponderación.

Bernal Pulido lo formula a partir de dos planteos, el primero es si existen o no criterios objetivos para determinar el valor de las variables que la integran; el segundo, cuando este no es el caso, si los precedentes pueden servir para alcanzar, no la objetividad, al menos la racionalidad de la decisión<sup>246</sup>.

Para lo cual analiza cada variable. Así, sobre la variable importancia, señala que, en el plano de los grados de afectación, si bien en muchos casos puede resultar fácil determinar el grado de importancia de un principio sobre otro, hay casos difíciles en los que esa determinación puede resultar muy compleja.

Respecto al peso abstracto, expresa que es una variable bastante peculiar, que siempre implica que el juez tome una determinada posición respecto a la Constitución, del rol del Estado en determinada sociedad e, incluso, del concepto mismo de justicia<sup>247</sup>. Esta observación también es referida por Clérico, quien señala que la fórmula de peso no otorga pistas acerca de cómo determinar todos aquellos componentes que no dependen de las circunstancias concretas del caso; es decir, el peso y la restricción abstractos de los principios<sup>248</sup>.

244 Alexy, 2009a, pp. 63-64.

245 Guibourg, 2008.

246 Bernal Pulido, 2018, p. 260.

247 Bernal Pulido, 2018, p. 262.

248 Clérico, 2008, pp. 159-160.

Moreso también manifiesta que para esa ponderación «deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos», para luego afirmar: «No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente»<sup>249</sup>.

En relación con la certidumbre de las premisas empíricas, Bernal Pulido observa la dificultad de establecer el grado de certidumbre cuando se debe considerar la eficacia, rapidez, complitud y probabilidad de una medida.

Es entonces que este autor se pregunta cómo asignar un valor a cada variable en la fórmula de peso si pueden resultar diferentes según la perspectiva que se considere<sup>250</sup>.

Estas y otras apreciaciones le indican que el juez tiene un margen de discreción para ponderar cada variable, pero dentro de ese margen de discreción son los precedentes los que adquieren relevancia fundamental. Afortunadamente –expresa–, los jueces no resuelven cuestiones sobre el peso de los principios y la seguridad de las premisas empíricas a manera de *tabula rasa*. Los jueces toman decisiones en una *red de precedentes*, que permiten que los principios se apliquen de manera consistente y coherente; así, la ponderación no solo es racional sino predecible<sup>251</sup>.

Por su parte, Clérico demuestra que el modelo de la ponderación de Alexy no opera frente a cada una de las colisiones de derechos desprovisto de toda atadura, sino que es un modelo de la ponderación fuertemente orientado por reglas, entre otras, por reglas-resultados de anteriores ponderaciones que bien pueden ser reconstruidas como una red de casos<sup>252</sup>.

En efecto, a lo largo de la obra de Alexy se observa como una constante que los exámenes de la ponderación y sus criterios analíticos son el resultado de los fallos del Tribunal Constitucional alemán. Incluso, respecto a los precedentes, expresa que:

El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos<sup>253</sup>.

249 Moreso, 2009, p. 231. No es otra la posición de Alexy cuando expresa que no hay un catálogo de todos los principios, y si lo hubiera, no expresaría todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos. Proporcionalidad y argumentación jurídica construyen la decisión correcta. La argumentación se vincula a la ley, al precedente y a la dogmática. Alexy, 2088, pp. 145- 147.

250 Bernal Pulido, 2018, p. 263.

251 Clérico, 2018, pp. 263-264.

252 Clérico, 2012.

253 Alexy, 1988, p. 146.

Ante ello, para abordar la indeterminación que suponen las variables de la proporcionalidad, Clérico propone *la tesis de la red de reglas-resultado de la ponderación*, obtenidas de la sistematización de las decisiones judiciales *iusfundamentales*. Estas reglas de ponderación surgen del análisis de casos relevantes –precedentes– que conforman la red de reglas-resultados de las sentencias. Mediante las ponderaciones y las reconstrucciones críticas se constituye, con el correr del tiempo, una red de puntos de vista concretos y reglas –que, sin embargo, debe permanecer abierta– para la aplicación del respectivo derecho fundamental. La vinculación a la regla-resultado de la ponderación y, por ende, su aplicación debe poder ser justificable a la luz de las similitudes de las circunstancias del caso anterior con las de la nueva colisión<sup>254</sup>.

Respecto a la confiabilidad en la determinación de las variables, será imprescindible analizar los fallos ambientales de la CSJN para identificar si los precedentes consolidan una red de reglas orientadoras del examen de proporcionalidad en los casos de colisión entre el derecho al ambiente y otros derechos, tarea que se sistematiza en el Capítulo 7.

---

254 Clérico, 2018, pp. 257-280.

# CAPÍTULO 3

## PRIMERA PARTE

### EL PRINCIPIO DE SUSTENTABILIDAD Y EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

#### 1. La sustentabilidad como paradigma y como principio jurídico

##### 1.2. La sustentabilidad o sostenibilidad como paradigma

Si la consideración de los valores de la dignidad humana conforma el periplo evolutivo de los derechos humanos, donde el derecho al ambiente representa el paso de la dignidad humana individualmente entendida a la solidaridad intra e intergeneracional como valor colectivo, se debe indagar cómo se comunicaron estos valores al derecho constitucional.

Antes de ello, aparece una cuestión relacionada con el empleo de los términos sustentabilidad y sostenibilidad. Para la RAE, la sustentabilidad es algo que se puede sustentar o defender con razones, mientras que la sostenibilidad es algo que se puede mantener sin agotar los recursos. Indagando el empleo de estos conceptos en materia ambiental, se expresa que:

... el término de «sustentable» aparece con significados semejantes en diversos artículos, referidos al informe de «Nuestro Futuro Común», como desarrollo sustentable en vez de sostenible, y se traducen como sinónimos (Gómez, 1996), por lo que se hace habitual de referirse a él en América Latina como «desarrollo sustentable», en tanto que en España, y en muchas de las traducciones oficiales de organismos internacionales se expresa como «desarrollo sostenible», sin que conste ninguna diferencia de significado aparente<sup>255</sup>.

255 López Recalde, et al, 2005.

Sin embargo, una consideración ideológica se visualiza en el empleo de estos términos:

Rivera-Hernández, et al., (2017) plantean que el enfoque de los investigadores y profesionales de las ciencias sociales, económicas y políticas es el «desarrollo», el cual debe ser sostenido o sostenible para que el sistema productivo funcione. Por otro lado, para los investigadores y profesionales de las ciencias naturales su principal preocupación es la conservación de los recursos naturales, mediante su uso racional y controlado; de ahí que utilicen el concepto desarrollo sustentable<sup>256</sup>.

El Instituto Mexicano de Tecnología del Agua señala que, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la palabra ‘sustentable’ aparece en cinco ocasiones en referencia al desarrollo, mientras que ‘sostenible’ aparece una vez en el contexto del manejo de las finanzas públicas. El referido instituto agrega que, por otra parte, al hablar de los Objetivos de Desarrollo Sostenible es preferible mantener este término, ya que es el que quedó plasmado oficialmente en este programa de la ONU. Concluye que mientras se atiendan los principios de congruencia, coherencia y homogeneidad, se puede emplear cualquiera de las dos variantes sin incurrir en un error lingüístico o semántico<sup>257</sup>.

Desde esta última perspectiva, se empleará el término sustentabilidad conforme lo establece la Ley 25675, art. 4, procurando desentrañar su significado jurídico en el sistema jurídico argentino.

La centralidad política del desarrollo sustentable es consecuencia de un proceso de escala internacional en la que se consagraron y entretejieron múltiples principios que generaron un caudal regulatorio significativo. De ese entretejido surgió la sustentabilidad como «principio de los principios»<sup>258</sup>.

Designarlo como «principio de los principios» es una acertada síntesis de la sustentabilidad, en tanto fruto de una compleja elaboración política que, desde la demanda social y las contribuciones científicas, se manifestó en acontecimientos históricos en los que la comunidad internacional, a través de declaraciones y documentos de notable trascendencia para la humanidad, la definió y comprometió a los Estados en su realización.

El desarrollo sustentable, como matriz de pensamiento y de acción, surge en la década de 1970 como paradigma alternativo a las formas conocidas de explotación de la naturaleza y las prácticas llevadas a cabo, que comenzaban a demostrar una grave alteración de los ecosistemas con repercusiones en la vida social.

256 Retamal-Ferrada, 2020.

257 IMTA, 2021.

258 Gorosito Zuluaga, 2017, p. 115,

La palabra paradigma que se emplea proviene del griego y significa «modelo o ejemplo». Fue el científico estadounidense Thomas Kuhn quien actualizó el concepto para referirse al conjunto de prácticas que definen una disciplina científica durante un período de tiempo. Es la visión o cosmovisión. Cuando un paradigma no puede satisfacer las necesidades de una ciencia es sucedido por otro. Se está entonces frente a un cambio de paradigma<sup>259</sup>.

Entonces, si la teoría de los principios, en relación con el positivismo, es un cambio de paradigma de la ciencia jurídica, la sustentabilidad es el paradigma de sistema jurídico ambiental. Esto implica que sus valores y principios, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan el entero ordenamiento jurídico<sup>260</sup>.

En este último sentido, Lorenzetti, en su *Teoría del Derecho Ambiental*, instala el concepto de paradigma ambiental como eje de su desarrollo y análisis jurídico<sup>261</sup>.

Algunos de los hitos del paradigma de la sustentabilidad son:

### **1.2.1. La Declaración de Estocolmo**

La Declaración de Estocolmo<sup>262</sup> fue consecuencia de la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano, que tuvo lugar en Estocolmo (Suecia) en junio de 1972, con representantes de 113 países. Esta conferencia logró reunir a las naciones industrializadas y en desarrollo para la defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras como meta imperiosa de la humanidad (Declaración de Estocolmo, Proclama, punto 6).

Fue el primer intento de conciliar los objetivos tradicionales del desarrollo con la protección de la naturaleza, y de contemplar los diferentes intereses de los países de la comunidad internacional<sup>263</sup>.

La actividad preparatoria fue intensa en debates. El énfasis de la conferencia estaba dado por los países desarrollados que se enfocaban en los problemas de contaminación causada por la acelerada industrialización y urbanización, y en el agotamiento de los recursos naturales, el que adjudicaban al crecimiento poblacional. Por otra parte, los países del Tercer Mundo, que representaban la mayor parte de la población mundial y la falta de desarrollo económico, reaccionaron con recelo y hasta con abierta hostilidad a aquel planteo que los podía perjudicar. Maurice Strong,

259 Marín Gallego, 2007, pp. 76-79.

260 Peña Chacón, 2004.

261 Lorenzetti, 2010a, pp. 7-15.

262 Declaración de Estocolmo, 1972.

263 Pierrri, 2005.

secretario general de la conferencia, en aras de salvar la reunión, hizo un gran esfuerzo para lograr la ampliación del concepto de «medio humano», integrando los aspectos sociales a los físicos tradicionales. Para ello, instó a la formación de un grupo de veintisiete expertos de diversos países que, reunidos en Founex (Suiza), del 4 al 12 de junio de 1971, elaboraron un informe en el que se recogieron las principales preocupaciones económico-ecológicas de los menos desarrollados. Así, en la tercera y cuarta reuniones generales preparatorias (septiembre de 1971 y marzo de 1972, Nueva York), se consensuó que la expresión «medio ambiente» debía incluir no solo las cuestiones estrictamente ecológicas, sino también las sociales.

En su principio 1, la Declaración de Estocolmo enuncia:

El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

La Declaración es una de las respuestas a la oposición absoluta hombre-naturaleza o economía-ecología, y a la propuesta del crecimiento cero que esgrimieron los países desarrollados. Acepta, hasta cierto punto, la idea de los límites físicos, y plantea que el crecimiento puede ser compatible con el cuidado ambiental, entendiendo que el primero es un presupuesto necesario para el segundo, dado que la pobreza genera problemas ambientales por las necesidades acuciantes a satisfacer. También reconoce el derecho de todos los países de usar sus propios recursos como un aspecto de su soberanía.

### **1.2.2. La Carta de la Naturaleza**

La Carta de la Naturaleza<sup>264</sup>, aprobada el 28 de octubre de 1982 por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 37/7, establece como concepto clave mantener la *capacidad de carga* de los ecosistemas, consagrando los principios de conservación con arreglo a las cuales debe guiarse y juzgarse todo acto del hombre que afecte a la naturaleza. Gorosito Zuluaga la describe así: «La Carta Mundial de la Naturaleza, por su lado, es una perspectiva más ecocéntrica o biocéntrica que los otros documentos encuadrados en perspectivas claramente antropocéntricas»<sup>265</sup>.

264 Carta de la Naturaleza, 1982.

265 Gorosito Zuluaga, 2017, p. 114.

Los principios generales explicitados en la Carta son: el principio de respeto a la Naturaleza y de prohibición de la perturbación de sus procesos esenciales; el principio de prohibición de la amenaza a la viabilidad genética en la tierra, del que se deriva el principio de mantenimiento de población en un nivel suficiente de las especies silvestres y domesticadas para garantizar la supervivencia y el principio de salvaguarda de hábitat y el principio de protección especial a las situaciones de carácter singular ejemplares representativos de diferentes tipos de ecosistemas y a los hábitat de las especies escasas o en peligro; el principio de administración de los ecosistemas y organismos, así como los recursos terrestres marinos atmosféricos bajo formas que permitan lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con las que coexisten, y el principio de protección a la Naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad.

### **1.2.3. Nuestro Futuro Común y el desarrollo sustentable**

Nuevas situaciones del deterioro ambiental, ahora de escala planetaria, como el agujero de la capa de ozono, afectación de la biodiversidad, o los indicios del calentamiento global, cambian la comprensión de la problemática que en Estocolmo aparecía localizada, pero que ya entonces comenzaba a cobrar impacto global.

La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CMMAD) fue creada en 1983, en la XXXVIII Sesión de la ONU, por resolución de la Asamblea General. La Comisión, en su informe denominado *Nuestro Futuro Común* (1987), definió el desarrollo sostenible como un desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias. La apelación al desarrollo sustentable es un llamado a cambiar las estrategias aplicadas hasta el momento, tanto en materia de políticas de desarrollo como ambientales.

Este informe identifica la interdependencia entre la economía y el ambiente: «En la actualidad, necesitamos pensar igualmente en la manera en que la degradación del medio ambiente puede frenar o aun invertir el desarrollo económico». Así, realiza un amplio diagnóstico sobre la interconexión de la crisis ambiental, la pobreza, la tecnología y el desarrollo, para enunciar el concepto de desarrollo sustentable:

Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. El concepto de desarrollo duradero implica límites, no límites absolutos, sino limitaciones que imponen a los recursos del medio ambiente el estado actual de la tecnología y de la organización social y la capacidad de la biósfera de absorber los efectos de las actividades humanas.

Los problemas ambientales globales provocaron un cambio significativo en la comprensión del ambiente, un nuevo paradigma o cosmovisión se consolidaría: el desarrollo sustentable sería la vía escogida para abordarlos. No solo en la escala global de la problemática, sino que la comunidad internacional comprendió que las interacciones, incluso las más locales, comprometían el conjunto. El Informe Brundtland (1987) lo expresó así: «La ecología y la economía se entretejen cada vez más –en los planos local, regional, nacional y mundial– hasta formar una red inconsútil de causas y efectos».

#### **1.2.4. La Declaración de Río de Janeiro**

Luego del Informe Brundland y su notable trascendencia internacional, las Naciones Unidas convocó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), conocida como Cumbre de Río o de la Tierra. Tuvo lugar en 1992 y en ella la comunidad internacional se reunió para discutir y acordar principios y políticas en torno al desarrollo sostenible. La Declaración de Río de Janeiro<sup>266</sup> es el documento más importante aprobado en la conferencia de Río y consolidó el desarrollo sustentable como objetivo central de la política universal. En esta conferencia también se aprobaron tratados significativos sobre biodiversidad y cambio climático, siendo expresiones de la escala global de la problemática que amenazaba al mundo. En este contexto, la Declaración de Río sintetiza en sus principios los compromisos institucionales que asumían los Estados.

Los principios 3, 4 y 5 de la Declaración de Río consagran al desarrollo sustentable como principio universal:

##### Principio 4

A fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.

##### Principio 5

Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sustentable, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.

<sup>266</sup> Declaración de Río de Janeiro, 1992.

La fórmula del desarrollo sustentable sintetiza la interdependencia del crecimiento económico y la preservación ecológica, considerando a esta como condición del primero. Condicionalidad que repercutirá en la valoración de los derechos que los representen. Lo que esencialmente se busca a partir de la sustentabilidad es una relación diferente entre la economía, el ambiente y la sociedad.

La aceptación universal del desarrollo sustentable no supuso la desaparición de diferentes intereses e interpretaciones sobre este, pero puso a todos bajo el mismo techo conceptual<sup>267</sup>.

### **1.2.5. Agenda 2030**

En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, que establecen que la erradicación de la pobreza debe ir de la mano de estrategias que fomenten el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales como la educación, la sanidad, la protección social y las perspectivas de empleo, al tiempo que se combate el cambio climático y se protege el medio ambiente.

### **1.2.6. El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible**

Las Naciones Unidas, en la resolución de la Asamblea General del 28 de julio de 2022, reconoce al ambiente como derecho humano, manifiesta que el desarrollo sostenible, en sus tres dimensiones (social, económica y ambiental), y la protección del medio ambiente, incluidos los ecosistemas, apoyan y promueven el bienestar humano y el pleno disfrute de todos los derechos humanos por las generaciones presentes y futuras<sup>268</sup>.

## **2. La sustentabilidad: del valor al deber ser normativo**

Si los valores fundamentan los derechos, es posible caracterizar su consolidación normativa atendiendo a su valor específico y a la forma jurídica resultante, de tal modo que:

- a) Lo axiológico identificará el valor que lo fundamenta.
- b) Lo normativo expresará el deber ser del derecho fundamental.

<sup>267</sup> Ramírez Treviño, Sánchez Núñez y García Camacho, 2004, p. 57.

<sup>268</sup> Naciones Unidas, 2022.

## 2.1. El componente axiológico: la solidaridad intergeneracional. La sustentabilidad con desarrollo

Cuando Alexy distingue las reglas de los principios, destaca una característica de estos: «En tanto razones para las reglas, a menudo técnicas, los principios permiten conocer su contenido valorativo más fácilmente que aquellas»<sup>269</sup>.

Esto resulta por la íntima relación entre uno y otro. Se explica en el Capítulo 1.6.2. que principios y valores son lo mismo, contemplados, en un caso, bajo un aspecto deontológico (del deber ser), y en el otro, bajo un aspecto axiológico (lo que es mejor); distinguiéndose en que los valores no entrañan un mandato, un *deber ser*, mientras que los principios sí, de ahí su pertenencia al sistema jurídico. Sin embargo, los valores fundamentan los derechos reconocidos, comunican su potencia moral, permitiendo identificar su jerarquía y preferencia ante otros principios.

Walsh y Di Paola, en relación con la sustentabilidad, señalan que existe un aspecto que involucra un contenido axiológico, asociado a una concepción ética de la relación entre hombre y naturaleza. Este aspecto es el que permite incorporar al análisis de la sustentabilidad *la dimensión temporal de la equidad entre generaciones y entre miembros diversos de una generación coetánea*. Este sentido permite abordar las cuestiones sociales con sus implicancias ambientales en forma integradora y transversal<sup>270</sup>.

Los autores citados expresan que no solamente es sustentable «aquello que materialmente puede sostenerse sino también que merece o es digno, en sentido moral, de ser sostenido»<sup>271</sup>. En consecuencia, el derecho a la sustentabilidad (como síntesis actual del derecho al ambiente y al desarrollo) viene a formar parte de los atributos que hacen a la dignidad humana<sup>272</sup>.

Pero la dignidad humana, cuando de un derecho de tercera generación se trata, se conforma del valor solidaridad, que vincula a la sustentabilidad con la comunidad humana más allá del propio Estado. Por lo que la solidaridad comunica a la sustentabilidad proyecciones intertemporales singulares, del presente hacia el futuro, que lo distingue de los demás derechos de tercera generación. Cafferatta la explica del siguiente modo:

[...] esta solidaridad no es solo actual, sino futura, ya que de nuestro obrar presente depende, en buena medida, la suerte de los que vendrán. Supone que debemos entregar a las generaciones venideras un mundo que desde la estabilidad ambiental les brinde las mismas oportunidades de desarrollo que tuvimos nosotros<sup>273</sup>.

269 Alexy, 2012, p. 84.

270 Walsh y Di Paola, 2000, p. 21.

271 Walsh y Di Paola, 2000, p. 39.

272 García, 2004.

273 Cafferatta, 2010.

La equidad intergeneracional, como elemento esencial del principio, expresa la valoración de la relación entre nosotros y los que vendrán, considerando sus necesidades y oportunidades.

Al respecto, Sabsay expresa:

*El ethos ambiental* es todavía más paradigmático que aquellos comprendidos en los restantes intereses colectivos derivados de los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva en general –como los denomina la C.N. (art. 43, 2do. párr.). Ello es así como consecuencia de uno de los elementos fundamentales del desarrollo sustentable –ligado a la protección ambiental–: nos referimos a la equidad intergeneracional<sup>274</sup>.

La perspectiva axiológica de la sustentabilidad requiere, además del respeto ideal que entraña como componente ético de la dignidad humana, una expresión jurídica que establezca su vigencia en la vida social.

Un fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala H (1999), reconoce esta relación entre los valores ambientales y el deber ser constitucional cuando dice que:

[...] existe un orden público ambiental indisponible, inalienable: en él se encuentran involucrados derechos y garantías biológicas y sociales. Los derechos de tercera generación son consecuencia de la interrelación de derechos personales humanos y razones de solidaridad que le dan nacimiento. Se encuadran dentro de los nuevos derechos constitucionalmente consagrados por la Reforma de 1994, que jerarquizan la persona humana y priorizan la solidaridad humana.

Cafferatta y Peretti explican que la sustentabilidad va más allá del concepto de desarrollo sustentable al que refieren las fuentes constitucionales y legales, que lejos de resignarse a adjetivar determinado modelo de desarrollo exige una visión más axiológica, impregnada por una indetenible tendencia a sustantivarse. Al liberarse de su condición de adjetivo del desarrollo adquiere una sustancia propia, autónoma.

Así, ambos autores propugnan hablar de «sustentabilidad con desarrollo» de modo tal que no pueda concebirse el desarrollo sin sustentabilidad<sup>275</sup>.

274 Sabsay, 2007.

275 Cafferatta y Peretti, 2019, pp.318-319.

## 2.2. La sustentabilidad como principio normativo

La positivización del derecho humano a la solidaridad intra e intergeneracional dota de carácter normativo jurídico al derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Lo axiológico adquiere de la mano de la Constitución ropaje deóntico cuando establece el *deber de preservarlo*. Un estado de cosas representado por el bien protegido y sus condiciones, la relación entre las actividades productivas y las generaciones futuras, conforman el ámbito de protección.

Explica Cafferatta que la fórmula constitucional se integra con la idea de la sustentabilidad, que, en realidad, deberá interpretarse como un pilar sustantivo de la especialidad, que apunta a satisfacer las necesidades del presente, en términos de equidad, sin comprometer las de las generaciones futuras<sup>276</sup>.

Por lo tanto, de acuerdo con estos argumentos, el derecho puede ser calificado como el derecho a la sustentabilidad, como sugieren algunos autores<sup>277</sup>. En este trabajo se aludirá al principio de sustentabilidad o al derecho al ambiente con la misma significación.

Una de las expresiones más elocuente sobre el carácter normativo de la disposición ambiental está en la causa Mendoza, cuando la Corte dice que el reconocimiento del *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (CSJN, 2006c). El significado es unívoco: se trata de un mandato constitucional que establece un deber positivo de protección.

Respecto a los significados normativos de la disposición, resultan de su interpretación una multiplicidad de normas vinculadas.

Así, tomando únicamente el primer párrafo del art. 41 de la CN, se pueden obtener los siguientes significados prescriptivos:

*El ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano debe ser preservado.  
Las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.  
El daño ambiental debe ser prioritariamente recompuerto.*

Avanzando en la estructura normativa de la norma tipo principio, se puede dar forma condicional al enunciado normativo con los respectivos operadores deónticos. Así, respecto a las actividades productivas, surgen las siguientes prescripciones:

Permisi6n:

276 Cafferatta, 2021, p. 15.

277 Walsh y Di Paola, 2000.

*Si el ambiente es preservado, debe autorizarse el desarrollo de actividades productivas.*

Prohibición:

*Si las actividades productivas afectan al ambiente, deben ser prohibidas.*

Obligación:

*Si las actividades productivas se proyectan o se realizan, deben preservar las necesidades de las generaciones futuras.*

Como el enunciado constitucional refiere al derecho de todos los habitantes y ordena su preservación, se obtiene un significado normativo más amplio:

*El ambiente debe ser preservado.*

Así, la estructura normativa del art. 41 de la CN se conforma por un supuesto de hecho, representado por el bien ambiente –que se trata en detalle en el Capítulo 5–, con las condiciones de sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, como por conductas y actividades, y por la consecuencia jurídica, que prescribe lo ordenado, permitido o prohibido –la preservación, la protección, la recomposición, entre otros–.

Conforme lo tratado en el Capítulo 1, esta estructura normativa corresponde a los principios de derecho fundamental, que se caracterizan por ser *prima facie*, en tanto se pueden cumplir en diferente grado, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Como todo principio, la sustentabilidad es un mandato de optimización que ordena que la protección del ambiente sea realizada en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Como norma adscripta, el art. 2 de la LGA enuncia esa condición cuando establece, entre sus objetivos, promover *el mejoramiento* de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria. Así, precisa el significado normativo del principio constitucional como mandato de optimización.

La Corte ha identificado más significados normativos. Por ejemplo, uno que se relaciona con la eficacia horizontal considera: «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» (CSJN, 2006c). Otro, muy relevante, expresa que: «Cuando se trata de la tutela del bien colectivo ambiente, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro» (CSJN, 2008b, 2009a, 2016a, 2016b, 2017a).

Esta última interpretación es central, la norma constitucional integra en las condiciones materiales la conexión intertemporal entre las necesidades presentes y las generaciones futuras. Por eso, se afirma que la más importante característica del derecho a un ambiente sano y equilibrado es su dimensión intertemporal, porque no solo debe satisfacer las necesidades de las generaciones actuales, sino también las de las generaciones futuras<sup>278</sup>.

La Corte, al respecto, señala que hay un deber constitucional de garantizar que las generaciones futuras puedan seguir gozando de bienes ambientales (CSJN, 2012c).

Sin embargo, la definición normativa de la sustentabilidad requiere de otras precisiones que se desarrollan a continuación y que permiten adecuarla cabalmente al derecho argentino.

### 3. La sustentabilidad constitucional y sus principios

#### 3.1. Diversidad de principios ambientales

En la Introducción, se planteó como problema que la proliferación de principios ambientales, muchas veces inconexos o desordenados, repercuten en una merma de la certeza y en una creciente impredecibilidad en su aplicación, por lo que corresponde deslindar el principio establecido en el art. 41 de la CN de otros principios también denominados ambientales.

En la doctrina de los autores, se introducen o identifican múltiples principios de derecho ambiental:

Pigretti<sup>279</sup> distingue entre criterios y principios. Los criterios son conceptos no receptados legislativamente, mientras que los principios son postulados reconocidos doctrinariamente o por ley. Entre esto últimos menciona: 1) eticismo y solidaridad; 2) enfoque sistémico; 3) participación pública; 4) interdisciplina; 5) principio contaminador-pagador; 6) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera; 7) uso racional del medio; 8) coordinación de actuaciones; 9) ordenamiento ambiental; 10) calidad de vida y 11) cooperación internacional.

Mosset Iturraspe<sup>280</sup> señala los principios de: 1) realidad, 2) solidaridad, 3) regulación jurídica integral, 4) responsabilidad compartida, 5) conjunción de aspectos colectivos en individuales, 6) introducción de la variante ambiental, 7) nivel de acción más adecuado del espacio a proteger, 8) tratamiento de causas productoras y de síntoma con puntualidad o prematura, 9) unidad de gestión y 10) transpersonalización de las normas jurídicas.

278 Sánchez Iturbe, 2009, p. 38.

279 Pigretti, 1986, p. 21.

280 Mosset Iturraspe, 1986, p.19.

Bibiloni<sup>281</sup> ha indagado los principios del derecho ambiental tomando acumulativamente los trabajos de Silvia Jaquenod de Zsögon y Demetrio Loperena Rota, y ha expuesto los siguientes: 1) pensar global, actuar local; 2) solidaridad; 3) integración de las políticas sectoriales; 4) protección elevada; 5) precaución; 6) prevención; 7) conservación; 8) corrección de las fuentes; 9) restauración efectiva; 10) corresponsabilidad y responsabilidad diferenciada; 11) subsidiariedad; 12) optimización de la protección ambiental; 13) diversidad estratégica normativa; 14) exigencia de la mejor tecnología disponible; 15) participación pública; 16) primacía de la persuasión sobre la coacción; 17) realidad; 18) vecindad; 19) igualdad; 20) colectivo público universal; 21) subsunción de lo público y lo privado; 22) transpersonalización de las normas.

Desde la órbita internacional, el informe presentado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Medio Ambiente<sup>282</sup> identifica dieciséis principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Por su parte, la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental, a través de la Comisión de Gestión Ambiental Institucional<sup>283</sup>, presenta una guía con *noventa y cinco principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable*.

Sobre esta diversidad de principios, Cafferatta comenta:

Desde la doctrina, se han enunciado principios rectores de derecho ambiental o principios generales del derecho ambiental o principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad para exponer una nómina de ellos, no siempre coincidente. O como lo prefiere denominar la Ley 25.675: Principios rectores de las políticas medioambientales<sup>284</sup>.

Todos ellos guardan importancia, pero corresponde identificar aquellos que son la forma normativa, el *deber ser*, del derecho fundamental al ambiente reconocido en el art. 41 de la CN.

En efecto, deslindar lo que es propio de la sustentabilidad constitucional tiene importancia porque el examen de proporcionalidad, como método de resolución de una eventual colisión, se aplica exclusivamente a principios de igual jerarquía fundamental, de lo contrario la sustentabilidad podría resultar desplazada por un principio o interés desprovisto de fundamentalidad. Esto alteraría significativamente la construcción teórica desarrollada.

Este problema es explicado por Klatt y Meister: «En la proporcionalidad se asegura una primacía definitiva a los derechos fundamentales frente a consideraciones no

281 Bibiloni, 2008, pp. 156-162.

282 Naciones Unidas, 2018.

283 CIJA-CGAI, 2020.

284 Cafferatta, 2018, p. 1.

constitucionales. Con esto se conjura el peligro que los derechos fundamentales puedan ser desplazados por cualquier interés no constitucionalmente garantizado»<sup>285</sup>.

La relevancia de esta premisa evitará la restricción de los derechos fundamentales por creaciones normativas secundarias que no respondan a un fin constitucional. En materia ambiental, se resguarda al principio de sustentabilidad de elaboraciones o formulaciones arbitrarias no relacionadas con la protección ambiental.

### 3.2. El criterio de identificación

Si la norma de derecho fundamental se define como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental, el enunciado del art. 41 de la CN es una disposición cuyo resultado es una norma de derecho fundamental que prescribe el deber de preservación y protección ambiental.

Son principios de derecho fundamental, las disposiciones constitucionales que reconocen derechos, sin determinación respecto a los principios contrapuestos. Cuando las disposiciones constitucionales reconocen derechos, pero establecen determinaciones respecto del derecho opuesto, son reglas de derecho fundamental.

Entre las normas de derecho fundamental, por otra parte, se debe atender a la distinción relacional entre normas *estatuidas* y *adscriptas*.

La norma adscripta resulta del vínculo semántico con la disposición de derecho fundamental o por la relación con su fin. Lo esencial es que esa vinculación represente normativamente el derecho que protege, lo que conforma su optimización.

Una adscripción se lleva conforme a derecho cuando la norma adscripta puede catalogarse como *válida*. El criterio formal de validez se vincula con la competencia del órgano para expedirla, es decir, la optimización del principio sustancial corre por el carril de la competencia asignada.

Las normas adscriptas pueden ser reglas o principios. Este último supuesto es el que interesa aquí y sucede cuando la norma tiene un grado de determinación mayor pero no establece mandatos definitivos. Es decir, son optimizaciones del principio instituido sin llegar a conformar reglas. En efecto, estas normas representan una mayor realización del derecho fundamental, estableciendo precisiones en los supuestos fácticos o jurídicos.

En consecuencia, si los principios de derecho fundamental expresan el deber ser de los derechos constitucionales, resulta que en el trance de la realización del derecho al ambiente se pueden enunciar por la autoridad competente otros principios de derecho fundamental precisantes de la sustentabilidad.

285 Klatt y Meister, 2017, pp. 15-17.

A partir de estos criterios, se distinguirán los principios que conforman el derecho fundamental al ambiente de aquellos que no lo son.

### **3.3. Principios ambientales directamente estatuidos en la CN y los «superpresupuestos mínimos»**

Quiroga Lavié<sup>286</sup> realiza una importante observación cuando destaca que el art. 43 de la CN –al regular la acción de amparo– hace una nominación plural cuando enuncia «los derechos que protegen al ambiente», nominación plural que también adopta la CSJN cuando en Barrick (2019a) expresa que «los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio», consideración que es acorde con un grupo de derechos constitucionalmente estatuidos que conforman la sustentabilidad. En efecto, cuando el art. 41 impone a las autoridades proveer a la protección del derecho al ambiente, inmediatamente integra a este deber general la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y la información y educación ambientales. En tanto la palabra *proveer* en el contexto protectorio de la cláusula debe entenderse como garantizar<sup>287</sup>, todos estos son principios de derecho fundamental directamente estatuidos integrantes de la sustentabilidad, en tanto su formulación como deber alude al significado normativo del derecho.

También, siguiendo el mismo criterio, el deber prioritario de recomposición, la prohibición del ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos, expresan el deber ser de la sustentabilidad ensamblado en una regla.

Entre los principios estatuidos, el mandato de preservación, cuyo significado es amplio y comprende tanto la anticipación como la recomposición prioritaria del daño ambiental, conforma el núcleo de la protección del ambiente. El mandato de recomposición del daño ambiental posee un especial enunciado normativo en el art. 41, CN: «El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley».

Cada uno de estos principios directamente estatuidos se despliega en leyes, las cuales establecen principios y reglas adscriptos para el área regulada, siendo la LGA la norma central del sistema jurídico de la sustentabilidad. También, por ejemplo, el derecho a la educación ambiental tiene en la Ley 27621 los principios y reglas de realización; el derecho a la información ambiental, en la LGA, y la Ley 25831 son normas precisantes de este derecho.

Otros principios ambientales se encuentran en la CN a través de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y aquellos con jerarquía superior a las leyes, conforme el art. 75, inciso 22, de la CN, conformando el bloque de constitucionalidad.

286 Quiroga Lavié, et al., 2009, p. 323.

287 Quiroga Lavié, et al., 2009, p. 327.

Así, el derecho humano al agua –conforme la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12)– encuadra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que es un derecho constitucionalmente estatuido en el art. 75, inciso 22, de la CN.

A partir de este pacto, como de otros pronunciamientos internacionales, la CSJN, en Kersich (2014a), concluye que: «En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia», y que «en el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho».

Respecto a los once Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, Quiroga Lavié destaca:

A su vez, al atribuirse a todos los tratados jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1 *in fine*, CN), se rejerarquizan varios tratados relativos a la cuestión ambiental, entre los que se destaca el Protocolo de San Salvador de 1988 (...anexo al Pacto de San José) que, al receptor los específicos derechos de segunda generación, también incluye este típico derecho de tercera generación en forma autónoma en singular: «Toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos», añadiendo el compromiso de los Estados de promover «la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente» (art. 11)<sup>288</sup>.

Sobre los tratados de derechos humanos no enumerados en la CN, se requiere, además de su aprobación, del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, *in fine*, CN). Esta aprobación adicional no está presente en el caso de los tratados internacionales ambientales ratificados por la Argentina: Escazú, Minamata, Nagoya, París, Recursos Fitogénicos, Estocolmo, Rotterdam, Kyoto, Lucha contra la Desertificación, Diversidad Biológica, Especies Migratorias Silvestre, Cambio Climático, Basilea, Montreal, Viena y CITES<sup>289</sup>.

Por lo que se plantea, cuál es la condición normativa que tienen estos tratados ratificados pero que no han sido objeto de la aprobación adicional. Conforme la propia Constitución, tienen jerarquía superior a las leyes, pero como no han alcanzado jerarquía constitucional, su condición es inferior a ella, entonces, empleando la

288 Quiroga Lavié, et. al, 2009, p. 321.

289 CEPAL, 2021.

calificación que realiza Esain respecto del Acuerdo de Escazú<sup>290</sup>, cuando la materia de estos tratados es la protección del ambiente, actúan como «superpresupuestos mínimos». En consecuencia, por su estrecha vinculación con el principio del art. 41 CN, son principios y reglas adscriptas del derecho fundamental al ambiente.

### 3.4. Los principios de la LGA

A fin de evitar una dispersión en este tratamiento, se analiza el art. 4 de la Ley 25675, que, con el título de principios de política ambiental, enumera diez principios, que los distintos niveles de gobierno deben cumplir en sus decisiones (art. 5, LGA).

En ese marco, en este acápite se analiza un primer conjunto de principios de la LGA, para luego precisar con mayor detenimiento algunos principios que –como los de prevención y precaución o los de progresividad y no regresión– han adquirido una relevancia mayor en la configuración del derecho ambiental.

1) El principio de equidad intergeneracional es enunciado de la siguiente forma: «Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras». El principio está dirigido a quienes detentan el deber de tutela constitucional a partir de la perspectiva axiológica de la equidad y solidaridad de los derechos humanos, cuya referencia ineludible son las generaciones presentes y futuras. La equidad intergeneracional, como elemento esencial de este principio, expresa la valoración de la relación entre nosotros y los que vendrán, conformando el macro fin del derecho. Su vinculación semántica y teleológica con la cláusula ambiental es manifiesta. De tal forma constituye un principio optimizador de la sustentabilidad que se enfoca en la responsabilidad intergeneracional.

2) El principio de sustentabilidad es enunciado por la ley desde la perspectiva de los derechos individuales sobre las actividades productivas y la utilización de los recursos naturales; establece que: «El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras». Este principio es una optimización del principio del uso racional de los recursos naturales del art. 41, segundo párrafo de la CN, dirigiéndose a la *compatibilización* del ejercicio de los derechos sobre bienes individuales, tomando como referencia y límite no comprometer las posibilidades de las generaciones presentes y futuras. Una gestión apropiada de los recursos naturales responde al mandato constitucional de la sustentabilidad. La compatibilización alcanza mayor precisión en el artículo 240 del CCyC. Se trata en el Capítulo 5.

3) El principio de subsidiariedad, por su parte, tiene una extensa historia en su formulación y aplicación jurídica, tanto en el derecho nacional como en el internacional.

290 Esain, 2022, El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino, La Ley, 11 de abril de 2022

Frías sostiene: «El texto constitucional está presidido por dos principios: el de subsidiariedad, implícito y el de solidaridad federal [...] Subsidiariedad es atribuir la gestión administrativa al nivel de gobierno más bajo y más cercano del usuario, si es apropiado»<sup>291</sup>.

Su incorporación a la enumeración de la Ley 25675 impone al Estado aportar eficacia a la gestión ambiental de los particulares. Bibiloni explica: «El principio importa una actuación complementaria de unos sobre o con otros, respetando el protagonismo de quien está directamente involucrado por territorialidad, competencia, etcétera, pero interviniendo ante la insuficiencia o imposibilidad de estos en el logro de objetivos ambientales establecidos»<sup>292</sup>.

Su enunciado en la LGA expresa el soporte que la gestión del Estado debe dar a los particulares para el cumplimiento del deber de preservación: «El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales».

El enunciado normativo contenido en el art. 4 de la LGA manda a colaborar, incluso a participar, complementariamente en el accionar de los particulares en la protección del ambiente, siendo un principio formal adscripto del principio federal de gobierno en conexión con la sustentabilidad.

4) El principio de solidaridad, tal como se enuncian en la LGA, proyecta esa eficacia a los espacios interestaduais: «Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos».

El principio de solidaridad es una optimización del principio federal de gobierno en conexión con la sustentabilidad que ordena un accionar responsable entre los Estados que integran una federación en la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos, cada uno en el marco de sus competencias constitucionales.

5) El principio de cooperación completa y reafirma esta relación: «Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta».

El principio de cooperación articula la relación entre los Estados que integran una federación, es un principio del federalismo de concertación predicado por Pedro Frías y receptado en la reforma constitucional de 1994.

En Barrick (2019a), la Corte considera:

Ante este tipo de mandas legislativas –y en la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio– forzosamente

291 Frías, 1998.

292 Bibiloni, 2008, p. 159.

su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás. De ahí la utilidad del diálogo constructivo al que alude –entre Nación y provincias– el concepto de federalismo concertado acuñado en la cláusula ambiental de la Constitución Nacional.

Entonces, solidaridad y cooperación son principios formales *adsritos* del principio federal de gobierno, optimizados en la LGA para la realización del derecho sustancial al ambiente cuando la territorialidad ambiental excede las jurisdicciones locales y tienen un ámbito especializado en el Sistema Federal Ambiental (art. 23, Ley 25675). Ambos principios se tratan en el Capítulo 6.

6) El principio de congruencia hace referencia a la consistencia y coherencia entre las normas que conforman el sistema jurídico ambiental. Es un principio formal básico del orden normativo. En el caso del sistema jurídico ambiental, su función es estructurar este sistema, poniendo a la LGA en el centro, en tanto norma adscripta del derecho fundamental al ambiente. Su enunciado en la LGA es el siguiente: «La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, este prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga».

La unidad del sistema jurídico ambiental requiere coherencia y consistencia para que pueda reputarse racional y lógico. La congruencia se vincula a la coherencia que requiere el art. 2 del CCyC, en el que la interpretación jurídica debe proveer una relación razonable de las normas; se carece de ella cuando en el sistema se encuentran regulaciones diversas e incompatibles. La LGA resuelve las inconsistencias mediante la precedencia de sus normas. Del conjunto de normas de la LGA, son los principios que consagra los que configuran la unidad del sistema jurídico ambiental. El principio formal de congruencia se precisa en el art. 5 de la LGA, cuando establece que las autoridades integrarán en sus decisiones los principios que enuncia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que «[...] la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente» (CSJN, 2001).

### **3.5. Prevención, precaución y responsabilidad**

1) La LGA, en el art. 4, enuncia los principios de prevención y precaución. Prevención y precaución son principios precisantes de la sustentabilidad constitucional, en tanto, si el deber de preservación y de protección de las generaciones presentes y futuras conforman el enunciado constitucional, una actuación *ex ante* fundamenta estos principios como de derecho fundamental.

El enunciado legal de ambos es el siguiente:

Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

Estos principios parten de la consideración de la realidad ecosistémica y sus interacciones con las actividades humanas en el que la acción anticipatoria constituirá la conducta debida. Se identifica, sin dificultad, una relación causal con el principio constitucional de sustentabilidad. Por ello son fuente de creación, interpretación y aplicación del derecho respectivo.

2) La evolución de la prevención es demostrativa de esta condición. Inicialmente la política ambiental y su derecho se movieron en torno a la necesidad de detener la degradación de la naturaleza, expresándose a través de medidas de restauración, recuperación o resarcimiento. Pronto se advirtió que las características propias del daño ambiental –su expansividad en el espacio, su persistencia en el tiempo y, la más de las veces, su irreversibilidad– hacían necesario revisar los principios esenciales de la responsabilidad en esta materia. No se trataba del patrimonio individual ni de un daño con efectos limitados regulado por el derecho civil. Así, la prevención cobró centralidad en la protección ambiental: evaluar la causa de los posibles efectos de las acciones proyectadas configuró una tarea aceptada a nivel universal. La prevención exigió un abordaje metodológico, nutrido de consideraciones científicas que explicaran las complejas relaciones subyacentes.

Lo propio de la prevención es evitar un daño futuro, pero cierto y mensurable<sup>293</sup>. O sea, el principio de prevención actúa sobre riesgos futuros, pero ciertos, concretos, sabidos, mensurables; se aplica porque se sabe, con certeza científica, que determinada actividad es riesgosa<sup>294</sup>. La diferencia entre el principio de precaución y el de prevención, sintetiza Cafferatta, consiste en que, así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles<sup>295</sup>.

293 Bestani, 2012, p. 19.

294 Kemelmajer de Carlucci, 2019.

295 Cafferatta, 2020a, p. 14.

Berros expresa:

[...] tanto la reparación como la prevención se sustentan en la labor con lo que podríamos syndicar como «lo cierto», sea porque se trata de perjuicios ya materializados o bien porque se refiere a riesgos que son conocidos, por tanto, susceptibles de ser matizados. A diferencia de ello, a manera de quiebre, el problema de la precaución se configura como la introducción de lo posible, lo incierto, lo controversial o desconocido<sup>296</sup>.

El principio de prevención, en su enunciado por la LGA, tiene la indeterminación propia de todo principio, pero precisa como prioritario atender a la causa de los problemas y el correspondiente tratamiento integral, estableciendo la necesaria anticipación acerca de los efectos negativos sobre el ambiente que una conducta u obrar pueda ocasionar. Es una clara optimización del principio de sustentabilidad, en tanto proteger el ambiente exige una acción dotada de certeza sobre las relaciones ecosistémicas eventualmente comprometidas.

Esta determinación se acrecienta en el CCyC con el deber de prevención en el derecho de daños (art. 1710) y en la acción preventiva regulada en los artículos 1711-1713, en concordancia con la restricción impuesta al ejercicio de los derechos sobre bienes individuales de no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas (arts. 14 y 240).

3) Respecto de la precaución, su formulación reconoce que el conocimiento científico tiene una frontera, más allá de la cual las acciones humanas pueden irrogar riesgos imprevisibles que pueden causar graves daños. La incertidumbre como ausencia de conocimiento o de información comenzó a ser jurídicamente reconocida cuando eventos ampliamente dañosos daban cuenta de que no todo podía ser previsto científicamente pero que requerían una respuesta normativa. La necesaria anticipación del daño ambiental dio lugar a un principio particular del derecho ambiental, *el de precaución*, que exige adoptar medidas cuando no se alcanzare la certeza científica requerida si se presumen graves efectos<sup>297</sup>.

Por ello Cafferatta, luego de identificarlo como un principio estructural y sustantivo del derecho ambiental, expresa: «Tiene carácter vinculante, produce [...] una obligación de previsión extendida y anticipatoria; que constituye claramente un nuevo fundamento civil o factor de imputación de la responsabilidad por daños...»<sup>298</sup>. Entonces, la precaución impone una restricción a la acción de efectos inciertos cuando se consideran capaces de provocar daños graves o irreversibles.

296 Berros, 2013, p. 37.

297 Peretti, 2009, p. 336.

298 Cafferatta, 2013.

Desde la teoría que se aplica, su particularidad radica en que representa una optimización epistémica<sup>299</sup> de la sustentabilidad, en cuanto, sin esa optimización, la incertidumbre empírica supondría en la mayoría de los casos la precedencia del principio opuesto. Entonces, de acuerdo con el principio democrático, el legislador en ejercicio de su competencia cognitiva ha establecido que está permitida a la autoridad decidir allí en donde no pueden conocerse plenamente los presupuestos fácticos de la sustentabilidad.

Cafferatta delimita el grado de conocimiento exigible en el sistema jurídico nacional:

[...] uno de los requisitos de aplicación del principio de precaución o principio precautorio es la evaluación científica del riesgo. O sea, su invocación o apelación no debe ser ligera, sino seria, consistente, con prueba suficiente para acreditar el estado de incertidumbre, duda técnica<sup>300</sup>.

La probabilidad del daño en la magnitud requerida impone un mínimo de demostración, tal como expresa Lorenzetti en su voto en la causa Telefónica Móviles (CSJN, 2019c):

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 ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños, el problema que ello acarrea es que se puede desnaturalizar la utilización del principio, prestándose a usos que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones.

Por lo que la aplicación de la precaución requerirá algún grado de comprobación de la amenaza de daño grave o irreversible. En el punto 4.3.3 de este Capítulo se tratan los grados admisibles de certidumbre.

Conforme lo expuesto, los principios de prevención y precaución en la Ley 25675 son principios adscriptos de derecho fundamental, lo que establece un mayor grado de determinación respecto a la sustentabilidad. Además, consolidan este rango por el reconocimiento expreso en el Acuerdo Regional de Escazú, ratificado por Ley 27566.

3) Principio de responsabilidad establece que el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de

299 Alexy, 2014, p. 25.

300 Cafferatta, 2018.

responsabilidad ambiental que correspondan. Es una norma adscripta del principio contenido en el art. 41, CN, cuando establece que: «El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley». La Ley 25675 estableció las reglas de esta responsabilidad.

Si los derechos constitucionales como principios ordenan la mayor realización, tienen como contracara su no afectación o alteración. La Corte ha dicho en numerosos fallos que:

[...] el principio general que establece el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se prohíbe a los «hombres» perjudicar los derechos de un tercero, se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación, y la extensión que se confiera al principio *alterum non laedere* (no dañar a otros) merece toda la amplitud que amerita, evitando interpretaciones o limitaciones que impliquen «alterar» los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (Fallos: 327:3753; 335:2333; 340:1296).

El significado constitucional de no dañar el ambiente es explícito cuando ordena preservarlo y establece el deber prioritario de recomposición. El daño ambiental causado genera la responsabilidad de reparación, que prioritariamente consiste en recomponer el ambiente afectado. Como expresa Berros, la recomposición es un eje medular para el problema ecológico: como primera medida ante un perjuicio existente, volver las cosas al estado anterior<sup>301</sup>. Respecto a su enunciado constitucional, la obligación de recomponer el daño ambiental queda enfatizada por el adverbio *prioritariamente*, que significa que *antes que todo*, o, *antes que nada*, las cosas deben volver a su estado anterior, cuando ello sea posible<sup>302</sup>. Un conjunto de normas precisantes de la LGA lo regulan, tanto en la definición del daño ambiental como el deber de restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la LGA establece la indemnización sustitutiva.

La relación de causalidad y la responsabilidad por daño ambiental colectivo se tratan en el Capítulo 3.4.2.2. y en el Capítulo 4.4.

### **3.6. El principio de progresividad y de no regresión (el mandato de optimización de la sustentabilidad)**

El principio de progresividad merece especial atención en tanto expresa más de una perspectiva en el sistema jurídico.

Reconocido expresamente en el art. 4 de la Ley 25675, dispone la gradualidad para alcanzar *los objetivos* ambientales con el establecimiento de metas interinas y finales,

301 Berros, 2015.

302 Cafferatta, 2004, p. 143.

proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

De tal forma, el principio coadyuva con el principio de proporcionalidad en la selección del medio necesario, en cuanto una medida sujeta a un cronograma temporal supone una menor restricción sobre la actividad, habilitando su adecuación, conforme se analiza en el Capítulo 2.4. y en el punto 4.1. del presente.

Hasta aquí la progresividad es un procedimiento de optimización fáctica en la aplicación del derecho al ambiente. Su función es clara, incide en la idoneidad y necesidad de la medida. Desde esta perspectiva, la LGA establece la proporcionalidad fáctica en el derecho ambiental. En consecuencia, más que un principio de derecho fundamental es un principio general del derecho ambiental, inferido de normativas y decisiones, cuyo enunciado normativo lo hace obligatorio según las circunstancias del caso.

Pero el principio de progresividad tiene también otra naturaleza. Un análisis desde los derechos humanos conduce a distinguir en él otro rasgo de índole fundamental. El principio de progresividad se encuentra contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN).

El principio de progresividad de los DESC contiene una doble significación: la primera, de índole positiva, que alude «al avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales», y la otra, de índole negativa, que se cristaliza a través de la «prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad»<sup>303</sup>.

El principio de progresividad, como mandato de optimización sostenida de la protección, y el principio de no regresión, como restricción a la flexibilización de la protección alcanzada –significado relacional de aquel–, participan del sistema de los derechos humanos como garantía de estos.

Con el Acuerdo Regional de Escazú, ratificado por Ley 27566, estos principios ingresan de lleno en el ámbito de la protección ambiental en sus dos acepciones. Como expresa Peña Chacón<sup>304</sup>, este acuerdo es el primer instrumento internacional vinculante sobre derechos humanos y medio ambiente en incluir, de forma expresa y taxativa, los principios de progresividad y no regresión ambiental, coronando con ello los esfuerzos realizados antes y durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (Cumbre Río+20) para lograr su pleno reconocimiento en materia ambiental.

303 Toledo Toribio, 2011, p. 2.

304 Peña Chacón, 2020, p. 173.

Entonces, en el derecho argentino, este principio tiene dos funciones distinguibles. La que responde a la literalidad legal (art. 4, LGA), relacionada con la proporcionalidad fáctica, y la que se vincula con los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, y que alude a la satisfacción creciente de estos y a su no flexibilización.

En su relación con los derechos fundamentales, como señala Prieur<sup>305</sup>, el derecho al ambiente contiene una esencia intangible estrechamente vinculada al más intangible de los derechos humanos –el derecho a la vida– para advertir que «los jueces (encargados de valorar los casos de regresión) tendrán que crear una nueva escala de valores para garantizar, de la mejor forma posible, la supervivencia del frágil equilibrio entre el hombre y la naturaleza, teniendo en cuenta la globalización del medio ambiente».

Como principio-garantía de los derechos fundamentales, Cafferatta sostiene:

En función de lo expuesto, por el principio de progresividad, el legislador no puede menoscabar derechos fundamentales a no ser que los reemplace por un régimen que ofrezca al menos la misma protección. Se trata de mejorar el ejercicio real de un derecho confiriéndole eficacia, lo que obliga al Parlamento a dar en todo momento a la legislación un «efecto ascendente», según la expresión de D. Rousseau. Y que el retroceso de un derecho no puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión<sup>306</sup>.

Sobre su incidencia en las decisiones, Peña Chacón explica que, a través del principio de progresividad del derecho ambiental, el Estado se ve compelido a adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial, que tengan como finalidad el incremento gradual, constante, sostenido y sistemático del alcance y amplitud del nivel de protección ambiental, buscando alcanzar su plena efectividad en justo equilibrio con la protección y promoción del resto de los derechos humanos<sup>307</sup>.

Sobre la tutela defensiva que irroga este principio, Amaya Arias señala: «Si el Estado tiene la obligación de tomar medidas encaminadas a la protección del derecho en cuestión [al ambiente], también tiene la obligación correlativa de no disminuir el nivel alcanzado en dicha protección, sin justificación alguna»<sup>308</sup>.

Respecto a la no regresión, Peña Chacón<sup>309</sup> detalla que la prohibición de retroceso dispone que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterior-

305 Prieur, 2011, citado en Cafferatta, 2012.

306 Cafferatta, 2012.

307 Peña Chacón, 2018, p. 11.

308 Amaya Arias, 2016, p. 228.

309 Peña Chacón, 2015, p. 212.

ridad, por ello la nueva norma o sentencia no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.

Conforme los conceptos desarrollados, la fundamentación de la no regresión enlaza con la propia definición de principio como mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, que en la sustentabilidad supone el deber de la mayor realización posible del fin de protección ambiental, por lo que toda optimización claudicaría de no establecerse un criterio que preserve la protección alcanzada. El principio de no regresión en el sistema jurídico ambiental reafirma la sustentabilidad frente a las pretensiones flexibilizadoras.

El principio de no regresión confirma el significado de mandato de optimización de la sustentabilidad al ordenar no retroceder en la protección ambiental alcanzada, tanto al legislador como respecto a cualquiera autoridad, en cuanto esto supondría incurrir en una desprotección vedada constitucionalmente.

En efecto, Clérico trata la regresión arbitraria como la afectación a una posición de derecho fundamental ya garantizada normativamente, distinguiendo los supuestos de interrupción sin reemplazo de la prestación o de interrupción con reemplazo de la prestación. Este último supuesto es el más corriente, ya que la supresión o derogación viene acompañada de medidas que pretenden justificarlo, por lo que corresponde aplicar el examen de proporcionalidad en todas sus etapas para comprobar la razonabilidad, en tanto puede entrañar el incumplimiento del mandato de prohibición por acción insuficiente<sup>310</sup>.

De tal manera, el principio de no regresión dará una especial cobertura a las normas adscriptas, exigiendo a cualquier intento modificadorio el examen de proporcionalidad.

Como explica Peña Chacón, el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto, pero advierte que cualquier norma que pretenda reemplazar a una vigente requiere de un examen de proporcionalidad o razonabilidad, propone así el *Test de regresividad ambiental*. Al respecto indica:

De esta forma, la inexistencia o insuficiencia de fundamentación científica que permita determinar, con grado de certeza, la no afectación negativa del bien jurídico tutelado por la norma modificada sería suficiente para confirmar su carácter regresivo en relación a los principios de razonabilidad, objetivación de la tutela del ambiente y precautorio, violentándose además el deber constitucional de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y equilibrado<sup>311</sup>.

310 Clérico, 2018, pp. 133-134.

311 Peña Chacón, 2015, p. 212 y sgtes.

Esto es sumamente importante respecto a la operatividad del principio de no regresión; si el examen de proporcionalidad se aplica cuando hay una colisión entre principios constitucionales, la modificación de una regla ambiental supone una ponderación diferente a la realizada cuando se estableció la norma vigente, entonces la flexibilización normativa pretendida lo es en relación con otros derechos que ahora se estima deben prevalecer.

En consecuencia, la norma reformadora requiere de un examen de proporcionalidad que determine la idoneidad de la nueva medida en relación con el fin de protección, si el medio alternativo es tan eficaz o mejor que el anterior y si la ponderación de los principios en colisión es conforme la ley de ponderación: cuanto más intensiva sea la restricción y peso del derecho afectado, tanto más importantes deben ser las razones alegadas por el Estado.

El principio de no regresión en materia ambiental tiene conexión con la precaución, en tanto la norma modificadora debe fundamentarse en la certeza científica de la no afectación del bien jurídico tutelado precautoriamente por la norma vigente, si no lo hace se confirmaría el carácter regresivo de la reforma, siendo inconstitucional por incurrir en desprotección por acción insuficiente.

Entonces, el principio de no regresión es un principio instituido (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), ambientalmente adscripto (Acuerdo de Escazú) de derecho fundamental, que entraña un mandato de prohibición.

### 3.7. Otros principios adscriptos de derecho ambiental

Más allá de la Ley 25675, otros principios de derecho fundamental ambiental conforman la trama de protección del derecho constitucional. Estos resultan de las leyes, de las constituciones provinciales, de los reglamentos, de los actos administrativos y de las sentencias. En todo caso, requieren demostrar su vinculación o adscripción con la sustentabilidad constitucional.

En efecto, como expresa Bernal Pulido, «la indeterminación de las disposiciones *iusfundamentales* se reduce en un formidable pero imperceptible proceso, del cual son partícipes cada uno de los poderes del Estado y cada uno de los participantes en la práctica jurídica»<sup>312</sup>; así, en ese proceso de producción jurídica, otras normas adscriptas a la sustentabilidad aportarán mayor precisión sin por ello ser reglas definitivas.

312 Bernal Pulido, 2014, p. 683.

### 3.7.1. Los principios epistémicos: *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*

La CSJN, en los fallos Majul (2019b), Minera San Jorge (2021e) y Mercau (2024), aplica los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*. En Majul, fallo en que los desarrolla, la Corte observa que el tribunal superior omitió considerar normas conducentes tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados (art. 43 de la Constitución Nacional y 56 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos). Señala también que omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución de la Provincia de Constitución de la provincia de Entre Ríos). Luego de ello, procede a reconocerlos, comenzando por el principio *in dubio pro natura*:

En efecto, al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 40 de la ley 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que «en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos» (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza [UICN], Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

Olivares y Lucero<sup>313</sup> analizan la evolución del principio *in dubio pro natura* en Costa Rica, Brasil y Ecuador. En Costa Rica, una expresión original de *in dubio pro natura* lo vincula con el principio precautorio, distinguiéndose por reducir la intensidad de la gravedad exigida al peligro de degradación del medio ambiente. Luego, en una segunda etapa, además de seguir vinculado al principio de precaución, se lo define como un criterio de actuación para la Administración Pública, ante situaciones cotidianas de su actividad, para optar por aquellas decisiones que impliquen una menor afectación al medio ambiente. Finalmente, *in dubio pro natura* deja de ser asimilado al principio precautorio, para pasar a ser identificado como un principio autónomo, que deviene en criterio de actuación para todos los órganos públicos que deben preferir aquellas medidas que protegen de mejor forma el medio ambiente y el desarrollo sustentable.

313 Olivares y Lucero, 2018, pp. 619–650.

En Brasil, *in dubio pro natura* ha sido usado como criterio hermenéutico para la interpretación de la ley de manera favorable al medio ambiente por parte de los tribunales superiores de justicia, y también como criterio de preferencia de normas y de solución de contienda de competencias entre los órganos federales, estatales o locales, en el sentido de que se privilegia la ley o la competencia del órgano que entrega una mayor protección al medio ambiente.

En Ecuador el principio *in dubio pro natura* tiene reconocimiento constitucional estableciendo un enfoque general hacia el sentido más favorable en los casos de duda frente a decisiones ambientales. La legislación ecuatoriana lo regula como un criterio hermenéutico y de actuación para las actividades de los privados y de los distintos órganos del aparato estatal, incluido el poder judicial.

Respecto al principio *in dubio pro natura*, Capelli indica que sirve como un *principio metodológico* para cooperar en los análisis de quienes toman decisiones (autoridades administrativas o judiciales) con el fin de llegar a la interpretación más beneficiosa para el ambiente<sup>314</sup>.

Entonces, su campo no es la incertidumbre científica propia de la precaución, sino la incertidumbre normativa, indicando al decisor una preferencia a favor del derecho al ambiente.

Capelli señala otra diferencia entre el principio *in dubio pro natura* y el principio precautorio y es que este actúa antes del daño, mientras que aquel puede repercutir antes, durante o después, por lo que también se conecta con los principios de prevención y de recomposición.

Afirma, entonces, que *in dubio pro natura* siempre será un principio hermenéutico para resolver una duda, incertidumbre, oscuridad o antinomia normativa o jurídica.

También explica que el derecho público y el privado reconocen en forma amplia instrumentos que aspiran a equilibrar desigualdades, como los principios *favor debitoris*, *favor debilis*, *pro persona*, e *in dubio pro reo*. «La raíz está allí, a pesar de que la posibilidad de aplicar el precepto pueda examinarse desde varias perspectivas. Todo dependerá de los marcos constitucionales y legislativos».

Cappelli, luego de citar a Alexy, introduce estos principios en la labor ponderativa a cargo de la autoridad, procediendo su aplicación cuando, en caso de colisión entre principios, las premisas normativas del derecho al ambiente carecen de certidumbre.

Finalmente, Morales Lamberti, expresa que 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<sup>315</sup>.

314 Cappelli, 2020, p. 3.

315 Morales Lamberti, 2019, p. 222.

Conforme lo tratado en el Capítulo 2.7., estos principios parten de reconocer a la autoridad competente el margen competencial epistémico o cognitivo para decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben o cuál es la norma aplicable. En este caso, se trata de la falta de certeza normativa. Se desarrolla este aspecto en el punto 4.4.3. del Capítulo 3, segunda parte.

Entrando en el análisis sobre la interpretación que le confiere la Corte, se observa la amplitud del mandato respecto a las autoridades cuando dice: «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». Agrega el contexto ponderativo en el que la decisión se desenvuelve: «No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos».

Se acota que, en la provincia de Mendoza, la Ley 5961 del año 1992, en el artículo 5, inciso d, establece el principio *in dubio pro natura* con el siguiente enunciado: «El ordenamiento normativo provincial y municipal y los actos administrativos deberán ser aplicados con criterio ambientalista, conforme con los fines y objetivos de la presente ley». La norma tipo principio establece un mandato epistémico a favor de la protección del ambiente.

Siguiendo con el análisis del fallo de la CSJN, se trata de seleccionar la vía procesal más ventajosa para el ambiente. En efecto, en Majul (2019b), el Superior Tribunal de Entre Ríos dejó sin efecto una sentencia que acogió un amparo colectivo argumentando que había una vía administrativa abierta sobre el conflicto y que resultaba inadmisibles la vía del amparo en tanto estaba bajo estudio por la autoridad administrativa con competencia ambiental. La Corte consideró que la pretensión del actor en la acción de amparo era más amplia debido a que solicitó la recomposición del ambiente y, en consecuencia, no resultaba un reclamo reflejo de trámite administrativo como sostuvo el tribunal local. Es entonces que aplica los principios *in dubio pro natura e in dubio pro aqua*, que, al ser desconsiderados por el Superior Tribunal, desbarataban la tutela efectiva contenida en el derecho al debido proceso constitucional. Es decir, el tribunal omitió considerar que, mediando duda, la acción de amparo era la vía más adecuada para la tutela del derecho al ambiente.

Respecto al principio *in dubio pro aqua*, la Corte expresa:

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

En este considerando es más explícita la coincidencia con la interpretación que propone Cappelli, *pro aqua* requiere la interpretación jurídica más favorable a la protección del ambiente.

En conclusión, ambos principios resultan de la optimización del principio formal de competencia asignado a la autoridad y, en tanto mandato, ordenan una tutela efectiva, que implica establecer el grado de certidumbre normativa necesaria para posibilitar una protección proporcional del ambiente.

La distinción entre principios formales y sustanciales se trata en el Capítulo 6.

### **3.7.2. Principios adscriptos en leyes especiales**

Las leyes ambientales especiales, tanto nacionales como complementarias provinciales, introducen principios adscriptos especializados para su área de regulación. Se trata de optimizaciones del derecho a la sustentabilidad con las condiciones necesaria para ser sopesados cuando se presenten colisiones con otros derechos.

En la Ley 27279 de gestión integral de los envases vacíos de fitosanitarios, la generación, la reutilización, el reciclado, la valorización y la disposición final responden a este proceso de determinación del principio preventivo. Esa relación los explica y posibilita un examen de idoneidad y necesidad para optimizar la prevención.

La Ley 27520 de cambio climático, establece principios a los que deben atenerse las políticas públicas en materia de adaptación y mitigación al cambio climático:

a) Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas: De acuerdo con este principio establecido en la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), las decisiones en materia de prioridades, transferencia tecnológica y de fondos deberán tener en cuenta el reconocimiento histórico de la responsabilidad desigual por los daños del calentamiento global.

b) Transversalidad del Cambio Climático en las políticas de Estado: Deberá considerar e integrar todas las acciones públicas y privadas, así como contemplar y contabilizar el impacto que provocan las acciones, medidas, programas y emprendimientos en el Cambio Climático.

c) Prioridad: Las políticas de adaptación y mitigación deberán priorizar las necesidades de los grupos sociales en condiciones de mayor vulnerabilidad al Cambio Climático.

d) Complementación: Las acciones de adaptación deberán complementarse con las acciones de mitigación del cambio climático.

También, la Ley 27621 de educación ambiental, como proceso permanente, integral y transversal, despliega en su artículo 3 los principios para su realización.

En consecuencia, cuando se trata de principios adscriptos, se puede observar una amplia gama de estos con un creciente grado de determinación respecto a la sustentabilidad constitucional.

### 3.8. Principios generales del derecho (PGD). Diferenciación e importancia. Principios orientadores

Los principios generales del derecho (PGD) tienen un amplio uso en la doctrina ambiental<sup>316</sup>, resultando confuso cuando se comprende entre ellos a los principios de derecho fundamental.

La naturaleza jurídica de los PGD no ha sido considerada de modo uniforme ya que existen, al menos, dos posturas contrapuestas: una positivista y la otra de carácter iusnaturalista. Así, para la primera, estos principios surgen del derecho positivo, se infiere de los cuerpos legales; mientras que, para la segunda postura, tienen su origen en el orden jurídico, son de una existencia anterior y superior a los diversos y varios ordenamientos concretos, es decir, se encuentran radicados fuera del ordenamiento positivo vinculándose con la idea del derecho natural<sup>317</sup>.

Así, en un empleo indiscriminado, López Alfonsín<sup>318</sup>, refiriéndose a los principios de derecho ambiental, distingue los principios generales del derecho que rigen en todo el mundo jurídico de los principios especiales que corresponden a cada rama del derecho. Dentro de cada rama –continúa– también deben distinguirse los principios generales de los principios específicos de cada disciplina jurídica. Es allí donde se sitúan los principios propios del derecho ambiental que cumplirán el rol de integración y sistematización frente a la posible fragmentación de una rama que se caracteriza por su transversalidad.

Esta explicación se vincula a la concepción positivista de la inferencia y no difiere de la expresada por Busso<sup>319</sup> sobre los principios generales del derecho, tratada en el Capítulo 1, cuando comenta el art. 16 del código velezano.

En el mismo sentido, Esain, luego de recoger diferentes definiciones, la mayoría de tipo inductivas, procede a distinguir entre principios generales del derecho y principios específicos del derecho ambiental, para concluir que «estamos ante aparejos reglados, que servirá para interpretar las normas nacionales ambientales generales o sectoriales de presupuestos mínimos, así como las provinciales y municipales, de ambas especies»<sup>320</sup>.

Si, como se ha desarrollado, los principios de derecho fundamental son las disposiciones constitucionales que reconocen derechos, no hay lugar para un tratamiento indiferenciado. Los PGD resultan de un proceso inductivo de las fuentes legales. Estos principios no están en una disposición en particular, sino que «ellos se desprenden de la conjunción y el análisis de varios enunciados provenientes de otras

316 Drnas De Clément, 2017.

317 Ranieri de Cechini, p. 166; Esborraz, 2015, p. 41.

318 López Alfonsín, 2016.

319 Busso, 1944, p. 155.

320 Esain, 2020, T. I., p. 318.

fuentes o de la construcción de normas sin partir de disposición alguna gracias a la indagación de la razón de ser (ratio) y el fundamento del ordenamiento jurídico o de parte de él»<sup>321</sup>. Es decir, su fuente son los propios cuerpos normativos legales, de los cuales se inducen o infieren.

Acosta Alvarado precisa que muchas de las normas que otrora se desprendían de esta labor de interpretación e integración suelen estar enunciadas en disposiciones del ordenamiento jurídico. En este caso, estaríamos en presencia de lo que denominamos disposiciones tipo principio que habrán de ser traducidas en normas, tal como suele ocurrir con cualquier tipo de enunciado, por ejemplo, con la disposición que reza «no habrá pena sin ley»<sup>322</sup>.

Hay numerosos principios orientadores o guías muy emparentados con los PGD. Algunos de ellos coinciden semánticamente con la cláusula ambiental o con su fin, pero carecen de la condición de validez que requieren las normas jurídicas, que se relaciona con la autoridad investida de la respectiva atribución para dictarlos, conforme lo tratado en el Capítulo 1.4.2.

No obstante, dada la fuente que los produce –la doctrina, las declaraciones o recomendaciones de comités de expertos–, aportan un entendimiento sobre la sustentabilidad, facilitando los exámenes facticos y jurídicos y la respectiva argumentación jurídica. En efecto, no siempre resultará fácil establecer los grados de importancia, el peso abstracto o la certidumbre, entonces una guía se encontrará en ellos.

Muchos son los catálogos de principios, algunos poseen relevancia por la labor de producción que los precede. Así, a nivel internacional, los «95 principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable»<sup>323</sup> son propuestos como un protocolo de principios para quienes imparten justicia como una herramienta orientadora frente a aquellos casos de demanda o violación de derechos relacionados con el ambiente. Es una sistematización de los principios y directrices recogidas en las más relevantes Convenciones y Declaraciones Internacionales, como de recomendaciones de Comités de expertos, con la incorporación de algunos criterios jurisprudenciales de los tribunales nacionales e internacionales sobre la materia. El objetivo es que cada Poder Judicial pueda adecuar ese protocolo de acuerdo con su marco constitucional y legal, profundizando su contenido a partir de sus efectos prácticos.

Si se analizan algunos de estos principios, se advierte que, además de los principios constitucionalmente instituidos y adscriptos en distintos sistemas jurídicos, se incorporan aquellos que representan proyecciones de la definición de desarrollo sustentable, la comprensión del ambiente como un sistema, las valoraciones que lo fundamentan, las prioridades que deben considerarse, las aptitudes técnicas de los

321 Acosta Alvarado, 2010, p. 201.

322 Ídem.

323 CGAI (2020).

operadores, la relación con otros derechos humanos, la importancia de la eficiencia de las medidas, la necesidad de considerar la realidad territorial, la gestión integrada, la solidaridad inter e intra generacional, la especial atención de la población vulnerable, la vinculación con la democracia, entre otros aspectos.

Cada uno suministra un entendimiento útil sobre la sustentabilidad y su forma de aplicación, incluso proveen la comprensión de la conexión con otros derechos fundamentales, por ejemplo, con la igualdad de género, sin que por ello se incurra en una confusión en relación con el principio de derecho fundamental reconocido por el art. 41 de la CN y sus optimizaciones o adscripciones.

### **3.9. Conclusión: la función estructurante de la sustentabilidad**

En conclusión, la teoría aplicada, como un prisma, permite visualizar un espectro que descompone el derecho protegido en múltiples principios susceptibles de ser diferenciados en su grado de determinación y por sus funciones en la realización del derecho fundamental.

Tal como expresa Alexy, los principios pueden ser más o menos abstractos, cuando son más abstractos se asemejan a los valores<sup>324</sup>, por lo que el principio de sustentabilidad expresa el deber de protección constitucional del derecho al ambiente con el mayor grado de abstracción. El análisis realizado confirma que es el «principio de los principios» y su función estructuradora del sistema jurídico ambiental.

Otros principios estatuidos, como el del uso racional de los recursos naturales, el de recomposición y el derecho a la educación y a la información ambiental, lo integran; también se suma un conjunto de principios adscriptos en otras normas, que por vinculación con el deber ser constitucional lo precisan. Esa relación precisante los distingue de otros principios denominados ambientales que no catalogan como fundamentales por no corresponder con la sustentabilidad constitucional o no emanar de autoridad competente.

Si correspondiera clasificarlos y se identificara al principio de sustentabilidad como el principio estructurador del sistema jurídico ambiental, resultaría que los principios de prevención, de precaución y de responsabilidad –de recomposición– conformarían las expresiones nucleares de aquel.

La fundamentalidad de estos proviene del significado jurídico de sus respectivos enunciados: el ambiente debe ser protegido mediante un actuar preventivo, precautorio o de recomposición, aportando así una optimización respecto a lo que aquel demanda como fin constitucional.

El principio de prevención opera *ex ante* del daño ambiental cuando son conocidas las relaciones ecosistémicas, conformando una optimización fáctica de la sustentabilidad.

---

324 Alexy, 2022b, p. 211.

El principio de precaución también actúa *ex ante* del daño cuando existe incertidumbre en las premisas fácticas, estableciendo, en determinadas condiciones –amenaza de daño grave o irreversible–, el deber de protección. Es una optimización *epistémica* de la sustentabilidad.

El principio de responsabilidad actúa *ex post* y exige que en caso de degradación ambiental prioritariamente se restituyan las condiciones constitucionales de sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Bajo la denominación de principio de sustentabilidad, destaca el principio del uso racional de los recursos naturales que exige la compatibilización del aprovechamiento de estos con la sustentabilidad. Se trata este aspecto en el Capítulo 5.5.4.

Otro conjunto se conformaría por los principios metodológicos y técnicos, como el de progresividad, el cual optimiza los aspectos fácticos temporales en los exámenes de idoneidad y de necesidad de la proporcionalidad. La norma legal expresamente se refiere a este como la forma de alcanzar los objetivos ambientales.

El principio de no regresión ambiental es un principio que interviene para resguardar el fin de protección constitucional ante la modificación de las regulaciones ambientales. Su vinculación con la definición misma de principio lo integra a la sustentabilidad en forma inescindible y, como tal, requiere de la proporcionalidad para su operatividad.

Los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* son principios *epistémicos* que ordenan a la autoridad competente, cuando hay duda o incertidumbre normativa, resolver en favor de la precedencia de la sustentabilidad.

Los principios solidaridad y cooperación son principios formales *adsritos* del principio federal de gobierno, optimizados por la LGA para la realización del derecho sustancial al ambiente cuando la territorialidad ambiental excede lo local.

El principio de subsidiariedad también optimiza el federalismo y ocurre como apoyo y complemento a la gestión de los particulares.

Otros principios *adsritos* pueden ser encuadrados en esta estructura, con la condición de demostrar su función optimizadora de la sustentabilidad constitucional. Lo esencial es que su vinculación represente normativamente el derecho que protege, conformando una optimización de la sustentabilidad.

Se responde de este modo la cuestión inicial en la que se observaba un voluminoso y desordenado catálogo de principios de derecho ambiental (Introducción, 2.); no se restringe la posibilidad de su despliegue, pero se despeja la confusión con otros principios o las imprecisiones sobre su naturaleza y función normativa en el sistema jurídico.

La función estructurante del principio de sustentabilidad es explícita, en tanto el sistema jurídico se integra por un proceso continuo de formación normativa que dimana de la cúspide constitucional de derechos conforme el art. 5 de la LGA. Esta norma precisa el deber impuesto a las autoridades en el segundo párrafo del art. 41 de la CN.

Dado el desarrollo alcanzado y la particular incidencia de la certidumbre, que se representa en el principio de precaución (incertidumbre fáctica) y en los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* (incertidumbre normativa), como principios *epistémicos*, corresponde adecuar la definición del principio de sustentabilidad a la definición de principios de derecho fundamental propuesta por Bernal Pulido, quedando como *un mandato de optimización que ordena la protección del ambiente en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas*.

#### Cuadro de texto 8. Adecuación de la definición inicial

El principio de sustentabilidad es un mandato de optimización que ordena la protección del ambiente en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas.

## CAPÍTULO 3

### SEGUNDA PARTE

## EL PRINCIPIO DE SUSTENTABILIDAD Y EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

### 4. La proporcionalidad aplicada a la sustentabilidad

#### 4.1. La razonabilidad ambiental

En el Capítulo 2, se trató el principio de proporcionalidad como método para disminuir la colisión entre derechos constitucionales y como procedimiento destinado a fundamentar la razonabilidad de las decisiones.

Las colisiones tienen lugar en materia ambiental cuando, en el proceso de mayor realización del deber de protección, el derecho al ambiente interfiere con otros derechos constitucionales. Esta interferencia es propia de su despliegue, en cuanto, como expresa Cafferatta, el derecho ambiental colisiona con derechos subjetivos, colisiona con la economía, con la industria, con el comercio, y las condiciones para la adopción de una resolución que contemple los múltiples intereses legítimos en juego se tornan sumamente complejas<sup>325</sup>.

El desarrollo que se realiza a continuación aplicará los exámenes del principio de proporcionalidad al derecho al ambiente de acuerdo con el sistema jurídico ambiental argentino.

---

325 Cafferatta, 2019, p. 9.

## 4.2. Los exámenes fácticos: idoneidad y necesidad

### 4.2.1. La relación del medio con el fin. El estado de cosas inicial y la sustentabilidad futura. Una idoneidad especializada

Los exámenes fácticos tienen una importancia esencial para el acierto de las medidas a aplicar. Muchas veces, una elección desajustada o no revisada oportunamente provocará un desvío del fin inmediato a alcanzar. Dada las condiciones del bien a proteger, las decisiones deben prever la posibilidad de una mejora durante el curso de la acción dispuesta.

En el Capítulo 2.4.1. se trató el examen de idoneidad y su relación con el fin constitucional. En el sistema jurídico argentino, la idea de fin adquiere singular importancia en los exámenes fácticos del art. 1713 del CCyC cuando exige que la decisión en la acción preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

La forma de comprender esta relación es la distinción entre el fin constitucional o fin mediato y el fin inmediato establecido por la autoridad competente. El fin mediato de protección ambiental está establecido en el art. 41 de la CN cuando ordena preservar el ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Los fines inmediatos, del legislador o de la autoridad competente, obran en las leyes de presupuestos mínimos y en las decisiones administrativas y judiciales y siempre deben ser conformes con el fin constitucional, precisándolo para el caso o situación a regular.

Así, muchos de los objetivos que enuncian las leyes ambientales deben interpretarse como los fines establecidos por el legislador. El art. 2 de la LGA establece como objetivos: asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria; mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos, entre otros, conformando los fines inmediatos de la protección constitucional.

La cuestión, entonces, es si la máxima de idoneidad que requiere que la medida contribuya *de algún modo* al fin constitucional es una idoneidad especializada cuando la sustentabilidad es el derecho a proteger. Al respecto, el estado de cosas inicial y final signará este análisis.

El bien ambiente es portador de una complejidad sistémica en la que múltiples relaciones se despliegan entre el sistema natural y social en un tiempo diacrónico, como se trata en el Capítulo 5. La regla jurídica que resultará del proceso de optimización del principio requerirá de un soporte científico o técnico para considerar todas las perspectivas fácticas involucradas.

En consecuencia, el estado de cosas inicial del bien colectivo debe ser objeto de análisis a fin de establecer si se está ante una alteración, actual o potencialmente, relevante.

Así, la idoneidad de las medidas ambientales que *de algún modo* contribuyan a la realización del fin de protección requieren demostrar aptitud técnica para cumplirlo. Entonces, la selección de medios comienza por establecer el estado de cosas inicial o actual sobre el que se pretende actuar a partir de una descripción o *diagnóstico* ambiental del bien protegido y de un *pronóstico* sobre la evolución futura a partir de conocimientos científicos y técnicos, que compondrá el fin inmediato de protección ambiental al que se dirigirán las medidas.

La LGA, en el art. 28, cuando establece la recomposición del ambiente dañado, habilita la posibilidad de la indemnización sustitutiva cuando aquella no sea técnicamente factible. Entonces, si esta medida alternativa exige la constatación mediante el conocimiento técnico de la imposibilidad, se da por supuesto la necesidad de los estudios científicos del daño, pero también de su amenaza. De esta forma, la EIA, como instrumento preventivo, exige del concurso de conocimientos que permitan identificar la causa como los efectos dañosos.

En este punto cobra particular importancia el componente técnico reglado que Martín Mateo resalta como distintivo del derecho ambiental, en tanto las normas ambientales incluyen prescripciones técnicas que determinan y cifran los niveles de emisión o de inmisión, de vertido, etc.<sup>326</sup>.

En la causa Mendoza, en el pronunciamiento del 23 de febrero de 2007 (CSJN; 2007f), la Corte, después de la segunda audiencia, ante múltiples observaciones al plan de saneamiento presentado por las autoridades gubernamentales y tras subrayar que carecía de los elementos cognoscitivos necesarios para dictar el pronunciamiento, ordenó designar peritos independientes de distintas disciplinas, nombrados por la Universidad de Buenos Aires, a fin de que procediesen a informar sobre la factibilidad del plan presentado en la causa por las autoridades estatales.

Finalmente, en el año 2008 (CSJN, 2008b), dicta su pronunciamiento:

Por un lado, y sobre la base del resultado de las audiencias llevadas a cabo y del informe presentado por los expertos de la Universidad de Buenos Aires, se advirtió que para poder avanzar en la causa en lo relacionado con la prevención y recomposición era necesario ordenar la recolección de información precisa, actualizada, pública y accesible. Por ello se impuso a la Autoridad de Cuenca y a la representación de los tres Estados demandados la obligación de informar sobre el estado del agua, el aire y las napas subterráneas; acompañar un listado de las industrias existentes en la cuenca que realicen actividades contaminantes.

326 Martín Mateo, 1991, p. 94.

En este fallo se aprecia que, una vez acreditado el estado de cosas presente, procede establecer las medidas conducentes a la recomposición ambiental, esto es, la selección de aquellas que posibiliten la consecución del fin como estado de cosas futuro.

En el considerando 15 del fallo, la Corte da cuenta de esta relación:

El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración.

Como dice Cafferatta, comentado la sentencia del caso Riachuelo, esta «resuelve, en definitiva, la recomposición y prevención ambiental, por lo que el objeto decisorio se orienta hacia el futuro, y reviste, por ende, característica prospectiva, que identifica las medidas de esta clase». Precisa que «esas medidas implican para el obligado perseguir los resultados y cumplir los mandatos que se enuncian, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procesos para llevarlos a cabo»<sup>327</sup>.

La administración, en tanto gestora, tiene la responsabilidad de establecer los medios adecuados como su revisión permanente conforme las circunstancias del caso.

La CSJN, además de la causa Mendoza (2006c; 2008b), en La Pampa (2017a) y Barrick (2019a), se refiere a «sustentabilidad futura» como objetivo para la solución de los conflictos ambientales: «Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino y, fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan».

Al respecto, Sabsay, comentando el fallo Barrick, expresa «que nuestro máximo tribunal introduzca ese concepto –“justicia climática”– resulta trascendente pensando en futuros litigios estratégicos en los que los planteos judiciales superen los horizontes temporales actuales para interrogarse acerca de cómo las actividades y contaminación presente incidirán a futuro en el cambio climático»<sup>328</sup>.

De este modo, la dimensión de futuro del bien colectivo concita la mayor atención en el logro del fin.

#### **4.2.2. Daño ambiental: alteración relevante y nexa causal. Regularidad y previsibilidad calificada. El juicio de hecho o de probabilidad**

1) En el derecho ambiental argentino, la LGA define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos (art. 27). Por su parte, el art. 11 de

327 Cafferatta, 2008a.

328 Sabsay, 2019.

la LGA sujeta al procedimiento de evaluación de impacto ambiental a toda obra o actividad que sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa. También, la aplicación del principio precautorio establece que la amenaza de daño debe ser grave o irreversible. Por lo que el estado de cosas inicial, que movilizará la protección del bien ambiente mediante medidas idóneas, requiere comprobar la gravedad requerida.

Peña Chacón<sup>329</sup> acomete la tarea de deslindar cuándo el daño es una alteración relevante o significativa. Luego de exponer los criterios desarrollados por el Derecho Comunitario europeo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Acuerdo de Escazú y la Corte Suprema de Chile, los enlista:

1. Ubicación y circunstancias relativas a la actividad que puedan afectar al ambiente;
2. Capacidad de regeneración;
3. Periodo de tiempo durante el cual se daña el ambiente;
4. Magnitud, intensidad, duración, grado de concentración, toxicidad, volatilidad, dispersión;
5. Cantidad de recursos afectados y la posibilidad de reemplazo;
6. Calidad o valor de los recursos afectados;
7. Efectos directos o indirectos sobre el ecosistema;
8. Efectos acumulativos si hay más de una actividad perjudicial;
9. Efectos sobre los derechos humanos a la vida, la integridad personal, salud, medio ambiente sano, agua, alimentación adecuada, participación en la vida cultural, otros;
10. Efectos sobre los derechos de la naturaleza a existir, prosperar y evolucionar en aquellos sistemas jurídicos que así lo reconocen.

Estos criterios explican que la alteración relevante o significativa está relacionada con la afectación del equilibrio ecosistémico, de los bienes y valores sociales que involucra y de los derechos humanos, excluyendo afectaciones que no poseen un efecto sustantivo.

La Corte IDH no circunscribe el daño ambiental significativo a una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal, pero considera que, si entraña esa violación, debe ser considerado como un daño significativo. En los demás casos, la existencia de un daño significativo «es algo que deberá determinarse en cada caso concreto, con atención a las circunstancias particulares del mismo»<sup>330</sup>.

Consecuentemente, en tanto lo significativo o relevante descarta lo leve o lo medianamente significativo, el concepto jurídico supone que existe un umbral de

329 Peña Chacón, 2022, pp. 394-395.

330 Corte IDH, OC-23/17, ap. 62 y 139.

tolerabilidad debajo del cual el daño no es indemnizable; ello conforme al criterio del art. 1973 del CCyC. Así, se ha dicho que la «normal tolerancia y razonabilidad configuran el norte con el que cabe interpretar la noción de daño ambiental»<sup>331</sup>.

El sistema jurídico establece diversos regímenes de tolerancia respecto de los riesgos ambientales, esto es, permisiones o prohibiciones en orden al incremento de la posibilidad de daño generado a partir del uso de determinadas cosas, sustancias o actividades. Así, por ejemplo, se consagran parámetros cuantitativos o listados de sustancias prohibidas. Es el caso de la ley de residuos peligrosos, Ley 24051, cuando luego de definirlos remite a los enlistados en el Anexo I o a los que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II. En otros casos, el legislador se limita a trazar lineamientos relativamente indeterminados, y de ese modo, deja en manos del juzgador o del administrador la tarea de establecer, en casos concretos, si el uso de cosas o la realización de ciertas actividades excede o no el límite a la tolerancia de asumir ciertos riesgos<sup>332</sup>.

El carácter no común del daño ambiental como su certidumbre atenuada o débil<sup>333</sup> suponen alguna dificultad para acreditar la alteración relevante; por ello, con acierto, Peña Chacón señala que, ante la duda jurídica sobre el carácter significativo de este, el operador jurídico debe, ineludiblemente, acudir al principio *in dubio pro natura*, interpretando las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable al ambiente. Para agregar que, ante la duda científica (fáctica), debe aplicar el principio precautorio y considerar el daño como significativo<sup>334</sup>. Se debe tener presente que este último principio es anticipatorio del daño ambiental, mientras que *in dubio pro natura* se aplica tanto *ex ante* como *ex post* del daño, comprendiendo las funciones de recomposición o de resarcimiento como las preventivas y precautorias.

Respecto al carácter negativo de la alteración, se relaciona en principio con la capacidad de autorregeneración del ecosistema, pero esto tiene que ser temporalmente razonable, no se puede considerar comprendida una regeneración de cientos o miles de años. «La modificación negativa podría entonces vincularse a la alteración de la capacidad de mantener una calidad de vida aceptable y un equilibrio ecológico viable, excluyendo aquellos cambios que no tengan un efecto sustantivo»<sup>335</sup>.

2) Profundizando el análisis fáctico, el estado de cosas inicial requiere despejar e identificar las relaciones causales que provocan la alteración relevante del bien colectivo. No se puede calificar de idónea una medida si no se identifican esas relaciones. En consecuencia, la causalidad redundará en un vínculo directo con la

331 Cafferatta, 2004; Kemelmajer, 2006; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 324.

332 Valazza, 2017, pp. 205-206.

333 Falbo, 2023, p. 238.

334 Peña Chacón, 2022, p. 395.

335 Sabsay, Daniel y Di Paola, María Eugenia, «El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente», Anales de la Legislación Argentina, Boletín Informativo año 2003, N° 17, pp 1-9, La Ley.

extensión del resarcimiento del perjuicio<sup>336</sup> y en la selección de las medidas necesarias para la recomposición del daño.

La importancia de este tema resulta de lo observado por Valazza, en cuanto a que la LGA ajustó el sistema de responsabilidad previsto en la normativa civil a las exigencias de protección del ambiente, para lo que modificó tres de los cuatro requisitos necesarios y suficientes para el surgimiento de la obligación de reparar el daño causado: la definición de daño ambiental (art. 27), la antijuridicidad (arts. 27 y 29) y el factor de atribución (art. 28). «La relación de causalidad, en cambio, mantuvo su régimen, lo que la transforma en una de las principales vallas que debe sortear quien pretenda la reparación del daño ambiental en nuestro país»<sup>337</sup>.

En efecto, el CCyC adopta la teoría de la causalidad adecuada (TCA) cuando establece que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño (art. 1726).

El análisis de esta teoría requiere distinguir entre la causalidad fáctica y la causalidad jurídica; la primera referida al enlace material o físico que existe entre un hecho-antecedente (acción u omisión) y un hecho-consecuente (el resultado dañoso), mientras que la segunda se refiere a la imputación de las afectaciones a un sujeto o a varios. Corresponde aclarar que la TCA es considerada fundamentalmente una teoría de la imputación que intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación del hecho a una determinada persona<sup>338</sup>; no obstante este entrelazamiento, en este punto se aborda principalmente el presupuesto fáctico.

El art. 1727 precisa la adecuación al prescribir que la responsabilidad se establece respecto de las consecuencias inmediatas y mediatas. Son inmediatas las consecuencias que responden al curso natural y ordinario de las cosas y son mediatas las consecuencias que resultan únicamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Respecto a estas últimas, la disposición agrega que las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales. Estas consecuencias quedan excluidas de la reparación. Entonces, que lo imprevisible no genera responsabilidad (art. 1730).

Pero se objeta que, ante el daño ambiental, no se está frente a una causalidad lineal, sino ante una causalidad circular, multidimensional y multidireccional, en tanto la causa precede al efecto y el efecto a la causa<sup>339</sup>, existiendo entre ambos una relación de retroalimentación<sup>340</sup>. Por ello, se expresa que la regularidad, previsibilidad y experiencia no se

336 Lorenzetti, 2017.

337 Valazza, 2017, p. 198.

338 Valazza, 2017, p. 200.

339 Márquez, Torre y Machado, 2022, p. 340.

340 Kalil, 2020, p. 68.

compadecen con alteraciones ambientales y las exigencias de la teoría de la causalidad adecuada y el nivel de cierto que exige<sup>341</sup>.

Una interpretación integrativa de las fuentes jurídicas conduce a una concepción razonable de la causalidad en el daño ambiental. Ramos Martínez, en referencia al CCyC, interpreta la regularidad en relación con la previsibilidad: si bien la regularidad supone la previsibilidad en las consecuencias inmediatas; la imputación de las consecuencias mediatas, carentes de esa regularidad, requiere previsibilidad. Así, a los fines de extender el resarcimiento hacia efectos que se derivan de la conexión con otro acontecimiento, el artículo ofrece como criterio la previsión. Pero, bien señala esta autora, el Código Civil y Comercial, guarda silencio en torno a los criterios que deben seguirse para determinar esa previsibilidad<sup>342</sup>.

Entonces, la previsibilidad no se agota con la regularidad, por lo que se requiere precisar la interpretación del enunciado normativo. El mismo cuerpo legal introduce el deber de diligencia agravado de determinados sujetos y su relación con la previsibilidad: «Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias» (art. 1725 del CCyC). Esto tiene especial significado en el derecho ambiental al requerir *ex ante* a determinados sujetos un cuidado especializado en sus actividades.

Otro aporte singular lo provee el art. 1711 del mismo código al establecer la acción preventiva: «La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución». Así, resulta que la previsibilidad del hecho dañoso, desligada del factor de atribución objetivo o subjetivo, define esta acción.

A partir de la conexión entre prevención y previsibilidad, en la determinación de la causalidad del daño ambiental será el principio de prevención, en tanto norma jurídica especializada de derecho ambiental (art. 4, LGA), el que ocurrirá en la interpretación correcta en materia de daño ambiental. Este principio ordena que «las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada», disponiendo que esa conducta anticipatoria debe tener la aptitud de comprender en forma sistematizada y completa las causas de los problemas ambientales. Y, conforme al principio, no solo atenderá las causas sino también las fuentes, término que abarca todas las condiciones relacionadas con la lesión. En esta materia de la responsabilidad, las condiciones fácticas del daño ambiental previsible no tienen recorte jurídico. Unas y otras deben ser consideradas causa.

341 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 334.

342 Ramos Martínez, 2015.

3) La determinación de la causalidad debe ser el resultado de una metodología técnica, es decir, no se corresponde con aquello que es predecible para un hombre medio, sino de una previsibilidad calificada. Esto resulta de la misma LGA, cuando establece entre sus objetivos: k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (art. 2), y cuando para la procedencia de la indemnización sustitutiva exige que la recomposición no sea técnicamente factible (art. 28), aspecto que supone la aplicación previa de herramientas de análisis y evaluación técnica del daño.

El conocimiento científico es de tal importancia en esta materia que el Acuerdo de Escazú, en el art. 8.3.a, requiere a los Estados órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental. Norma que se conecta con el art. 6.3.f sobre el derecho de acceso a la información, que requiere a los Estados contar con sistemas de información que contengan informes, estudios e información científicos, técnicos o tecnológicos en asuntos ambientales elaborados por instituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Resultando así que la causalidad fáctica en materia ambiental es un concepto que corresponde al conocimiento científico, que se fundamenta en datos reales emanados de la plataforma fáctica<sup>343</sup>.

4) Si la previsión cobra especial amplitud en la responsabilidad por daño ambiental, el principio de precaución extiende en forma singular el horizonte de lo previsible, requiriendo la adopción de medidas idóneas ante la amenaza de daño grave o irreversible, aun cuando no se tenga certeza científica. Esta previsibilidad extendida fundamenta la responsabilidad extendida de la precaución.

Pero se debe señalar que la atribución de responsabilidad está delimitada a lo plausible, en cuanto lo que no es absolutamente falso queda librado a la decisión discrecional del agente.

La precaución y sus grados de certeza admisible se tratan en el punto 4.4.3.2. de este capítulo.

5) Sobre el nivel de certeza de las comprobaciones, la teoría de la prueba de Michele Taruffo brinda un abordaje esclarecedor. Se pregunta si es posible el conocimiento de la verdad absoluta de los hechos, un estado de certeza total, incontestable, fuera de toda duda. Le resulta obvio que en el proceso judicial solo es posible establecer una verdad relativa en dos sentidos: relativa a los medios de conocimiento, pues ellos no son ilimitados y se hallan regulados por el propio sistema legal; y relativa al contexto, pues es dependiente de presuposiciones, conceptos y reglas de ese ámbito. Entonces, precisa que resulta claro que es posible la determinación verdadera de los

343 Ramos Martínez, 2015, p. 4.

hechos siempre que se dé al término «verdadera» un significado aceptable desde el punto de vista epistemológico<sup>344</sup>.

En cuanto a la probabilidad, Taruffo referencia la decisión judicial con la probabilidad lógica, rechazando en esta instancia la probabilidad cuantitativa, definiendo aquella como la relación de confirmación entre la hipótesis sobre los hechos y los elementos que fundamentan su aceptabilidad. Así, la probabilidad lógica se corresponde con la estructura del problema que el juez resuelve formulando *el juicio de hecho*; juicio mediante el cual establece la correspondencia entre las comprobaciones con la realidad empírica de los hechos relevantes<sup>345</sup>.

De tal forma, requerir al juzgador una probabilidad cuantitativa, por ejemplo, superior al 90%, para tener por acreditado el nexo de causalidad, no es una exigencia de los modelos de adjudicación de responsabilidad. La teoría de la causalidad adecuada se satisface con una probabilidad cierta<sup>346</sup>. Para lo cual, el juzgador se sustentará en un conjunto de comprobaciones: considerará el tiempo y grado de exposición a la fuente del riesgo, la población circundante, la población vulnerable y afectada, los niveles guía de emisión, la actualización de estas guías, la recurrencia de eventos análogos, la naturaleza de la actividad, entre otros.

Como expresa Valazza, en la sociedad del riesgo, «los criterios normativos que ofrecía la Teoría de la Causalidad Adecuada debieron ser reinterpretados: la previsibilidad dejó de ser un estado mental del sujeto, para comprender también la mayor probabilidad de daños a raíz de la naturaleza, o las circunstancias de utilización o realización, de una cosa o actividad»<sup>347</sup>.

#### **4.2.3. Algunas técnicas para la determinación del estado de cosas**

Es la norma jurídica la que indica qué condiciones fácticas requiere el daño ambiental y cuáles son los hechos que causan la alteración relevante, por lo que ahora se trata de *cómo* (es decir, con qué medios y según qué resultados cognoscitivos) esos hechos deben o pueden ser determinados.

En el proceso de comprobación, se debe recurrir a las normas del sistema jurídico ambiental, aplicando los procedimientos jurídicos asociados a técnicas científicas elaboradas para identificar y valorar los impactos ambientales, actuales o potenciales. Estas son especializadas en la comprensión del ecosistema sometido a una acción o conjunto de acciones que se reputan con aptitud para afectarlo, pudiendo establecer con algún grado de certidumbre los nexos causales involucrados como la

344 Taruffo, 2005, p. 177-179.

345 Taruffo, 2013, p. 57.

346 Valazza, p. 208.

347 Valazza, 2017, p. 202.

relevancia de los impactos (por ej.: art. 11, LGA). Estos instrumentos proporcionan la base fáctica interpretativa de las interacciones sistémicas a fin de que se tomen esos datos reales, se los valore, y se los oriente a los intereses propios de la protección jurídica del ambiente.

En este contexto, en el ámbito del proceso judicial, el art. 32 de la LGA atribuye amplias facultades al juez 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.

Un derecho munido de normas que responden al conocimiento científico y técnico del bien protegido ha incorporado técnicas o estudios especializados para establecer el origen causal del daño como sus efectos. No solo describirán el estado de cosas inicial sino también el estado de cosas que se persigue alcanzar, posibilitando la selección de las medidas de protección adecuadas.

En efecto, estos estudios tienen por fin determinar si la alteración relevante requiere: 1) medidas precautorias, 2) medidas preventivas, 3) medidas reparadoras o de recomposición, incluso, la indemnización sustitutiva.

Las metodologías para realizar los estudios ambientales son variadas, la literatura especializada reporta métodos de listas, de redes de interacciones, de sistemas cartográficos, de indicadores, de análisis multicriterio, de simulación y predicción, entre otros<sup>348</sup>, todas requieren un diagnóstico situacional para determinar las condiciones del bien colectivo a proteger.

Los estudios deben adecuarse a las circunstancias temporales. Así, la Comisión Europea recomienda que, para los fines de las medidas preventivas y la gestión inmediata de los factores perjudiciales, la necesidad de una evaluación rápida significa que habrá que utilizar la información disponible de inmediato y extraer conclusiones basadas en ella. En estas circunstancias es necesario aplicar el principio de cautela [precautorio]. Cuando sea necesario adoptar medidas reparadoras, será adecuado realizar una evaluación más profunda, y el tiempo no debe ser un factor tan crítico en este caso<sup>349</sup>.

Antes de aludir a algunos tipos de estudios, corresponde aclarar que el operador jurídico se encuentra con el desafío de ponderar conocimientos que califican de científicos, siendo este producto una expresión que se da en un espacio probatorio que el juzgador recibe para verificar el sustrato fáctico de la decisión. La relevancia y fiabilidad son los criterios básicos que deberán tenerse en cuenta para tener una mayor probabilidad de acierto en la decisión o una toma de decisiones judiciales materialmente correcta<sup>350</sup>.

348 Vilorio Villegas, Cadavid y Awad, 2017.

349 Comisión Europea, 2021, 71 y 72.

350 Vázquez-Rojas, 2014.

Entre los estudios ambientales, como norma precisante del principio de prevención, destaca la Evaluación del Impacto Ambiental. La LGA dispone que toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución (art. 11). Agrega que los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos. Una actividad será autorizada únicamente si obtiene una Declaración de Impacto Ambiental favorable (arts.11-13).

En todos los casos, el resultado del procedimiento de EIA será la aprobación o el rechazo del proyecto y, en el supuesto de aprobación, la decisión integrará las acciones preventivas, correctivas o de mitigación, compensatorias o complementarias<sup>351</sup>.

La Corte define la EIA como una instancia de análisis reflexivo realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana (CSJN, 2017a).

Estos estudios atienden las múltiples dimensiones del bien ambiente y efectúan un análisis que permite establecer su condición presente, como seleccionar y calibrar las medidas de preservación que corresponden a la afectación actual o potencial del bien colectivo. Al respecto, la Ley 27520 de cambio climático de la Argentina requiere que el Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático contemple el desarrollo de directrices relativas a los impactos del cambio climático para incorporar en los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental (art. 19, inciso g). El contexto de estas directrices serán los escenarios del clima, vulnerabilidad y tendencias socioeconómicas y ambientales para prevenir los riesgos climáticos futuros (art. 19, inciso h).

Los escenarios futuros pueden tener diversa complejidad, requiriendo construcciones que integren las metodologías técnicas, partiendo de un diagnóstico que identifica los problemas estructurales, para luego establecer las tendencias, distinguiendo las positivas de las negativas, para formular el conjunto de medidas correctivas, conservativas, disuasivas y de fomento que correspondan al objetivo a alcanzar.

Las metodologías para la elaboración de la planificación ambiental son especializadas en esto. Un ejemplo es el Plan Provincial de Ordenamiento Territorial de la provincia de Mendoza, aprobado por Ley 8999, que a partir de modelos territoriales –actual, tendencial y deseado– formula un modelo realizable conformado por programas estructurales de intervención.

La Ley de Bosques Nativos 26631 regula en detalle la EIA para los proyectos de desmontes. Su fin es el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento

351 Drovandi, 2012, pp. 337 y 350.

y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que estos brindan a la sociedad (art. 1). En el art. 24 establece el contenido del estudio, algunos de ellos son: el plan de manejo sostenible de los bosques nativos, comprendiendo propuestas para prevenir y mitigar los impactos ambientales adversos y optimizar los impactos positivos, acciones de restauración ambiental y mecanismos de compensación, medidas de monitoreo, seguimiento de los impactos ambientales detectados y de respuesta a emergencias. La descripción del ambiente en que desarrollará el proyecto: definición del área de influencia, estado de situación del medio natural y antrópico, con especial referencia a situación actualizada de pueblos indígenas, originarios o comunidades campesinas que habitan la zona, los componentes físicos, biológicos, sociales, económicos y culturales; su dinámica e interacciones; los problemas ambientales y los valores patrimoniales. La prognosis de cómo evolucionará el medio físico, económico y social si no se realiza el proyecto propuesto. El análisis de alternativas: descripción y evaluación comparativa de los proyectos alternativos de localización, tecnología y operación, y sus respectivos efectos ambientales y sociales. Descripción y evaluación detallada de la alternativa seleccionada.

Por su parte, el análisis o evaluación de riesgo es una metodología especializada para estimar la amenaza de daño como grave o irreversible. Estas metodologías parten de la formulación de escenarios de peligro y estiman el riesgo ambiental como una función que relaciona la probabilidad de ocurrencia de un determinado escenario de accidente (identificación de los peligros) y las consecuencias negativas de este sobre el ambiente y sus sistemas. La estimación del riesgo se establece como un producto entre dos factores:  $\text{Riesgo} = \text{Probabilidad} \times \text{Consecuencias}$ <sup>352</sup>.

Así, se define el riesgo ambiental como una función que relaciona la probabilidad de ocurrencia de un determinado escenario de accidente (identificación de los peligros) y sus consecuencias negativas sobre el ambiente y sus sistemas<sup>353</sup>. Como consecuencia de su evaluación, se formulan y seleccionan diversas medidas.

Embid Tello expresa que la evaluación de riesgo es la pieza clave de todo el sistema precautorio, y abre la puerta, bien a una actuación preventiva (si el riesgo evaluado queda demostrado), bien a una actuación precautoria (si existen dudas sobre la existencia o amplitud de este)<sup>354</sup>.

Las regulaciones del seguro por daño ambiental establecen, como condición para su contratación, determinar la Situación Ambiental Inicial (SAI). Se entiende por Situación Ambiental Inicial de un sitio al diagnóstico realizado en forma previa a la contratación de la cobertura a fin de establecer la existencia de sustancias y concentraciones que impliquen una contaminación del suelo, subsuelo, aguas superficiales

352 Cañón Rodríguez, 2017, pp. 24-32; AENOR, 2008.

353 Cañón Rodríguez, 2017; AENOR, 2008.

354 Embid Tello, 2010.

o aguas subterráneas, para detectar daños preexistentes los cuales serán asumidos exclusivamente por el titular de la actividad riesgosa.

La recomposición como medida prioritaria de reparación supone estudios especializados para su aplicación; su elaboración y condiciones responderán según se trate de la remediación de suelos contaminados o del saneamiento de aguas, de la restauración de un bosque nativo o del patrimonio cultural, entre otras posibilidades, y revestirá la forma de un programa con metas interinas y finales. Estos estudios son condicionantes de la indemnización sustitutiva, en tanto, únicamente se habilitará si de estos resulta su imposibilidad fáctica (art. 29. LGA). Como la recomposición puede ser total o parcial, en la misma medida podrá habilitarse la indemnización sustitutiva.

Las metodologías técnicas comprenden múltiples campos del conocimiento ecosistémico, y si bien algunas carecen de regulación especializada en el sistema jurídico argentino, esto no obstaculiza su imposición por la autoridad competente. El art. 32 de la LGA empodera al juez 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.

Un ejemplo es el caso de las metodologías para la determinación del caudal ecológico, que son reguladas en muchos Estados<sup>355</sup> y que en la causa La Pampa (CSJN, 2020c) fue considerada para el establecimiento de las medidas de recomposición.

#### ***4.2.4. Las dimensiones de la idoneidad***

En el plano de la idoneidad, la EIA es demostrativa de las condiciones o dimensiones de eficacia, temporalidad, plenitud y probabilidad que deben examinarse en cada medida.

Respecto a la probabilidad o seguridad, surge de los precedentes de la CSJN que dan cuenta de la adopción de medidas de suspensión o paralización de emprendimientos susceptibles de provocar un daño grave o irreversible en un estado de incertidumbre. Estas medidas son complementadas con la exigencia de la Evaluación de Impacto Ambiental, con el objeto de alcanzar un estado de seguridad al despejar la incertidumbre y posibilitar adoptar medidas preventivas idóneas conforme los resultados de esos estudios (Cruz, 2016a; Martínez, 2019a).

La condición de plenitud es manifiesta en la causa Salas (CSJN, 2009c), cuando frente a las evaluaciones ambientales aisladas de emprendimientos para expedir autorizaciones de desmontes en un área mucho mayor en el que concurrían, la Corte impone la EIA acumulativa en toda el área afectada. Lo mismo dispone en Juvevir (2020f) cuando observa los proyectos Central Matheu I y Central Matheu II en forma

<sup>355</sup> Rodríguez Salas, 2017b.

individual sin contemplar el efecto acumulativo dada la cercanía geográfica de ambos emprendimientos.

En Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c), la Corte requiere las condiciones de eficacia, temporalidad, complitud y seguridad cuando indica que las medidas deben tener en cuenta las alteraciones que puedan producirse 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.

El principio de progresividad modula la dimensión temporal de la idoneidad de las medidas cuando requiere que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal (art. 4, LGA). En la causa Mendoza (2008b) se aplica en el programa de saneamiento integral. En la Pampa (2020c), las medidas de recomposición del ecosistema afectado son establecidas conforme este principio, de tal forma que el establecimiento del caudal mínimo permanente se fija como meta interina a alcanzar a través de un plan de obras y acciones, quedando como meta final la determinación definitiva del caudal hídrico apto.

No obstante, la temporalidad a la que alude la progresividad queda limitada cuando la eficacia de las medidas precautorias y preventivas exigen mayor rapidez en la decisión, como sucede en Mamani (2017a), declarando sin más la nulidad de las resoluciones que autorizaron los desmontes.

La eficacia temporal en la precaución y la prevención exigen actuar sin demora y de forma inmediata. En la recomposición, la temporalidad puede ser más gradual.

Así, la prevención, la precaución y la recomposición del daño ambiental requieren de un diagnóstico y un pronóstico técnico del bien colectivo a proteger para establecer la idoneidad de las medidas, no solo desde la perspectiva de la eficacia, sino de la temporalidad, plenitud y seguridad.

Respecto a la intensidad de estas dimensiones del examen de inidoneidad, esto es, si la selección del medio idóneo debe recaer en el que reúna *mayor* eficacia, temporalidad, plenitud y probabilidad de las medidas, se trata en el punto siguiente, por lo que aquí corresponde expresar que una intensidad mayor forma parte del margen de discrecionalidad del decisor y será objeto del examen de necesidad y de ponderación. En el Capítulo 6.4.3 se trata el tema de la mayor intensidad como margen discrecional en la formación de la norma complementaria provincial.

#### **4.2.5. El art. 1713 del CCyC: la intensidad de la idoneidad y la menor restricción**

Mientras que la idoneidad o adecuación procura la *eficacia* en el logro de la finalidad, el subprincipio de necesidad exige que de los medios igualmente idóneos sea escogido el menos restrictivo con el derecho fundamental afectado.

La selección de la medida idónea menos lesiva, como regla específica del derecho ambiental, está en el principio de progresividad<sup>356</sup> y en el principio de precautorio –adopción de medidas eficaces en función de los costos–, art. 4 de la LGA.

Pero la regulación más definida de los exámenes de idoneidad y de necesidad está en la acción preventiva cuando el art. 1713 del CCyC establece que «la sentencia debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio *más* idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad».

El enunciado dice *más* idóneo y su significado es una exigencia de *intensidad* en relación con la eficacia para alcanzar el fin –fin inmediato–. La interpretación del enunciado normativo no excluye las dimensiones de temporalidad, complitud y probabilidad, en tanto la eficacia es intrínseca con estas. Todas estas dimensiones deberán ser examinadas para establecer la mayor eficacia normativamente requerida.

Conforme Bernal Pulido, es en el examen de necesidad en el que se debe comprobar la intensidad del medio: la eficacia (*mayor o menor* aptitud para la obtención del fin), la temporalidad (*mayor o menor* rapidez para la obtención de su objetivo), la plenitud (*mayor o menor* realización de los aspectos relativos al fin) y la probabilidad (*mayor o menor* seguridad para alcanzar la finalidad), ya que en todas estas dimensiones puede variar el grado de intervención<sup>357</sup>.

De esta forma, la exigencia de seleccionar el medio más idóneo y menos restrictivo del art. 1713 se explica considerando que el medio *más* idóneo es, entre un conjunto de medios, el que menor restricción provoca atendiendo a las circunstancias del caso –esto es lo posible, según el enunciado–. La menor restricción requerirá examinar todas las dimensiones de la idoneidad en cada caso.

Así, sobre la relación entre mayor idoneidad y menor restricción, el principio precautorio establecido en el art. 4 de la LGA requiere, ante la situación de peligro de daño grave o irreversible y falta de certeza, la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. Es decir, la medida debe contribuir con el fin inmediato que la situación requiere, pero la mayor eficacia de un medio idóneo que impone costos exorbitantes no cumpliría el examen de necesidad frente a otros medios menos gravosos, pero igualmente idóneos.

Respecto a la temporalidad, el principio de progresividad completa el examen fáctico de necesidad cuando establece: «Que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos». Esto implica que, frente a otros medios idóneos, el medio progresivo será el que interviene en menor grado el derecho a afectar. Este sería el medio más idóneo.

356 Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

357 Bernal Pulido, 2014, pp. 941 y 947.

No obstante, las dimensiones de la idoneidad ajustan el principio de progresividad en determinadas circunstancias. En efecto, hay situaciones en que el estado de cosas inicial revela una situación de emergencia que requiere de una respuesta inmediata y eficaz, limitando los plazos de aplicación; en tales supuestos, el medio más idóneo requiere rapidez y será reputado necesario por ser la menor restricción *posible*. Así, en Mamani (CSJN, 2017a), ante una situación de emergencia, la Corte declara directamente la nulidad de las autorizaciones de desmontes.

Precisando estos conceptos, respecto a la temporalidad y el principio de precaución, si una medida idónea aplica el principio de progresividad, estableciendo un cronograma temporal de ejecución, y otra medida también idónea no concede un cronograma de ejecución o es más acotado, esta última supondría una mayor intervención, debiendo ser seleccionada la primera. No obstante, la modulación correcta requiere considerar las circunstancias del caso, de tal forma que, si media un estado de gravedad y urgencia, la eficacia –idoneidad– requerida por el principio precautorio exige en este supuesto un actuar inmediato, acotando o desplazando el cronograma propuesto, atendiendo a la *mayor rapidez* para alcanzar el fin de protección. Resultando así la menor restricción *posible* una optimización fáctica del principio.

El examen de necesidad y la dimensión de probabilidad de la idoneidad es manifiesto en el fallo en la causa Salas (CSJN, 2009c) cuando la Corte requirió que el estudio de impacto ambiental acumulativo propusiera las medidas que armonizaran la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. Agregando: «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».

Al mediar una consideración del derecho opuesto, como señala Clérico, el examen de necesidad preestructura el proceso de ponderación entre los derechos en colisión, en tanto adelanta el grado de limitación del derecho afectado producido por el medio establecido en comparación con medios alternativos<sup>358</sup>.

La restricción del derecho opuesto se examina en esta etapa en forma abstracta, atendiendo a lo que en el promedio de los casos sería la menor restricción. La afectación concreta se realiza en la etapa de ponderación.

358 Clérico, 2016, p. 127.

### 4.3. La ponderación de la sustentabilidad

#### 4.3.1. La importancia concreta

Cumplidos los exámenes fácticos, se ingresa en la etapa del examen de las posibilidades jurídicas o ponderación, en sus tres variables –importancia concreta, peso abstracto y certidumbre–.

Respecto de la importancia concreta, la *ley de ponderación* requiere demostrar racionalmente si la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro principio en colisión. La importancia concreta solo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en el principio a intervenir tiene en el principio a satisfacer. En efecto, la medida idónea y necesaria se gradúa respecto al derecho a restringir atendiendo a la afectación concreta que en este produce; la gravedad de esta no puede ser superior a la satisfacción del derecho a proteger. Esta última estimación se realiza considerando los efectos que tendría sobre este derecho la omisión de la medida.

Conforme al art. 240 del CCyC, que establece la relación entre derechos colectivos e individuales, la no afectación del funcionamiento o de la sustentabilidad de los ecosistemas, de los valores culturales, del paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial, es un límite que los derechos individuales no deben traspasar. La redacción del enunciado supone considerar –como supuesto de hecho– la importancia concreta del derecho de incidencia colectiva, ya que la afectación o no afectación constituye una condición concreta respecto del bien colectivo.

Así, cuando la colisión de un derecho sobre bienes individuales es con el principio de sustentabilidad, la ponderación de la importancia concreta resulta de medir el efecto que la omisión de la medida de protección produce en el funcionamiento o la sustentabilidad de los ecosistemas y demás bienes colectivos. Esta medida, idónea y necesaria, responde a las condiciones fácticas de los riesgos ambientales en el caso, por lo que puede tener mayor o menor entidad en la restricción como en la satisfacción, incidiendo en la graduación de la importancia concreta de los derechos en colisión.

La escala triádica de intensidades es el instrumento adecuado para la graduación conforme lo tratado en el Capítulo 2.5.

Recurrir a los precedentes de la CSJN es la forma más precisa de acceder a la interpretación de este examen, más cuando está involucrado el principio de sustentabilidad. La Corte, para esta ponderación, acude a la magnitud del daño probable para la sustentabilidad futura si ninguna medida se hubiera adoptado o a la difícil o imposible reparación ulterior, según sea el caso. El sentido es claro, si no se adopta la medida de intervención, estima que el daño probable es grave.

Así, en Salas (2009c), la decisión de suspender las autorizaciones de tala y desmonte, hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo, pondera la importancia

concreta de los derechos en colisión cuando la Corte sostiene que «existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible» sobre el ambiente, por lo que el mayor peso concreto se dimensiona conforme la magnitud del daño probable para la sustentabilidad futura si ninguna medida se hubiera adoptado.

En Kersich (2014), la mayor importancia de la protección del bien colectivo y de la salud surge de evaluar los efectos que sobre el derecho a satisfacer provocaría la omisión de la medida cautelar en revisión (provisión de agua potable), lo cuales son de difícil o imposible reparación ulterior.

En Cruz (2016a), la Corte se aboca a entender en una medida cautelar rechazada por la Cámara de Apelaciones de Tucumán; considera que la Cámara al no analizar las pruebas periciales no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas. Por lo que ese rechazo, en tanto omisión de la protección, provoca una afectación grave del derecho al ambiente, mientras que los derechos afectados exhiben un menor grado de restricción si la suspensión hubiera sido dispuesta, ya que las medidas definitivas dependen de los estudios no considerados por la Cámara. La decisión fue admitir el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada, devolviendo las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

En Represas de Santa Cruz (2016c; 2016d), la mayor importancia concreta de la satisfacción de la sustentabilidad se obtiene del efecto que la omisión de la EIA supondría en el ambiente regional por la amenaza de daño grave o irreversible de la obra.

En Majul (2019b), la Corte fundamenta la importancia concreta del principio de sustentabilidad afectado por la decisión del Superior Tribunal que rechazó el amparo, valorando diversos informes de los que surgen las afectaciones al ecosistema; en consecuencia, establece la mayor importancia del ecosistema de los humedales frente a los derechos de los desarrolladores inmobiliarios.

En Mercau (2024), la CSJN observa que el tribunal inferior ha omitido ponderar los pesos concretos de los derechos en colisión, esto es, no ha sopesado las limitaciones tolerables y aquellas que afectan los atributos esenciales de la propiedad.

### ***4.3.2. El peso abstracto de la sustentabilidad***

#### ***4.3.2.1. La prioridad frente a otros derechos***

El peso abstracto de la sustentabilidad es una de las variables de la ponderación entre derechos y supone un sopesamiento aislado de consideraciones circunstanciales del caso o situación a regular. Este peso tiene en cuenta al mayor valor que fundamenta a los derechos constitucionalmente reconocidos. Como expresa Bidart

Campos: «Los derechos “en sí” no son todos iguales, porque hay unos más “valiosos” que otros (la vida “vale” más que la propiedad, por ejemplo)»<sup>359</sup>.

El mayor peso abstracto de la sustentabilidad puede compararse con «el mayor peso que la vida humana tiene frente a la libertad general de hacer o no hacer lo que se quiera»<sup>360</sup>, por lo que la sustentabilidad como derecho acredita su mayor peso por el valor social del bien colectivo ambiente, su titularidad comunitaria e intergeneracional conforme a los arts. 41 y 43 de la CN y por ser condición necesaria para el disfrute de los demás derechos constitucionales.

De la Constitución resulta que la realización del principio de sustentabilidad como mandato de optimización se hace atendiendo a las necesidades de las generaciones presentes y futuras. La sustentabilidad futura se corresponde con la dimensión intertemporal propia del bien ambiente, dimensión que impide una apreciación estanca de este. No es posible cumplir con el deber de preservación sin considerar la evolución temporal del ambiente, de ahí que el resguardo de las generaciones futuras es una condición esencial del deber de preservación.

El componente intergeneracional de este derecho lleva a Morello a expresar:

La aplastante (no por voluminosa, sino, por realista, racional e innovadora) teorización *ius ambiental* de data reciente, ha honrado la protección ambiental para el futuro, para los del futuro, y esto es básico, pues sin la mirada al futuro, a los que vendrán, el derecho ambiental y su robusto contenido nada merecerían<sup>361</sup>.

Cuando se sopesa el peso abstracto, la conexidad con otros principios aporta mayor peso, así la vida y la salud suministran a la sustentabilidad mayor peso. Un caso de contaminación del agua y su conexión con el derecho a la salud es un claro ejemplo. Esta confluencia entre principios es una regla de ponderación relevante cuando se trata de medir el peso abstracto<sup>362</sup>.

La Corte establece el mayor valor de la sustentabilidad cuando enuncia la prioridad absoluta de la prevención del daño futuro (2008b, 2009a, 2016a, 2016b, 2017a).

359 Bidart Campos, 2005a, T. I, p. 494.

360 Alexy, 2002, p. 38.

361 Morello, 1998, p. 947.

362 Bernal Pulido, 2014, p. 976.

#### 4.3.2.2. El art. 240 del CCyC: significados de la precedencia y de la compatibilización

La fórmula de peso no suministra un criterio específico sobre cómo se determina el peso abstracto de los principios en colisión<sup>363</sup>; sin embargo, respecto a la sustentabilidad, en el derecho argentino, luego de los precedentes de la Corte, toda duda ha sido despejada por el legislador nacional.

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene la regulación más relevante sobre la relación entre la sustentabilidad y los derechos sobre bienes individuales. En el art. 240, en el título III sobre los bienes, correspondiente al libro primero, la establece de la siguiente forma:

Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> *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.

Este artículo juega en conjunto con el art. 14 del CCyC, poniendo «un límite, una frontera, firme y decidida, a las conductas que se extralimitan, en detrimento o afectación, del derecho ambiental»<sup>364</sup>.

Morales Lamberti en un intenso párrafo, comentando la relación entre el CCyC y el derecho ambiental, expresa:

Por otra parte, el Código integra al sistema de derecho privado una fuente interna de coordinación –compatibilidad de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva– y otra fuente de 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), mediante una regla de precedencia lógica en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales<sup>365</sup>.

La precedencia lógica a la que alude Lamberti debe ser interpretada adecuadamente. Nunca la precedencia puede ser absoluta porque no hay derechos absolutos.

363 Clérico, 2008, pp. 159-160.

364 Cafferatta, 2021.

365 Morales Lamberti, 2015, p. 145.

La exigencia de compatibilización que integra el enunciado normativo del art. 240 refuerza la comprensión de la valoración del derecho al ambiente. En efecto, tal como explican Lorenzetti y Lorenzetti, la regla de compatibilización o de armonización expresa la filosofía que inspira el CCyC, que radica en sostener que la protección del ambiente configura un prerequisite para el disfrute de los demás derechos fundamentales. Resaltando que «este es el fundamento de precedencia de lo colectivo por sobre lo individual» que introducen los arts. 14 y 240 del CCyC<sup>366</sup>.

Este fundamento también se encuentra vertido en la Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuando expresa que el goce de condiciones ambientales sostenibles opera como presupuesto o precondition del ejercicio de los demás derechos fundamentales (propiedad, industria, salud, trabajo, etc.).

Así, cuando la colisión involucra el derecho al ambiente, la Corte, en el precedente *Barrick* (CSJN, 2019a), expresa: «Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240, Cód. Civ. y Com.) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la Ley General 25.675 del Ambiente)».

Entonces, el CCyC, especialmente el art. 240, plantea un interrogante: si las normas establecen la precedencia de la sustentabilidad, ¿son necesarias las operaciones de la proporcionalidad? Para responder, corresponde tratar si estas reglas de precedencia desplazan la aplicación del principio de proporcionalidad en sus diferentes exámenes, esto es, si inhiben la ponderación de las otras variables de la ponderación.

Alexy trata la cuestión de las reglas de precedencia establecidas legalmente:

Las condiciones de precedencia establecidas en un sistema jurídico, es decir, las reglas que se corresponden con la ley de colisión proporcionan información acerca del peso relativo de los principios. Desde luego, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características que deben ser evaluadas, no es posible construir con su ayuda ningún orden que establezca en cada caso justamente una decisión. Pero, con todo, se abre la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no existiría sin los principios<sup>367</sup>.

Es decir, esas reglas proporcionan un argumento sobre el mayor peso abstracto de un derecho, pero no relevan al operador de la ponderación en el caso o situación a regular. Siempre la precedencia es condicionada.

366 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 184.

367 Alexy, 2004, p. 171.

Prieto Sanchís precisa este punto:

Lo que el legislador no puede eliminar es el conflicto entre principios mediante una norma general, diciendo así como que siempre triunfará uno de ellos, pues eliminar la colisión con ese carácter de generalidad requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente<sup>368</sup>.

De lo que resulta que el art. 240 del CCyC establece una precedencia condicionada. Es decir, una precedencia que incide en la *valoración* de una de las variables de la ponderación, pero no excluye la necesidad de proceder a la valoración de la importancia concreta como de la certidumbre.

Como se expresó en el punto anterior, el enunciado del art. 240 supone considerar la importancia concreta del derecho de incidencia colectiva, ya que la afectación o no afectación –intervención o no intervención– constituye una condición concreta respecto de la precedencia del bien colectivo. La afectación requiere ser interpretada conforme a la definición de daño ambiental del art. 27 de la LGA, que lo enuncia como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente. Identificada que sea la afectación, las medidas de protección deberán ser debidamente estimadas en cuanto a su grado de intervención.

De lo que se colige que el art. 240 establece una precedencia condicionada, que no sustrae los exámenes fácticos de idoneidad y de necesidad, ni la ponderación de la variable importancia concreta, que responde al grado de afectación o satisfacción de los derechos, ni de la variable certidumbre, que requiere la comprobación de los presupuestos fácticos de cada derecho. Todo lo cual se integra con la interpretación del art. 1713 del CCyC, que se realiza en el punto 5.1. de este Capítulo.

Al respecto, la precedencia de la sustentabilidad debe ser entendida conforme al voto de Lorenzetti en la causa Shi (CSJN, 2021c): «Cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516)».

La pregunta complementaria es cómo se compatibiliza un derecho que se presenta como precedente sobre los derechos sobre bienes individuales. De lo expuesto, se concluye que la compatibilización requerida entre derechos sobre bienes individuales y de incidencia colectiva es resultado de la ponderación. Así, la compatibilización requerida por el art. 240 no es un resultado transaccional, sino un resultado proporcional que establecerá el contenido esencial efectivamente garantizado en cada caso.

368 Prieto Sanchís, 2008, pp. 105-106.

En definitiva, si como sostiene Sozzo, la preocupación en el CCyC ha sido centralmente visibilizar la colisión existente entre derechos individuales (libertad de contratar y de ejercicio del poder propietario) y la protección de los ecosistemas a los que puede adicionarse la protección del patrimonio cultural<sup>369</sup>; la compatibilización ingresa en el terreno de la ponderación, pues, como expresa Alexy: «La ponderación no consiste en nada más que en la optimización de principios opuestos»<sup>370</sup>.

#### 4.4.3. Ponderación de la certidumbre

##### 4.4.3.1. La optimización epistémica

Para Taruffo, resulta posible la determinación verdadera de los hechos siempre que se dé al término «verdadera» un significado aceptable desde el punto de vista epistemológico. En el ámbito de cualquier versión relativista de la verdad, existen *grados o medidas de conocimiento*; grados que se sitúan a lo largo de una escala o una dimensión en la que puedan ser ordenados, distinguidos y comparado<sup>371</sup>.

Esto se enmarca en lo tratado en el Capítulo 2.7. sobre la introducción en la fórmula de peso de la variable *certidumbre o seguridad* de las premisas de los derechos fundamentales en colisión. Ello porque, como advierte Alexy, en contextos razonablemente complejos, «como el derecho ambiental», «las premisas empíricas cuya verdad está acreditada con toda certeza prácticamente nunca están disponibles»<sup>372</sup>, por lo que la exigencia de certeza absoluta en caso de incertidumbre conduciría a una parálisis decisoria de largo alcance en relación con el derecho afectado.

En efecto, en el derecho ambiental, negar el margen epistémico sería aceptar la exigencia de operar siempre con una verdad segura, plenamente acreditada, que reduciría al mínimo la competencia de la autoridad para resolver, lo que tendría graves consecuencias en la protección del ambiente, en tanto un margen de actuación reservado a premisas seguras sería la única forma de satisfacer la sustentabilidad.

No obstante, hay que aclarar que el ejercicio de este margen competencial debe ser ponderado, en tanto excluir la ponderación sería aceptar la primacía absoluta del principio formal de competencia, lo que habilitaría la posibilidad de operar con premisas falsas<sup>373</sup>.

Las definiciones epistémicas son esenciales en materia ambiental, una acción epistémica legislativa de gran importancia es el principio de precaución, que requiere a las autoridades intervenir en caso de incertidumbre cuando concurren determinadas

369 Sozzo, 2019, p. 532.

370 Alexy, 2009b, p. 83.

371 Taruffo, 2005, p. 177-179.

372 Alexy, 2014, p. 26.

373 Alexy, 2002, p. 54; 2014, p. 26.

condiciones fácticas. También ingresan en esta esfera competencial aquellas decisiones restrictivas adoptadas sobre el empleo de determinadas sustancias o sus valores de emisión, o sobre la distancia para la emisión de radiaciones ionizantes, cuando no hay una certeza absoluta sobre sus efectos en el ambiente o la salud.

Por lo que se reconoce a la autoridad la atribución competencial para realizar una optimización epistémica o cognitiva referida al grado de conocimiento de las cosas o al peso que debe darse a los derechos fundamentales en colisión cuando media duda sobre cuál es el que merece mayor protección.

Tal es la trascendencia de su inclusión en la fórmula de peso que, para Bernal Pulido, implica una ampliación de la definición de principio, y propone la siguiente: «Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y —aquí viene la modificación— epistémicas existentes»<sup>374</sup>.

Se distinguen dos tipos de certidumbre: la fáctica y la normativa. La primera relacionada con los presupuestos facticos de los principios. La segunda, sobre el peso que debe atribuirse a cada principio en la colisión conforme se trata en el Capítulo 2.7.

Respecto de la incertidumbre fáctica, es el principio de precaución la respuesta del legislador para resolver los supuestos en los que sustentabilidad posea algún grado de incertidumbre, por ejemplo, sobre la alteración de alguna relación ecosistémica por el uso de una sustancia peligrosa y la probabilidad de causar un daño grave o irreversible.

La incertidumbre normativa, por su parte, cuando se trata de la sustentabilidad, requiere la aplicación de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*. Estos principios ordenan a la autoridad competente resolver en favor de la precedencia de la sustentabilidad cuando media duda sobre el régimen legal aplicable o sobre su peso respecto al principio opuesto en colisión.

Respecto a su funcionamiento en la fórmula de peso, en la cual se integra junto a la importancia y el peso abstracto, la certidumbre también responde a una escala triádica, pero con los grados de fiable o cierto (f), plausible (p) o no evidentemente falso (e), y la asignación de una escala numérica: 1, 1/2 y 1/4, respectivamente.

Al igual que sucede con la variable peso abstracto, la variable certidumbre únicamente se pondera cuando los factores entre los derechos en colisión son desiguales. Si esos pares son iguales, se neutralizan mutuamente.

#### 4.4.3.2. *Los grados admisibles de certidumbre: la plausibilidad y lo no evidentemente falso*

La precaución ordena actuar ante el peligro de daño grave o irreversible; no pudiendo invocarse la ausencia de información o certeza científica para no hacerlo, este último aspecto requiere de un análisis para despejar su significado jurídico.

374 Bernal Pulido, 2007a, p. 289.

Como expresa Berros, el derecho de daños se ha ocupado tradicionalmente del problema de los riesgos y daños, informados por la certeza, por lo que ahora se trata de «poner de acuerdo» el derecho con lo incierto y controversial<sup>375</sup>.

La afirmación sobre el peligro de daño grave o irreversible requiere un nivel de fundamentación, por eso se ha dicho que: «La demostración de la probabilidad del daño en la magnitud requerida impone un mínimo de demostración, un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños» (CSJN, 2019c, voto de Lorenzetti).

Para comprender los grados que establece la escala triádica en la certidumbre – cierto, plausible y no evidentemente falso–, un informe del grupo de expertos sobre el principio precautorio elaborado en el ámbito de la UNESCO<sup>376</sup> suministra definiciones adecuadas para aplicar en la fórmula de peso.

El informe de la UNESCO es especializado en relación con el principio de precaución y se caracteriza por valorar la calidad de la información científica. Sobre la incertidumbre expresa que el principio precautorio «se aplica cuando existe una apreciable incertidumbre científica acerca de la causalidad, la magnitud, la probabilidad y la naturaleza del daño». Entiende que los motivos que pueden dar lugar a la aplicación de este principio deberán ser plausibles o defendibles, ya que «la mera fantasía o la especulación simplista no son suficientes para poner en marcha el principio precautorio». La hipótesis de que una actividad posiblemente cause daño ha de basarse en conocimientos y teorías fundadas. La plausibilidad requiere enunciar los mecanismos o procesos causales, o, al menos, las pruebas de la existencia de una posible correlación estadística.

Al respecto, el informe ejemplifica, con el caso del amianto, la relevancia de actuar precautoriamente. En 1965, la hipótesis del mesotelioma como consecuencia a la exposición del amianto era plausible en cuanto a los riesgos sobre la salud, pero no estaba demostrada; al respecto, un estudio en los Países Bajos calculó que, en vez de esperar su prohibición en 1993, una acción precautoria en ese lapso habría salvado unas 34.000 víctimas y permitido ahorrar 19.000 millones de euros de costos de construcción (ganancia considerable) y por concepto de indemnización.

Sobre la plausibilidad, la Corte IDH entiende que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aun en ausencia de certeza científica<sup>377</sup>.

375 Berros, 2013, p.15.

376 UNESCO, 2005.

377 Corte IDH, OC-23/17, ap. 180.

En el derecho argentino, el art. 58 del CCyC establece una guía sobre cómo comprender el nivel de plausibilidad sobre intervenciones médicas en seres humanos cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente y que requiere para su realización una serie de requisitos. Este dispositivo solicita describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación, una comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles, la intervención de un comité acreditado de evaluación ética, no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera, entre otras condiciones.

Si en un proceso judicial se ordena la producción de pericias, estas informarán sobre las interacciones causales que se pretenden despejar, pero puede suceder que en algunos puntos el nivel de certeza alcanzado sobre esos procesos sea teórico, fundamentado en metodologías cualitativas o empíricas reconocidas, pero sin resultados concluyentes. Es el nivel propio de la plausibilidad.

Por debajo de la plausibilidad, el menor grado de la certidumbre admisible está dada por hipótesis que se sustentan en mecanismos radicalmente nuevos, o que son difusas o complejas, pero que proporcionan argumentaciones que suponen una posibilidad cualitativamente seria de amenaza de daño grave, entonces, en estos casos, interviene el juicio práctico para decidir cómo actuar. Esto corresponde a «lo no evidentemente falso». Este nivel compromete criterios éticos y valores sociales del decisor.

En efecto, una responsabilidad ética subyace en la precaución, responsabilidad que se destaca en el informe de la UNESCO cuando define al daño a precaver como aquel que resulte *moralmente inaceptable*. Esta es la esencia del concepto de riesgo cuando se evalúa el peligro de daño en condiciones de incertidumbre y sus posibles consecuencias.

Se reconoce, entonces, que los estudios de riesgos son muy importantes para la adopción de medidas precautorias. Sin embargo, como las conclusiones de la evaluación de riesgo son predominantemente de naturaleza cuantitativa, deben ser prudentemente evaluadas frente a las posibilidades no cuantificadas sobre la ocurrencia o magnitud del daño: «Como el principio precautorio tiene que ver con riesgos cuyas consecuencias son poco conocidas y de cuya probabilidad el público está escasamente al corriente, la posibilidad no cuantificada es suficiente para determinar que su aplicación sea motivo de estudio»<sup>378</sup>.

Bestani, sobre este punto, explica que «en último término es la sociedad, en este caso representada por la autoridad competente, la que debe decidir qué riesgos asume, y no el experto, que carece de legitimación»<sup>379</sup>. Kemelmajer subraya que la precaución compete también a la sociedad en su conjunto, y debe ser gestionada en su seno para orientar la toma de decisiones políticas sobre asuntos de relevancia fundamental, en tanto debemos decidir qué clase de riesgos inciertos estamos dispuestos

378 UNESCO, 2005.

379 Bestani, 2012, p. 128.

a tomar. Agrega que, en este sentido, se afirma que «[l]a confianza que presenta la racionalidad de la prevención respecto de la ciencia se deconstruye para pasar a un esquema en el cual la ciencia deja de ser probabilística para ser considerada como un modelo de ciencia inestable y parlamentaria»<sup>380</sup>.

Entonces, debe considerarse que el análisis de riesgo es un instrumento adecuado, pero no determinante, que no excluye valoraciones sociales o éticas subyacentes a la situación a resolver o gestionar.

En síntesis, la ponderación de la incertidumbre en la fórmula de peso expuesta en el Capítulo 2.7. admite los grados de plausible o de no evidentemente falso. La plausibilidad se corresponde con teorías cuyas hipótesis no han sido demostradas, pero que se apoyan en metodologías científicas o técnicas reconocidas y suministran correlaciones estadísticas. Lo no evidentemente falso se corresponde con aseveraciones que, si bien carecen de un basamento científico reconocido, expresan seriamente una posibilidad de amenaza de daño grave, que requiere ocurrir al juicio práctico para su tratamiento por el decisor. Menos que esto, el principio no logra trasponer el umbral de acceso a la ponderación, constituyendo una afirmación sin sustento, falsa o fantasiosa.

## 5. Asunción normativa de la proporcionalidad

Atento a que en el Capítulo 2.2.2 se expresó que la proporcionalidad es el método de resolución de la colisión de derechos en el ordenamiento jurídico argentino, y dado el análisis precedente, en el que las autoridades establecen fines inmediatos, seleccionan medios y, finalmente, ponderan derechos, se observa que el CCyC, en un conjunto de normas, traza los rasgos esenciales de la proporcionalidad, por lo que resulta necesario interpretarlas armónicamente.

En el sistema jurídico argentino, la prevención del daño es un principio del derecho de daños en general, como consecuencia del deber preventivo impuesto expresamente en el CCyC (art. 1710), vigente desde el año 2015. Pero en el sistema jurídico ambiental es un principio central que remonta su reconocimiento al origen de la problemática ambiental<sup>381</sup>, reconocido en la jurisprudencia, en el art. 41 de la CN (deber de preservación)<sup>382</sup>, en la LGA y en leyes especiales y locales.

El CCyC no se limita a establecer a la prevención como un deber, sino que instrumenta una vía procesal para su cumplimiento a través de la acción preventiva. Esta acción procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de

380 Kemelmajer de Carlucci, 2019.

381 Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y Principio 2 de la Declaración de Río de Janeiro.

382 Cafferatta, 2015a.

ningún factor de atribución (art. 1711), y la legitimación es amplia y corresponde a quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712).

Pero en el art. 1713 se incorpora un método para la decisión judicial: ante la comprobación del supuesto de hecho –la producción de un daño, su continuación o agravamiento– y la consecuencia jurídica a adoptar –las obligaciones de dar, hacer o no hacer–, requiere al juez la ponderación de la medida más idónea que produzca la menor restricción posible. El enunciado agrega que la medida debe asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. Los fines inmediatos del caso y la correspondiente selección de medios integran el proceso decisorio.

El enunciado se dirige inicialmente a los exámenes de las posibilidades fácticas de idoneidad y de necesidad. Pero es indudable que el enunciado considera el derecho opuesto, por lo que el decisor, para completar su tarea argumentativa cuando uno de los derechos en colisión es la sustentabilidad, no puede eludir el art. 240 del CCyC. Este artículo establece que el ejercicio de los derechos sobre bienes individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, para agregar que *no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas*.

Entonces, la decisión razonablemente fundada (art. 3 del CCyC) establecerá mediante la ponderación de las diferentes variables la compatibilización, resguardando que el ejercicio de los derechos sobre bienes individuales no afecte o alteren la sustentabilidad. Por lo que la regla de compatibilización es esencialmente «una regla de no afectación del ambiente»<sup>383</sup>.

De estas normas, resulta que la proporcionalidad se introduce normativamente en el sistema jurídico ambiental con un alto grado de definición.

Como expresa Morelli, la fraseología empleada por el artículo 1713 del CCyC es elocuente y demuestra claramente que «tiene por fundamento a la teoría de la ponderación alexyana, lo cual implicará que, en la práctica, los jueces deberán sopesar los principios en pugna para resolver aquellos casos difíciles que se presenten»<sup>384</sup>.

Lo expuesto de ninguna manera acota la proporcionalidad como método de resolución de la colisión de derechos a la acción preventiva del CCyC. Simplemente, se advierte que ese cuerpo legal, que establece un modelo que reconoce a los principios de derecho fundamental como normas, mediante la apertura normativa, la interpretación y aplicación coherente y la decisión razonablemente fundada (arts. 1, 2 y 3 del CCyC), cuando regula la decisión en esta acción introduce, como una consecuencia lógica, el método de la ponderación para la resolución.

En efecto, cuando se trata de la preservación ambiental, todo proceso o procedimiento decisorio requiere de la proporcionalidad para la aplicación razonable de

383 Cafferatta, 2021.

384 Morelli, 2015, p. 226.

los principios ambientales, siendo una responsabilidad de todas las autoridades, de todos los niveles y funciones (art. 41, segundo párrafo, CN y art. 5 de la LGA). Es enfático el art. 4 de la LGA cuando dispone que la interpretación y aplicación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los principios que establece. La LGA, en el art. 2, inciso b, refiere a la sustentabilidad como mandato de optimización cuando dispone como tarea promover *el mejoramiento* de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria. También requiere que se deberán establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (art. 2, inciso k). Luego de ello, la LGA enuncia los principios adscriptos, sustanciales y formales, comprendiendo no solo la precaución y la prevención, sino la recomposición o de responsabilidad, como también los relacionados con el ejercicio de las competencias en un Estado federal.

Los fallos de la CSJN dotan de tipicidad al procedimiento de aplicación de los principios ambientales; en efecto, sus pronunciamientos no solo corroboran la ponderación como método, sino que introducen condiciones particulares en cada examen, que conforma un conjunto de reglas de ponderación que aportan seguridad en la resolución. Se trata en el Capítulo 7.

## **6. Ejercicio de comprobación de la fórmula de peso. La duda fáctica, los empates y la función de los principios epistémicos**

Conforme lo tratado en este capítulo, se procede a aplicar la fórmula de peso a una colisión en la que participa el derecho al ambiente, sopesando la importancia concreta, el peso abstracto y la certidumbre. Al respecto, debe suponerse que se cumplió previamente con los exámenes fácticos, resultando que las medidas son idóneas y necesarias.

Para este ejercicio, se recurre a la causa Majul (CSJN, 2019b). En este fallo la Corte resolvió un conflicto colectivo sobre la ejecución de obras de un proyecto de barrio náutico en la ribera del río Gualaguaychú, zona declarada área natural protegida. La Corte verifica que, aun antes de la aprobación del EIA, la empresa llevó a cabo acciones que dañaron al ambiente y que, por su magnitud, podrían ser de imposible o muy difícil reparación ulterior, por lo que aplicó el principio de precaución. Luego de cuestionar la forma de resolver por el tribunal, deja sin efecto la sentencia apelada.

Para realizar la ponderación, se simplifican consideraciones relevantes que contiene el fallo y se pondera conforme la estructura metodológica básica de la fórmula de peso.

Esta se representa de la siguiente forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Conforme lo expuesto en el Capítulo 2.7, el cociente de cada principio representa su peso en la colisión, estableciendo la precedencia del principio con mayor peso.

Cuadro de texto 9. Aplicación de la fórmula de peso a un caso ambiental

#### APLICACIÓN DE LA FORMULA DE PESO A LA PROTECCIÓN PRECAUTORIA DE UN HUMEDAL

**Caso:** Se trata de obras en ejecución de un proyecto inmobiliario en la proximidad de un humedal con posibilidad de causar un daño grave o irreversible a este, se considera necesario prohibir la actividad.

a) DERECHO A EJERCER UNA ACTIVIDAD URBANIZADORA ( $P_i$ ):

La importancia de la intervención de la actividad puede catalogarse de media (puede desarrollarse en otros lugares)  $I_i = 2$

El peso abstracto cataloga como medio (es un derecho individual cuyo ejercicio no puede alterar la sustentabilidad, arts. 41 CN y 240 CCyC)  $W_i = 2$

Las premisas constitutivas del derecho individual son ciertas  $R_i = 1$

b) EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL HUMEDAL ( $P_j$ ):

La omisión de la medida supondría una afectación grave o intensa del humedal  $I_j = 4$

El peso abstracto de la sustentabilidad de un humedal es alto  $W_j = 4$

Sobre el grado de certeza de las premisas fácticas, los informes indican que es plausible un riesgo de daño ambiental grave  $R_j = 0,50$ .

c) RESULTADO. Conforme la fórmula de peso, el derecho al ejercicio de la actividad urbanizadora arroja el valor numérico de 4 (2 x 2 x 1) y el derecho a preservar el humedal y su biodiversidad arroja el valor numérico de 8 (4 x 4 x 0.5) y multiplicando todos los factores del primer y del segundo principio, se dividen para obtener el cociente y saber el valor numérico más alto:

Principio a ejercer la actividad urbanizadora  $4/8 = 0,50$

Principio precautorio en la protección de un humedal  $8/4 = 2$

Así, la intervención del derecho privado resulta solo en 0.50; mientras que la satisfacción del derecho a proteger precautoriamente el humedal resulta en 2. Por lo que este último derecho es el principio precedente y, en consecuencia, es constitucional.

Representando los cocientes de cada principio conforme la fórmula, resulta:

$$P_i \frac{2}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{1/2} = 0,5 \qquad P_j \frac{4}{2} * \frac{4}{2} * \frac{1/2}{1} = 2$$

$$P_i = 0,5 < P_j = 2$$

En este caso, cuando la certidumbre califica de *plausible*, la precedencia de la precaución es evidente.

Para comprobar la fiabilidad de la fórmula, conforme la exigencia legal de la precaución de amenaza de daño grave, se supone ahora una amenaza moderada, que se valora como leve (1), obteniéndose los siguientes cocientes:

Por lo que no es proporcional intervenir el derecho fundamental.

$$P_i \frac{2}{1} * \frac{2}{4} * \frac{1}{1/2} = 2 \qquad P_j \frac{1}{2} * \frac{4}{2} * \frac{1/2}{1} = 0,5$$

$$P_i = 2 > P_j = 0,5$$

El asunto relevante es cuando el resultado es un empate. Un caso de empate mediando el derecho al ambiente sería, siguiendo el ejemplo analizado, que los informes sobre los eventuales perjuicios sobre el humedal calificaran de *no evidentemente falso*, para lo que se establece un valor de  $\frac{1}{4}$  para la certidumbre de  $P_j$ , resultando un cociente igual a 1. Respecto al principio a intervenir ( $P_i$ ), el cociente también será 1, por lo que resulta un empate entre los derechos en colisión.

Cuando resulta un empate, se está frente a la incertidumbre de tipo normativo y la autoridad deberá resolver conforme su margen de acción epistémico o cognitivo para sopesar cuál de los derechos en colisión debe protegerse.

Conforme lo tratado en el Capítulo 2.8., en las colisiones de derechos en los que no interviene la sustentabilidad, el desarrollo de la argumentación para resolver un empate se rige por dos reglas. La primera consiste en aplicar al principio *in dubio pro libertate o pro homine*, de manera que en caso de duda respecto al reconocimiento de un derecho o de su restricción deberá estarse a favor de su reconocimiento. La segunda regla es la argumentación sobre la base de los precedentes que establecieron una precedencia condicionada como resultado de una ponderación en casos idénticos o análogos; estos precedentes orientarán la definición<sup>385</sup>.

Peró si este resultado involucra a la sustentabilidad, ocurren principios adscriptos especializados para resolver la duda ponderativa: son los principios epistémicos de precaución y los normativos *in dubio pro natura* o *in dubio pro aqua* que establecen la precedencia de la sustentabilidad, ello conforme al mayor valor que se reconoce a la sustentabilidad como precondition para el ejercicio y goce de todos los derechos fundamentales.

En efecto, en el caso Majul (CSJN, 2019b), la Corte entiende que el tribunal *a quo*, ante la duda sobre el procedimiento, debió aplicar los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* para resolver a favor del amparo colectivo y rechazar la pretensión de que un procedimiento administrativo era la vía adecuada para proteger el derecho constitucional al ambiente.

La argumentación jurídica también será soporte para la decisión, considerando las reglas resultantes en casos análogos que no pueden soslayarse. Todo lo cual formará parte de la deliberación del decisor junto con la estimación de los intereses involucrados para alcanzar una decisión correcta.

En síntesis, el análisis realizado demuestra la incidencia y razonabilidad de la variable certidumbre en la ponderación de la sustentabilidad, la exclusión de esta supondría una decisión basada exclusivamente en consideraciones ónticas representadas por el peso concreto y el peso abstracto de los derechos. Sin embargo, la certidumbre requiere un juicio ponderativo que acredite un mínimo de certidumbre, por lo que se deben descartar las premisas sin sustento o falsas.

385 Bernal Pulido, 2014, pp. 1015-1016.

# ESTRUCTURA OPERATIVA DEL DERECHO AL AMBIENTE

## 1. Los derechos fundamentales y las relaciones jurídicas

### 1.1. La posición de derecho fundamental

El análisis estructural de los derechos fundamentales se dirige a su ámbito operativo atendiendo a las relaciones que conforman a partir de la demanda que su satisfacción requiere. No se trata de una consideración estática de los derechos, sino dinámica, de esencia relacional –entre el titular, el Estado y los particulares–, que permite identificar las propiedades diferenciales de estos en la trama de derechos constitucionales.

La evolución histórica de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración del Estado proporciona la mejor indicación para comprender el sentido de esas relaciones. Los derechos a libertades configuraban un Estado abstencionista, cuyo principal rol era no hacer, no intervenir en las libertades, configurando un Estado gendarme cuya organización respondía a garantizar la defensa de los derechos individuales.

Con el advenimiento de los derechos sociales que imponen al Estado prestaciones, un *hacer algo*, su configuración se replantea para atenderlos en forma activa.

Bidart Campos explica este proceso:

Del constitucionalismo liberal se pasa al constitucionalismo social, y de la democracia liberal a la democracia social. A los derechos, además de protegerlos, hay que promoverlos, para lo cual muchas constituciones actuales obligan al Estado a remover los obstáculos que impiden

a muchos seres humanos acceder al disfrute y ejercicio pleno de sus derechos. A su vez, a los clásicos derechos civiles y políticos se agregan los derechos económicos, sociales y culturales<sup>386</sup>.

Esto importa porque algunos autores confinan el concepto de derecho fundamental a los derechos de defensa del ciudadano ante el Estado, siendo esta una concepción liberal clásica que corresponde a las constituciones burguesas<sup>387</sup> que limitan los derechos a la eficacia vertical. Al respecto, se indica que esta no es más que «una concepción minimalista de los derechos humanos que se refiere solo a las libertades negativas, por lo tanto, discrimina contra los que no tienen y cuyos medios de vida están amenazados»<sup>388</sup>.

Así, las facultades que otorgan los derechos a su titular han ido desplegándose desde la mera atribución a exigir la no interferencia del Estado y asegurar su garantía a derechos que facultan a reclamar un beneficio o una prestación, lo que incide en una mayor complejidad en las relaciones que establecen.

Pero esta evolución no se acota a los deberes del Estado. En efecto, concebir a los derechos fundamentales como principios supone entender que, en tanto mandatos de optimización, estos inciden a lo largo de todo el sistema jurídico, generando un impulso expansivo que conduce necesariamente a una eficacia horizontal o frente a terceros, tal como se reseñó en el Capítulo 1.7. Las teorías que impugnan a los derechos fundamentales como principios critican la función horizontal de estos, conduciendo a lo que Alexy califica como la reducción liberal de la Constitución<sup>389</sup>.

Entonces, a diferencia del Estado legalista, el Estado constitucional aplica sus normas a las relaciones no solo entre los particulares y el Estado, sino también entre particulares (horizontalidad); la interpretación ahora se realiza *desde la Constitución*, cuyas disposiciones abandonan el carácter meramente programático que ostentaban para el legislador<sup>390</sup>.

Esta evolución se puede sintetizar con la denominada teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales que, al lado del contenido subjetivo y la función de derechos de defensa, conocida como una primera dimensión, adiciona la dimensión objetiva, de creación alemana, la cual prescinde de los aspectos tradicionales y centra la atención en los mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución<sup>391</sup>.

386 Bidart Campos, 2008, p. 23.

387 Alexy, 2012, pp. 383-385.

388 Sachs, 2003.

389 Alexy, 2002, p.18.

390 Cafferatta, 2015b.

391 Tole Martínez, 2006, p. 253.

En la teoría de los principios, la estructura de los derechos fundamentales se conforma por la *posición* constitucionalmente atribuida. Alexy parte de observar la extensa variedad de situaciones que son catalogadas como derechos subjetivos «cuya vaguedad y ambigüedad es extraordinaria», por lo que, para eludir la polémica estéril a la que conduciría su interpretación, considera más importante el uso de un concepto más general de «derecho» para la comprensión de la estructura de las diferentes posiciones<sup>392</sup>.

La perspectiva analítica estructural se construye en torno a los conceptos de norma y posición de derecho fundamental. La *norma* de derecho fundamental es la que prescribe lo ordenado, prohibido o permitido, mientras que la *posición* de derecho fundamental establece que *alguien está en la situación de poder exigir algo a otro o al Estado*.

Por ejemplo, si la norma *iusfundamental* enuncia: «La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella» (art. 17 de la CN), concomitantemente establece la posición de que alguien, en este caso un individuo, tiene el derecho frente al Estado a que no se vulnere ni se le prive de su propiedad, debiendo incluso ser protegido frente a terceros. Por eso se afirma que la posición es el derecho fundamental en sentido estricto<sup>393</sup>.

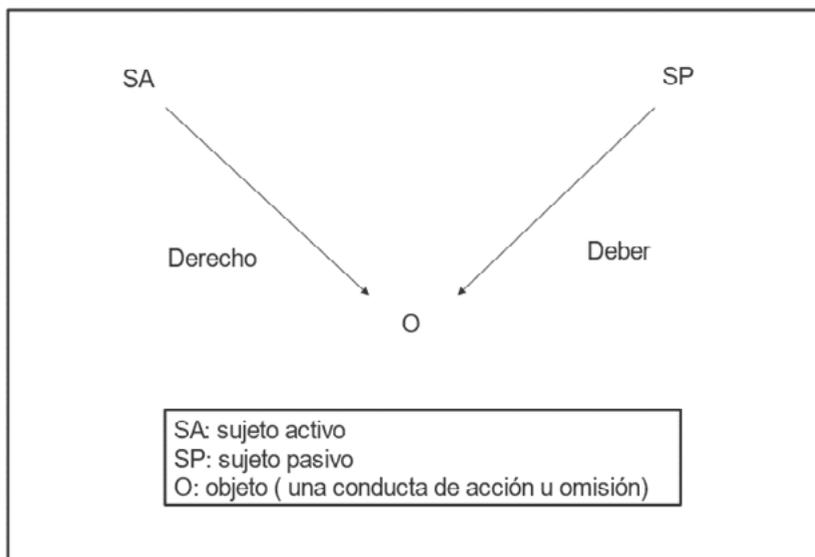
Las posiciones de derecho fundamental presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El sujeto activo puede ser un particular o el Estado; el destinatario puede ser el Estado o los particulares. De las diferentes combinaciones resultarán relaciones jurídicas muy distintas. Por su parte, el objeto de toda posición *iusfundamental* es una conducta ordenada, prohibida o permitida por una norma de derecho fundamental, o bien, una sujeción, correlativa a una competencia estatuida por una norma de esta índole<sup>394</sup>.

392 Alexy, 2012, p. 162.

393 Bernal Pulido, 2014, pp. 104-105.

394 Bernal Pulido, 2014, p. 108.

Figura 11. La posición de derecho fundamental<sup>395</sup>



El esquema propuesto por Bernal Pulido (Figura 18) presenta una gran versatilidad porque permite reconstruir las variadas posiciones de derecho fundamental –los derechos de defensa, de prestación, las garantías institucionales, etc.– mediante la indicación del sujeto activo, del sujeto pasivo y el objeto.

El objeto de una posición de derecho fundamental es siempre una conducta de acción u omisión, prescripta por una norma, que el sujeto pasivo debe realizar a favor del sujeto activo. Las posiciones de derecho fundamental son una especie de la amplia gama de relaciones jurídicas que tiene el Derecho. En todo derecho de defensa, el particular tiene el derecho a que el Estado omita una acción. En los derechos de prestación, los sujetos activos tienen derecho a que el Estado realice un comportamiento<sup>396</sup>.

Para explicar la estructura de los derechos, Alexy los clasifica en: 1) derechos *a algo*, 2) libertades y 3) competencias.

Se aprecia que incluye entre las posiciones las que provienen de normas competenciales. Estas normas establecen la posición que tiene un sujeto jurídico para modificar la posición jurídica de otro sujeto, abarcando las competencias de los particulares y las del Estado.

En el ámbito de los derechos *a algo*, ubica los derechos prestacionales, distinguiendo tres subgrupos de derechos prestacionales: 1) derechos de protección; 2) derechos

395 Bernal Pulido, 2014, p. 106.

396 Bernal Pulido, 2014, p. 107.

de organización y procedimiento (o simplemente procedimentales) y 3) derechos a prestaciones en sentido estricto<sup>397</sup>.

Resulta por demás interesante cuando Alexy, en un trabajo publicado en el año 2000, presenta la estructura de los derechos *a algo*, analizando las diferentes combinaciones conforme las generaciones de los derechos humanos y la respectiva configuración del Estado:

Derechos *a algo* son relaciones normativas entre tres elementos: el titular (a), el destinatario (b), y el objeto (G) del derecho [...]. De este esquema surge algo totalmente diferente, dependiendo de lo que se coloque en *a*, *b* y *G*. Si se escoge para *a*, el titular, a una persona natural; para *b*, el destinatario, al Estado; y para *G*, el objeto, la abstención de intervenir en la vida, libertad y propiedad, se obtiene un derecho de defensa dirigido al Estado, propio de la tradición liberal. Si, en cambio, se interpreta *G* como una acción positiva en forma de una prestación de ayuda médica o de asistencia, aparece así un derecho de prestación, como lo recomienda la línea del Estado social y lo enfatiza la línea socialista. Si finalmente, se permite tomar para *a*, el titular, también a los Estados o *pueblos*, entonces solo se tendrá que representar *G* como prestación para la promoción del desarrollo, a fin de obtener los llamados derechos humanos de la tercera generación<sup>398</sup>.

Esta referencia se destaca por reconocer en la estructura de los derechos de tercera generación un titular comunitario, en franca correspondencia con la titularidad del derecho al ambiente de la CN.

Entonces, el concepto de *posición* de derecho fundamental habilita el análisis de la estructura operativa del derecho al ambiente reconocido en la CN, trascendiendo la concepción subjetiva de los derechos fundamentales.

## 1.2. Los derechos a prestaciones

El derecho ambiental, conforme esta clasificación, se aproxima a los derechos prestacionales, pero luego de analizarlo conforme esta estructura corresponde considerar sus aspectos específicos.

Entonces, todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones. De esta manera, la estructura del derecho a prestaciones es

397 Alexy, 2012, pp. 163 y 393.

398 Alexy, 2000, p. 23.

la antípoda del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado, lo que resulta típico de la primera generación de derechos.

La estructura y contenido de estos derechos es bastante diferente, pero existe un común denominador que justifica su agrupación. Todos ellos requieren una acción positiva. Con objeto de no conculcarlos, no basta con que el Estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente, la vida, la libertad y la propiedad. El Estado *debe hacer algo*<sup>399</sup>.

Dentro de los derechos prestacionales, se distinguen:

a) Los derechos de protección: comprenden los derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros.

b) Los derechos a la organización y los procedimientos: comprenden la organización de las funciones estatales y los procedimientos administrativos y judiciales para una tutela efectiva de los derechos. Aquí también ubica los derechos a las competencias de derecho privado, que son los derechos para que el Estado expida las normas para la realización de acciones jurídicas de derecho privado, comprendiendo las normas del derecho de propiedad, de los contratos y del matrimonio, entre otras instituciones<sup>400</sup>.

c) Los derechos a prestaciones en *sentido estricto*, cuyo objeto es una acción fáctica. Los ejemplos brindados por Alexy son el derecho a recibir una subvención o un mínimo vital.

## 2. La teoría de los derechos fundamentales: observaciones de Lorenzetti

Examinar la estructura del derecho al ambiente requiere tratar lo atinente a la titularidad, el destinatario y el objeto que la componen.

Previo al análisis particular es oportuno tratar algunas cuestiones señaladas por Lorenzetti vinculadas con estos elementos. Este autor critica la aplicación al derecho al ambiente de la teoría de los derechos fundamentales por estar inescindiblemente unida a las nociones de persona y de derecho subjetivos, por estar basada de modo excluyente en los derechos humanos de contenido negativo (de primera generación) o positivo (de segunda generación) y ser concebidos como derechos «insaciables» porque se satisfacen aun cuando ello importe el agotamiento de los bienes comunes<sup>401</sup>.

399 Alexy, 2009a, p. 50.

400 Alexy, 2012, p. 429.

401 Lorenzetti, 2010a, p. 11; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 87.

Agrega:

Superado el nivel de satisfacción de los bienes primarios, es necesario encontrar un punto de conexión entre el individuo y la sociedad, entre los bienes individuales y colectivos. Es en este campo que se debe completar la teoría de los derechos ampliando los bienes tutelados: bienes individuales y colectivos<sup>402</sup>.

Precisa que la nueva «ontología» da lugar al surgimiento de deberes de protección de los bienes colectivos y a límites en el ejercicio de los derechos individuales cuando se afecta al bien colectivo de modo irreversible. El derecho ambiental se basa en la regulación de un bien colectivo que genera derechos-deberes, así como límites y nuevos derechos fundamentales<sup>403</sup>.

Estas importantes observaciones requieren de algunas precisiones, en tanto una lectura superficial afectaría el desarrollo que se realiza.

Así, respecto a la insaciabilidad de los derechos fundamentales, la teoría de los derechos fundamentales en la formulación de Alexy tiene por objeto ponerles límites, siendo la proporcionalidad el instrumento para ello. Lo sintetiza en una entrevista con Atienza cuando expresa que: «En la práctica, lo decisivo en relación con los derechos fundamentales es la determinación de sus límites»<sup>404</sup>.

El grado máximo de satisfacción del derecho está limitado por las posibilidades fácticas y jurídicas, entonces nunca pueden ser insaciables. Al respecto, señala Carbonell que: «El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos»<sup>405</sup>.

Bidart Campos expresa que los derechos que la Constitución Nacional reconoce no son absolutos, sino relativos, sujetos a reglamentación y de limitación, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otro, sea para tutelar el orden y la moral públicos, sea por razón del llamado poder de policía, etc. En relación con el derecho al ambiente, que este autor lo ubica entre los derechos humanos fundamentales<sup>406</sup>, sintetiza: «No existe en la constitución la dualidad de derechos fundamentales y otros que no lo son»<sup>407</sup>.

402 Lorenzetti, 2010a, p. 11; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 87.

403 Lorenzetti, 2010a, p. 12; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 88.

404 Atienza, 2001, p. 15.

405 Carbonell, 2008, p. 10.

406 Bidart Campos, 2005a, T. II, p. 84.

407 Bidart Campos, 2005a, T. I, pp. 493-495.

En cuanto a los bienes colectivos, Alexy sostiene y fundamenta que «los principios pueden referirse no solo a los derechos individuales sino también a los bienes colectivos»<sup>408</sup>.

La observación de Lorenzetti, si se analizan las referencias que contiene de autores neoconstitucionalistas, está dirigida a doctrinas conservadoras emparentadas con las teorías del primer liberalismo y con la atribución del carácter absoluto de los derechos fundamentales. Esta contextualización permite comprender con más precisión lo que expresa este destacado jurista, quien no parece cuestionar realmente los postulados de Alexy, sino confrontar con posturas que adoptan un concepto de derecho fundamental restrictivo<sup>409</sup>.

Reafirma esto el voto particular de Lorenzetti dictado en el fallo Telefónica Móviles (CSJN, 2019c), en el que expresa su definición de principio como mandato de optimización: «Como todo principio [en este caso, el principio federal], constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial». Definición que reitera en el voto que pronuncia en la causa Shi (CSJN, 2021c), en el que luego de expresar que el caso no trata una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios, sostiene que «un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación», cuya resolución en caso de colisión requiere de la ponderación.

En la causa Shi (CSJN, 2021c), que dirime entre la libertad de comercio, la protección del trabajo, el federalismo, y la descentralización institucional de las decisiones, se puede apreciar en el voto de Lorenzetti la comprensión de la ponderación como forma de resolución de las colisiones entre derechos:

En el caso no se trata de una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios. La diferencia es relevante a la hora de argumentar y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de ellas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles, mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforme al juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (arg. de Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti, considerando 13). Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie*, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada.

408 Alexy, 2012, p. 110.

409 Dentro de estas posturas, por ejemplo, puede verse a Simón Yarza, 2012.

El párrafo da cuenta de la ponderación cómo método de resolución de la colisión entre derechos fundamentales.

La definición de bienes colectivos que desarrolla Lorenzetti<sup>410</sup> corresponde, en sus rasgos esenciales, a la elaboración realizada por Alexy conforme se explica en el Capítulo 5. En esta línea, la teoría de Lorenzetti ha desarrollado conceptos propios, incorporando la regla de la compatibilización entre principios (desarrollada *supra* en Capítulo 3.4.3.), que ha sustentado las principales sentencias de la CSJN, como se aprecia *infra* en el Capítulo 7.3.

En cuanto a la limitación de la teoría de los derechos fundamentales a los derechos humanos de primera y segunda generación, la teoría de Alexy reconoce como derechos fundamentales a los derechos humanos positivizados constitucionalmente, siendo el derecho al ambiente uno de ellos, como se ha explicado en el Capítulo 1 y 3.

La vinculación con los derechos subjetivos es la crítica más relevante, pero, conforme se explicó, la teoría de Alexy desplaza ese concepto por el de posición de derecho fundamental.

### 3. La estructura del derecho al ambiente (art. 41 de la CN)

#### 3.1. El titular (supraindividual, colectivo e intergeneracional)

##### 3.1.1. Importancia

En el marco expuesto en los capítulos iniciales, se expresó que la disposición de derecho fundamental se caracteriza por establecer una *posición* de derecho fundamental, que es la relación conforme a la cual alguien está en la situación de poder exigir algo a otro o al Estado.

Cuando se trata del derecho al ambiente, se suscitan dificultades interpretativas en tanto:

Es patente que existe toda una problemática en torno a los derechos colectivos, en especial, atinente al problema de la titularidad de los derechos colectivos, qué se puede considerar como sujeto colectivo, cómo se puede ejercitar un derecho colectivo, qué diferencias existen con relación al ejercicio colectivo de derechos individuales, cómo se estructuran legalmente<sup>411</sup>.

410 Lorenzetti, 2010a, pp. 7-9; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 83-84.

411 Rivera Morales, 2007.

Así, Bidart Campos, cuando interpreta el art. 41, alude al derecho al ambiente como «derecho de todos los habitantes», lo personaliza subjetivamente en cada uno, de modo análogo a como lo hacía el art. 14 con los derechos allí enumerados, pero luego agrega que «al depararle en el art. 43 la vía tutelar de la acción de amparo y hacer referencia a los “derechos de incidencia colectiva” ha asumido, simultáneamente, la dimensión colectiva o grupal que tiene el derecho al ambiente»<sup>412</sup>.

La Corte IDH precisa que:

[...] el derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros<sup>413</sup>.

Entonces, si siempre que alguien tiene un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le atribuye ese derecho<sup>414</sup>, corresponde indagar cómo se configura la titularidad en el derecho reconocido en el art. 41 de la CN.

### **3.1.2. El titular supraindividual o colectivo**

Se trata aquí de precisar al titular de la relación sustantiva que establece el derecho al ambiente. La CSJN, antes de la sentencia en la causa Halabi, interpretando el art. 43 de la CN, expresó que los derechos de incidencia colectiva son derechos supraindividuales o colectivos que pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal (CSJN, 2007c).

Pero es en Halabi (CSJN, 2009a) donde desarrolla la interpretación de los derechos constitucionales. Brevemente, reconoce dos categorías más de derechos al lado de los individuales: los «derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, como el ambiente» y «los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses

412 Bidart Campos, 2005a, T. I, p. 84.

413 CIDH, OC 23/17, 2017, ap. 59.

414 Alexy, 2000, p. 23; 2012, p. 31.

individuales homogéneos». El derecho a un ambiente sano y equilibrado encuadra en la subcategoría de derecho de incidencia colectiva sobre el bien colectivo ambiente. El fallo, luego de encuadrar la naturaleza de los derechos cuya garantía jurisdiccional se procura, se dirige a establecer las condiciones de admisibilidad y de eficacia de las sentencias, para lo cual expresa que tratándose de derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos –como el ambiente–: «El bien colectivo es el que pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna».

Para la Corte, la Constitución reconoce como titular del derecho al ambiente a la comunidad, alejándose de la titularidad subjetiva propia de los derechos individuales. Pero ¿cómo interpreta la Corte a este titular colectivo?, ¿es acaso una pluralidad de personas o una cotitularidad de tipo dominial? En Halabi (2009a) descarta los sujetos plurales indeterminados: «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». También excluye la idea de copropiedad o comunidad en sentido técnico, ya que ella importaría la posibilidad de la extinción del régimen de cotitularidad. Entonces revela el porqué de esa especial pertenencia: «Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno». La vinculación del titular con el bien colectivo es la fundamentación.

Siendo esta una posición *iusfundamental* sustantiva, la teoría de los principios no se conmueve en sus postulados, pero requiere de principios formales que hagan operativo tal derecho, lo que se vincula con la temática de la legitimación procesal que se analiza *infra*.

### 3.1.3. La titularidad de las generaciones futuras

Más complejo es considerar como titular del derecho a las generaciones futuras.

Cafferatta destaca que: «Con suspicacia y un notable nivel de profundidad de pensamiento, Isidoro H. Goldenberg y Ricardo L. Lorenzetti fueron los primeros en advertirnos que, a partir de la Reforma de 1994, hay un nuevo sujeto de derecho colectivo protegido: las generaciones futuras»<sup>415</sup>. Este autor comparte una cita de Goldenberg que señala: «La mención contenida en el texto a las “generaciones futuras” posee sin duda especial trascendencia, ya que se trata de un derecho intergeneracional caracterizado como de “cuarta generación”, que participa de una constelación de derechos de sujeto colectivo»<sup>416</sup>.

415 Cafferatta, 2014.

416 Cafferatta, 2020b.

Por su parte, Aníbal Rodríguez subraya que una idea poderosa es que todas las personas, tanto las que habitan ahora el planeta como las que están por nacer, tienen derecho a un ambiente limpio y seguro<sup>417</sup>.

Sozzo califica a las generaciones futuras como los acreedores centrales de los derechos de incidencia colectiva<sup>418</sup>.

Para comprender la idea de generación futura, Häberle precisa que «dentro del concepto de generación, la dimensión del tiempo ya está incluida»<sup>419</sup>. En este sentido, Rosatti entiende que la referencia de la cláusula constitucional a las generaciones futuras abre el análisis a una dimensión novedosa que se vincula a la definición misma de Nación que alberga expectativas de un futuro común. Así, la Nación es entendida como un vínculo intergeneracional, responsable actual del legado que dejará a las futuras generaciones<sup>420</sup>.

Lorenzetti y Lorenzetti explican que el desarrollo debe ser perdurable, lo que implica mantener un volumen de recursos apto para que las generaciones futuras puedan aprovechar, y ello significa no retroceder. La determinación de este volumen implica un diálogo con las demás ciencias, dependiendo del tema específico, siendo una tarea generalmente difícil<sup>421</sup>.

Importa distinguir que no es lo mismo aludir a los intereses y necesidades de las generaciones futuras, sobre lo que son abundantes los pronunciamientos, que reconocerles un derecho sustantivo, en este caso se está frente a una posición de derecho fundamental que puede limitar a otros derechos.

Como digresión de interés respecto a esta atribución o reconocimiento, se identifica a Jacques Cousteau como pionero de la idea cuando amplía la consideración de las generaciones a las generaciones por venir no existentes actualmente, reclamando un derecho para estas. Al respecto, escribió el «Decálogo del Mar» y un artículo intitulado «*A Bill of Rights for Future Generation*» (Una declaración de derechos para la futura generación) entre 1975 y 1979, que concluyó en un proyecto de declaración, redactado por iniciativa suya por tres universitarios estadounidenses. Luego de ello, se concretó, en el año 1994, una Reunión de Expertos titulada «Los Derechos Humanos para las Generaciones Futuras», patrocinada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de la que resultó un documento que enuncia el catálogo de derechos de las futuras generaciones; entre los relevantes especialistas se encontraba el comandante Jacques Cousteau<sup>422</sup>.

417 Rodríguez, 2012, pp. 158-160.

418 Sozzo, 2019, p. 106.

419 Häberle, 2009, p. 30.

420 Rosatti, 2004, pp. 73-77.

421 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 132-133.

422 Saruwatari Zavala, 2009.

Pero Häberle, luego de analizar textos constitucionales, expresa que la protección generacional aparece en general en preámbulos, especialmente en la forma de derecho constitucional ambiental. Así, es el derecho al ambiente el que impele su desarrollo constitucional. El art. 20.a de la Constitución alemana consagra la protección generacional como nuevo objetivo estatal de la protección ambiental: el Estado protegerá las condiciones naturales de vida teniendo en cuenta su responsabilidad hacia las generaciones futuras<sup>423</sup>.

A nivel internacional, las responsabilidades de las actuales generaciones para con las futuras se menciona en distintos instrumentos, como la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica aprobados en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo el 14 de junio de 1992; la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras aprobadas desde 1990, la mencionada Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de las UNESCO del año 1997, entre muchos otros instrumentos internacionales.

También se aprecia este reconocimiento en la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 1998 (Convención de Aarhus), preparada con los auspicios de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, que hace referencia al «derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar» (art. 1).

En la Opinión Consultiva 23/2017 de la CIDH, en el considerando 59, se reconoce: «El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras...».

Una observación es lanzada por Frugoni<sup>424</sup>, quien entiende que tal reconocimiento de derechos no implica mayores problemas si se lo comprende como un derivado del principio de la solidaridad intergeneracional; el problema para esta autora radica en descubrir la eficacia de este tipo de normas y confirmar en qué momento y lugar acaece dicha protección.

423 Häberle, 2009, p. 20.

424 Frugoni, 2013.

La cuestión que importa, antes de dirimir su forma de implementación procesal, es si el reconocimiento del derecho constitucional a «todos los habitantes» se circunscribiría a las personas existentes, que habitan, excluyendo, como titulares del derecho, a las generaciones futuras que *no habitan*.

La forma adecuada de resolver esta aparente aporía es considerar que la expresión normativa dirigida a todos los habitantes comprende a los actuales como a los futuros. El término *generación*, siguiendo a Häberle, se vincula a la condición intertemporal del bien protegido en el que la sustentabilidad futura (CSJN, Barrick, 2019a) es la referencia ineludible del derecho al ambiente (ver en este sentido el Capítulo 4.2.3).

En consonancia con lo expuesto, en la causa Mendoza (2006c), la CSJN realiza el reconocimiento de este derecho cuando expresa:

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

En la causa Comunidad del Pueblo Diaguíta de Andalgalá (CSJN, 2012c), dijo:

Hay un deber constitucional de garantizar que las generaciones futuras puedan seguir gozando de bienes ambientales, ello hace que toda decisión administrativa tenga en cuenta una serie amplia de perspectivas suficientes como para poder considerar todos los aspectos involucrados. Nadie puede disponer de estos bienes basado en su mero arbitrio. Este deber constitucional se halla claramente en juego en un caso como el presente, en el que la obra emprender tendrá un impacto económico, social, ambiental extraordinariamente relevante por muchos años, lo cual justifica que se haga un análisis meditado.

Así, la CSJN, al reconocer el deber constitucional de no dañar a las generaciones futuras, reconoce el derecho relacional de estas a no ser afectadas por decisiones arbitrarias, por lo que una posición sustantiva corresponde a todos los habitantes, comprensiva de las generaciones presentes y futuras.

Pinto y Martín sintetizan el punto expresando que la titularidad reconocida en forma explícita en el texto constitucional comprende a todo habitante, sea actual o perteneciente a las generaciones futuras<sup>425</sup>.

425 Pinto y Martín, 2015, pp. 340-341.

### **3.1.4. Las dimensiones colectiva e individual**

Pinto y Andino<sup>426</sup> explican que el derecho al ambiente que reconoce la Constitución argentina ha sido identificado dentro de los derechos humanos de tercera categoría, siendo consecuentemente un derecho subjetivo que presenta un alcance colectivo: «Este derecho presenta en su naturaleza una doble faceta, donde convive lo individual con lo colectivo, lo que repercutirá necesariamente en los mecanismos de legitimación».

Por lo cual –continúan–, la protección jurisdiccional que otorgó expresamente el artículo 43 de la Constitución Nacional de 1994, además de legitimar en el primer párrafo a toda persona que vea afectado en sus derechos constitucionales, reguló en el segundo párrafo el derecho al ambiente como «derecho de incidencia colectiva», legitimando a los efectos de su protección al afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

A partir de esta doble faceta del derecho al ambiente, distinguen que el amparo ambiental resultó habilitado desde dos vertientes complementarias: a «todos los habitantes» –según reza el art. 41 CN al reconocer este derecho como prerrogativa personal y directa– en el marco del primer párrafo del art. 43 de la CN; y, cuando no existan intereses personales y directos en juego, a «el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines» en los términos del segundo párrafo del art. 43 de la CN.

Entienden que esta interpretación es confirmada por la Ley 25675 que, al regular la acción por daño ambiental, reconoce esta doble naturaleza, ya que además de los legitimados del art. 43 CN (ampliando la legitimación anómala del Defensor del Pueblo a otras autoridades), legitima a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso.

Lo expuesto se confirma en Halabi, que distingue entre la incidencia colectiva de la incidencia individual del daño ambiental: «Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes [colectivos] puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular...».

En consecuencia, el correcto entendimiento de este derecho se alcanza distinguiendo sus dimensiones, la colectiva y la individual. Sin embargo, conforme la Corte IDH, la dimensión colectiva tiene una entidad especial: en tanto derecho autónomo protege los componentes del ambiente en sí mismos, tales como bosques, mares, ríos y otros, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales<sup>427</sup>.

---

426 Pinto y Andino, 2016, p. 15.

427 Corte IDH, OC-23/17, ap. 59.

### 3.1.5. La legitimación activa

Cabe resaltar la importancia de la legitimación procesal para el sistema de justicia cuando se encuentran en juego derechos constitucionales. El derecho fundamental de toda persona de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos (art. 28, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) conlleva a realizar algunas consideraciones respecto de la protección de un derecho cuando el titular es supraindividual o colectivo.

Cafferatta expresa:

La legitimación activa de obrar es una pieza estructural del derecho constitucional o del derecho procesal constitucional, o con fuerte repercusión en el derecho constitucional, y está íntimamente vinculada con las reglas del debido proceso (defensa en juicio), porque si se niega en sede administrativa o judicial lo que la propia Constitución reconoce, se debilita el sistema de derechos y garantías constitucionales. Según sea la suerte de la legitimación de obrar activa –predicaban, entre otros, Morello y Bidart Campos–, será la suerte del sistema de derechos y garantías constitucionales<sup>428</sup>.

Siguiendo el fallo Halabi (CSJN,2009a), la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Pero, cuando se trata de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela de bienes colectivos (segundo párrafo, art. 43, CN), la legitimación corresponde al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes este representa.

Una tercera categoría está conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Esta homogeneidad fáctica y normativa lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada.

---

428 Cafferatta, 2020a.

Es decir, en los derechos individuales, el titular del bien afectado es quien posee la legitimación causal activa para buscar la reparación de su derecho. Si se trata de intereses individuales homogéneos, también corresponde accionar a los titulares. Sin embargo, cuando hay acciones de clase, puede que se otorgue legitimación al primero que acciona, o al que representa la clase, con lo cual se desdobra la legitimación y la titularidad<sup>429</sup>.

En el caso del derecho al ambiente, la titularidad sustantiva sobre el bien ambiente corresponde en forma indivisible y sin exclusión a todos los integrantes de la comunidad –tanto presentes como futuros–, lo que hace que el tema de la legitimación procesal adquiera singular importancia. Una legitimación diferenciada para obrar, distinta al titular del derecho, será posicionada para asumir la defensa del derecho colectivo.

Esta legitimación diferenciada, para Simón Yarza, desde el derecho español, pone en duda el derecho al ambiente. Expresa que el carácter omnicomprensivo del concepto ambiente, así como las múltiples posiciones jurídicas en que puede traducirse, dificultan enormemente otorgar un significado técnico preciso a la expresión «derecho al medio ambiente». El principal obstáculo que identifica al reconocimiento de este derecho es el *status procuratoris*, esto es, «a una tutela indirecta, cruzada o *par ricochet*»<sup>430</sup>.

Pero esta es una confusión que se despeja fácilmente. Al respecto, Alexy expresa que los bienes comunitarios, como el ambiente, son protegidos por principios sustanciales, mientras que a los principios formales corresponde establecer los medios procedimentales de protección de aquellos<sup>431</sup>.

En efecto, los principios formales establecen los sujetos posicionados procesalmente para la protección del derecho sustantivo que, cuando se refiere al ambiente, implica conferir legitimaciones extraordinarias o anómalas.

Sobre esto, la CSJN (2007c) ha considerado que:

[...] el antiguo ideal de la iniciativa procesal monopolísticamente centralizada en manos del único sujeto a quien el derecho subjetivo «pertenece» se demuestra impotente frente a los derechos que «pertenecen», al mismo tiempo, a todos y a ninguno y «es por esta razón que cuando el valor en juego es lo colectivo, debe existir la posibilidad de construir nuevos tipos de tutela». Es en la búsqueda de estos nuevos tipos de tutela [...] que el constituyente previó una legitimación anómala, extraordinaria, diferente de la general, que [...] se caracteriza por la circunstancia de que resulta habilitado para intervenir en el proceso un sujeto que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.

429 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 365-366.

430 Simón Yarza, 2012, p. 178.

431 Alexy, 2012, pp. 433-434, y 2002, p. 89.

De tal forma, un sujeto legitimado, que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito, escala en la cúspide constitucional recibiendo una posición procesal para asumir la defensa del derecho colectivo. El art. 43 de la CN atribuye esta *posición procesal* al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

Morello y Sbdar, analizando el referido art. 43, explican que en el caso de los derechos colectivos «no existe un dueño exclusivo del derecho que sufre la lesión de manera directa y diferenciada, sino un grupo de personas que, en caso de daño o amenaza, resultan cada una de ellas co-afectadas y, por tanto, legitimadas para promover el amparo»<sup>432</sup>.

Lorenzetti y Lorenzetti, sobre la situación del afectado, sostienen que, como este no es titular del bien, ya que es indivisible, *resulta ser un legitimado extraordinario*, por lo que no requiere demostrar la titularidad sobre el bien colectivo sino la fuente de su legitimación. Agregan que puede darse el supuesto que una acción provoque un daño al ambiente y a las personas, y en tal supuesto pueden darse las siguientes situaciones: el damnificado reclama una indemnización por daños patrimoniales o personales y está legitimado para ello; o el damnificado acumula a dicha acción el reclamo por la lesión al bien colectivo, invocando la legitimación en carácter de damnificado. Es claro entonces que el afectado en el bien colectivo ambiente no actúa como titular de un derecho propio, sino que detenta una legitimación para obrar en defensa del bien<sup>433</sup>.

En efecto, el art. 28 de la LGA no descarta las afectaciones por rebote del daño colectivo ocasionado a través de la afectación al ambiente a los bienes individuales, cuando enuncia «sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder». A diferencia de las reclamaciones basadas en el derecho colectivo al ambiente, en las acciones de responsabilidad civil por daño individual causado como consecuencia de la afectación al bien ambiente, la indemnización tiene como destino el patrimonio de quien se ha visto perjudicado como titular en sus bienes, conforme lo establece el art. 1740 del CCyC.

Cuando se trata del Defensor del Pueblo, o una asociación u otro sujeto –como las autoridades– que el ordenamiento jurídico habilita para iniciar este tipo de acciones, estos actuarán a nombre propio, pero en defensa de un interés ajeno. En tal supuesto, el legitimado anómalo será parte en sentido formal, pero no en sentido sustancial. Vergara recurre a una cita notable para tratar de encuadrar esta situación: «Tal como señala Alsina, en estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial»<sup>434</sup>.

Normas adscriptas de diversos ordenes estatales amplían el elenco de legitimados procesales del derecho al ambiente, así la LGA, para las acciones de recomposición, incluye al Estado nacional, provincial o municipal, también a la persona

432 Morello y Sbdar, 2007, p. 71

433 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 365-367.

434 Vergara, 2011.

directamente damnificada; incluso legitima a toda persona para interponer un amparo *sui generis* para el cese del daño ambiental (art. 30).

Las normas de la LGA son claras sobre la vinculación extraordinaria con el derecho sustancial que tienen estas legitimaciones cuando dispone que, en casos de no proceder técnicamente la recomposición ambiental, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que está destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, y la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente (arts. 28 y 34).

Las consecuencias de estas formas de protección no se agotan en la legitimación extraordinaria, se trata de la optimización de los principios formales para la realización de la protección sustantiva del ambiente, superando las limitaciones de las normas procesales tradicionales concebidas para atender a los derechos individuales.

Berizonce explica las razones de esta especial tutela:

Se articulan de ese modo verdaderas y propias tutelas diferenciadas, preferentes y privilegiadas de ciertos derechos y situaciones que se enaltecen desde la visión valorativa constitucional-convencional (arts. 41, 43, 75 inc. 22 y 23, CN, etc.), que abarca genéricamente a los «nuevos derechos y garantías», principalmente los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC). Ahora bien, semejantes tutelas diferenciadas se concretizan no solo con los preceptos sustantivos sino, *también y especialmente, a través de principios, técnicas, reglas y procedimientos típicamente procesales, incluyendo las propios de la organización judicial*<sup>435</sup>.

Como conclusión de este punto, la CN en los arts. 41 y 43, sobre el derecho al ambiente, reconoce dos posiciones, una sustantiva, a todos los habitantes en forma colectiva, comprensiva de las generaciones presentes y futuras, y otra formal o procesal, cuando legitima a diversos sujetos para protegerlo –el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines–.

435 Berizonce, 2013.

## 3.2. El destinatario

### 3.2.1. Un doble sujeto pasivo

El segundo elemento en el análisis de la estructura de los derechos fundamentales es el que refiere a los destinatarios de los mandatos de actuación y de protección de los derechos. Se ha expresado que en los derechos prestacionales el destinatario es el Estado; sin embargo, es necesario indagar si conforme la Constitución Nacional esa categoría es aplicable, sin más, al derecho al ambiente.

Al respecto, Bidart Campos explica que el sujeto pasivo es aquel ante quien el sujeto titular o activo hace valer u opone su derecho para que haga, dé u omita algo. Los derechos existen frente a un doble sujeto pasivo: a) el estado (federal y provincial); b) los particulares. Por eso se los considera ambivalentes o *bifrontes*. Precisa que no hay en la constitución una norma expresa que genéricamente establezca cuál o cuáles son los sujetos pasivos de los derechos. Por lo que hay que inducir en cada caso y en cada derecho cuál es la naturaleza y el contenido de un derecho para situar debidamente a quien, frente al titular, debe cumplir como sujeto pasivo una obligación<sup>436</sup>.

### 3.2.2. El Estado

En el plano de identificar al Estado como sujeto pasivo de la posición de tutela ambiental, Bidart Campos interpreta el art. 41 de la CN, expresando: «La norma grava a las “autoridades”. Latamente, al Estado, tanto federal como provincial y municipal, en los tres departamentos de gobierno, *cada uno según sus competencias*. Asimismo, al defensor del pueblo, al ministerio público, y a todos los organismos y reparticiones estatales».

El análisis estructural del derecho al ambiente evidencia el fuerte rol de la autoridad pública como sujeto garante diferenciada de otros sujetos que puedan resultar obligados<sup>437</sup>.

Alexy<sup>438</sup> describe el rol de la autoridad pública en el cumplimiento del deber de protección ambiental:

- 1) un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa);
- 2) un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección);
- 3) un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento); y
- 4) un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendientes a mejorar el ambiente (derecho prestaciones fácticas).

436 Bidart Campos, 2005a, T.1, p.499.

437 Pinto y Andino, 2016, p. 4.

438 Alexy, 2012, p. 392.

También la CIDH identifica, conforme la Convención Americana DH, que sobre el Estado pesa tanto un deber de abstención como de preservación<sup>439</sup>.

Ahora bien, estos deberes estatales se cumplen según sea la competencia atribuida por la CN, por lo que se deberá atender que el Estado ejerce sus atribuciones a través de las tres funciones clásicas (legislativa, ejecutiva, judicial) y por otros órganos especializados. En el Estado federal argentino, además, este reparto se replica en la órbita provincial conforme los respectivos ordenamientos locales. Finalmente, los municipios están dotados de autonomía constitucional y tienen las atribuciones que les confiere el ordenamiento provincial.

Es un deber de dar, de hacer y de omitir por parte del Estado.

### **3.2.3. Los particulares**

La bifrontalidad de los derechos constitucionales a la que alude Bidart Campos no deja de estar presente en la sustentabilidad. Reconocer eficacia horizontal en las relaciones jurídicas entre particulares a los derechos fundamentales es parte esencial de la teoría de los principios, pero corresponde realizar algunas consideraciones propias del derecho ambiental argentino.

La CSJN (2006c) ha expresado el deber de los particulares de la siguiente forma:

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo.

De la misma forma que la cláusula constitucional estatuye el derecho al ambiente, establece el deber correlativo de preservación a cargo de todos los habitantes. Esta obligación de preservación tuvo, con la reforma del Código Civil y Comercial del año 2015, institucionalización, a tal punto que se produjo, como lo denomina Sozzo, un «giro ecológico» del derecho privado. Este autor califica como «ecologización del derecho privado» a la introducción y el desarrollo en el CCyC a través de una caja de herramientas específicas del principio de sustentabilidad. Precisa que es una ecologización a través de la constitucionalización del derecho privado<sup>440</sup>.

Este proceso institucionaliza la eficacia horizontal del derecho al ambiente, para contribuir con respuestas propias del derecho privado a la protección de los sistemas naturales. Así, el CCyC contiene un dispositivo específico, que parte del reconocimiento

439 CIDH, OC 23/17, ap. 116 y sgtes.

440 Sozzo, 2019, pp. 24 y 29.

de los derechos de incidencia colectiva y del abuso del derecho cuando pueda afectar al ambiente (art. 14), el daño a los derechos de incidencia colectiva (art. 1737) y los límites al ejercicio de los derechos individuales cuando puedan afectar el funcionamiento y sustentabilidad de los bienes colectivos (arts. 240 y 241)<sup>441</sup>.

Estos deberes no son solo negativos o de abstención, sino que suponen deberes positivos de los particulares, deben hacer algo, como se analiza en el punto siguiente.

Todo lo cual, como expresa Sozzo, conlleva a una resistemización del derecho privado y a una ruptura de la dicotomía público/privado, girando hacia la relación hombre/naturaleza. Al respecto, destaca que no es nada habitual que los códigos de derecho privado visibilicen los aspectos relativos a la protección del mundo natural como lo ha hecho el CCyC<sup>442</sup>.

Esta es una singularidad en la estructura operativa del derecho al ambiente en la Argentina, comprensivo de un deber de dar, de hacer y de omitir por parte de los particulares.

### 3.3. El objeto

#### 3.3.1. El deber del Estado

Entonces, respecto al Estado, su objeto involucra múltiples responsabilidades, desde la abstención hasta haceres fácticos y normativos. Prevención, precaución, recomposición e indemnización sustitutiva, cuando mediara imposibilidad técnica de recomponer, conforman el marco general de sus deberes.

El art. 5 de la LGA conecta los principios de derecho ambiental con esta responsabilidad cuando impone a las autoridades integrar en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios que establece. Esta integración supone regular, actuar y resolver conforme el principio de sustentabilidad en los ámbitos de sus respectivas competencias, comprendiendo todas las funciones del Estado. Se cimenta así el poder normativo de los principios.

A partir de esos principios, las leyes de presupuestos mínimos nacionales y las normas complementarias despliegan una gran diversidad de prestaciones estatales, como cuando disponen el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental, el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable (art. 8, LGA).

La CIDH, en la OC 23/17, considera que, como el daño ambiental la más de las veces es de difícil o imposible recomposición, tiene prioridad la función preventiva. Por lo que el deber de prevención del Estado abarca todas aquellas medidas de

441 Sozzo, 2019, pp. 21 y 108-109.

442 Sozzo, 2019, pp. 25 y 113.

carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a estos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales (apartados 118 y 130).

Si a las autoridades corresponde la protección del ambiente (art. 41, CN), se precisa que el control y la fiscalización ambiental deba ser asegurado por el Estado (art. 4, LGA)<sup>443</sup> mediante un sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 8, LGA). Los deberes positivos del Estado, que se expanden en las leyes de presupuestos mínimos y en las normas complementarias provinciales, han dado origen a la administración ambiental mediante la creación de ministerios, secretarías, agencias especializadas, entre muchas otras formas organizativas, a la que corresponde aplicar los procedimientos de vigilancia y el control de cumplimiento de las normas ambientales.

Con la aprobación del Acuerdo Regional de Escazú, Ley 27566, el derecho a procedimientos eficaces en materia ambiental, especialmente los derechos de acceso a la información ambiental, a la participación en procedimientos ambientales y de acceso a la jurisdicción, alcanzan indudable fundamentalidad en el derecho argentino.

El fallo de la causa Mendoza del año 2008 (CSJN, 2008b) es especialmente ejemplificativo en este punto al establecer deberes de prestación normativos y fácticos a cargo de las autoridades, que se concretan en procedimientos de información, programas de saneamiento, entre otras medidas, creando un sistema micro institucional para asegurar el cumplimiento de las metas.

Así, los deberes del Estado se componen por el deber de abstención como de realizar prestaciones positivas<sup>444</sup>, normativas y fácticas. Conforme el artículo 1.1 de la Convención Americana DH, la primera obligación es la de «respetar los derechos y libertades» reconocidos en dicho tratado. De tal forma, en la protección de los derechos humanos, esta obligación de respeto necesariamente comprende la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal. La segunda obligación es la de garantía, que implica que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad.

### **3.3.2. El deber de los particulares**

Sin embargo, conforme lo visto *supra* al definir el destinatario de la tutela, el derecho al ambiente implica también un hacer algo o evitar hacer algo por parte de los

443 CIDH, OC 23/17, ap. 141.

444 CIDH, OC 23/17, ap. 116.

particulares que trasciende las prestaciones a cargo del Estado. Como expresa Sozzo, el reconocimiento de los derechos fundamentales no solo genera acciones positivas al Estado sino a los particulares por la eficacia horizontal de aquellos<sup>445</sup>. De tal forma, los deberes preventivos, precautorios y de recomposición conforman una red que comprende las relaciones jurídicas entre particulares.

En efecto, atendiendo a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el derecho a la sustentabilidad incide en las relaciones entre particulares, quedando comprendidas las posiciones que resultan normadas en el CCyC argentino, y que se enuncian como *un derecho a prevenir que otro cause un daño al ambiente* o, de manera más general, a que en las relaciones entre privados *no se altere la sustentabilidad ni el funcionamiento de los ecosistemas* (arts. 14, 240, 1710, 1711-1713, 1737, entre otros).

En este contexto preventivo, el art. 1710 regula tres deberes: no causar daño en cuanto de ella dependa, tomar las medidas razonables y no agravar el daño ya acaecido. Son deberes positivos y negativos.

Cuando el daño ambiental ha sido causado, pesa sobre los particulares el deber prioritario de recomponer el ambiente afectado y, en caso de imposibilidad técnica, el de resarcir mediante la indemnización sustitutiva.

La eficacia horizontal o *Drittwirkung* de los derechos fundamentales implica una eficacia *inter privatos*, o sea, que se hace cargo del tráfico jurídico privado, que por mucho tiempo había quedado fuera de la protección constitucional.

Al respecto, Lorenzetti y Lorenzetti tratan la «función ambiental» en relación con la autonomía de la voluntad en los contratos, sosteniendo que en tanto la protección del ambiente ostenta carácter de derecho fundamental y sus normas califican de orden público, conforme el art. 12 del CCyC, los acuerdos deberán cumplir con las normas ambientales que operan como contornos de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que la autoridad administrativa o judicial, a pedido de parte o de oficio, en caso que algunas de sus cláusulas lesionen el bien colectivo ambiente, podrá declararlas inválidas, modificarlas o integrarlas, adaptando el negocio a las exigencias de la sustentabilidad<sup>446</sup>.

Sozzo reconoce «la función ambiental» en el derecho de propiedad, que consiste en limitar el derecho para poder realizar en la mayor medida de lo posible otros intereses colectivos. No se trata de las tradiciones limitaciones administrativas, sino de las que provienen como consecuencia de la compatibilización de este derecho con los de incidencia colectiva<sup>447</sup>.

445 Sozzo, 2019, p. 174.

446 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 194-195.

447 Sozzo, 2019, p. 646.

#### 4. La imputación en la responsabilidad por daño ambiental colectivo. Los particulares y el Estado

1) La sustentabilidad, en tanto mandato de optimización que ordena la protección del ambiente en la mayor medida posible, supone su no afectación o alteración. Cuando esto sucede, el deber constitucionales preciso: el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley (art. 41, CN). No es secundario señalar que es el único tipo de daño enunciado en la Constitución Nacional. La LGA precisó este mandato constitucional en el principio de responsabilidad y las reglas que lo cimientan, conformando normas adscriptas de derecho fundamental. Esta condición genera un sistema especializado de responsabilidad, que requerirá una interpretación integrada con otros cuerpos legales en los asuntos no reglados por la LGA, pero no admitirá su desplazamiento o una interpretación contraria a su significado.

Si el fin constitucional es preservar el ambiente en forma sana, equilibrada, apto para el desarrollo humano, la recomposición de este se instala en el centro del sistema de responsabilidad por daño ambiental y únicamente, en caso de imposibilidad técnica, tendrá lugar la indemnización sustitutiva con destino al Fondo de Compensación Ambiental.

Respecto a los vacíos regulatorios de la LGA, múltiples fuentes jurídicas, legales y convencionales, permitirán resolver razonablemente los casos de afectación ambiental. El CCyC establece esta forma de interpretación de la ley en los art. 1 y 2, estableciendo una lectura «horizontal» o «transversal» del derecho, que exige del operador jurídico, una labor de conjugación, armonía, coordinación, compatibilización, de derechos, intereses, leyes (reglas), y de principios y valores en juego<sup>448</sup>.

En el Capítulo 3.4.2.2. se abordaron los presupuestos fácticos del daño ambiental. Se avanzará brevemente en la causalidad jurídica.

2) El factor de atribución o de imputación constituye el elemento axiológico en cuya virtud se le adjudican a determinada persona consecuencias dañosas y «permite contestar la pregunta “¿por qué debe responder?»: por haber causado daños con culpa, porque los daños derivan de la creación de un riesgo, etc.»<sup>449</sup>.

La responsabilidad objetiva tuvo origen en la evolución del Derecho de daños, que se afincaba en la culpa del autor cuando empezó a preocuparse por la víctima del daño, al no resultarle concebible que esta deba soportar el perjuicio por no poder acreditar la culpa del agente del daño. La responsabilidad pasó a ser concebida como la reacción contra el daño injusto. El origen de la responsabilidad será ese daño, y el

448 Cafferatta, 2022a.

449 Ubiría, 2018.

juicio de responsabilidad consistirá en decidir si ese perjuicio debe ser reparado y por quién<sup>450</sup>.

En la responsabilidad por daño ambiental el factor de atribución es objetivo en cuanto la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad (art. 28, LGA y 1722, CCyC), pero, lógicamente, la responsabilidad objetiva se funda en la causalidad. En efecto, los criterios objetivos se caracterizan por fundar la imputación sobre parámetros materiales y prácticos, es decir, más ligados a la causalidad fáctica que es propia de las ciencias naturales, y han pasado con éxito por el tamiz ponderativo del jurista (lo justo)<sup>451</sup>.

De esta forma, si la responsabilidad objetiva se funda en la causalidad, una vez demostrado el enlace material o físico que existe entre un hecho-antecedente (acción u omisión) y un hecho-consecuente (el resultado dañoso), corresponde proceder a la imputación del resultado –el daño– a un sujeto o a varios sujetos.

Observa Esain que, conforme el art. 28 de la LGA, una vez demostrada la entidad del daño y su causa, corresponde proceder a la imputación sin necesidad de demostrar el carácter riesgoso de la actividad, lo que parece obviar el sistema preventivo de daño que se fundamenta en las actividades riesgosas o peligrosas y exige a estas la adopción de medidas<sup>452</sup>, siendo el seguro ambiental del art. 22 de la LGA la más evidente.

En efecto, en materia ambiental hay normas que establecen un encuadre *ex ante* de las actividades peligrosas o riesgosas por su naturaleza, por ejemplo, las que regulan el seguro ambiental determinan las actividades riesgosas mediante el Nivel de Complejidad Ambiental (NCA) y, de acuerdo con los valores del NCA, el riesgo ambiental se divide en tres categorías, siendo la segunda y tercera las obligadas a contratarlo. También la Ley 24051 cuando organiza el registro de generadores y operadores de residuos peligrosos.

Más aún, quedan comprendidas las actividades susceptibles de degradar o afectar el ambiente en forma significativa sujetas al procedimiento de EIA (art. 10, LGA); procedimiento preventivo de esencia técnica que se dirige a identificar y evaluar los impactos ambientales.

No obstante, si bien el riesgo conforma el fundamento de la responsabilidad objetiva, el CCyC también establece la función preventiva y no en todos los supuestos tipificados requiere la demostración del carácter riesgoso de la actividad. Lo supuestos de la responsabilidad por riesgo son consecuencia de una extensa construcción jurisprudencial. Un caso es el de la responsabilidad de las personas jurídicas que responden por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones (art. 1763 del CCyC).

450 Calvo Costa, 2015.

451 Ubiría, 2018.

452 Esain, 2020, T. II, p. 328.

Al igual que propone Parellada respecto del art. 1557 del CCyC<sup>453</sup>, la LGA no exige *ex ante* el carácter de riesgoso o peligroso de la actividad, sino que ella sea la causa del daño. Entonces, dado el supuesto de hecho de la LGA, quien provoca un daño ambiental relevante que modifique negativamente el ambiente deberá responder.

Esta interpretación se corresponde con el deber de diligencia agravado de determinados sujetos y su conexión con la previsibilidad: «Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias» (art. 1725 del CCyC). Esto tiene especial significado en materia ambiental cuando el bien susceptible de afectación es de pertenencia social. Por ello, la LGA establece los principios de anticipación del daño ambiental (de prevención y precaución) y determina la obligación de realizar la EIA en forma previa a la ejecución de una obra o actividad que sea susceptible de degradar el ambiente (art. 11, LGA).

Sin embargo, no debe mediar una interpretación absoluta del art. 28, ya que la prueba de los hechos, cuando se trata de un daño cuyas causas son complejas, se afianza con comprobaciones que posibilitan el juicio de hecho o de probabilidad, el cual establece las conexiones causales necesarias para la posterior imputación.

Al respecto, Valazza expresa que el proceso de adjudicación de responsabilidad requiere un análisis epistémico destinado a verificar si el nexo que –según las hipótesis fácticas planteadas por las partes– enlaza el acto o situación jurídica que es atribuida al demandado y si el daño sufrido por la víctima satisface los criterios normativos de atribución causal. Por ello, en los casos de responsabilidad por daño ambiental el debate hace foco en el conocimiento científico, en los procesos a través de los cuales debe transmitirse al juzgador la calidad «científica» del conocimiento, respecto del valor convictivo que corresponderá otorgarles, etc.<sup>454</sup>.

La co-causación o participación múltiple, que es una constante en el daño ambiental, puede derivar de: 1) una causalidad conjunta o común (dos o más personas, con su acción, han provocado el daño); 2) causalidad acumulativa (el daño es provocado por el actuar independiente entre sí de dos o más agentes, con la particularidad de que cada uno de ellos, aun cuando hubiese actuado aisladamente, habría provocado igualmente el daño); y 3) causalidad alternativa (frente a dos o más hechos idóneos para provocar el daño, este acaece por la acción de solo uno de ellos aunque no resulta posible precisar cuál de esos hechos elimina causalmente a los demás)<sup>455</sup>.

Cuando hay múltiples participantes, la LGA establece: «Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la

453 Parellada, 2019.

454 Valazza, 2017, p. 204.

455 Zanonni citado por Fiorenza, 2018.

determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable» (art. 31).

Se comparte la posición de Kemelmajer en la interpretación de la cocausación: la LGA ha pretendido terminar con este difícil tema y declara a todos solidariamente responsables, sin perjuicio de las acciones recursorias<sup>456</sup>.

En caso de causalidad alternativa o disyuntiva, aplica el art. 1761 del CCyC sobre el autor anónimo: si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado, responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción. Por su parte, el art. 1762, dispone que si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Solo se libera quien demuestra que no integraba el grupo. La atribución de responsabilidad es objetiva y nace de la actividad riesgosa desplegada<sup>457</sup>.

La ruptura del factor de atribución objetivo solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (art. 29, LGA). A la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, se agrega como condición previa el deber de acreditar la debida diligencia, la que en muchos casos será una diligencia agravada, conforme el art. 1725 del CCyC.

Kemelmajer observa que la ley menciona como eximente la culpa exclusiva de la víctima, pero esa inclusión supone un craso error. «Si esta ley es aplicable sólo al daño ambiental colectivo, la víctima es la sociedad, por lo que la causal de liberación se muestra como de imposible configuración. Esta eximente puede funcionar para el daño individual, mas no para el colectivo»<sup>458</sup>.

Respecto al supuesto de los terceros por los cuales no se debe responder, el art. 1731 requiere acreditar los extremos del caso fortuito. Se debe tratar de conductas totalmente imprevisibles e inevitables, y suponen demostrar la culpa del tercero. Como expresa Lorenzetti y Lorenzetti, el principio precautorio adquiere importancia en estos supuestos en cuanto el vínculo entre el hecho causal y el daño grave se presenta como incierto<sup>459</sup>. Esto en cuanto la precaución exige una previsibilidad extendida. Al respecto, también deberá considerarse el art 1733 del CCyC, que establece

456 Kemelmajer, 2006.

457 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 345-346.

458 Kemelmajer, 2006.

459 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 343-345.

que no podrá eximirse de responsabilidad cuando la imposibilidad constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad.

En el mismo artículo, la LGA establece que, en el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas, la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

Kemelmajer se pregunta: ¿quiénes son las autoridades de las personas jurídicas? Al parecer, los representantes de las personas jurídicas. ¿Y los profesionales? Resalta que la norma tiene un alto contenido ético: «Por eso, en esta categoría de responsables (según las circunstancias) no sólo ingresan los ingenieros, arquitectos, técnicos que trabajan en obras contaminantes; también los abogados pueden llegar a ser responsables, “en la medida de su participación”».

3) Reviste importancia la responsabilidad del Estado por daño ambiental, en cuanto es el sujeto que tiene el deber de garantizar el mantenimiento y resguardo del bien colectivo en sus condiciones de sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. En efecto, un conjunto de deberes de abstención y prestacionales se imponen al Estado; sin embargo, muchas veces, por acción y omisión será el causante de las afectaciones al ambiente.

En la Argentina, la responsabilidad por daños causados por el Estado se encuentra regulada en un microsistema que limitaría el diálogo de fuentes, lo que incidiría en el régimen especializado de la LGA y el supletorio del CCyC cuando es el Estado el causante del daño ambiental.

Así, la Ley 26944 de responsabilidad del Estado (LRE) establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (art.1); por su parte, el art 1764 del CCyC dispone la inaplicabilidad del Capítulo 1- Responsabilidad Civil del Título V- Otras fuentes de las obligaciones, a la responsabilidad del Estado, deslindando el régimen de responsabilidad civil del administrativo.

Se afirma, en consecuencia, que el Derecho de la responsabilidad del Estado, en la Argentina, exhibe dos notas singulares: autonomía (científica, jurídica y legislativa) con respecto a la responsabilidad civil, de un lado; y carácter local (o nacional, según corresponda), de otro. Ambas características aparecen consagradas en el CCyC y en la Ley 26944<sup>460</sup>.

Rodríguez analiza las contradicciones y restricciones que tiene el CCyC respecto a la responsabilidad del Estado (arts. 1764-1766), calificándola como un verdadero retroceso, en franca violación de la responsabilidad impuesta a las autoridades en el art. 41 de la CN<sup>461</sup>.

460 Sammartino, 2015.

461 Rodríguez, 2023, p. 470.

La cuestión, entonces, es hasta qué punto ese microsistema interfiere sobre las regulaciones de la responsabilidad por daño ambiental colectivo.

Así, Vera interpreta que la exclusión del régimen del CCyC efectuada por el artículo 1764 no tiene eficacia frente a la LGA por su jerarquía constitucional<sup>462</sup>. También se expresa que la restricción del art. 1764 se resuelve mediante la aplicación analógica de las disposiciones del CCyC<sup>463</sup>, ellos en cuanto la LRE, si bien pretende conformar un sistema autónomo de responsabilidad, carece de una regulación completa de los institutos del derecho de daños.

La especialidad del régimen de responsabilidad por daño ambiental se evidencia en que la LRE omite la recomposición del daño ambiental, centrándose en la indemnización pecuniaria individual (LRE, art. 3, inciso a, y art. 8), lo que revela que no ha considerado el supuesto de la afectación del bien colectivo ambiente y la consecuente recomposición.

Respecto de la aplicación analógica del CCyC, en González (CSJN, 2022)<sup>464</sup>, la Corte, luego de dar cuenta de que la regulación de la responsabilidad corresponde al campo del derecho administrativo, aclara que ello no impide la eventual invocación de disposiciones del Código Civil, vigente al momento de los hechos, pues ante la ausencia de normas propias del derecho público local, el camino seguido ha sido la aplicación de disposiciones de derecho común.

En consecuencia, la restricción de la LRE o del art. 1764 del CCyC no altera la prelación normativa consagrada en el mismo CCyC, art. 1709, en tanto la LGA es una norma especial cuyo bien protegido es indisponible. No obstante, el argumento esencial es la precedencia jerárquica de la LGA como consecuencia de la positivización constitucional del daño ambiental y el mandato de regulación (art. 41, CN), que tiene en la LGA la norma adscripta de derecho fundamental.

Entonces, ante la responsabilidad del Estado por daño ambiental colectivo, serán aplicables por su mayor jerarquía y especialización la LGA, otras normas sectoriales sobre responsabilidad ambiental y las normas complementarias. Luego de ello, ante los vacíos normativos, corresponderá la aplicación analógica del CCyC.

462 Vera, 2018.

463 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 349.

464 Voto de Rosatti, en González, Domingo Avelino c/ Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios.

## 5. El derecho al ambiente «como un todo»

Como una síntesis a lo desarrollado sobre la estructura del derecho al ambiente, se introduce un análisis de Alexy sobre este derecho. Para apreciar el comentario, se debe aclarar que la publicación de la *Teoría de los derechos fundamentales* es anterior a la enmienda de 1994 de la Ley Fundamental alemana, que introdujo el artículo 20 letra a), que establece expresamente la protección de las bases naturales de la vida, considerando el interés de las generaciones futuras.

Comienza por definir que todo derecho a acciones positivas del Estado, tal como se ha tratado, es un derecho prestacional y que este concepto amplio comprende varias escalas de acciones positivas del Estado. Luego, para fundamentar el concepto de derecho prestacional, introduce como ejemplo el derecho al ambiente de la siguiente forma:

La primera razón es que, en muchos de los llamados derechos fundamentales sociales, que pueden ser considerados como típicos derechos prestacionales, se trata de un conjunto de prestaciones fácticas, en parte, y, también en parte, de prestaciones normativas. Esto se ve con especial claridad en el muy discutido derecho fundamental al medio ambiente que no pocas veces se clasifica como derecho social fundamental o se pone en su vecindad.

Es decir, el derecho al medio ambiente requiere prestaciones normativas, además de fácticas. Luego, precisa:

Cuando se ven las cosas más de cerca, resulta que un derecho semejante –sin que importe que se quiera introducir en el catálogo de derechos fundamentales como un nuevo derecho fundamental o se adscriba a las disposiciones de derecho fundamental existentes– tiene una estructura de un tipo totalmente distinto a la de, por ejemplo, el derecho a la asistencia social que, en lo esencial, se agota en un simple derecho a prestaciones fácticas. Un derecho fundamental ambiental responde más bien a aquello que antes se denominó «derecho fundamental como un todo». Está constituido por un conjunto de posiciones de tipos muy diferentes<sup>465</sup>.

Un derecho *como un todo*, para Alexy, es un objeto complejo, dinámico, pero de ningún modo inaprehensible. Está compuesto por las distintas posiciones del ciudadano y del Estado establecidas en la estructura normativa, estatuidas o adscriptas a

465 Alexy, 2012, pp. 391-392.

un derecho fundamental<sup>466</sup>. Este concepto, relacionado con el derecho al ambiente reconocido en la CN, comprende el deber de dar, hacer u omitir del Estado y de los particulares, que se precisa en múltiples acciones defensivas y prestacionales que se establecen por adscripción en las leyes y demás normas ambientales.

La descripción de este derecho como un todo no es ajena a la doctrina constitucional argentina; cuando Bidart Campos aborda el contenido del derecho al ambiente, expresa:

Pero ¿cuál es la obligación? El art. 41 la resume afirmando que [las autoridades] proveerán a la protección de «este derecho» (del que tienen todos los habitantes a de omisión –para no dañarlo– como de prestaciones positivas con el fin de preservarlo, de evitar que otros lo alteren o destruyan, de recomponerlo, etc., así como comprende el deber de exigir a los particulares esta obligación concreta en cada circunstancia en que el ambiente quede comprometido o perturbado<sup>467</sup>.

La concepción de este derecho *como un todo* o como un *haz de posiciones* tiene repuesta procesal, como se puede apreciar en los fundamentos del fallo Barrick (2019a), en el que la CSJN, desde la perspectiva de los derechos a satisfacer por la ley de glaciares, reconoce esta especial situación:

Que, sin perjuicio de ello, puede agregarse que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente –que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua (artículo 1º)– la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos [...]. La calificación del caso exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados.

Lo policéntrico, conforme Lorenzetti, refiere a que los centros de interés que se conforman en un proceso de esta naturaleza no son dos, sino que pueden ser varios. Es decir que de la bipolaridad clásica pasamos a la multipolaridad<sup>468</sup>.

466 Alexy, 2012, p. 218.

467 Bidart Campos, 2008, p. 155.

468 Lorenzetti, 2010b, pp. 166-168.

Esto es así porque la forma procesal realiza las múltiples posiciones comprometidas en el derecho sustancial, en tanto un conjunto de prestaciones son ordenadas.

Desde la clasificación estructural seguida, el derecho al medio ambiente es un derecho de defensa frente al Estado, también es un derecho a prestación en el sentido más amplio del término, que incluye el derecho de protección frente a terceros, el derecho a procedimientos eficaces, el derecho a la realización de prestaciones fácticas para la mejora del ambiente. Posiciones que se precisan en el sistema jurídico ambiental en las normas ambientales, generales y particulares.

Es, entonces, un derecho *como un todo*.

# CAPÍTULO 5

## EL BIEN COLECTIVO AMBIENTE

### 1. El supuesto de hecho y el ámbito protegido

En el Capítulo 1 se expresó que la norma tipo principio representa el *deber ser* del derecho fundamental cuyo enunciado semántico se traduce mediante la interpretación en una estructura normativa típica dada por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en una formulación *prima facie*.

El concepto de supuesto de hecho tiene la tarea de resumir totalmente los presupuestos materiales de los principios para la consecuencia jurídica *prima facie*<sup>469</sup>.

Este concepto tiene estrecha conexión con el concepto de ámbito protegido, teniendo este último un sentido más amplio que aquel, en tanto comprende los bienes, situaciones jurídicas o posibilidades de actuación. Una teoría amplia del supuesto de hecho es una teoría que hace caer en el ámbito de protección todo aquello a favor de cuya protección habla el respectivo derecho fundamental<sup>470</sup>.

Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales (Capítulo 2.2.2), Bernal Pulido explica que deben distinguirse en relación con él: un primer momento en que es un contenido amplio, muy vasto, cuyas normas valen *prima facie* (ámbito de protección inicial), y un segundo momento en que es un contenido reducido, cuyas normas valen definitivamente (el contenido efectivamente garantizado). Resultando que el principio de proporcionalidad establecerá el contenido efectivamente garantizado en cada caso<sup>471</sup>.

Entonces, en este capítulo se analizará ese primer momento del principio del art. 41 CN, comprensivo del bien protegido por la sustentabilidad –el ambiente– y las condiciones de protección exigidas –*sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano*–.

469 Alexy, 2012, p. 266.

470 Alexy, 2012, pp. 265-281.

471 Bernal Pulido, 2014, pp. 587-588.

La estructura normativa fundamental del principio se completa con la consecuencia jurídica *prima facie*, que en el enunciado del art. 41 de la CN está representada por el significado prescriptivo: de recomposición, de preservación y de protección.

Corresponde aludir a la posición de Saux<sup>472</sup>, que luego de comprender indiscriminadamente a todos los principios en la categoría de principios generales del derecho, entendiendo que todos, expresa o implícitamente, tienen vinculación constitucional o convencional, niega que los principios posean supuesto de hecho, rechazando su carácter normativo, por lo que los define como «guías para el razonamiento legal»; sin embargo, reconoce que esos principios pueden colisionar, para lo cual considera que deberá acudir a la teoría de la ponderación de Alexy.

La posición de Saux no descarta la importancia de estos en el sistema jurídico, pero la idea de que carecen de supuesto de hecho y la confusión con los principios generales del derecho, en la que comprende a todos los principios, conduce a resultados equívocos. La distinción entre disposición y norma de derecho fundamental –que se trata en los Capítulos 1.4. y 2.2.– es la clave para un enfoque adecuado.

Por otra parte, el bien ambiente activa como ninguno la problemática sobre la existencia misma del derecho fundamental respectivo. Así, desde una posición crítica, Simón Yarza entiende que el carácter difuso del bien jurídico protegido pone en entredicho no solo la existencia actual de un derecho subjetivo al medio ambiente, sino incluso su misma posibilidad, excluyéndolo de la tabla de derechos fundamentales<sup>473</sup>.

Simón Yarza revela su posición minimalista en relación con la estructura de los derechos fundamentales, afincándose en una concepción liberal que se limita a los bienes individuales de titularidad subjetiva, concepciones que –justamente– han sido objeto de críticas por autores como Lorenzetti –según se analizó en el Capítulo 4.2.

Para la teoría de Alexy, en cambio, «los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos»<sup>474</sup>; al respecto, menciona como ejemplos algunos de los bienes colectivos identificados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: la salud pública, el abastecimiento energético y el aseguramiento de la alimentación, la seguridad de la república, la protección del orden democrático en libertad, entre otros, para expresar que:

El hecho que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena *la creación o mantenimiento* de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas o fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales<sup>475</sup>.

472 Saux, 2021, pp. 12 y 15.

473 Simón Yarza, 2012, p. 158.

474 Alexy, 2012, p. 89.

475 Alexy, 2012, p. 90.

Con esta definición se diferencia de Dworkin, quien restringe los principios fundamentales a los derechos individuales.

En efecto, Alexy considera que no es indispensable ni funcional vincular la definición de principios a la de derecho individual, no porque no sea importante, sino porque ambos tipos de principios tienen propiedades lógicas comunes<sup>476</sup>.

Esas propiedades lógicas comunes posibilitarán su ponderación según las precisiones que se desarrollarán a continuación.

## 2. Definición de bien colectivo

### 2.1. En la teoría de los principios

Alexy construye la definición de bien colectivo desde las propiedades lógicas que posibilitan una relación entre los derechos individuales y los bienes colectivos. La razón es que solo con esta vinculación podrá aplicarse el principio de proporcionalidad en caso de colisión. Tan solo en la medida en que los derechos tengan el carácter de mandatos de optimización, pueden ser restringidos cuando entran en colisión con otros derechos<sup>477</sup>.

Ya en el camino de definir el bien colectivo, reconoce las dificultades que esto entraña, por lo que presenta ejemplos de bienes colectivos: la seguridad interna y externa, la prosperidad de la economía, *la integridad del medio ambiente* y un alto nivel cultural<sup>478</sup>.

Para avanzar en la definición, entiende que hay que distinguir tres aspectos:

- 1) La estructura no distributiva de los bienes colectivos,
- 2) su estatus normativo, y
- 3) su fundamentación.

Respecto al primer elemento, explica que: «En todas las disciplinas prácticas se utiliza el concepto de bien colectivo. En las ciencias económicas es donde ha sido analizado con mayor profundidad. Para definirlo, se suele considerar los conceptos del carácter no excluyente de su uso y la no rivalidad de su consumo». Así, la seguridad colectiva es un caso relativamente claro de un bien colectivo porque, primero, nadie (más exactamente: nadie que se encuentre en el respectivo territorio) puede ser excluido de su uso y, segundo, el uso por parte de *a* no afecta ni impide el uso por parte de *b*<sup>479</sup>.

476 Alexy, 2012, p. 91.

477 Alexy, 2004, p. 185.

478 Alexy, 2004, p. 186.

479 Alexy, 2004, p. 186.

Observa, sin embargo, que, para el análisis económico, ambas características traen consigo numerosos problemas que no interesan cuando lo que se busca es una definición que sea contrapartida de los derechos individuales.

Formula así su noción:

Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, *fáctica o jurídicamente*, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos<sup>480</sup>.

La indivisibilidad es un rasgo distintivo del bien colectivo, de su carácter no-distributivo, y que se refiere tanto a la dimensión fáctica como a la jurídica del bien; en este último caso nadie tiene derecho a excluir a otro de su disfrute.

Respecto al segundo elemento, el estatus normativo parte de considerar que el carácter no-distributivo no es suficiente para la definición de bien colectivo en tanto es aplicable tanto a bienes colectivos como a males colectivos; da por ejemplo una alta tasa de criminalidad, análogamente se puede agregar la contaminación atmosférica o el calentamiento global, por lo que corresponde precisar qué lo diferencia.

Identifica tres fundamentaciones de bien colectivo: antropológica, axiológica y deontológica. La primera pondera el interés que el bien tiene para la sociedad por sobre los individuos; la segunda, el valor social que representa el bien; y la tercera, cuando su creación y conservación está jurídicamente *ordenada*.

Considera que todas estas argumentaciones son utilizadas en forma intercambiable, pero que la deontológica es la definitoria. Los intereses y valores pueden ser fundamentaciones para que algo sea un bien colectivo jurídicamente relevante, pero:

Para convertirse en un bien colectivo de un sistema jurídico, el interés puramente fáctico tiene que transformarse en un *interés jurídicamente reconocido* y, en este sentido, justificado. Pero, un tal interés justificado no es otra cosa que algo cuya persecución está ordenada *prima facie* o definitivamente. Con ello, el interés adquiere un status normativo<sup>481</sup>.

De ninguna forma Alexy desconoce los valores ínsitos en los bienes colectivos, son ellos los que fundamentan su estatus jurídico. Pero únicamente reconocido como interés jurídico, posibilitará resolver una colisión que supone la tensión entre mandatos jurídicos. Si se adopta solo la perspectiva axiológica, entonces una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos es una colisión entre cosas categorialmente diferentes.

480 Alexy, 2004, p. 187.

481 Alexy, 2004, p. 187.

Aplica un argumento que sustenta su pensamiento: la teoría de los principios permite aprehender en un lenguaje deontológico todo lo que puede decirse en una terminología axiológica. Para concluir que: «Si se tiene en cuenta, además, que las respuestas a cuestiones de derecho dicen qué es lo que está ordenado, prohibido y permitido, entonces todo habla en favor de ingresar, para su fundamentación, en el nivel deontológico»<sup>482</sup>.

La referencia de Alexy al carácter *prima facie* o definitivo se refiere al tipo de normas que pueden establecer que algo sea un bien colectivo protegido. Si se establece a través de un principio, se tratará de un precepto que requiere optimización; mientras que, si se trata de una regla, es un precepto definitivo que se cumple o no se cumple.

En consecuencia, propone el siguiente esquema lógico:

X es para el sistema jurídico S un bien colectivo si X es no-distributivo y la creación o conservación de X está ordenada *prima facie* o definitivamente por S.

Sobre el estatus normativo, la doctrina nacional, especialmente Lorenzetti y Lorenzetti, coinciden en la necesidad del reconocimiento legal del bien colectivo<sup>483</sup>.

Volviendo a la figura referida por Alexy de los males colectivos que, al igual que los bienes colectivos, poseen carácter no-distributivo, y la necesidad de que los bienes colectivos requieran de estatus normativo para adquirir tal condición, puede agregarse que, ante una pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), qué duda cabe de que es un mal colectivo, pero el interés justificado que fundamenta las medidas de protección sanitaria es la salud pública como bien colectivo reconocido que exige esa protección por parte de los Estados. La contaminación atmosférica o el calentamiento global también son males colectivos, que numerosas reglas jurídicas procuran reducirlos o eliminarlos a fin de proteger la sanidad o equilibrio del bien colectivo aire o clima, reconocido como bien colectivo por numerosas disposiciones nacionales e internacionales. El estatus del bien colectivo deviene de ese estado de cosas valiosas reconocido normativamente por la Constitución, por los tratados internacionales o las leyes y a los que se dirigen las medidas de protección.

Al respecto, se aclara con acierto que el potencial lesivo múltiple o peligro colectivo no puede cualificar al bien como colectivo, sino solo al peligro, el cual puede afectar una pluralidad de bienes individuales o a un bien colectivo<sup>484</sup>.

Finalmente, el tercer elemento de la definición es el de la fundamentación de los bienes colectivos, que para Alexy queda subsumido en la fundamentación de la norma;

482 Alexy, 2004, p. 188.

483 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 84.

484 Pérez-Sauquillo Muñoz, 2017, p. 16.

es el constituyente o el legislador el que establece el interés o valor colectivo a proteger. Considera aconsejable definir el concepto de bien colectivo –al igual que el derecho individual– sin hacer referencia a la fundamentación, que conduciría a problemas complejos, por lo que concluye que *algo será un bien colectivo en un sistema jurídico cuando una norma válida así lo establezca y constituya un bien no-distributivo*<sup>485</sup>.

No obstante, en el punto 4.3. del presente Capítulo se vierte la fundamentación desarrollada por la CSJN. En las leyes de presupuestos mínimos, el legislador nacional frecuentemente introduce la fundamentación del valor colectivo a proteger, como se expone en el punto 4.4. de este Capítulo.

Entonces, la teoría de los principios comprende como principio de derecho fundamental a los bienes colectivos constitucionalizados. Dichos bienes pueden ser definidos como aquellos intereses generales reconocidos en la Constitución que se caracterizan por no poder ser distribuidos entre individuos particulares y por tener un contenido material cuyo cumplimiento debe ser realizado en la mayor medida posible. La proporcionalidad no solamente se aboca a valorar conflictos entre derechos individuales fundamentales, sino que también tiene un rol en la valoración de derechos sociales fundamentales y de bienes colectivos constitucionales<sup>486</sup>.

## 2.2. La cuestión doctrinaria sobre los bienes colectivos o supraindividuales

Pérez-Sauquillo Muñoz<sup>487</sup> trata las diferentes posiciones doctrinarias sobre los bienes supraindividuales o colectivos. Explica que la terminología sobre estos últimos es muy variada, siendo denominaciones frecuentes, además de la referidas, la de comunitarios, generales, universales, sociales, intereses difusos o difundidos, intereses generales, etc.

Observa que la diferenciación entre bienes individuales y supraindividuales no es tarea sencilla, distinguiendo dos posiciones al respecto: la restringida o moderada y la amplia.

En la concepción moderada, dentro de la cual ubica a Alexy, el criterio de distinción se centra sobre el carácter no-distributivo y el estatus normativo que requiere el bien colectivo frente a los bienes individuales. Este rasgo diferenciador exige que sea conceptualmente, real o jurídicamente, imposible dividir el bien en partes y asignar estas a los individuos como porciones. Si, por el contrario, el supuesto bien jurídico supraindividual es susceptible de ser reducido a bienes individuales, es decir, si no es más que la suma de tales bienes elevada a una abstracción, se señala por parte de estos autores que es un bien jurídico (supraindividual) aparente o de un *pseudo-bien*

485 Alexy, 2004, p. 188.

486 Portocarrero Quispe, 2017.

487 Pérez-Sauquillo Muñoz, 2017.

jurídico colectivo. Esto último sería el caso de los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos reconocidos en Halabi (CSJN, 2009a).

La concepción amplia, por su parte, comprende en la categoría de bienes colectivos aquellos que desempeñan una función social general para toda la comunidad, incluyendo los que cumplen una función social para un grupo o colectivo. En esta concepción, la identificación de los bienes jurídicos supraindividuales se realiza conforme al rasgo de la titularidad colectiva y los intereses colectivos a los que sirven.

Pérez-Sauquillo Muñoz, que adhiere a la posición moderada, reconoce que determinar cuándo un bien jurídico supraindividual se puede dividir o no se puede dividir no es una tarea fácil.

El medio ambiente y el patrimonio histórico, cultural y artístico superarían holgadamente esta prueba de la no-distributividad, pero en relación con otros objetos, como la salud pública o algunos de los bienes basados en la seguridad, la cuestión resulta sin duda más problemática, pudiendo defenderse conceptualmente la existencia de dimensiones indivisibles –es decir, auténticamente supraindividuales– del bien jurídico.

Concluye que la concepción moderada sobre la indivisibilidad es la más convincente, pero entiende que no debe excluirse como colectivos aquellos bienes pertenecientes a grupos o comunidades.

Esta breve referencia sobre la discusión sobre bienes colectivos se justifica para avanzar sobre cómo es entendido el bien ambiente en el sistema jurídico argentino. ¿Será la indivisibilidad y el estatus normativo el criterio predominante? o ¿será la titularidad colectiva la que los define? Estos interrogantes imponen un análisis de la realidad fáctica para luego considerar la recepción constitucional y la interpretación de la CSJN.

### 3. El bien colectivo ambiente desde la perspectiva fáctica

Se expresó que un bien es colectivo cuando es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Sobre la indivisibilidad del bien ambiente es pertinente analizar su causa fáctica. Bien dice Sozzo que «el Derecho ambiental desde sus orígenes siempre ha estado basado muy fuertemente en los avances de las ciencias de la naturaleza (y la ecología)»<sup>488</sup>.

En efecto, es la ciencia ecológica la que aportó al conocimiento de la realidad ambiental como realidad distintiva, centrando su estudio en el ecosistema. El ecosistema se considera como una comunidad ubicada en un lugar físico, el hábitat, en el que todos están relacionados, los seres vivos (biota o elementos bióticos) y los inertes

488 Sozzo, 2018.

(abiota o elementos abióticos). Las relaciones entre las especies y su medio resultan del flujo de materia y energía del ecosistema. La complicada dinámica de un ecosistema representa una cadena de interacciones entre todos los seres vivos e inertes que lo integran, a través de las cuales crean mecanismos de adaptación, transformación y autorregulación. Esto determina la importancia de su preservación integral, a fin de que no se rompa la cadena vital, dentro de la cual se encuentra el ser humano que lo habita.

El concepto científico de ecosistema fue evolucionando con la introducción de las actividades humanas. Así, la ecología humana, como una etapa reciente de esta ciencia, trata de las relaciones entre las personas y el medio ambiente.

Marten, uno de los principales cultores de la ecología humana, expresa: «La ecología es la ciencia de las relaciones entre los seres vivos y su medioambiente. La ecología humana trata de las relaciones entre las personas y el medioambiente. El medio ambiente, en la ecología humana, se percibe como un ecosistema». Explica, entonces, qué es desde esta perspectiva un ecosistema:

Un ecosistema es todo lo que existe en un área determinada –el aire, el suelo, el agua, los organismos vivos y las estructuras físicas, incluyendo todo lo construido por el ser humano. Las porciones vivas de un ecosistema –los microorganismos, las plantas y los animales (incluyendo a los seres humanos)– son su comunidad biológica<sup>489</sup>.

El ecosistema proporciona servicios al sistema social transportando materia, energía e información para satisfacer las necesidades de las personas. Estos servicios ambientales incluyen el agua, combustibles, alimentos, materiales para confeccionar vestimentas, materiales de construcción, y oportunidades de recreo. A su vez, las personas utilizan la energía para modificar o crear ecosistemas, intercambiando materiales dentro de ellos, o entre unos y otros. La materia, energía e información se mueven del sistema social al ecosistema como consecuencia de las actividades humanas que ejercen algún impacto sobre el ecosistema:

- 1) Las personas afectan al ecosistema cuando utilizan recursos como agua, peces, madera, y tierras de pastoreo.
- 2) Después de utilizar los materiales de los ecosistemas, las personas los devuelven como desechos.
- 3) Las personas modifican o reorganizan intencionalmente los ecosistemas existentes, o crean nuevos, para satisfacer sus necesidades de la mejor manera posible.

489 Marten, 2001, cap. 1.

Entonces, la especie humana es, de hecho, la especie que, más que cualquier otra, puede cambiar el entorno que la rodea, hay que comenzar precisamente a partir de ella para encontrar soluciones prácticas y sostenibles<sup>490</sup>.

El equilibrio es el estado estable de un ecosistema, en el que su composición e identidad permanecen generalmente constantes a pesar de las variaciones en las condiciones físicas y la estructura de la comunidad biótica. El equilibrio de los ecosistemas puede romperse por perturbaciones, sucesos adversos que afecten su composición.

Para describir cómo responde un ecosistema ante una perturbación, se usan dos parámetros: *la resistencia y la resiliencia*. La capacidad de un ecosistema para permanecer en equilibrio, a pesar de las perturbaciones, se llama resistencia. La rapidez con la que el ecosistema recupera su equilibrio después de una perturbación es su resiliencia.

La resistencia y la resiliencia de un ecosistema son importantes cuando se consideran los efectos de las perturbaciones provocadas por la actividad humana. Si una perturbación es lo suficientemente grave, puede cambiar al ecosistema más allá del punto de recuperación y llevarlo hasta donde ya no es resiliente. Una perturbación de este tipo puede conducir a una alteración permanente o a la pérdida del ecosistema.

Marten precisa que la resiliencia y el desarrollo adaptativo –como habilidad de los sistemas sociales de ajustarse a cambios– son importantes porque el desarrollo ecológicamente sustentable no es simplemente cuestión de un armonioso balance con el medio ambiente. Evitar el daño a los ecosistemas es absolutamente fundamental para el desarrollo sustentable, pero no basta. La sociedad humana cambia constantemente, y lo mismo hace el medio ambiente. El desarrollo sustentable requiere de cierta capacidad para afrontar estos cambios. La resiliencia y el desarrollo adaptativo son la llave para lograr esta capacidad<sup>491</sup>.

Este es un aspecto de indudable incidencia en el examen fáctico de las medidas, la idoneidad de estas debe responder a los cambios y a las adaptaciones sobrevinientes. La sustentabilidad será posible mediante la comprensión de la esencial interdependencia de la sociedad humana y el ambiente natural, actuando aquella sobre el sistema natural en el margen que le permite su resiliencia y procurando su desarrollo adaptativo.

El concepto integrado de ecosistema desmonta teorías previas que diferenciaban la actividad humana de la naturaleza y desvinculaban la una de la otra. De esta manera, al compartir el mismo espacio y asumir la influencia mutua, puede decirse que el concepto de ecosistema sitúa al hombre y a la naturaleza en un mismo plano. La acción de uno afecta al otro, y viceversa. De sus interacciones armónicas depende el desarrollo humano.

490 Valera, 2019.

491 Marten, 2001, cap. 11.

Es ahí donde se percibe la indivisibilidad que caracteriza al ambiente: las interacciones no pueden ser descompuestas ni desgajadas sin desbaratar su funcionamiento como un todo, en el que los elementos que lo componen se expresan en un equilibrio dinámico. Lo estático es ajeno a la realidad ambiental.

En síntesis, una realidad compleja en interacción permanente configura el ambiente como bien colectivo, el cual responderá al mantenimiento del equilibrio o estabilidad del ecosistema, tal como expresa Navarro Soto:

[...] las ciencias naturales han puesto de relieve el carácter sistémico del ambiente natural (ecosistema), en cuanto conjunto organizado de elementos abióticos o mediales (aire, agua, suelo) y bióticos (flora, fauna), interrelacionados y en un equilibrio dinámico, de modo que cualquier afección a un subsistema repercute en los demás (co-dependencia funcional), disponiendo de mecanismos para compensar, dentro de ciertos límites, las perturbaciones externas. La constatación de las graves consecuencias que para el propio sistema social tiene un impacto en los factores ambientales superior a su capacidad de autorregeneración ha conducido a que la doctrina más reciente conceptúe el bien jurídico en torno al mantenimiento del equilibrio o estabilidad del ecosistema<sup>492</sup>.

Así, Moyano profundiza las dimensiones entrelazadas en el bien protegido:

El fin del derecho ambiental es resguardar el equilibrio dinámico en el que naturaleza y la cultura existen. La nota característica de este derecho es la nueva visión de interdependencia con que se percibe y explica la vida, en un desarrollo sostenible sin comprometer el futuro y en consideración de las necesidades presentes<sup>493</sup>.

## 4. Estatus jurídico del bien colectivo ambiente

### 4.1. La asimilación jurídica de la complejidad ecosistémica

Además de la indivisibilidad, la definición del bien colectivo requiere del estatus normativo, en tanto, si bien no hay duda sobre el interés que para la sociedad tiene el ecosistema ni del valor que representa para mantener y sustentar el desarrollo humano, para que su protección sea *ordenada* necesita ingresar a la dimensión del *deber ser*.

492 Navarro Soto, 2005, p. 911.

493 Moyano, 1990, p.12.

Este proceso requiere la abstracción jurídica de la compleja realidad ambiental para conformar el supuesto de hecho de la norma jurídica.

Cano observa claramente el proceso de elaboración de la norma ambiental en el traslado al campo jurídico de los principios que gobiernan el orden físico y social, lo que configura una norma jurídica «orientada al entorno como un conjunto global, tomando en cuenta los ecosistemas integralmente»<sup>494</sup>.

El supuesto de hecho o ámbito protegido de la norma ambiental deberá conjugar sistemas diversos: por un lado, el sistema natural que se preserva con sus propias leyes naturales, algunas todavía desconocidas; por el otro, el sistema económico-social que se beneficia de aquel y que, a la vez, puede intervenirlo o alterarlo, para luego establecer la consecuencia jurídica, que estará dirigida a los sujetos que operan en el sistema económico-social.

La norma jurídica resultante comprenderá los bienes, situaciones jurídicas o conductas que conformarán el supuesto de hecho, y las medidas que se imputarán con forma de autorización, permisión u obligación.

La imputación se encuentra fundamentada desde la filosofía y la ciencia del derecho:

Mucho antes que Kelsen, Kant ya había concebido, en los *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, que solo la persona puede ser susceptible de imputación por sus acciones, no así la naturaleza o las cosas, pues la naturaleza se rige por otro tipo de leyes, muy distintas a las leyes de la libertad creadas por los hombres; pero legítimamente corresponde el mérito a Kelsen, mucho tiempo después, de haber podido formular el principio de imputación-atribución que orienta la explicación de las ciencias normativas, y no solo al derecho<sup>495</sup>.

La CSJN da cuenta de la evolución jurídica de este proceso en esta consideración:

La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino

494 Cano, 1974, p. 915.

495 Vázquez Esquivel, 2010, p. 97.

los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente (La Pampa, 2017a).

Se expresa que, con el fallo La Pampa (2017a), la Corte rompió con el modelo antropocéntrico<sup>496</sup>, pero más que romperlo definió con claridad que el bien colectivo ambiente está en el centro del sistema de la sustentabilidad e irradia a todo el sistema jurídico.

#### 4.2. Definición de bien colectivo conforme la CSJN

La CSJN define los bienes colectivos en la causa Halabi (2009a):

[...] la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este *pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna*. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

Este enunciado jurisprudencial es una norma de derecho fundamental precisante de los bienes colectivos constitucionalmente protegidos. Dada su importancia en relación con el bien ambiente, corresponde someterlo a análisis.

La Corte comienza por señalar que el bien colectivo pertenece a toda la comunidad para, inmediatamente, incorporar a la indivisibilidad como rasgo esencial de este. Esa indivisibilidad es tanto fáctica como jurídica; esta última cuando dice que en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. Para despejar toda duda sobre la naturaleza colectiva de ese bien, precisa que no lo es en virtud de la existencia de una pluralidad de sujetos, «sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva». Entiende necesario descartar

496 Peña Chacón, 2020.

la indeterminación circunstancial de sujetos plurales: «... estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible». Por si fuera poco, excluye también la idea de copropiedad o comunidad en sentido técnico, ya que ella importaría la posibilidad de la extinción del régimen de cotitularidad. Entonces revela el porqué de su naturaleza colectiva: «Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno». Dos esferas diferentes comprenden los derechos constitucionales, una individual y otra social, en esta última residen los bienes colectivos.

Se advierte que el criterio de indivisibilidad y no exclusión de la teoría de Alexy está presente en la definición realizada por la CSJN. Pero hay algo más, la barrera de cristal que se establece a nivel doctrinario sobre la definición del bien colectivo, ya sea desde la característica de indivisibilidad, para unos, o de su titularidad colectiva, para otros, es traspasada por la doctrina de la CSJN cuando ubica estos bienes en la esfera social y, consecuentemente, reconoce su titularidad comunitaria. Esta última es la posición de derecho fundamental conforme lo tratado en el Capítulo 4.3.1.

Respecto al bien ambiente, esta doctrina ha sido reiterada por la CSJN en muchos fallos, en Mendoza (2006c; 2008b), en Kersich (2014a), La Pampa (2017a), Mamani (2017b), Barrick (2019a), Laguna La Picasa (2019d), entre otras.

En conclusión, para la Corte, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible.

Se puntualizan las siguientes referencias que la CSJN realiza sobre las condiciones fácticas y temporales del bien ambiente:

1) Respecto al equilibrio ecosistémico de sus componentes, ha dicho:

Así desde el punto de vista jurídico, lo más importante de este concepto (ciclo hidrológico) es que demuestra que el ambiente y, como es del caso, los cursos de agua que lo componen no son una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio (La Pampa, 2017c).

2) Respecto de perspectiva intertemporal, en la causa Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgala (CSJN, 2012c), dijo:

Hay un deber constitucional de garantizar que las generaciones futuras puedan seguir gozando de bienes ambientales, ello hace que toda decisión administrativa tenga en cuenta una serie amplia de perspectivas suficientes como para poder considerar todos los aspectos involucrados. Nadie puede disponer de estos bienes basado en su mero arbitrio.

Este deber constitucional se halla claramente en juego en un caso como el presente, en el que la obra emprender tendrá un impacto económico, social, ambiental extraordinariamente relevante por muchos años, lo cual justifica que se haga un análisis meditado.

3) En relación con la función de resiliencia de los ecosistemas, en Kersich (2014a):

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.

También establece que el agua potable es un bien colectivo, siendo también una norma precisante del derecho fundamental al ambiente.

4) En relación con la perspectiva espacial del bien colectivo ambiente, en Mendoza (2015b), comentando la LGA, expresa:

Asimismo, dicha norma considera que en la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de los asentamientos humanos se deberá considerar en forma prioritaria la vocación de cada zona o región, la naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas y la conservación y protección de ecosistemas significativos (artículo 10, incisos a, c y e).

5) También afirma su indivisibilidad a pesar de las divisiones territoriales provinciales:

En él sub-examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de «compatibilización», que no es una tarea «natural» (porque ello significaría, «obligar» a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente «cultural» (CSJN, 2017c).

Finalmente, Cafferatta sintetiza con gran precisión la relación del bien ambiente y el respectivo derecho de incidencia colectiva:

Es decir que el derecho ambiental, es un derecho de incidencia colectiva, referido al bien colectivo ambiente, que se ubica en la esfera social de los individuos, siendo de pertenencia supraindividual. Los bienes colectivos, se caracterizan por presentar una estructura no distributiva –y, por lo tanto, no exclusiva ni excluyente de su uso y la no rivalidad del consumo–, son de imposible división en partes para otorgárselos a los individuos, y la creación o conservación de los mismos, está ordenada normativamente *prima facie* o definitivamente (para seguir la doctrina brillantemente expuesta por R. Alexy, y en nuestro país, Ricardo Lorenzetti)<sup>497</sup>.

### 4.3. El bien colectivo y los diferentes grados de protección

El bien colectivo puede ser definido *prima facie* o definitivamente según lo establezca un principio o una regla. Su amplitud inicial, o *prima facie*, es muy vasta; luego adopta un contenido, efectivamente garantizado, en la regla definitiva.

El máximo nivel de amplitud del bien colectivo ambiente se encuentra en la propia Constitución Nacional, con forma de norma tipo principio, para adquirir mayor determinación en las normas adscriptas.

La norma precisante por excelencia es la LGA, que establece entre sus objetivos una relación entre las dimensiones ecológicas, económicas, culturales y sociales del bien ambiente. La CSJN (Mendoza, 2015b) realiza una descripción del bien protegido y de sus condiciones conforme esta ley:

Que la ley 25.675 vincula la protección de los recursos ambientales con las diferentes actividades antrópicas (artículo 2); menciona a los «sistemas ecológicos» (artículo 20, inc. e); la protección de la «sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo» (artículo 2º, inc. g) la prevención de las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de «los sistemas ecológicos» (artículo 6º) y el equilibrio de los ecosistemas (artículo 27).

La LGA, cuando 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 (art. 27), da cuenta de los componentes del bien colectivo.

Esta norma se comunica con el art. 240 del CCyC cuando dispone que el ejercicio de los derechos individuales no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores cultura-

497 Cafferatta, 2014.

les, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Esta norma abstrae las dimensiones espaciales y temporales, como las interacciones entre los componentes del bien colectivo.

Ya en el nivel de las reglas se establecen mayores detalles del bien colectivo a proteger. Es el caso de la Ley 26639 de protección de los glaciares y del ambiente periglacial que define a los glaciares:

[...] como toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua.

También define al ambiente periglacial conforme su localización: «... siendo en la alta montaña el área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña, al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo» (art. 2).

La norma fundamenta el estatus del bien protegido cuando expresa «con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico» (art.1). Para los ambientes periglaciares, reconoce su función de regulación de los recursos hídricos.

En el mismo sentido, la norma de protección de los bosques nativos, Ley 26331, los define como:

[...] los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea –suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos–, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica (art. 2).

La norma fundamenta el estatus normativo de este bien colectivo describiendo las interacciones con el sistema social al definir los servicios ambientales como los

beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos (art. 5).

#### 4.4. Integración del bien ambiente

El ecosistema, natural y socioeconómico, comprende variados elementos constitutivos y conforma un todo. Desde la perspectiva de la esfera social, no hay exclusión en la titularidad y ejercicio del derecho al ambiente y los sistemas que lo componen; aunque pueden existir otras esferas jurídicas que se constituyan en torno a ellos.

Esain interpreta:

El ambiente resulta ser un bien jurídico complejo, pues sintetiza varios sistemas dentro de sí. La clásica técnica decimonónica que dividía las «cosas» en «categorías» en esta disciplina tendrá un lugar secundario, pues primariamente el bien se compone de «sistemas», conformando estructuras, inmersas en «entornos», todo en idioma estructuralista. Estos sistemas son: aire, agua, suelo, flora y fauna, patrimonio natural y cultural y además conforman diferentes estructuras que se pueden resumir en enfoques diversos como ambiente urbano y ambiente natural<sup>498</sup>.

En las causas La Pampa (2017c) y La Picasa (CSJN, 2019d), la Corte distingue entre el macro bien ambiente y los micro bienes que lo integran, que, si bien lo hacen en relación con el agua, adquieren la condición de bien colectivo por su función ecosistémica, como lo sostuvo en Kersich (2014a), participando de la misma condición de indivisibilidad y pertenencia comunitaria.

Así, en la causa Ejército Argentino (2019e), comentando la legislación sobre áreas protegidas de la provincia de Mendoza, introduce los conceptos de macro y micro bienes:

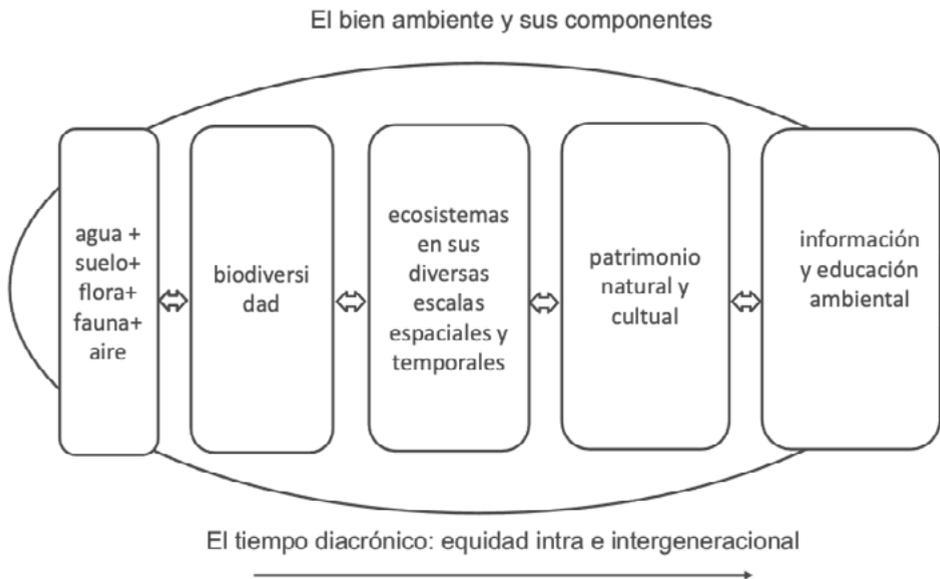
Las áreas especialmente protegidas, constituyen ecosistemas –incluyendo cuencas hidrográficas como recursos hídricos, art. 33, de la ley 6045– representativos de ambientes diversos o de la naturaleza (macro bien del derecho ambiental) y de sus microcomponentes, a saber: flora, fauna, paisaje, humedales, glaciares y material arqueológico y paleontológico –de los servicios ambientales y valores culturales asociados– que se deben conservar o preservar en estado inalterable –en su condición

498 Esain, 2016, p. 1.

actual-, a largo plazo, para beneficio y goce de las presentes y futuras generaciones (conf. art. 4º, de la ley 7422).

Si los arts. 41 y 43 se interpretan juntamente con los artículos de la LGA y el CCyC, el bien ambiente se representa así:

**Figura 12. El bien colectivo ambiente y sus micro bienes**



Esta segmentación del bien colectivo ambiente es didáctica, en tanto cada componente lo es por su función con el sistema ambiental, con el cual interactúa inescindiblemente. El bien colectivo comprende el sistema natural y el sistema social en su interdependencia en un espacio definido y en un tiempo diacrónico.

En definitiva, el estatus normativo del bien colectivo se erige como algo funcional en el que el mantenimiento de las interacciones ecosistémicas que lo definen constituye la condición y límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes individuales. Sin embargo, como se analiza en el Capítulo 3.4.3., dicha precedencia resultará condicionada a las comprobaciones fácticas de la afectación.

La Corte, en Kersich (2014a), considera fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

A partir de una concepción integral del bien ambiente, el aspecto funcional recogido en estas normas comprende también los valores culturales y los bienes inmateriales, esenciales para el desarrollo humano.

#### 4.5. La regulación sistémica y la dualidad de derechos

Conforme la Corte, el ambiente es un bien colectivo de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible. Sin embargo, respecto de algunos de los elementos del bien ambiente, se confieren derechos individuales. Así, se confieren concesiones para el uso del agua, para la explotación minera, etc., en condiciones de exclusividad.

Rosatti aporta un entendimiento sobre este asunto cuando considera que el ambiente enmarca en la noción de universalidad jurídica, en la que el conjunto de bienes parciales que la integran adquiere o se reviste de una naturaleza jurídica diferente de la que representaba unitaria y originariamente; pero aclara que «considerar al ambiente como una universalidad no supone invalidar las regulaciones específicas sobre algunos de sus elementos»<sup>499</sup>.

Se toma la idea de universalidad jurídica como una metáfora para explicar la correlación de derechos individuales sobre bienes divisibles comprendidos en un bien indivisible de pertenencia comunitaria, sin que aquellos queden despojados de su naturaleza jurídica.

En efecto, para distinguir la naturaleza del derecho al ambiente con los derechos de uso individual, se debe aplicar el criterio de indivisibilidad. Entonces, si se toma a alguno de esos elementos sin su función sistémica, se estará ante un bien divisible susceptible de aprovechamiento individual. Cuando el mismo bien se aprecia en su función ecosistémica, como componente del ambiente, se estará ante un bien de titularidad colectiva.

Es indudable que lo ambiental es conexo al ejercicio de estos derechos. Entonces, ¿cómo se compatibiliza la relación entre derechos sobre bienes individuales y sobre bienes colectivos?

La CSJN, en Kersich (2014a), La Pampa (2017a), Barrick (2019a), Laguna de la Píscara (2019d), aborda esta cuestión cuando distingue que la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Luego pasa, en el actual paradigma jurídico, a una regulación eco-céntrica, o sistémica, que no tiene en cuenta

499 Rosatti, 2004, pp. 46-47.

solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.

Así, la regulación sistémica comprende ambas relaciones, la individual y la colectiva, pero –aunque puedan referirse a los mismos elementos de la naturaleza– son categorías jurídicas de bienes que remontan a principios de derecho fundamental también diferentes. Esto supone que un régimen jurídico sistémico contiene disposiciones que conjugan o compatibilizan estas relaciones. De tal modo, el bien colectivo agua, cuando reúne el estatus jurídico de tal, no es susceptible de ningún derecho individual, pertenece a la sociedad y debe ser preservado. Por su parte, cuando se concede para la satisfacción de intereses individuales, su ejercicio nunca podrá alterar la sustentabilidad del ecosistema al que pertenece (art. 240 CCyC), por lo que su regulación sistémica deberá responder a la preservación de esta condición.

Sobre la compatibilización de derechos, se remite al Capítulo 3.4.3.

#### **4.6. La alteración relevante: el daño ambiental**

El Código Civil y Comercial establece que el ejercicio de los derechos sobre bienes individuales «no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial» (art. 240).

Entonces, el ejercicio de un derecho individual se restringe ante la sustentabilidad del ecosistema; la norma es precisa en sus expresiones, ordena preservar el funcionamiento y la sustentabilidad de cada bien colectivo como integrante del ecosistema –los ecosistemas de la flora, la fauna, etc.–, de modo tal que se advierte la diferente categoría de derechos, la individual y la colectiva.

La referencia legal a la no afectación requiere ser interpretada conforme a la definición de daño ambiental del art. 27 de la LGA, norma a la que reenvía el mismo art. 240 *in fine* del CCyC cuando establece que esa afectación debe ser según los criterios previstos en la ley especial.

La responsabilidad por daño ambiental tiene jerarquía constitucional, y supone que el ejercicio del derecho sobre el bien colectivo se encuentra afectado o amenazado. Desde esta perspectiva, un conjunto de normas adscriptas precisa en qué circunstancias esta afectación será generadora de responsabilidad.

Las regulaciones, al conceptualizar el daño ambiental, exigen que la afectación al bien colectivo ambiente sea significativa, relevante, grave, negativa o adversa. Sobre el significado de la alteración relevante, ver Capítulo 3.4.2.2.

## 5. Los derechos sobre los recursos naturales y el principio de utilización racional como principio de la sustentabilidad

### 5.1. El dominio originario: competencia de configuración de los derechos fundamentales

Definido el bien colectivo ambiente y efectuada la distinción con los derechos que pueden recaer sobre sus componentes, es esencial considerar cómo actúan los principios formales competenciales según sea el bien protegido por el derecho, sobre todo cuando a los recursos naturales se refieren.

Existe en la Constitución una estrecha relación entre el ambiente y los recursos naturales, relación que es puesta en evidencia por Rosatti cuando sostiene que:

[...] el art. 124 de la Constitución Nacional sobre el dominio originario provincial sobre los recursos naturales debe vincularse inexorablemente con el art. 41, pues se trata de normas complementarias. El art. 124 habla del dominio de los recursos naturales, el art. 41 habla de los criterios de utilización de esos recursos. Y en ambos se habla de la relación Nación-Provincias<sup>500</sup>.

Pero esa vinculación no debe conducir a una confusión, Pigretti define el campo del derecho de los recursos naturales señalando que:

[...] el estudio de las relaciones entre el hombre y la naturaleza, desde el punto de vista económico, han quedado preferentemente encerradas en lo que antes se denominaba derecho agrario y minero y que ahora, a instancias de un proceso de modernización que se ha desarrollado particularmente en nuestro país, se denomina derecho de los recursos naturales, de ahí que de ninguna manera pueda confundirse esta rama del derecho con el Derecho ambiental<sup>501</sup>.

Por lo que el objeto y los contenidos son diferenciables: un bien indivisible conformado por interacciones ecosistémicas de pertenencia comunitaria define al ambiente; un bien aprovechable, susceptible de derechos individuales, define a los recursos naturales.

500 Rosatti, 2009.

501 Pigretti, 1993, p. 47.

A partir de esto, corresponde deslindar la función de ambas normas constitucionales, recurriendo a la distinción entre principios sustanciales y principios formales, aclarando que en el Capítulo 6 se tratan estos últimos con mayor detalle. Expresa Borowski: «Lo más característico de los principios formales es que se otorga, a una persona o a un órgano, la competencia o el poder legal de determinar el objeto de optimización de un principio de derecho sustancial»<sup>502</sup>. Es decir, también son mandatos de optimización en el que el «algo» que ordenan lo es en relación con un principio de derecho fundamental, atribuyendo para ello la competencia respectiva.

Entre las normas de competencia, las normas de configuración adquieren particular importancia. El concepto de configuración se relaciona con la actividad legislativa destinada a reglar el ejercicio de los derechos fundamentales. Alexy expresa: «Las normas de competencia crean la posibilidad de actos jurídicos y, con ello, la capacidad de modificar posiciones jurídicas por medio de actos jurídicos»<sup>503</sup>.

Por su parte, Bernal Pulido precisa que la configuración legislativa de los derechos fundamentales consiste en la actuación del legislador tendiente a hacerlos funcionales, a posibilitar su realización, a trazar procedimientos y a establecer las condiciones necesarias para su ejercicio<sup>504</sup>.

En definitiva, una norma de competencia de tipo configuradora atribuye al legislador la realización del derecho sustancial fundamental.

El concepto de restricción es opuesto al de configuración. La restricción es una norma que restringe o limita las posiciones *prima facie* de un derecho fundamental.

En efecto, Alexy proporciona un ejemplo: conforme la ley fundamental alemana, la libertad de reunión se garantiza cuando es «pacífica y sin armas», por lo que la libertad de reunión, cuando no es pacífica o lo es con armas, no goza de protección, siendo el propio constituyente el que establece la restricción al derecho fundamental<sup>505</sup>.

Las restricciones de un derecho fundamental siempre tienen base constitucional, ya sean establecidas directa o indirectamente por la Constitución o por diversas formas de enunciación que pueden ser tácitas o expresas.

El carácter normativo, tanto de la configuración como de la restricción, motiva acudir a estos conceptos para interpretar los enunciados constitucionales relacionados con la utilización racional de los recursos naturales (art. 41 CN) y el dominio originario sobre estos (art. 124 CN).

502 Borowski, 2016.

503 Alexy, 2012, p. 206.

504 Bernal Pulido, 2014, p. 868.

505 Alexy, 2012, pp. 249-250.

## 5.2. Interpretaciones sobre el dominio originario provincial

Se señala que la noción de dominio originario aparece confusa en sus interpretaciones, las que en ocasiones la identifican con potestades propias del dominio eminente o de la soberanía, o con otras figuras propietarias como los dominios público y privado<sup>506</sup>.

Vera interpreta:

Debo partir de la base de que adhiero a una visión «*propietarista*» del diseño constitucional del dominio público, pero no desde la configuración de este con los parámetros del derecho real de dominio regulado en el Código Civil, sino desde la idea de que la Constitución Nacional previó la existencia de un derecho de propiedad en cabeza de los Estados Provinciales y Nacional, que por su particular función y su eventual uso público general tendrían un tratamiento distinto al dominio civil, y cuya regulación sería posteriormente delineada por las Provincias<sup>507</sup>.

Para Rebase y Carbajales, la gran definición de la Convención Constituyente, al calificar a ese dominio como originario, ha sido adoptar definitivamente el carácter público de los recursos naturales como bloque, *id est*, en tanto conjunto. Ergo, dicha clase de recursos ha pasado a formar parte de ese amplio ámbito que supone la tutela del Estado o del poder público en tanto regulador y legislador sobre sus usos y en beneficio del conjunto social, siendo su principal efecto la titularidad de los Estados provinciales en cuanto a su capacidad para regular intensamente el uso y disposición eventual de esos bienes públicos en beneficio de toda la sociedad. En algunos casos, supondrá facultades de propiedad, en otros solamente de regulación intensa<sup>508</sup>.

Por otro lado, Milani parte de analizar las posiciones de los convencionales constituyentes y no duda de que los inspiró la dimensión económica de los recursos naturales. Para este autor los convencionales aspiraban a obtener el producido económico de los recursos naturales. El constituyente transfirió una cierta facultad, a la que denominó «dominio originario», que no es el derecho real del dominio del Código Civil ni el dominio público del Estado. Concluye que, aunque la reforma constitucional transfirió el dominio originario a las provincias, no en todos los casos transfirió la jurisdicción, que en muchos casos sigue siendo federal. Lo que transfirió es el poder tributario y el poder de policía que implica el otorgamiento de concesiones y permisos, el contralor del ejercicio de estos y, especialmente, el poder de policía ambiental, por aplicación del art. 41 CN<sup>509</sup>.

506 Pinto, Martín, Torchia y Andino, 2011.

507 Vera, 2013.

508 Rebase y Carbajales, 2011.

509 Milani, 2010, pp. 123-147.

En la Convención Nacional Constituyente (1994) se trataron cuestiones relevantes sobre ambas normas. De las actas<sup>510</sup> surgen las siguientes consideraciones:

- 1) Se observó el dictamen de la mayoría sobre el art. 124, señalaron que el enunciado sobre el dominio originario introducía una confusión interpretativa grave.
- 2) El convencional Díaz Araujo impulsó la consideración del dominio eminente (potestas) sobre todos los recursos naturales, y del dominio originario (dominio) sobre los recursos minerales, energéticos y de todos aquellos que supongan la propiedad provincial y la consecuente concesión de sus usos.
- 3) Cuando abordaron el art. 41, algunos señalaron los problemas interpretativos que ocasionaría el concepto de uso racional, sin lograr diferenciarlo del bien colectivo ambiente y mucho menos con el dominio originario.
- 4) Conforme al despacho de la mayoría, respecto al uso racional imperó una idea genérica, vinculada al derroche y dispendio, respecto del cual correspondía una regulación mínima nacional.

Pasando las diversas interpretaciones por el tamiz de la teoría de Alexy y la *posición de derecho fundamental*, se selecciona la elaborada por Pinto, para quien el dominio originario es un dominio inicial, anterior a los regímenes de propiedad derivada, que conforma un derecho de señorío sobre las cosas, a partir del cual el titular de este podrá disponer del destino de las cosas, *conformando* sobre ellas el régimen dominial que sea más útil al interés general<sup>511</sup>.

Pinto explica la competencia de configuración dominial:

Esta concepción, exige entonces diferenciar el contenido del dominio originario de las restantes instituciones dominiales que derivan a partir del primero. Dominio originario importa un derecho de naturaleza real pero nunca un derecho real de dominio regulado por normas civiles, o el derecho real de propiedad sobre las minas regulado por el derecho minero... En todas estas especies de dominios o propiedades derivadas, el contenido del derecho del particular estará dado por la *configuración* y regulación que de tal prerrogativa realice el orden jurídico y el título constitutivo de la misma<sup>512</sup>.

Así, en materia minera está en juego un particular derecho de propiedad regulado por la Nación en el Código Minero, sin perjuicio del cual las provincias se resguardan numerosas normas de procedimiento y de uso para la explotación y aprovechamiento,

510 Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1994.

511 Pinto, 2011, pp. 150 y ss.

512 Pinto, 2011, p. 154.

todo ello conforme la competencia definida por el art. 75 inc. 12 de la CN. Acaecida alguna causal de extinción de estos derechos otorgados en favor de concesionarios de minas, corresponde, en ejercicio del dominio originario, dar vida a los nuevos derechos, disponiendo desde la posición de titular original otras propiedades derivadas hacia los nuevos concesionarios. Es el dominio originario una *competencia conformadora* de derechos de propiedad.

Las figuras de dominio derivado no extinguen al dominio originario, sino que este se mantiene latente, a la espera de renacer efectivamente en el caso de que el derecho derivado se extinga.

Recorre a una figura del derecho civil para explicarlo, expresando que actúa de manera similar al «dominio imperfecto»:

Así, la idea del dominio originario provincial sobre todo recurso natural existente en sus territorios es compatible con las instituciones dominiales –sean estas de naturaleza patrimonial o extracomercio– constituidas sobre diversos recursos en titularidad de particulares o autoridades bajo regímenes de derecho privado, e incluso con dominios públicos que ostenta la autoridad provincial o nacional sobre recursos provinciales. Esta compatibilidad es la que permite que a pesar de que el art. 124 CN expresa el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, tales recursos son «propiedad» de particulares y en ocasión del Estado nacional o sus dependencias<sup>513</sup>.

### 5.3. El dominio originario como competencia configuradora

Aplicado al ordenamiento nacional *la posición* de configuración, resulta que las provincias son titulares de una atribución competencial, siendo el enunciado normativo del art. 124 CN una regla cuyo objeto es la atribución a las provincias de la potestad de configurar los derechos individuales sobre los recursos naturales, trazar procedimientos y establecer las condiciones necesarias para su ejercicio racional.

Es decir, la CN, en su función de organización del sistema federal de gobierno, atribuye a las provincias una competencia conformadora de derechos sobre los recursos naturales, correspondiéndoles dictar las regulaciones constitutivas o modificatorias de situaciones jurídicas que serán establecidas por el ordenamiento jurídico.

La tesis del dominio derivado de Pinto responde plenamente a la competencia de configuración conforme a la teoría de los derechos fundamentales.

<sup>513</sup> Pinto, 2011, p. 152.

#### 5.4. La utilización racional: significado jurídico del enunciado normativo

La consecuencia de la interpretación expuesta es que el art. 124 CN es una norma competencial conformadora de derechos dominiales sobre los recursos naturales. La autoridad local, en ejercicio de su competencia configuradora, establece las reglas destinadas a la realización de estos derechos.

En esa tarea, por mandato constitucional, las autoridades deben proveer a su utilización racional, conforme lo dispone el art. 41, 2 párr., de la CN. Este mandato positivizado se cumple mediante las regulaciones que los titulares de los derechos dominiales deben cumplir.

Entonces, desde la perspectiva teórica se puede plantear si el uso racional está comprendido en el ámbito de protección del derecho de propiedad sobre los recursos naturales o en el del derecho al ambiente.

La respuesta requiere interpretar el significado jurídico del enunciado constitucional y de las normas adscriptas que lo precisan.

La LGA, bajo la denominación de principio de sustentabilidad, establece que el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras, esta norma explicita que la gestión apropiada de los derechos sobre los recursos naturales con el ambiente es un deber para su ejercicio.

Mayor precisión se alcanza con el art. 240 del CCyC cuando establece la regla de compatibilización del ejercicio de los derechos sobre los bienes individuales con los derechos de incidencia colectiva y dispone un límite al ejercicio de aquellos, cual es la no alteración de la sustentabilidad ni del funcionamiento de los ecosistemas del que forman parte.

La interpretación de la regla de compatibilización es que el goce de condiciones ambientales sostenibles opera como presupuesto o precondition del ejercicio de los derechos sobre bienes individuales. Entonces, cuando se trata de los derechos de aprovechamiento sobre los recursos naturales, la compatibilización requiere del uso racional del art. 41 de la CN y la gestión apropiada del ambiente de la LGA. Por lo que, cuando esa racionalidad en el uso se pierde o está en duda su adecuada gestión, el derecho individual entra en colisión con la sustentabilidad, correspondiendo a la proporcionalidad reestablecer la compatibilidad, como se trata en el Capítulo 3.4.3.

Si bien la relación es estrecha, se concluye que la sustentabilidad ordena un uso racional de los recursos naturales, siendo un principio del derecho fundamental al ambiente.

Esto también es conforme con lo resuelto por las Naciones Unidas cuando, al reconocer el derecho humano al ambiente, considera que el uso no sostenible de los recursos naturales interfiere en el disfrute de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible<sup>514</sup>.

Es importante destacar que, en su devenir histórico, la utilización racional como parte de la teoría de los recursos naturales expresa el reconocimiento de la interrelación entre estos. Por ello, Mathus Escorihuela considera que la actual gestión sustentable «no difiere de los fines que postula la Teoría General de los Recursos Naturales desde su aparición, en los estudios e investigaciones extranjeras y nacionales (Perkins Marsh, Gifford Pinchot, Cano, López, Catalano, Pigretti, y Valls, entre otros)»<sup>515</sup>.

## 6. Ponderación de la colisión entre el derecho colectivo sobre bienes culturales y el derecho de propiedad

Interesa analizar el caso Zorrilla (CSJN, 2013), desde la perspectiva realizada por Valicenti<sup>516</sup>, que trata la colisión entre derechos individuales (el derecho de propiedad) y derechos colectivos (de conservación y de acceso al disfrute del patrimonio artístico), aplicando la ponderación para sostener sus conclusiones.

En su análisis considera que existe dificultad para identificar el «caso colectivo», y, por el contrario, observa una tendencia generalizada a tratar los casos según la bilateralidad clásica a nivel de derechos individuales, sin tomar en cuenta el «dato colectivo» involucrado.

Toma para ello el caso Zorrilla (CSJN, 2013), cuyas circunstancias son las siguientes:

La Ley 25.317 declaró como «monumento histórico-artístico nacional» al edificio de la «Casa Mansilla», llamado así por haber constituido la residencia de Lucio V. Mansilla, reconocido escritor y político argentino. Mediante dicho acto legislativo, que reconocía el valor histórico y el valor artístico –por su singularidad arquitectónica–, se calificó al inmueble como «bien cultural», el que quedó sometido al régimen de la Ley 12.665. Esencialmente, ello significaba que el inmueble quedaba sometido a una serie de limitaciones fácticas (no podía ser sometido a reparaciones, restauraciones ni podía ser destruido) y de limitaciones jurídicas (no podía transferirse, gravarse o enajenarse) sin la aprobación o la intervención de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos (art. 4 de la Ley 12.665). Tiempo después de la sanción de la ley, los propietarios iniciaron demanda pretendiendo que se declare la «expropiación irregular» o «inversa» (art. 51 de la Ley 21.499) y se condene al Estado Nacional a abonar la indemnización correspondiente.

514 Naciones Unidas, 2022.

515 Mathus Escorihuela, 2011.

516 Valicenti, 2016.

La Corte hizo lugar a la expropiación considerando que era evidente el estado de deterioro y condenó al Estado a pagar una indemnización.

El autor observa que conforme al fallo se desprenden las siguientes premisas:

a) El Estado es el máximo responsable de la satisfacción del derecho colectivo a la preservación de los bienes culturales.

b) El rol del propietario se reduce al deber de soportar restricciones y limitaciones a su derecho de propiedad sobre el bien cultural, y no se reconocen deberes prestacionales a su cargo.

c) En la colisión entre el derecho fundamental individual de propiedad y el derecho fundamental colectivo de conservación del patrimonio cultural, el derecho de propiedad tiene un peso mayor, lo que produce una relación de precedencia condicionada a su favor, que a su vez genera una regla *iusfundamental* que permitirá subsumir casos similares.

Esto último lo deduce de la escasa responsabilidad que atribuye al propietario sin reconocer a su cargo obligaciones prestacionales, únicamente le atribuye «excepcionales» deberes de abstención: producto de la declaración (calificación) de la cosa inmueble como bien cultural debe tolerar ciertas restricciones al dominio y soportar limitaciones a la celebración de contratos.

Valicenti<sup>517</sup> expresa que, en el Estado constitucional y convencional de derecho, una colisión de este tipo se resuelve mediante un juicio de ponderación (arg. arts. 1 a 3 del CCyC). Luego de explicar las reglas de la ponderación conforme Alexy, concluye que: «En pocas palabras, y según nuestro modo de ver las cosas, no existe el mínimo sacrificio al principio que protege el derecho fundamental de propiedad, lo que habilita a considerar que este ha tenido un «peso» mayor determinante en el juicio de ponderación del caso».

El trabajo de Valicenti indaga con profundidad este derecho colectivo y las condiciones de indivisibilidad y no exclusión de los bienes culturales. Sin embargo, cuando interpreta el fallo Zorrilla, acude directamente a la ponderación, sorteando la secuencialidad del examen de proporcionalidad, comenzando por la idoneidad y la necesidad de la medida de intervención, para recién entonces proceder a ponderar los derechos en colisión.

La primera cuestión, entonces, es si la expropiación tenía alternativas idóneas para satisfacer el derecho de incidencia colectiva. Es muy interesante observar que el fallo trae a colación antecedentes de proyectos de expropiación que destacan el enorme valor histórico del inmueble y que son los antecedentes de la Ley 25317. También considera que la ley nacional de expropiaciones atiende supuestos de expropiación irregular o inversa, tales como el requerido por la actora.

517 Valicenti, 2016.

En cuanto a otras las alternativas, la Ley 25317 considera la de alcanzar un acuerdo entre los propietarios y el Estado. Al respecto, observa la Corte que el Estado nada hizo para alcanzar una solución consensuada, ni antes ni durante el proceso. Por lo que la desecha como medida apta para lograr la satisfacción del bien colectivo.

Más aún, la Corte se vale de informes que describen el estado ruinoso en el que se encuentra la propiedad y que, en los diez años del proceso, las partes han quedado trabadas en un estéril cruce de imputaciones, en el que la «Casa Mansilla» pasó a un segundo plano.

La Corte también precisa que la declaración de monumento histórico artístico no supone por sí misma la expropiación, sino que es la sumatoria de elementos aportados a la causa la que justifica esa solución. Esos elementos «han puesto claramente en evidencia que la expropiación resulta ser en el caso *el único medio apto* para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el artículo 41 de la Constitución Nacional» y las leyes especiales.

Ya en el ámbito del examen de necesidad, que requiere se seleccione el medio idóneo menos lesivo al derecho a restringir, el fallo no descarta otras alternativas, pero las circunstancias fácticas aportan que la medida seleccionada, además de idónea, es necesaria para la decisión ante la situación imperiosa de salvaguardar el patrimonio cultural.

Ante una medida idónea y necesaria, corresponde pasar a la ponderación de los derechos en colisión. Así, la Corte entiende que ambas partes son responsables de esta situación, pero que es al Estado nacional al que corresponde el mayor peso del reproche porque debía cumplir con la manda constitucional de resguardar el patrimonio cultural.

Por lo que la importancia concreta resulta del efecto que la no adopción de la medida expropiatoria tendría en el derecho de incidencia colectiva a proteger –Capítulo 2.4.3. y 2.5.–, resultando que en el caso está acreditado que las consecuencias de la no expropiación, dada las condiciones de abandono y ruina inminente del inmueble, serían graves para el derecho a la preservación del bien cultural.

Por su parte, el mayor peso abstracto corresponde al patrimonio cultural por sobre el derecho de propiedad conforme art 240 CCyC.

La certidumbre es equivalente en ambos derechos, por lo que se anula.

De tal modo, cada variable ponderable se gradúa de la siguiente forma:

1) PRINCIPIO DE PROPIEDAD ( $P_i$ ):

La importancia de la intervención o no satisfacción (extinción del derecho) gradúa como grave  $I_i = 4$

El peso abstracto gradúa como medio  
(derecho individual, art. 240 CCyC)  $W_i = 2$

2) EL PRINCIPIO PRESERVACIÓN PATRIMONIO CULTURAL ( $P_j$ ):

La importancia de la satisfacción  
(si no se aplica la medida, ruina inminente)  
cataloga como intenso o grave  $I_j = 4$

El peso abstracto (bien de incidencia colectiva, art. 240 CCyC)  
cataloga como alto  $W_j = 4$

Llevado a la fórmula de peso, los cocientes respectivos son:

$$P_i = \frac{4}{4} * \frac{2}{4} = \frac{1}{2} (0,5) < P_j = \frac{4}{4} * \frac{4}{2} = 2$$

$$P_i = 0,5 < P_j = 2$$

Por lo que la intervención al derecho fundamental de propiedad es proporcionada, justificada en el mayor peso abstracto del derecho sobre el bien colectivo cultural. Este resultado es muy diferente a la interpretación de Valicenti.

Sin perjuicio de ello, se coincide con Valicenti en que la Corte no impuso ninguna prestación al Estado nacional, tal como ha hecho en causas ambientales, aspecto que justifica algunas de las observaciones de este autor.

# CAPÍTULO 6

## LOS PRINCIPIOS FORMALES Y EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO

### 1. La reconfiguración estatal

Los principios formales se refieren a la organización y a los procedimientos, trazan la arquitectura del poder para la defensa y protección de los derechos sustanciales, comprendiendo los principios democráticos, de división de poderes, el federalismo, los procedimientos administrativos y los procesos jurisdiccionales vinculados a la organización y funciones del Estado.

Al respecto, Gil Domínguez señala que el Estado constitucional de derecho presenta una dimensión de la validez dual. Por un lado, se ubica la validez formal que se vincula con la competencia del órgano y el respeto de las formas de producción del derecho. Por el otro, se encuentra la validez sustancial compuesta por los derechos fundamentales (provenientes de la textualidad constitucional) y los derechos humanos (procedentes de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos)<sup>518</sup>.

Entonces, la dimensión formal es el espacio donde tiene lugar la labor de realización de los derechos sustanciales, de su optimización misma. En este sentido, se recalca que la «dimensión objetiva» de los derechos fundamentales considera que el aparato estatal no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos<sup>519</sup>.

Así, cuando se analiza la estructura operativa del derecho al ambiente en el Capítulo 4, se manifiesta que la evolución de la configuración de la organización debe responder a las prestaciones que demanda este derecho. Por esto, respecto del deber constitucional de las autoridades de proveer a su protección, el art. 5 de la LGA dispone

518 Gil Domínguez, 2009.

519 Tole Martínez, 2006, p. 264.

que todos los niveles de gobierno deben cumplir con los principios de derecho ambiental, impeliendo un proceso de transformación institucional para la conformación de un Estado de Derecho ambientalmente orientado.

En efecto, la reconfiguración estatal analizada desde la evolución de los derechos permite advertir que, frente a los derechos individuales del Estado liberal burgués, un Estado mínimo era suficiente para su defensa, pero con el advenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales se impuso a la autoridad deberes prestacionales que renovaron su papel de garante en forma diferenciada a otros sujetos pasivos obligados<sup>520</sup>. Cuando se incorpora el derecho al ambiente como principio constitucional, la protección de un bien colectivo de titularidad comunitaria exige múltiples prestaciones normativas y fácticas, siendo una demanda compleja que requiere reconfigurar la organización de las funciones del Estado de Derecho para su satisfacción.

Se ha destacado la complejidad de este proceso reconfigurativo:

La capacidad de lo ambiental para converger y yuxtaponerse, su carácter poliédrico y su vis expansiva obligan a un replanteamiento completo del Estado social que lo asuma impregnando las políticas sociales y económicas de componentes ambientales. Se trataría de lograr un Estado social ambientalmente orientado<sup>521</sup>.

Se habla del Estado Ambiental de Derecho como fórmula superadora del Estado Social de Derecho para significar que la preocupación ambiental es un factor determinante de la forma de Estado de nuestros días. Esto no implica solo una apuesta ideológica, sino que supone, sobre todo, importantes consecuencias prácticas que repercuten en los ámbitos sociales y económicos<sup>522</sup>.

En el derecho nacional, fue Quiroga Lavié quien anticipó esta consecuencia a partir de la cláusula ambiental constitucional:

Es tan rico y completo el sistema normativo introducido por el constituyente en la reforma de 1994, regulando tanto la sustancialidad del «ambiente», en función de precisos objetivos de «salud», «equilibrio» y tutela de la «diversidad biológica», así como en relación con su «utilización racional», no solo respecto de los «recursos naturales», sino con expresa inclusión del patrimonio cultural, que bien podemos sostener que estamos en presencia de un verdadero «estado ecológico de derecho», de carácter pleno e integral<sup>523</sup>.

520 Pinto y Andino, 2016, p. 4.

521 Canosa Usera, 2006, p. 16.

522 Comastri y Villalba, 2018.

523 Quiroga Lavié, 1996, p. 950.

Quiroga Lavié toma este concepto de la doctrina alemana (*Wüterberger*) a la vista de una solitaria norma, mucho más escueta que el texto constitucional argentino, incorporada el 27 de septiembre de 1994 a la Ley Fundamental de Alemania a continuación de la norma que caracteriza a esa república federal (art. 20.a)<sup>524</sup>.

En la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental<sup>525</sup>, Río de Janeiro, Brasil, se lo define como:

[...] el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivos y procesales que incorpora los principios del desarrollo ecológicamente sostenible en el Estado de Derecho. El fortalecimiento del Estado de Derecho en materia ambiental constituye la clave para la protección, conservación y restauración de la integridad ambiental. Sin él, la gobernanza ambiental y el cumplimiento de los derechos y obligaciones podrían tornarse arbitrarios, subjetivos e impredecibles.

Esain también explica la necesaria reconfiguración del Estado:

Es importante entonces saber que todo el andamiaje público debe reconsiderarse en cortejo de las pautas internas del derecho al ambiente. Detrás impone y da fuerza a este nuevo desarrollo hermenéutico la estructura de contenidos que rodean al derecho al ambiente de modo integrado: acceso a la información, participación ciudadana, énfasis preventivo, precautorio, progresivo (y no regresivo), entre otros elementos<sup>526</sup>.

Desde esta perspectiva, la Corte IDH, en la Opinión consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017<sup>527</sup>, describe las obligaciones de los Estados, que se sintetizan en la obligación de prevenir daños ambientales significativos; en identificar las principales medidas de prevención y en un actuar conforme al principio de precaución. En consecuencia, requiere a los Estados la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información, de garantizar el derecho a la participación pública de las personas en la toma de decisiones y políticas y de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente. Todo lo cual se contempla en el Acuerdo Regional de Escazú, ratificado por Ley 27566.

524 Robles Pellegrini, 2018, p. 63.

525 UICN, 2016.

526 Esain, 2017, p. 29.

527 Corte IDH, 2017.

Lo sustancial y formal converge en esta enumeración, en la que la satisfacción del derecho al ambiente requiere tanto de una adecuada organización como de procedimientos eficaces por parte del Estado.

En el fallo de la causa Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c), la Corte identifica la evolución en la configuración del Estado para la realización de la sustentabilidad:

[...] la Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente.

Cafferatta y Peretti comentan que este párrafo es consecuencia directa de la interpretación que ha ido desarrollando la propia Corte de la cláusula ambiental constitucional. Entienden que se trata de la observación por parte de la Corte de un proceso evolutivo; proceso que debe recorrer mucho más camino para su plena consolidación<sup>528</sup>.

Los referidos autores, ante el surgimiento del Estado Ambiental de Derecho, se plantean su efectividad en el marco del Estado Constitucional de Derecho tal como se presenta, o si esa efectividad impone una nueva lectura tanto del Estado como de la Constitución.

Consideran que:

[...] siendo que la problemática ambiental debe entenderse a nivel global, el logro de la eficacia del Derecho ambiental pareciera exigir una visión expansiva de ese Estado Constitucional de Derecho, o al menos particularmente de los principios de protección ambiental constitucionalmente consagrados por sobre la estructura clásica del Estado<sup>529</sup>.

Esain, al respecto, subraya: «Como se puede advertir, es necesario ir más allá del Estado social de derecho, para alcanzar objetivos universales, mundiales, globales, intergeneracionales. Esto sumará al modelo social la tesis de las obligaciones positivas, prestacionales, un modelo que pretende mejorar las condiciones existenciales»<sup>530</sup>.

En estas referencias destaca la necesaria reconfiguración del Estado para la mayor realización de la sustentabilidad, cuestión ínsita en la teoría de los principios en cuanto la optimización de los principios sustanciales corresponde a los titulares de

528 Cafferatta y Peretti, 2019, p.199.

529 Cafferatta y Peretti, 2019, p. 202.

530 Esain, 2017,p. 202.

la competencia. El presente Capítulo da una visión sobre la función de los principios formales en el proceso de configuración del Estado argentino cuando la sustentabilidad es su cometido.

## 2. Los principios formales, validez y ponderación

### 2.1. Clasificación y principios configuradores

Los principios formales constitucionales tienen diversidad y su función en la organización y procedimientos estatales requiere deslindar su objeto para un análisis adecuado.

Ferreya realiza una clasificación que interpreta a los principios formales como garantías del Estado Constitucional de Derecho argentino, distinguiendo las garantías de la Constitución, las garantías de los derechos constitucionales, las garantías orgánicas para la defensa de los derechos fundamentales y las garantías supranacionales para su defensa<sup>531</sup>.

1) Las garantías de la Constitución se refieren a la separación, a la organización y al equilibrio de las funciones de los poderes del Estado con la finalidad exclusiva de limitar el poder y que los gobernantes se sometan a los postulados establecidos en la Constitución, y están dadas por la división de poderes, el federalismo, la forma democrática, la regulación progresiva de los derechos subjetivos por parte del Congreso de la Nación, entre otras.

2) Las garantías de los derechos constitucionales están representadas por las técnicas destinadas a dotar de operatividad a estos. Se encuentran entre ellas: la información, la participación en los procedimientos, el acceso a la jurisdicción, entre otras.

3) La garantía orgánica para la defensa de los derechos fundamentales, donde identifica, como ejemplo, la constitucionalización del Defensor del Pueblo cuya misión es la defensa de los derechos fundamentales.

4) También, suma a estas categorías la garantía supranacional para la defensa de los derechos fundamentales.

De este catálogo, los principios formales esenciales en la configuración de la organización del Estado argentino son la división de poderes, el federalismo y la democracia.

Conforme la Constitución Nacional, la competencia asignada a las autoridades se fragmenta en su ejercicio tanto desde el punto de vista horizontal (división de poderes) como vertical (federalismo).

El principio de división de poderes consiste en el reparto de funciones dentro de la tríada que compone el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. A

531 Ferreya, 2009, pp. 261-264.

cada uno corresponde su propia función: función legislativa, función administrativa y administración de justicia (o jurisdicción).

El diagrama actual de la Carta Magna incluye otros órganos distintos a los tres tradicionales, tales como la Auditoría General (artículo 85), el Defensor del Pueblo (artículo 86), el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Ministerio Público (artículo 120)<sup>532</sup>.

El principio federal se sustenta en el federalismo como forma de gobierno establecida en el art. 1 de la CN, y se ajusta al art. 121, por el que las atribuciones del Gobierno nacional son consecuencia de la delegación expresa de competencias originalmente provinciales. Por su parte, en materia ambiental, el art. 41 de la CN establece una competencia compartida para la emisión de la norma ambiental que se aborda en el punto 4.3. de este Capítulo.

El principio democrático refiere a la democracia, la que –como afirma Ferreyra– cumple un doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria de los argentinos. Es el principio que informa y nutre el proceso de configuración de la Ley Fundamental. Luego, la participación popular –con sus reglas y mecanismos para la obtención de resultados y conformidades– es columna vertebral del principio democrático, brújula que orienta propiamente la aplicación de las disposiciones constitucionales. Enfatiza su vinculación con los derechos fundamentales diciendo: «Yendo aún más lejos, insinúo que el respeto de los derechos fundamentales y el ejercicio del poder se hallan ligados, sin vacilaciones, por la impronta del sistema democrático establecido por la Constitución»<sup>533</sup>.

## 2.2. Los principios formales y la validez normativa

Al igual que los principios sustanciales, los principios formales constitucionales son mandatos de optimización que requieren que algo se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas existentes. En lo que difieren con los principios sustanciales es en el «algo» que conforma el objeto que debe ser optimizado. Mientras que en los principios sustanciales o materiales el objeto de optimización son ciertos contenidos, como, por ejemplo, la vida, libertad de expresión, el mínimo vital, y la protección del medio ambiente, el objeto de los principios formales es *la optimización de las decisiones* sin tener en cuenta su contenido. Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada<sup>534</sup>.

532 Anselmino, 2016, p. 193.

533 Ferreyra, 2006, p.35.

534 Alexy, 2014, p. 20.

La validez formal y social adquieren una especial relevancia en la emisión de la norma. En efecto, cuando en el Capítulo 1 se trató la norma adscripta de derecho fundamental, se expresó que una adscripción se lleva conforme a derecho cuando la norma adscripta puede catalogarse como *válida*. Tanto para la teoría principialista como para la teoría positivista, la validez formal y social es una condición del acto<sup>535</sup>. La validez formal se vincula con la competencia del órgano para expedirla; la validez social con la eficacia o aceptación social, y se trata en el punto 7.1. de este Capítulo.

Entonces, el criterio formal de validez, que se vincula con la competencia del órgano para expedirla, será el punto de partida de los enunciados jurídicos con validez<sup>536</sup>. Como expresa Borowski, los principios formales garantizan la competencia del órgano para crear una meta a optimizar en el sentido de la teoría principialista<sup>537</sup>.

Así, sobre la validez normativa, la Corte interpreta que: «El objeto del acto normativo en cuestión tiene que evidenciar su necesaria vinculación con la competencia constitucional en razón de la materia que pretendió ejercerse en él» (CSJN, 2021b).

Una consecuencia lógica sobreviene: si la optimización del principio sustancial corre por el carril de la competencia asignada y el ejercicio de esta tiene por objeto una decisión óptima sobre aquel, resulta que en el ejercicio de la competencia también radica un deber de optimización para la realización efectiva del derecho sustancial. Sin esa efectividad, el principio formal no cumplirá con su fin, frustrando la realización del principio sustancial; esto supone una interacción compleja donde lo sustancial y lo formal se encuentran imbricados.

En Majul (CSJN, 2019b), la Corte lo explica cuando considera, respecto de la acción de amparo rechazada por el Superior Tribunal de Entre Ríos, que su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias.

Hasta aquí, puede sintetizarse que a los principios formales corresponde la optimización de los derechos fundamentales y que se definen como un mandato de mayor realización del derecho material dirigido al titular de la competencia.

535 Alexy, 2004, p. 14.

536 Pérez Jaraba, 2011, pp. 204-205.

537 Borowski, 2016.

### 2.3. El orden marco y el margen de acción estructural

Ahora, entendido que a la autoridad corresponde la optimización del principio sustancial mediante el ejercicio de su competencia, la cuestión es cómo se delimita el espacio o margen de su ejercicio para establecer la norma válida de derecho fundamental.

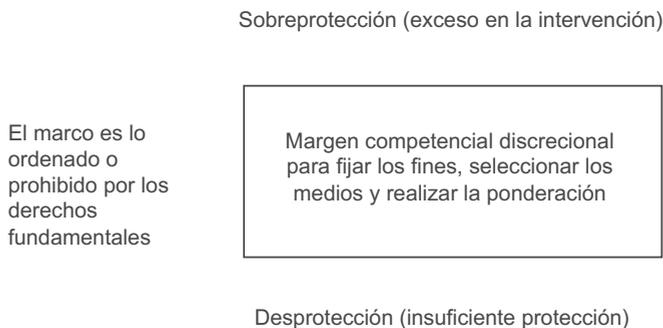
La explicación parte del orden marco en el que se desenvuelven las competencias estatales. En efecto, la teoría de los principios concibe un orden marco, en el sentido de límite, en el que se desenvuelven las funciones del Estado conforme lo ordenado o prohibido. El marco es aquello que la Constitución ordena y prohíbe definitivamente. Así, lo ordenado en materia ambiental es la protección ambiental. Pero, dentro de este límite, hay un margen de acción para la realización del derecho fundamental, en tanto si algo no está ordenado ni prohibido, está permitido hacerlo u omitirlo. *Si está permitido hacerlo u omitirlo, es una margen de acción discrecional.* De este modo, el margen de acción discrecional consiste exactamente en las alternativas que han sido confiadas a la autoridad por no estar ordenado ni prohibido. Por esta razón, puede denominarse «espacio de discrecionalidad». Así, lo que no está ordenado ni prohibido es aquello que se encuentra en el interior del marco. Este margen de acción es de tipo estructural<sup>538</sup>.

El ejercicio discrecional inconstitucional tiene lugar por sobreprotección o por desprotección. La sobreprotección supone una intervención en exceso o arbitraria en los derechos fundamentales; mientras que la desprotección es una protección insuficiente del derecho fundamental. En ambos supuestos se está afuera de lo ordenado o prohibido por el orden marco.

Dentro del orden marco, la competencia discrecional de tipo estructural se ejerce mediante la aplicación de la proporcionalidad. En el sistema jurídico argentino, este margen competencial se corresponde con la razonabilidad de las decisiones y se encuentra reconocido básicamente en un conjunto de normas conforme se trata en el Capítulo 3.5.

<sup>538</sup> Alexy, 2002, p. 21.

Figura 13. El orden marco



Para definir la competencia discrecional dentro del orden marco, Alexy distingue tres márgenes de acción estructurales: a) el margen para la fijación de fines, b) el margen para la elección de medios y c) el margen para la ponderación. En estos márgenes se desenvuelve la labor que entrañan los distintos exámenes del principio de proporcionalidad, como se trata en el Capítulo 2.4. y en el Capítulo 3. 4.

Dentro del fin *mediato* constitucional<sup>539</sup>, que es lo ordenado –por ejemplo, la protección del ambiente–, existe un margen de acción con respecto al grado en que debe promover la satisfacción de este, en tanto los derechos a protección como principios siguen exigiendo, *prima facie*, que se otorgue más protección. Por lo que la fijación de fines *inmediatos* integra el margen de discrecionalidad que establecerá los grados de realización.

Esto es conforme con lo expresado por la CSJN en la causa Mendoza (2006c), cuando dirigiéndose a las autoridades demandadas indica que no existe discrecionalidad con respecto a la decisión de si debe otorgarse o no protección, en tanto el fin de protección establecido en el art. 41 de la CN está ordenado. De este modo, la discrecionalidad para la fijación de fines se refiere a la discrecionalidad con respecto al *grado* en que debe promoverse un objetivo<sup>540</sup>.

En consecuencia, si al intervenir en un derecho fundamental, no se persigue ningún fin, o persigue un fin constitucionalmente ilegítimo o irrelevante, la decisión

539 La distinción entre fines mediatos e inmediatos se realiza en el Capítulo 2.4.1.

540 Alexy, 2009a, pp.81-82.

deberá ser declarada inconstitucional por ser arbitraria. La no realización del fin constitucional es una protección deficiente o una desprotección inconstitucional<sup>541</sup>.

La realización de los fines requiere de medidas de concreción, por lo que el segundo margen estructural de acción es el que refiere a la elección de los medios idóneos y necesarios, que entra en escena cuando las normas de derecho fundamental no solo prohíben ciertas intervenciones –propio de los derechos de defensa–, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección. La estructura de los derechos a protección difiere en un aspecto fundamental de la de los derechos de defensa. Los derechos de defensa son prohibiciones de destruir, de perjudicar, etc., y se cumplen mediante las respectivas abstenciones. Los derechos a protección son mandatos de proteger, apoyar, etc., y su satisfacción requiere examinar múltiples alternativas, siendo por ello poseedores de una estructura alternativa que admite grados de realización<sup>542</sup>.

Cumplidos los exámenes de idoneidad y necesidad, relacionando los medios con los fines, corresponderá considerar los principios que juegan en sentido contrario. Este es el margen de ponderación que examinará la importancia concreta, el peso abstracto y la certidumbre de los principios en colisión.

De tal manera, el margen de acción estructural explica el espacio en el que se desenvuelve el ejercicio competencial mediante la aplicación de la proporcionalidad y el resultado será la norma precisante o norma adscripta de derecho fundamental.

### 3. Las tensiones competenciales

#### 3.1. La eficacia requerida a las funciones del Estado

La organización y los procedimientos se dirigen a la defensa y protección de los derechos fundamentales. A las autoridades competentes corresponderá la realización de los derechos fundamentales mediante decisiones proporcionales.

En relación con el Estado argentino, el mandato de optimización de la protección ambiental *se impone a todas las autoridades, según su competencia*. Es decir, se realiza en todas las funciones y niveles del gobierno, federal, provincial y municipal, conforme a la competencia constitucionalmente atribuida.

541 Bernal Pulido, 2014, p. 907.

542 Alexy, 2009a, p. 55.

Esto coincide con lo expresado por Portocarrero Quispe cuando sostiene que:

Toda autoridad con capacidad decisoria, basada en su norma de competencia, puede pretender para sí la validez *prima facie* de sus decisiones. En consecuencia, los principios formales no solo estarían del lado del legislador parlamentario sino también del lado del legislador ejecutivo y de la jurisdicción, sea esta constitucional u ordinaria<sup>543</sup>.

El mandato de mayor realización del derecho material genera tensiones relacionadas con la identificación del margen competencial que corresponde a cada autoridad. Los contornos del orden marco no siempre son precisos, y requieren interpretación o precisión.

Este problema es identificado por la Corte tanto en Mamani (CSJN, 2017c) como en La Pampa (CSJN, 2017c) cuando reconoce:

Que, en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, las previsiones constitucionales –aún las más exactas– suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas, pero insuficientemente reguladas, y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto.

Entonces, se distinguen dos tipos de dificultades: la que corresponde a la eficacia en la optimización de los principios formales para la realización de los derechos y la vinculada a la delimitación de la competencia atribuida para cumplir con esta tarea.

### **3.2. Proporcionalidad institucional. Federalismo. Concepto e interés de su adopción**

La naturaleza federal del Estado argentino lleva consigo un complejo sistema en el que simultáneamente subsisten dos órdenes de gobierno en un mismo territorio, el que corresponde al Estado nacional y el propio de los Estados provinciales. Entre ellos, existe una distribución constitucional de competencias normativas, donde el dictado de algunas reglas ha sido delegado en el Congreso Nacional, otras reservadas en la autoridad provincial, algunas pueden ser dictadas en concurrencia, e incluso en forma compartida cuando el orden local complementa la regulación nacional.

<sup>543</sup> Portocarrero Quispe, 2011.

Para el análisis de tal sistema, dentro del concepto de Estado Ambiental de Derecho, es de utilidad recurrir al concepto de proporcionalidad institucional vigente en el ámbito de la Unión Europea, donde la proporcionalidad aplicada a las relaciones entre Estados se denomina institucional<sup>544</sup> u orgánica<sup>545</sup>, y encuentra un amplio desarrollo en el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su Protocolo (Nº2), y en la directriz integrada del año 2015, expedida por la Comisión Europea, sobre cómo mejorar la elaboración y control de la legislación sobre la base de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En los ámbitos nacionales también se emplea este concepto, al respecto señala Sánchez Gil que en el derecho alemán se alude al uso «orgánico» de la proporcionalidad en la delimitación de la competencia entre órganos estatales, o entre la Federación y las entidades federativas<sup>546</sup>.

Proyectado a la organización del Estado argentino, la proporcionalidad institucional refiere al ejercicio armónico de las competencias entre los Estados que conforman la federación, más cuando la protección ambiental responde a una particular modalidad en el reparto de la competencia regulatoria y ejecutiva entre las jurisdicciones que lo integran. Su objeto, entonces, es la compatibilización que deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales en el ejercicio de sus respectivas competencias para la resolución de conflictos interjurisdiccionales y en formulación de regulaciones ambientales dotadas de eficacia social.

La validez social se trata en el punto 7 de este Capítulo, pero subraya lo expresado hasta aquí la visión del federalismo expuesta por Frías como «técnica de vida social», cuando expresa que: «El federalismo es un sistema social que protagonizan esencialmente el gobierno federal y las provincias argentinas. [...] El producto del sistema es una gradualidad de autonomía y participación»<sup>547</sup>.

## **4. La optimización legislativa (PMPA y NC).**

### **Tensiones con el principio federal**

#### **4.1. Configuración de la competencia regulatoria ambiental.**

##### **Competencias concurrentes y compartidas**

Expresa Bernal Pulido que la competencia de configuración legislativa aparece como uno de los ejes del Estado Constitucional Democrático, en virtud del cual el

544 Arnold, et al., 2012, pp. 74-75.

545 Sánchez Gil, 2017, p. XVI.

546 Sánchez Gil, 2018, p. XVI.

547 Frías, 1987.

órgano encargado de la dirección política del Estado se erige –por encima de la Jurisdicción y de la Administración– como la sede natural y primera en donde se concretan los derechos fundamentales<sup>548</sup>.

Así, la labor legislativa en la realización del mandato de sustentabilidad tiene la más alta responsabilidad en la emisión de regulaciones que lo realicen, estableciendo las condiciones necesarias para su ejercicio. Normas adscriptas de derecho fundamental ambiental serán la consecuencia del ejercicio de esta competencia.

Abordar la competencia de configuración de la norma ambiental requiere un tratamiento desde los principios de la organización constitucional Argentina. El federalismo consiste en la división del poder entre dos gobiernos dentro de un mismo territorio, siendo el *principio federal* la división de los poderes entre las autoridades generales y locales, cada una de las cuales, en su propia esfera, debe actuar coordinadamente con la otra, pero manteniendo su independencia<sup>549</sup>.

Una característica del sistema federal argentino es que las atribuciones del Gobierno nacional son consecuencia de la delegación expresa de competencias originalmente provinciales, conservando estas todas aquellas que no hayan delegado.

Bidart Campos, al comentar el art. 121 de la CN, distingue:

En primer lugar, la delegación ha sido efectuada por las provincias a través de la Constitución; o sea, mediante la Constitución.

En segundo lugar, la norma esclarece que el poder de las provincias pre-existió al del gobierno federal, que ha recibido el suyo por delegación que ellas le hicieron a través de la Constitución. De tal modo, el poder provincial fue y es el poder originario.

En tercer lugar, el reparto de competencias arroja este resultado: a) competencias exclusivas del estado federal; b) competencias exclusivas de las provincias; c) competencias concurrentes; d) competencias excepcionales del estado federal y de las provincias; e) competencias compartidas por el estado federal y las provincias<sup>550</sup>.

Pinto explica la distribución competencial en el federalismo, desde la asignación alternativa básica hacia formas más complejas:

548 Bernal Pulido, 2014, p. 631.

549 Pinto, 2014, p 39.

550 Bidart Campos, 2008, p. 51.

Es decir, el federalismo se presenta como un sistema de configuración estatal en el que las competencias gubernativas se distribuyen materialmente en forma alternativa entre dos esferas –la general y la local–, que por lo general se excluyen mutuamente, estableciéndose habitualmente una cláusula abierta o genérica a favor de una de ellas, sea el Estado general o el federado. Esta fórmula básica de distribución alternativa de funciones entre la federación y sus partes integrantes es en realidad un esquema inicial sobre el que se construyen repartos competenciales más complejos, y donde algunas funciones no resultan privativas de uno u otro orden, sino que pueden ser ejercidas por ambos indistintamente –conurrencia–, o en conjunto –compartición–<sup>551</sup>.

Para luego analizar las diferentes formas de articulación de las competencias, explicando específicamente las competencias *compartidas*:

Estas competencias son aquellas en que la federación establece las bases o principios para la ordenación de un ámbito material y a las entidades federadas les corresponde el desarrollo o normación completa; de esta manera, la legislación básica pertenece a la Federación, y la legislación detallada, a los Estados miembros. Bidart Campos recuerda en relación a este tipo de facultades que no deben ser confundidas con las concurrentes, en cuanto éstas últimas implican que pueden ser ejercidas tanto por el Estado federal como por los federados, mientras que las compartidas requieren una doble decisión integradora<sup>552</sup>.

La competencia regulatoria ambiental encuadra como competencia compartida, en tanto su ejercicio es especializado en cada orden, correspondiendo a la federación lo básico, mientras que a los Estados miembros, la legislación detallada. La trama regulatoria ambiental resulta de una doble decisión integrativa por parte de los distintos niveles estatales de la federación.

Con el mismo significado, Quiroga Lavié explica que la competencia ambiental es una especie de competencia concurrente de tipo complementaria:

Conurrencia complementaria: materias cuya legislación básica pertenece al Estado federal y su legislación detallada o complementaria a las provincias para implementar aquélla, obviamente sin contradecir el marco federal dado por la ley de base dictada por el Congreso. Esta modalidad de conurrencia es una novedad expresa introducida en 1994

551 Pinto, 2014, p. 46 y ss.

552 Pinto, 2014, p. 48-49.

en el texto constitucional para dos importantísimas materias: ambiental (art. 41, párr. 3) y educacional (art. 75, inc. 19, párr. 3). Es claro que, aunque la Constitución no lo diga, en otras materias concurrentes el Congreso podría optar por esta modalidad<sup>553</sup>.

Rosatti, en su voto ampliatorio en la sentencia del 11 de setiembre de 2018 (CSJN, 2018a), expone una clasificación de las competencias concurrentes, considerando que la Constitución Nacional prevé, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial, las siguientes modalidades de colaboración:

- 1) la pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional (llamada cláusula del progreso);
- 2) la pluralidad jerárquica con complementación sustantivo-adjetiva, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional con la previsión del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente; y,
- 3) la pluralidad jerárquica con complementación sustantiva, en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un *sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad entre los sectores o tramos aludidos* («nivel básico» «nivel complementario»). Este tipo de complementación es el previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental.

Es en la pluralidad jerárquica con complementación sustantiva en la que se encuadran las normas nacionales de presupuestos mínimos de protección ambiental y las normas complementarias provinciales, donde escala, intensidades y tema o actividad son las palabras clave para definir la competencia ambiental.

La distribución de la competencia ambiental es uno de los problemas clave del derecho ambiental argentino y de la configuración del Estado Ambiental de Derecho instaurado a partir del art. 41 de la CN, en el que la interpretación del significado jurídico del enunciado constitucional tendrá singular relación en la optimización del principio de sustentabilidad.

<sup>553</sup> Quiroga Lavié, et al., 2009, p. 938.

Esta dificultad se comprende en tanto la competencia regulatoria ambiental proviene de un principio formal, que como mandato *prima facie* acusa de la indeterminación propia de todos los principios (CSJN, 2017a y 2017c).

Estas dificultades competenciales también son reconocidas en el fallo de la Laguna de la Picara (CSJN, 2019d) cuando expresa que su deslinde no impide en ocasiones plantear una zona de duda.

Entonces, si el principio formal dador de la competencia es un mandato *prima facie* cuyo objeto es la realización de un derecho sustancial, el ejercicio de esta requerirá de una organización y de procedimientos adecuados que posibiliten la optimización del principio sustancial. Una interacción los vincula: la optimización de la sustentabilidad correrá por el carril de la competencia asignada y las indeterminaciones competenciales requerirán precisarse u optimizarse para realizar el principio sustancial.

Antes de introducir el tipo de norma ambiental que corresponde a cada escala competencial, se sintetiza el mandato que debe cumplir el legislador atendiendo al orden marco constitucional conforme lo tratado en el punto 2 de este Capítulo.

#### **4.2. Las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) y las normas complementarias (NC). El orden marco ambiental. La competencia compartida. Las escalas territoriales y las condiciones necesarias de protección ambiental**

El sistema jurídico se integra por un proceso continuo de formación normativa que dimana de la cúspide constitucional de derechos y que se concreta en normas adscriptas de derecho fundamental conforme lo tratado en el Capítulo 1.4. Estas normas precisantes, que se definen por realizar el fin constitucional y son dictadas por el legislador y por los demás órganos políticos de configuración normativa.

Por lo que el enunciado normativo del derecho al ambiente de la CN, en tanto principio de derecho fundamental, es el elemento estructurador del sistema jurídico ambiental del que emanan las normas ambientales adscriptas que lo conforman.

Ahora bien, si la condición de validez de la norma adscripta requiere que esta sea dictada por el titular de la competencia, serán los principios formales los que designen al órgano encargado de la optimización del principio de sustentabilidad.

Esto requiere establecer el orden marco en el que se desenvuelven las competencias ambientales. El marco es aquello que la Constitución ordena y prohíbe definitivamente. Así, lo ordenado constitucionalmente en materia ambiental es la protección ambiental, pero el tema es a quién la atribuye y cómo lo ordena, lo que requiere profundizar la atribución competencial.

En efecto, la legislación adscripta de derecho ambiental resultará de la especial distribución que realiza el art. 41 de la CN, en su tercer párrafo, cuando atribuye a la Nación y a las provincias la capacidad regulatoria del siguiente modo: «Corres-

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

Así, la Constitución distribuye la competencia ambiental entre dos titulares, la Nación y las provincias. Se establece una conexión lógica: la legislación provincial complementaria lo es en relación de la legislación nacional mínima.

Sin embargo, debe precisarse que las esferas competenciales regulatorias no se confunden, cada titular tiene atribuciones propias. Así, la Corte ha dicho:

En esas condiciones, los estados provinciales y el Estado Nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental y ejercer atribuciones propias en tanto y en cuanto no invadan efectiva y concretamente los aspectos reglados por cada jurisdicción en su esfera de injerencia (Papel Prensa, CSJN, 2015a)

Pero si bien cada esfera competencial corresponde a cada titular, su fin es el mismo: la protección ambiental o, dicho de otra forma, a ambas esferas corresponde como materia compartida realizar el principio de sustentabilidad. Se trata –siguiendo a Rosatti– de una modalidad de la competencia concurrente de pluralidad jerárquica con complementación sustantiva. en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido. Entonces, la distinción requiere analizar el sector o tramo específico de la protección ambiental atribuido para el dictado de las normas de presupuestos mínimos y a las normas complementarias.

El legislador nacional define, en el art. 6 de la LGA, en tanto norma precisante de la distribución constitucional, los PMPA de la siguiente forma:

Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer *condiciones necesarias* para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

Por lo que la LGA define la competencia regulatoria nacional estableciendo la estructura normativa de los PMPA. En efecto, la norma precisante establece dos factores concurrentes en los PMPA:

1) Material o sustancial (sector o tramo específico del tema concernido): la norma debe establecer las condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental, precisando

las condiciones constitucionales del bien ambiente (sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano). En efecto, con mayor detalle, la norma agrega que esas condiciones necesarias se dirigen a garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

2) Espacial (escala político territorial nacional): la norma debe conceder una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional.

La norma de PMPA, conforme la LGA, determinará las *condiciones necesarias* del bien protegido ambiente: sano, equilibrado apto para el desarrollo humano. Pero, y esto es lo significativo, vinculadas a una escala político espacial, que es el territorio nacional. Entonces, en los PMPA ambos factores están interrelacionados y son necesarios, definiendo de este modo el orden marco ambiental en materia regulatoria nacional.

Por su parte, las normas complementarias no han recibido una definición legal, por lo que es necesario acudir a las interpretaciones del máximo tribunal nacional.

En el caso Roca (CSJN, 1995), sostuvo:

En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.

Ya en este siglo, reitera esta consideración en Salas (CSJN, 2011a).

Se desprende de estos precedentes un enfoque amplio de la competencia local en materia de protección ambiental en el que corresponde a las autoridades locales definir la protección ambiental de sus comunidades.

En otro enfoque, aparentemente más restringido, se expone en la causa Villivar (CSJN, 2007d), interpretando el art. 41 CN, sostuvo:

Según dicho artículo, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada.

En la causa del Ejército argentino (CSJN, 2019e), en el trance de tratar las normas provinciales complementarias, reitera la misma consideración expresada en el caso Villivar.

En relación con este último enfoque, inicialmente parece ser más restringido en cuanto establece que a las normas complementarias corresponde agregar «alguna» exigencia o requisito no contenido en las leyes de PMPA, ya que al adjetivo

indefinido «alguna/no», conforme la Real Academia Española<sup>554</sup>, se refiere a una cantidad pequeña o a una exigencia de baja intensidad.

Pero este no es el significado jurídico pretendido por la Corte, en efecto, en esta misma causa (CSJN, 2019e), luego de examinar las leyes provinciales cuestionadas en su constitucionalidad, que se caracterizan por regular en detalle el sistema de áreas naturales protegidas, la Corte rechaza la acción considerando que:

En suma, el fin de las leyes provinciales es la protección de un área de un alto valor de riquezas naturales. En este sentido, vale recordar, que esta Corte ha sostenido que la tutela ambiental beneficia a toda la población porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual.

La Corte acude a sus precedentes, los que conforman una jurisprudencia consolidada que ha reconocido a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan<sup>555</sup>. Puede concluirse que corresponde a las provincias proteger las condiciones necesarias locales.

De este desarrollo resulta que los presupuestos materiales de los PMPA y de las NC son comunes. Las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas, art. 6 de la LGA, no puede llevar a interpretar que las normas complementarias no regulan condiciones necesarias locales, ya que la protección ambiental es compartida por ambas esferas, en tanto fin y deber constitucional dirigido a las autoridades (art. 41, segundo párrafo de la CN).

Entonces, la distinción radica en el ámbito espacial protegido por la norma, las «condiciones necesarias» se vinculan con la escala ambiental nacional o local que integra el supuesto de hecho o ámbito protegido por cada tipo de regulación, ya que siempre se trata de atender a la protección ambiental como fin común, diferenciándose una y otra norma por la escala territorial de la protección a establecer. De esta forma queda establecido el sector o tramo específico del tema o actividad concernido de la competencia ambiental compartida.

En definitiva, los factores constitutivos de los PMPA son las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas en la escala nacional –tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional–; mientras que para la NC son las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas en la escala local –tutela uniforme o común provincial–.

<sup>554</sup> RAE, 2014.

<sup>555</sup> En el fallo Surfrider (CSJN, 2020b), el dictamen de la Procuración General da cuenta de los precedentes dictados en este sentido.

Respecto a la jerarquía de intensidades a la que alude Rosatti, esta supone que «lo mínimo» de los PMPA es la protección de las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los ecosistemas en el territorio nacional y que la norma complementaria tiene como límite la regulación nacional, no teniendo el legislador provincial competencia para regular por debajo de la protección mínima dispuesta en la norma nacional, aunque sí puede regular en más, tanto en lo fáctico y jurídico como en lo relacionado con las consecuencias establecidas en la norma mínima.

### **4.3. Optimización conforme la órbita competencial. Lo mínimo y lo complementario. Tipos de medidas. Intensidad de la complementación**

#### ***4.4.1. Las órbitas competenciales de la optimización***

Una cuestión discutida es si la ponderación se circunscribe a la labor judicial. No es así, Prieto Sanchís lo explica del siguiente modo:

No es que el legislador no pueda ponderar. Al contrario, nadie puede negar que serían deseables leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales; y, en un sentido amplio, la ley irremediamente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir, cuando contribuye a «cerrar» lo que está «abierto» en el plano constitucional<sup>556</sup>.

En efecto, el cumplimiento del mandato de mayor realización de la sustentabilidad por parte del legislador implicará, la más de las veces, afectar a otros derechos, requiriendo de la proporcionalidad para alcanzar la razonabilidad de toda intervención sobre ellos.

Dado el orden marco ambiental de la competencia compartida, el espacio discrecional regulatorio que corresponde a cada nivel estadual supone ejercer los tres márgenes de acción: a) el margen para la fijación de fines, b) el margen para la elección de medios y c) el margen para la ponderación.

Así, si el fin mediato es la protección constitucional, el fin inmediato del legislador se relaciona con la escala territorial de la regulación que tiene constitucionalmente atribuida, por lo que las medidas de protección serán examinadas en relación con el fin inmediato de cada escala.

De tal forma que la idoneidad y la necesidad de las medidas se examinan en cada órbita conforme el fin inmediato de protección: la eficacia para lograrlo, la rapidez

556 Prieto Sanchís, 2008, pp. 105-106.

o progresividad requerida, la complitud para atenderlo en forma integral y la mayor probabilidad para alcanzar el resultado esperado de acuerdo con las circunstancias de cada escala territorial (Capítulo 2.4.1.).

Del mismo modo, a cada orden corresponderá la ponderación entre derechos, tal como se ha tratado en el Capítulo 3.4.2. y siguientes.

En Barrick (2019a), en un destacado considerando, la Corte explica que el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de una ley de presupuestos mínimos debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.. El mismo estándar debe estimarse aplicable en el caso de las normas complementarias provinciales.

Luego, si lo mínimo nacional responde a la protección de las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los ecosistemas en todo el territorio nacional, serán esas condiciones materiales y espaciales las que modularán las medidas de protección a través de la proporcionalidad fáctica, pudiendo ser más o menos restrictivas de otros derechos, lo que deberá ser ponderado en el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta es la optimización del principio en el ámbito de la competencia nacional.

Lo mismo sucede con lo complementario. A las normas provinciales también les corresponde la protección de las condiciones necesarias de la sustentabilidad de los ecosistemas en la jurisdicción local. El límite competencial es que las medidas que se dispongan no pueden ser de menor intensidad a lo mínimo determinado en las leyes de PMPA; de ahí en más las medidas locales deberán ser sometidas al examen de proporcionalidad para establecer su razonabilidad, por lo que la optimización del principio hacia lo máximo debe ser proporcionado y nunca asumir que el derecho a satisfacer es absoluto.

#### **4.4.2. Diversidad de medidas**

Las consecuencias jurídicas *prima facie* del principio de sustentabilidad se convierten en medidas definitivas como resultado de la ponderación.

En relación con las medidas de protección ambiental reguladas legalmente, estas pueden ser de diversa naturaleza –administrativas, civiles, penales, procesales, sancionatorias, etcétera–, en tanto todas las disciplinas jurídicas son convocadas para lograr el fin constitucional de protección. Esto no significa que en el trance de su regulación no sea necesario distinguir la naturaleza jurídica de estas y las condiciones competenciales que las validan para determinar si son dispuestas en ejercicio de la competencia ambiental o en ejercicio de la competencia de fondo regida por el principio de unidad legislativa<sup>557</sup>.

557 Pinto, 2017, p. 501.

En materia ambiental las medidas procesales y administrativas son de gran importancia. La competencia provincial sobre estas emana de la Constitución cuando establece que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal (art. 121 CN), se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas (art. 122) en forma acorde con los principios, declaraciones y garantías contenidos en la Constitución Nacional, comprometiéndose a asegurar su Administración de Justicia, régimen municipal y educación primaria (art. 5 y 123, CN).

¿Puede, entonces, lo procesal o lo administrativo constituir medidas de las normas de PMPA?

La respuesta es afirmativa en tanto la delegación comprende competencias procesales y administrativas provinciales que, conforme al orden marco de la sustentabilidad, deben responder al fin sustancial de protección ambiental. Fuera de este fin, no hay delegación.

En relación con la materia procesal, señala Esain (2019b) que la competencia regulatoria ambiental atribuida a la Nación alcanza la materia procesal relacionada a la protección del ambiente, precisando que esto sucede únicamente cuando se la ejerce enfocada en procesos ambientales; fuera de ella prevalecen las normas competenciales generales.

Con el mismo fundamento, alcanza a los procedimientos administrativos ambientales, como el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, en el que la prevención del daño ambiental conforma su esencia, tal como lo ha hecho la Ley 25675 en los artículos 11-13.

Ahora corresponde preguntarse: ¿pueden los PMPA incluir normas de fondo o, a la inversa, las normas de fondo pueden incluir normas ambientales?

Pinto explica la inclusión de normas de fondo en las normas de PMPA, e indica que estos contenidos regulatorios mixtos requieren distinguir la naturaleza de los preceptos a efectos de comprender en qué caso responden a contenidos cercados por el principio de unidad legislativa del art. 75 de la CN y en qué casos conforman la materia ambiental que puede ser complementada por las distintas provincias. Aclara que poco importa que formalmente se sostenga que la norma es de PMPA o que es legislación civil, minera o laboral; es la naturaleza intrínseca de la materia regulada la que brindará la respuesta. En este sentido, el nuevo CCyC es una norma mixta que rebasa el campo civil para incorporar reglas de protección ambiental que pueden ser expandidas por normas complementarias locales<sup>558</sup>.

Un caso es la prescripción liberatoria genérica de cinco años del art. 2560 del CCyC, que, en tanto el código regula los derechos de incidencia colectiva, comprendería el

558 Pinto, 2017, p. 507.

daño ambiental<sup>559</sup>. El mismo artículo faculta a las legislaciones locales a establecer un plazo diferente, por lo que la idoneidad dada por las condiciones necesarias en su faz temporal habilitaría que una provincia establezca uno más exigente o amplio. Pero, conforme el análisis de Pinto, se plantea un supuesto más exigente: si las provincias pueden establecer la imprescriptibilidad del daño ambiental o no; sostiene este autor que en cuanto este no es propio de la materia civil puede ser complementado de manera más exigente<sup>560</sup>. Esta posibilidad, conforme lo desarrollado, estaría dentro del orden marco de la sustentabilidad al no estar prohibido constitucionalmente, por lo que es la idoneidad y necesidad de la medida la que daría la respuesta inicial para luego sopesarla con los derechos en colisión, por lo que, si resultara que la recomposición del bien colectivo provincial requiere de mayor protección, esa medida complementaria sería constitucional.

Un ejemplo inverso es la obligación de contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño ambiental establecida en el art. 22 de la LGA. La competencia sobre los seguros –desde el enfoque civil del derecho de daños– es nacional, pero como dicho instituto tiene por fin la protección ambiental o, más precisamente, la recomposición del daño ambiental, se impregna de complementariedad, pudiendo las provincias extender el elenco de garantías financieras exigibles o dotarlas de mayor eficacia. Por supuesto, estas garantías financieras requerirán siempre la articulación con las normas de fondo a las que ellas se refieran. Así, si se establece el fideicomiso de garantía será aplicable la Ley 24441, pudiendo las provincias establecer las modalidades y condiciones complementarias. Dentro del seguro ambiental regulado conforme Decreto PEN 1638/2012 (BO: 11/09/2012), entre otras indicaciones, a las provincias corresponde intimar al generador del daño para que presente un Plan de Recomposición que contenga expresa indicación y detalle de las tareas a llevarse a cabo, los plazos y todo otro elemento de información que corresponda para su evaluación<sup>561</sup>.

En consecuencia, la complementación puede incorporar en las medidas reguladas condiciones de mayor eficacia, mayor temporalidad, mayor integralidad y seguridad. Incluso, puede adoptar medidas adicionales.

#### **4.4.3. Intensidad de la complementación. Importancia y dimensiones de la idoneidad**

Una norma complementaria puede aumentar la eficacia de una medida nacional estableciendo plazos más reducidos para su ejecución o más estrictos si se trata de la

559 Pinto, 2017, p. 520.

560 Pinto, 2017, p. 521.

561 Rodríguez Salas, 2012.

prescripción del daño ambiental (temporalidad), introducir mayores garantías para su cumplimiento (seguridad) o requerir más estudios ambientales para mejorar el logro del fin de protección fijada nacionalmente (complitud).

Esto se relaciona con el examen de idoneidad y el margen discrecional del legislador local que se trata en el Capítulo 3.4.1. De esta forma, si la idoneidad debe responder a la eficacia, temporalidad, complitud y seguridad para atender el fin de protección, la complementación deberá ser más intensa cuando las condiciones fácticas lo ameriten y deberá proceder a la adecuación de las medidas nacionales. En ese análisis, el examen de necesidad y de ponderación completarán el juicio de razonabilidad de la norma complementaria.

Ejemplos de mayor eficacia en relación con el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental son las etapas administrativas o requerimientos obligatorios incorporados en leyes provinciales, como en Mendoza, donde la Ley 5961 exige el Dictamen Técnico obligatorio emitido por Universidad o Centro de Investigación y el Dictamen Sectorial de diversos órganos estatales; o en Córdoba, donde la Ley 10208 y su reglamento decreto 248/15 impone a los proyectos sometidos obligatoriamente al procedimiento de EIA que el proponente, entidades públicas o privadas, deberá demostrar que está elaborando e implantando un Sistema de Gestión Ambiental (SGA).

Entonces, a nivel provincial el grado de adecuación de las medidas, representado por la eficacia, temporalidad, plenitud y seguridad con el fin de protección, puede ser mayor.

#### **4.4.4. Complementación con medidas alternativas**

Puede suceder que las medidas establecidas por una ley de PMPA no tengan la eficacia adecuada para lograr el fin de protección ambiental local; en tal caso la complementación podrá adoptar medidas nuevas o de mayor entidad, optimizando el principio sustancial por vía de la mayor idoneidad de las medidas.

En efecto, sin dejar de lado las medidas nacionales, una norma complementaria puede establecer medidas diferentes a las nacionales por ser más idónea para la protección de las condiciones necesarias locales. Así, la Ley 26639 de protección de glaciares prohíbe la minería únicamente en los ambientes glaciares y periglaciares, por lo que en el resto del territorio nacional quedaría sujeto al procedimiento de EIA conforme la Ley 24585; sin embargo, en Mendoza, la Ley 7722 prohíbe el uso de determinadas sustancias tóxicas en la minería metalífera en todo el territorio provincial; otro tanto sucede en Córdoba, con la Ley 9526, que prohíbe toda actividad minera metalífera a cielo abierto, el empleo de sustancias contaminantes, tóxicas y peligrosas en los procesos mineros metalíferos, así como la actividad minera de minerales nucleares. Debe acotarse que ambas normas fueron declaradas constitucionales por los máximos tribunales provinciales, habiendo la Corte Nacional validado tal consti-

tucionalidad de la norma mendocina en lo que refiere a la prohibición de las sustancias específicas que enumera (CSJN, 2021e).

Esta reconfiguración de la medida responde al examen de idoneidad local, por el que se selecciona entre las medidas posibles aquella que, conforme a las condiciones necesarias de las dinámicas de los ecosistemas de cada realidad local, confiere mayor plenitud y seguridad para realizar el fin de protección.

Luego de ello, el examen de necesidad y la ponderación establecerá la regla razonable.

## 5. La optimización de la función ejecutiva ambiental

### 5.1. Importancia de la administración ambiental

La norma ambiental combina dos factores –uno sustantivo y común, referido a las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas, y otro espacial, referido a la escala político territorial de validez–. A la norma de presupuestos mínimos nacionales corresponderá la escala nacional y a la norma complementaria, la local. Pero en ambos casos, la norma deberá ser aplicada por las autoridades locales en la medida en que la jurisdicción local no puede ser alterada (art. 41 de la CN).

Entonces, sobre la *función ejecutiva o administrativa ambiental* pesa la puesta en marcha o aplicación de aquello que ha sido regulado por la norma general, nacional o local. Para el ejercicio de esta función, el poder administrador se organiza mediante una estructura burocrática conformada por ministerios, secretarías, direcciones, departamentos, entre otros organismos, a los cuales corresponde la realización de la protección ambiental a través de los procedimientos administrativos legalmente establecidos. Estos procedimientos darán lugar a normas individuales –el acto administrativo– o generales –reglamentos– que determinarán la protección ambiental en cada caso o situación.

Canda enumera los procedimientos administrativos ambientales incluidos en la LGA: procedimientos de prevención y recomposición de daños, art. 2, inc. k), evaluación del impacto ambiental, art. 8, incs. 2 y 11 a 13, información ambiental, arts. 16 a 18; autogestión ambiental, art. 26; control sobre actividades antrópicas, art. 8, inc. 3; de participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales, art. 2, inc. c), 19 a 21; de educación ambiental, art. 8, inc. 4 y 14 y 15, fomento y promoción del desarrollo sustentable, art. 8, inc. 6, entre otros<sup>562</sup>.

En el proceso de decisión administrativa, la aplicación de los principios de derecho ambiental es un deber que pesa sobre las autoridades conforme el art. 5 de la LGA. Prevención, precaución y progresividad, entre otros, deben ser considerados en cada acto ejecutivo.

<sup>562</sup> Canda, 2018.

Es en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (EIA) y en la declaración de impacto ambiental (DIA) donde la administración ambiental juega su papel preponderante en la protección del ambiente. Así, las decisiones judiciales examinan el cumplimiento de las formas procedimentales necesarias para que este cumpla su cometido. El no cumplimiento o una tramitación irregular del procedimiento de EIA, como una declaración de impacto ambiental condicionada, fatalmente supone la nulidad de las autorizaciones o la suspensión de las obras (CSJN, 2016a; 2016b; 2016d; 2019b).

La Declaración de Impacto Ambiental constituye la etapa final del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. Es un acto administrativo de autorización que otorga al proponente un derecho al ejercicio de una actividad. Sin embargo, en tanto norma adscripta individual del derecho fundamental al ambiente, es una autorización *preventiva* que tiene por fin establecer que el funcionamiento de una actividad no impacte significativamente en el ambiente. En este sentido, está sujeta a los principios y reglas del Derecho ambiental, de tal forma que su legitimidad se dirige al cumplimiento del deber de protección ambiental.

Prevención y precaución tienen una conexión lógica en el procedimiento de EIA. En efecto, la EIA es un procedimiento que se sustenta en el conocimiento científico y técnico, que se dirige a producir una decisión preventiva en un marco de certeza, por lo que no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. La Corte interpreta que «el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público». Este estándar optimizador de la función administrativa fue consagrado en Salas (CSJN, 2009c), reiterado en Mamani (2017b) y en Provincia de Corrientes (2021f).

Con este fundamento, en la causa Provincia de Corrientes (2021f), la Corte rechaza una acción de inconstitucionalidad contra el Estado nacional por entender que se encontraba obligado a resguardar su responsabilidad en lo que atañe a la conservación del ecosistema sobre el que incidiría el proyecto, lo que requería una actuación inmediata en cumplimiento de obligaciones propias de tutela y en su carácter de parte en acuerdos internacionales en vigor relativos al aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos (Estatuto del Río Uruguay y leyes 25675 y 26331).

La competencia administrativa ambiental, como consecuencia del principio federal y de división de poderes, está destinada a la realización del derecho constitucional al ambiente, para lo cual en el proceso de toma de decisión operará el margen de discrecionalidad para cumplir con las etapas del examen de proporcionalidad en la emisión de la resolución definitiva. Los exámenes de idoneidad, de necesidad y de ponderación formarán parte del procedimiento. Todo lo expuesto sobre el principio de proporcionalidad aplica a la órbita administrativa.

El control jurisdiccional de esas decisiones es propio del Estado de Derecho, pero no conforma el desenvolvimiento habitual del sistema jurídico, ya que debe esperarse que la Administración gestione conforme las normas que regulan su accionar. Esto subraya la importancia de la gestión ambiental en el logro del fin de protección constitucional.

Consecuentemente, la competencia administrativa exige un ejercicio que debe ser optimizado atendiendo a la realización del derecho sustancial. Es el caso de la evaluación de impacto ambiental acumulativo establecido en la causa Salas (CSJN, 2009c), que, si bien no tiene regulación legal en muchas jurisdicciones, es una exigencia que proviene de la necesaria optimización del procedimiento. Si el fin inmediato de este es la identificación de los impactos ambientales que un emprendimiento ocasionaría mediante el análisis de las relaciones de causalidad del proyecto, la existencia de proyectos simultáneos sobre un mismo espacio territorial supone que la realización del fin del procedimiento impone su optimización. Sin una evaluación acumulativa fácilmente se incurriría en una desprotección inconstitucional. Desde el análisis fáctico de los medios, la complitud de estos es una variable del examen de idoneidad; luego, un procedimiento que eludiera la complitud no sería idónea.

El principio de progresividad aporta a las decisiones gradualidad a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. Por lo que la idoneidad y necesidad serán exámenes relevantes en la órbita administrativa que atenderán a las condiciones fácticas que modularán la temporalidad de las medidas.

Un tema que se profundiza *infra* es el debido proceso y la tutela efectiva. La garantía del debido proceso legal, «resulta exigible a “todos” los órganos del Estado, y en el ejercicio de “todas y cada una” de sus funciones, en tanto constituye un requisito ineludible para otorgar validez a los procesos de toma de decisiones públicas». En efecto, no solo se desenvuelve en la órbita jurisdiccional, sino que alcanza a la función administrativa, pues es ahí donde habitualmente se debaten los alcances de los derechos y obligaciones de los ciudadanos que el debido proceso está llamado a tutelar<sup>563</sup>.

Por lo que el derecho fundamental al debido proceso y a la tutela efectiva se proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada, trascendiendo la jurisdicción, por su carácter estructural para la democracia y el Estado de Derecho<sup>564</sup>.

El principio democrático se conecta con la protección del ambiente y adquiere concreción en los procedimientos administrativos ambientales en las audiencias y consultas públicas, en el acceso a la información ambiental y en la participación ciudadana. Se trata en el punto 8.2. de este Capítulo.

563 Ferrer Arroyo, 2015.

564 Bernal Pulido, 2008, p. 351.

## 5.2. Coordinación administrativa. Territorialidad ambiental y federal. Tensiones interjurisdiccionales y la prioridad de la compatibilización institucional

La coordinación es la esencia de la gestión administrativa eficiente, puesto que el logro de la armonía hacia la consecución de las metas estatales es el propósito de la administración misma.

Al respecto, la administración ambiental encuentra un desafío: los ecosistemas y su dinámica no responden necesariamente a las jurisdicciones territoriales, los trasponen, comprendiendo espacios que exceden las competencias asignadas a las autoridades.

En efecto, desde la perspectiva espacial-territorial, el entramado regulatorio para la protección del bien colectivo ambiente tiene como condición su indivisibilidad, condición que muchas veces trasciende las divisiones político-territoriales, suscitando graves conflictos entre los Estados.

Así, la CSJN, en la causa La Pampa contra Mendoza (CSJN, 2017c), ha dicho:

En él sub-examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de «compatibilización», que no es una tarea «natural» (porque ello significaría, «obligar» a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente «cultural».

La territorialidad ambiental se relaciona con la interjurisdiccionalidad que en muchos casos supone el bien ambiente. Un claro ejemplo son las cuencas hídricas que comprenden dos o más provincias. Por su parte, la territorialidad federal está representada por las relaciones entre la Nación y las provincias, en tanto responsables de la protección de esos bienes compartidos.

Comenta Esain que los «considerandos 6 y 7 del fallo del 01/12/2017 son los primeros en que la Corte se aboca a desarrollar el concepto de “federalismo ambiental”, siguiendo en esto las viejas enseñanzas de Humberto Quiroga Lavié»<sup>565</sup>.

<sup>565</sup> Esain, 2018, p. 5.

La LGA introduce dos principios adscriptos de naturaleza formal: el principio de cooperación y el principio de solidaridad, que conforman una optimización del principio federal de gobierno en conexión con la sustentabilidad, ordenando un accionar responsable entre los Estados sobre los sistemas ecológicos compartidos.

La Corte, en el referido fallo, destaca la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en el país, señalando que no se debe confundir la territorialidad ambiental, en franca alusión a la indivisibilidad del bien ambiente (que se trató en el Capítulo 5.3.), con la territorialidad federal, a la que requiere asumir la labor de «compatibilización» como tarea «cultural». Estos conceptos, además de la causa La Pampa (CSJN, 2017c; 2020c), son sostenidos en los fallos de La Picasa (CSJN, 2019d), en Servicio de Agua del Estado Provincial (CSJN, 2020a).

El federalismo en materia ambiental parece explicarse exclusivamente desde el deslinde teórico de lo que se entiende por lo mínimo y lo complementario. Este deslinde es limitado, porque el federalismo conforma relaciones interestaduais con mayor amplitud, involucrando a la comunidad más allá de las divisiones territoriales, ordenando el establecimiento de las condiciones necesarias de protección ambiental a los titulares de cada jurisdicción en tanto responsables del fin de protección.

Esa responsabilidad requiere la coordinación de las competencias a través de la concertación de acuerdos interjurisdiccionales como optimización de los principios de cooperación y de solidaridad. En efecto, la competencia de coordinación interprovincial tiene reconocimiento en la atribución constitucional dada a las provincias para celebrar tratados y, en particular, para cooperar en trabajos de utilidad común (arts. 124 y 125 de la Constitución). Los principios federales adscriptos incorporan al Estado nacional por su vinculación con el fin de protección compartida.

Así, respecto a la compatibilización de las territorialidades, en la causa La Picasa (CSJN, 2019d) la Corte entiende que territorialidad ambiental y territorialidad federal encuentran su representación y conjugación en la «Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa» (CICLP), organismo propio del federalismo de concertación, generado en el marco de un convenio intrafederal celebrado entre el Estado nacional y las provincias involucradas en la cuenca hídrica respectiva.

Destaca el acuerdo de creación de la comisión interjurisdiccional:

Este Convenio fue acordado entre las provincias en ejercicio de la autonomía que les es reconocida para celebrar tratados entre ellas y en particular para cooperar en trabajos de utilidad común (arts. 124 y 125 de la Constitución). Por ello, en la medida que ya ha sido ratificado por las respectivas legislaturas, lo acordado tiene por sí mismo aptitud para comprometer a las partes.

Desde esta perspectiva, el fallo despliega las reglas de la proporcionalidad territorial entre los estados miembros de la federación, que se fundamenta cuando dice: «La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales».

La optimización de los principios federales se revela en el requerimiento que efectúa en La Picasa (2019d) cuando solicita a las provincias fortalecer el organismo de cuenca; lo mismo acaece en el fallo La Pampa (2020c) cuando requiere a las provincias de la Pampa y de Mendoza que conformen la Comisión Interjurisdiccional del río Atuel (CIRA) en reemplazo de la actual Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI).

Pero cuando sucede una emergencia ambiental, como en el caso de los incendios en el Delta del Paraná (Equística, 2020e), conforme el principio de cooperación, impone la creación del comité respectivo, sin dejar de considerar que las medidas concretas serán dispuestas coordinadamente por las respectivas autoridades competentes en ejercicio del poder de policía que tienen por las leyes de PMPA.

Sobre el modo de alcanzar la compatibilización de las tensiones federales, en el fallo de la causa Shi (CSJN, 2021c), consigna el diálogo concertador como la vía más adecuada cuando sostiene que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal que admite poderes concurrentes del Estado nacional, necesarios para la organización de un país. «Y de allí la utilidad del diálogo constructivo –entre Nación y provincias– al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva».

La proporcionalidad territorial ambiental o interjurisdiccional supone, en el contexto de las relaciones federales, que la protección ambiental requiere una acción armonizadora para abordar el conflicto interjurisdiccional bajo los principios de cooperación y de solidaridad. Esa acción requiere de un diálogo concertador que en la Argentina posee un ámbito institucionalizado que se trata a continuación.

Se trata de una forma de compatibilización que ingresa en el terreno de la ponderación, pues la ponderación consiste en la optimización de derechos en colisión.

Pero esta labor de compatibilización está prioritariamente a cargo de los sujetos de la federación. Cuando la Corte refiere a la tarea de interpretación constitucional expresa en Barrick (2019a) que, «primariamente deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales, para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución».

De todo esto resulta un estándar o regla para resolver estas controversias construida por la Corte que parte de una percepción conjunta o cooperativa propia del federalismo de concertación, y que requiere la cooperación entre los distintos

niveles de gobierno<sup>566</sup> como acción prioritaria para armonizar sus intereses; así, agotado el diálogo federal, se ejerce la competencia dirimente del art. 127, CN.

## 6. Optimización jurisdiccional. Tensiones procesales y federales

La optimización de la función jurisdiccional apunta a la principal fuerza creadora de normas estatuidas de derecho fundamental. Al respecto, Pinto y Martín señalan que la matriz conceptual vigente en materia ambiental, en la que el Estado conduce las soluciones a los conflictos actuales, no tuvo su génesis en las regulaciones propiamente dichas, ni en las leyes aplicadas por la autoridad administrativa, sino en las innovaciones jurisprudenciales que incidieron en los posteriores desarrollos normativos<sup>567</sup>.

El principio imperante en materia ambiental es que la competencia jurisdiccional es provincial. La jurisdicción y dominio sobre sus recursos naturales, la reafirmación de las potestades locales, su vinculación con el alcance asignado al plexo hermenéutico ambiental y el carácter de excepción de la competencia federal, entre otras, son algunas de las razones que ratifican esa atribución legal<sup>568</sup>.

En este sentido, la regla del artículo 7 de la LGA establece que su aplicación atañe a los tribunales ordinarios, según corresponda por el territorio, la materia o las personas y que «en los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal».

A continuación, se resaltan algunos de los asuntos más relevantes a los que ha conducido la optimización de la función jurisdiccional, como la demarcación de los límites competenciales cuando la sustentabilidad es el derecho involucrado, aclarando que en el capítulo siguiente se alcanza un mayor detalle a partir del análisis de los fallos del máximo tribunal nacional.

### 6.1. El proceso colectivo y la ruptura de los principios clásicos

Si los procesos constitucionales son aquellos en el que el objeto que está en litigio es estrictamente una materia constitucional –la defensa y garantía de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad–, resulta que, como sostiene Gozaini, los procesos colectivos son también procesos constitucionales, pues implican una renovación en la típica protección a los derechos individuales, afectando principios tradicionales del proceso judicial, como son la bilateralidad del contradictorio, la legitimación para obrar y, especialmente, el alcance de la cosa juzgada<sup>569</sup>.

566 Scrinzi, 2022.

567 Pinto y Martín, 2015, pp. 338-339.

568 Sucunza, 2016.

569 Gozaini, 2014, p. 10.

El proceso colectivo ambiental irrumpe en el sistema jurídico argentino en el fallo pronunciado en la causa Kattan (1983), trasponiendo una valla formal que limitaba el acceso a la jurisdicción ambiental. En este fallo se puede reconocer los primeros rasgos tipificantes del proceso colectivo hasta entonces no regulado. La optimización jurisdiccional se da por dos caminos: por el reconocimiento y encuadre constitucional del derecho sustantivo y por el acceso a la vía procesal del amparo. Sobre el encuadre del derecho, el juez considera el interés simple como una importante categoría jurídica, pero en el caso se decide por la afectación de un derecho subjetivo, sosteniendo que si se altera el ambiente «el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados». Forman parte del razonamiento judicial la exigencia de estudios científicos, la conducta preventiva, incluso, con una mirada actual, la precaución ante la falta de certeza científica por no aportarse «estudios acabados acerca del impacto ambiental», la inversión de carga probatoria, en cuanto se comprueba que el Estado nunca los hizo, entre otros tópicos trascendentales de este fallo.

Otros fallos anteriores a la reforma constitucional integran esta construcción jurisprudencial. Así, en la provincia de Mendoza, el proceso colectivo irrumpió en el año 1985<sup>570</sup>. El Poder Ejecutivo dictó un decreto que levantó la veda deportiva en la reserva natural faunística Laguna de Llancanelo, autorizando la caza y la pesca deportiva. Dos habitantes de la ciudad de Mendoza interpusieron un amparo invocando su derecho a un ambiente sano y equilibrado y la necesidad de tutelar aquel banco genético de importancia vital para el ambiente. La causa, caratulada «Morales, Víctor Hugo y José Julio Rinaldi c/ Provincia de Mendoza por Amparo», culminó con el fallo dictado por el Juez Balducci el 2 de octubre de 1986, declarando nulo e inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo. El fallo consideró:

Es que el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado es un atributo fundamental de los individuos. Toda agresión al medio ambiente se traduce en una amenaza a la vida misma.

Así, como en un primer momento se receptó pretorianamente la acción de amparo en *pos* de la real operatividad de los derechos constitucionalizados, es posible ahora, acudir a esta vía para brindar efectiva protección a los intereses colectivos e impedir que la acción u omisión del Estado o de los particulares haga ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales.

570 Rodríguez Salas, 2017a, p. 116.

Sobre la legitimación procesal, luego de analizar la doctrina de la época –de la que resulta la necesidad de reconocer una amplia legitimación procesal en el amparo ambiental más allá de la rígida categorización del derecho subjetivo, del interés legítimo y simple–, el juez considera que si la ley nacional de fauna, adherida por ley provincial, ha puesto en cabeza de cada habitante el deber jurídico de proteger la fauna, parece incongruente imponer a cada individuo aquella obligación fundada en razones de interés público y negar el acceso a la justicia a quien pretenda observarlo.

Con la reforma constitucional del año 1994 y la inclusión del amparo para los derechos de incidencia colectiva en el art. 43, se sientan las bases para profundizar la modificación del proceso clásico. El reconocimiento constitucional de este derecho a todos los habitantes sobre el bien colectivo ambiente con sujetos legitimados constitucionalmente estructura el campo para el despliegue de la tutela judicial efectiva.

El rol del juez se consolida al ser reconocido como factor esencial en la tarea de protección. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa Almada (SCPB, 1998), representativa del avance jurisprudencial de la época, pone en cabeza de la judicatura la efectivización de los mecanismos de prevención de la contaminación ambiental, solución en ese momento trascendente en materia de prevención y evitación del daño ambiental en un proceso donde se discutía el cese de la contaminación ambiental imputada a Copetro SA<sup>571</sup>.

La Ley 25675 del año 2002 introdujo con alcance nacional las reglas básicas del proceso colectivo, definió el daño colectivo, consagró nuevas acciones colectivas, amplió los sujetos legitimados, incluso creó un amparo especial de cese del daño ambiental legitimando a todos los habitantes. Estas reglas son mínimas, pero suficientes para que la función jurisdiccional asuma la tutela efectiva del derecho al ambiente, tanto para la prevención, recomposición, como para el cese del daño ambiental.

Sin ignorar el aporte de numerosos tribunales, es la CSJN la que toma la tarea de precisar el proceso colectivo ambiental en la Argentina. En el Capítulo siguiente se abordan en forma especial los principales resultados de esta labor.

En ASSUPA (CSJN, 2006b), la Corte interpreta la relación entre las formas y la función judicial:

[...] en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que un examen cerradamente literal

571 Luna Asís et al., 2016, p. 122.

de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego.

En Mendoza (CSJN, 2006c) enuncia la vinculación de este rol con la entidad del bien a proteger: «La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales».

El significado de la definición *de poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador* es un mandato de optimización de la función judicial en materia ambiental que es reiterado por la Corte en numerosos pronunciamientos (CSJN, 2014a; 2016a; 2016b; 2019b).

Sobre la legitimación procesal, en la causa Defensor del Pueblo (CSJN, 2007c), considera que, cuando están en juego derechos colectivos, «el antiguo ideal de la iniciativa procesal monopolísticamente centralizada en manos del único sujeto a quien el derecho subjetivo pertenece se demuestra impotente frente a los derechos que pertenecen, al mismo tiempo, a todos y a ninguno».

Será en el fallo dictado en la causa Halabi (2009b) donde la Corte define el proceso colectivo en la Argentina y lo hace a partir de la configuración del caso constitucional, «siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal», para lo que analiza la naturaleza jurídica de los derechos constitucionales, la legitimación que les corresponde, las condiciones de admisibilidad y los efectos de la decisión según sea la naturaleza del derecho.

Cafferatta, conforme a este fallo, ensaya la siguiente definición de proceso colectivo:

[...] se trata de acciones judiciales, parafraseando doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaída en fallo «Halabí, Ernesto c/ Estado Nacional», 24/02/09, que son portadoras de «dos elementos de calificación que resultan prevalentes: 1. La petición debe tener por objeto la tutela del bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admite exclusión alguna», en el caso «el ambiente, es de naturaleza colectiva, no pertenece a la esfera individual, sino social y no es divisible en modo alguno». 2. La pretensión debe estar focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular u resulta concurrente con la primera<sup>572</sup>.

572 Cafferatta, 2010, p. 9.

A partir de esta breve referencia evolutiva, Sbdar caracteriza el proceso colectivo ambiental por conferir un amplio acceso a la jurisdicción, fundado en una legitimación generosa; un juez activo, protagónico, protector, interesado, autorizado a adoptar medidas de oficio, sean ordenatorias, cautelares y probatorias, que da cabida a los procesos urgentes, medidas anticipatorias y también cautelares, que aplica las cargas dinámicas y un procedimiento valorativo de la prueba integral de todo el cuadro probatorio, cobrando relevancia el dictamen pericial emitido por técnicos o científicos, los informes proporcionados por organismos del Estado y las presunciones, la flexibilidad recursiva y los efectos expansivos de la sentencia a todos los que se encuentran en idéntica situación que los actores<sup>573</sup>.

En efecto, una singularidad del proceso colectivo es que la sentencia colectiva ambiental tiene efectos *erga omnes*. El art. 33, *in fine*, de la Ley 25675, dispone que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias. Este tema fue especialmente tratado en Halabi (2009b), explicando la Corte que el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger.

El principio democrático también se conecta con la optimización del proceso colectivo ambiental. En efecto, la CSJN introdujo la perspectiva democratizadora reglamentando la audiencia pública en los procesos que tramitan ante ella<sup>574</sup>, entendiendo que esto «permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal»; audiencias que en materia ambiental llevó adelante en causas trascendentes –Salas, Mendoza, La Pampa, entre otras–.

Esta dimensión participativa se introduce también en la calificación que realiza la Corte del proceso ambiental como proceso policéntrico, en cuanto exige «una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados» (CSJN, 2017c; 2019a, 2019d).

## **6.2. El debido proceso como principio y la tutela judicial efectiva. El art. 32 de la LGA y el mandato de optimización jurisdiccional**

El debido proceso como principio de derecho fundamental confiere fundamentación al proceso expansivo de la actividad jurisdiccional en la protección del ambiente.

573 Sbdar, 2009, p. 922.

574 Acordada 30/2007.

Gozaini<sup>575</sup> comenta la evolución del debido proceso:

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso. De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

Este autor alcanza una definición valiosa: «En definitiva, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios»<sup>576</sup>.

El derecho al debido proceso está consagrado por la Constitución Nacional, art. 18, y se integra a los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). De esta comprensión integral del debido proceso como principio de derecho fundamental emanan los principios procesales esenciales.

Bernal Pulido identifica la doble naturaleza del debido proceso: la primera, como derecho autónomo, protege las facultades del sujeto para participar en los procedimientos del Estado para la defensa y realización de sus derechos; la segunda, como derecho fundamental indirecto o garantía, es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el Estado democrático<sup>577</sup>.

En tanto garantía, su alcance comprende el acceso a la jurisdicción, a la intervención de juez natural, independiente e imparcial, a la presunción de inocencia, a la igualdad de las partes y a la equidad de los procedimientos, a la inviolabilidad de la defensa en juicio y a la decisión justa, conforme a derecho, dictada dentro de un plazo razonable<sup>578</sup>.

El art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) consagra, bajo la denominación de «Garantías Judiciales», la garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención: el derecho al debido proceso legal. Esta norma se vincula con el artículo 25 que establece el denominado *principio de efectividad*, según el cual no alcanza con que los recursos estén previstos normativamente, sino que deben ser realmente idóneos para establecer si se configuró la violación a un derecho humano y proveer lo necesario para remediarla.

575 Gozaini, 2014, pp. 347-348.

576 Gozanini, 2014, p.351.

577 Bernal Pulido, 2008, p. 337.

578 Thea, 2009.

Es así como el debido proceso se optimiza con el principio de tutela efectiva, que incrementa la garantía que debe darse a los derechos sustantivos, exigiendo idoneidad a los procedimientos, los cuales no pueden desarticular el fin que los justifica.

Se trata de una garantía que orienta todos los procesos ordinarios y constitucionales que tienen por objeto resguardar derechos<sup>579</sup>.

La relación de las normas procesales en la realización del principio del debido proceso se vincula necesariamente al fin de realización de los derechos sustanciales. Al respecto, Bernal Pulido, en alusión al constitucionalismo colombiano, señala el principio de prevalencia de los derechos sustanciales, que supone que las finalidades superiores de la justicia no pueden resultar sacrificadas por un culto ciego a las normas formales cuando no son estrictamente indispensables para resolver el fondo. En tales casos, el extremo ritualismo supone una violación al debido proceso<sup>580</sup>.

La optimización del principio del debido proceso tiene una regla expresa en el derecho ambiental argentino. La Corte, en sus intervenciones en causas ambientales, recurre al precepto del art. 32 de la LGA, tanto para ejercer su competencia como para observar las decisiones de los inferiores que la hayan trasgredido. El enunciado normativo de la LGA es el siguiente:

La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, 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.

En efecto, esta regla precisante del mandato contenido en el segundo párrafo del art. 41 de la CN *establece un deber de optimización de la jurisdicción ambiental cuando prohíbe limitar el acceso a la tutela judicial y la faculta a disponer las medidas necesarias y urgentes a fin de proteger efectivamente el interés general*. La particularidad es que resulta de una ponderación legislativa entre el principio de sustentabilidad y los principios procesales. En tanto mandato, se dirige a los jueces competentes quienes no deben admitir ninguna restricción en el acceso a la jurisdicción ambiental, dotándolo de amplias atribuciones para ordenar e instruir el proceso. Tal como ha

579 Gil Domínguez, 2010, p. 270.

580 Bernal Pulido, 2008, pp. 375-376.

sido interpretado por la Corte, las formas procesales deben aplicarse con un criterio amplio que, «sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, constituyendo una revalorización de las atribuciones judiciales al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador» (CSJN, 2006b; 2014a; 2016a; 2016b; 2019b).

De esto resulta que, en el sistema jurídico ambiental argentino, la mayor realización de la sustentabilidad requiere la optimización del ejercicio de la competencia jurisdiccional.

En Cruz (CSJN, 2016a), la Corte explica que es a la luz de los principios de prevención del daño ambiental y de precaución que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente. Lo que tiene un significado preciso: la optimización del acceso a la tutela jurisdiccional en materia ambiental se conforma al fin de proteger efectivamente el interés general.

En esta causa, la tutela efectiva fundamenta la competencia extraordinaria de la Corte. En efecto, entiende que, si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten –como regla– el carácter de sentencias definitivas, este principio admite excepción cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

Luego de ello, expresa que la interpretación de esta doctrina debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el artículo 4 de la LGA introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. Argumento que reitera en Mamani (CSJN, 2017a).

La optimización constitucional de las medidas cautelares se explicita en Cruz cuando considera que constituyen «medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional».

En Majul (CSJN, 2019b), la Corte, luego de recordar que el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25675 dispone que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie, observa:

Que cabe recordar que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias. En ese sentido,

los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales.

En conclusión, el fallo del superior tribunal contraría la normativa de referencia; en especial el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 –que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie– e infringe los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*. Todo lo cual, conspira contra la efectividad en la defensa del ambiente que persigue el actor en el caso.

En este fallo, se aprecia que la Corte consideró que una de las arbitrariedades que habilitan su competencia extraordinaria tiene lugar cuando el Superior Tribunal de Entre Ríos realiza un examen de los requisitos de la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales. En este contexto, la Corte considera arbitrario que, ante la duda sobre el amparo como vía procesal preferente, el tribunal no haya aplicado los principios *in dubio pro natura* y *pro aqua*, que hubieran direccionado la interpretación hacia una decisión efectiva para la protección del derecho sustancial. Este es un ejercicio del margen epistémico de la competencia de la Corte.

Sobre la optimización formal, Cafferatta, comentando el art. 8 del Acuerdo de Escazú, señala que en el marco de las reglas del debido proceso (garantía de defensa en juicio), el Acuerdo prevé que «cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento», para agregar:

El acceso a la justicia ambiental está patentizado no solo en disponer de carriles adecuados de impugnación y recursivos (aspecto procesal), sino también en todo lo relativo a la faz sustantiva, en cuanto la conducta que se cuestiona afecte o pueda afectar de manera negativa al medio ambiente o resulte contravencional<sup>581</sup>.

Detrás de estos conceptos, un sopesamiento entre derechos fundamentales es el objeto de la decisión, y el debido proceso se optimiza para la realización de la sustentabilidad mediante la tutela judicial efectiva.

581 Cafferatta, 2020b, p. 2.

**6.3. La precaución y las medidas preliminares previas a la definición de la competencia. Colisión entre el federalismo y la sustentabilidad. La emergencia extrema. La tutela judicial efectiva en Salas (CSJN, 2008c, 2008d, 2009c, 2011a)**

Por definición, los principios formales se caracterizan por otorgar a una autoridad la competencia de determinar el objeto de optimización de un principio de derecho sustancial.

Con ese fin, la Corte ha efectivizado su competencia en numerosos fallos, pero estos responden a su competencia originaria o extraordinaria federal. Sin embargo, hay otros casos en los que la Corte sin tener competencia ha intervenido. Esto requiere un tratamiento especial para lo cual se selecciona el caso Salas por ser de referencia en el derecho ambiental argentino.

Antes de someter a examen el ejercicio jurisdiccional en esta causa, corresponde realizar un somero análisis normativo en la adopción de medidas precautorias dictadas por una autoridad incompetente, las cuales se encuentran reguladas en algunas normas procesales argentinas.

Así, conforme el art. 196 del CPCN, el principio general es que los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia; pero la misma norma también establece que la medida cautelar adoptada por juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con los extremos establecidos en el mismo capítulo del CPCN, prohibiéndole prorrogar su competencia. Es decir, la medida es válida, pero el juez incompetente debe desprenderse de la causa en forma inmediata en beneficio del juez competente.

También debe considerarse la Ley 26854, que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional; esta ley promulgada en el año 2013 regula el dictado de medidas cautelares por juez incompetente (art. 2), estableciendo como regla que los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia, con una excepción:

2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, solo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir *inmediatamente* las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

Sobre estas excepciones se ha expresado que «se trata de una jerarquización procesal en la protección de los derechos fundamentales: si bien veladamente, acotada a cuestiones procedimentales, se asigna una posición preferencial a quienes persiguen la protección de determinados derechos fundamentales o se encuentran en situación de vulnerabilidad social»<sup>582</sup>.

En términos propios de la proporcionalidad, el legislador ponderó derechos sustanciales vinculados a la dignidad humana y al ambiente gravemente comprometidos frente a la competencia y atribuyó eficacia a la decisión cautelar adoptada por juez incompetente en esas circunstancias, ordenándole la *inmediatamente* remisión de las actuaciones al juez que considere competente.

Sentadas estas bases normativas, se reseñan los principales aspectos del examen jurisprudencial propuesto:

1) En la causa Salas, los actores –miembros de comunidades indígenas y organizaciones comunitarias– llegan a la Corte mediante acción de amparo en defensa de los bosques nativos que consideraban afectados por los desmontes autorizados en forma indiscriminada, atribuyendo responsabilidad a la provincia por no haber cumplido con sus obligaciones legales. La Corte en su primer pronunciamiento entiende que la determinación de la competencia es el primer control de constitucionalidad al que ella está llamada a ejercer en su instancia originaria. Previo a resolver sobre ello, da vista al Procurador General (CSJN, 2008c).

El dictamen de la Procuración General expresa que, dado que la pretensión de los actores involucra cuestiones de índole local que requieren para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza, entiende que la causa no reviste carácter exclusivamente federal como lo exige el Tribunal para que proceda su competencia originaria, conforme la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno, según el criterio adoptado por el Tribunal en numerosos precedentes.

Agrega que la solución propuesta tiene respaldo en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario. Lo contrario importaría invadir las facultades reservadas de la provincia de Salta.

582 Cuesta, 2014.

No obstante este dictamen, el 29 de diciembre de 2008 (CSJN, 2008d), suspendió provisoriamente los desmontes, convocó a audiencia pública a las partes y requirió la información pertinente. En los considerandos, explica que estas medidas se adoptan más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución.

Esain y Di Paola<sup>583</sup> se preguntan: «¿Desde dónde encuentra competencia la Corte para –posponiendo la propuesta del Procurador de declarar la incompetencia originaria y exclusiva– intervenir en un caso que presenta tantos elementos locales?». Este planteo guiará el desarrollo que sigue.

2) En el resolutivo de diciembre de 2008, fundamenta su intervención en estas consideraciones: 1) la gravedad de los hechos que se denuncian exige de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado; 2) la adopción de las medidas conducentes que tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional y garantizar la eficacia de los derechos; 3) todo ello sin perjuicio de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

La Corte entiende que:

Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas.

No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.

Asimismo, y toda vez que en el caso media suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicios inminentes o irreparables, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del Código Procesal.

583 Esain y Di Paola, 2009.

3) Para justificar su intervención acude a precedentes. De estos precedentes, se comentan la causa Lavado (CSJN, 2007a) y Defensor del Pueblo de la Nación (CSJN, 2007b).

En el fallo en la causa Lavado (CSJN, 2007a), la Corte intima al Estado nacional a que adopte las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la provincia de Mendoza, las consideraciones que realiza para ello son:

[...] la gravedad de la reiteración de los hechos que se denuncian, la ausencia de control y dominio adecuado en la Penitenciaría –presupuestos de la existencia de aquéllos– exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento en que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 CN.

Es decir, entiende que la situación habilita el control de constitucionalidad, más allá de su competencia.

Recuerda que:

[...] en la sentencia dictada el 30/3/2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le indicó al Estado argentino que las razones de derecho interno no podían justificar la falta de adopción de las medidas conducentes para superar la situación existente.

Para proceder a ponderar:

Frente a las indicaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Argentino y a las consecuencias que puede traer aparejada la subsistencia y falta de control de las condiciones de detención que se denuncian, la participación de la Corte Suprema *no puede ser vista más que como la mejor realización del funcionamiento del sistema representativo, republicano y federal* que rige a la Nación y al que las autoridades todas se deben someter.

La ponderación en este considerando sopesa los principios federales frente a la jurisdicción de la Corte como garante final de los derechos sustanciales, estableciendo la optimización de su intervención como *la mejor realización* del funcionamiento del sistema representativo, republicano y federal, por lo que sostiene que no es una intromisión indebida.

El otro precedente invocado en Salas es la causa Defensor del Pueblo de la Nación (CSJN, 2007b), en la que la mayoría de la Corte entendió, en contra de lo dictaminado por la Procuración General, que la gravedad y urgencia de los hechos atribuidos a la inacción del Estado nacional y provincial –vinculados a la situación de emergencia extrema de los habitantes pertenecientes a la etnia Toba– exigían de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, cumplido con los informes y la audiencia, decide hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado nacional y a la provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región involucrada para atender la situación de emergencia extrema.

El expediente del proceso de la causa Defensor del Pueblo de la Nación, 587/2007, tuvo resolución sobre la competencia el 8 de abril de 2021, declarando su incompetencia con remisión de la causa al juez competente (CSJN, 2021a).

En este fallo, la justificación que expresa sobre el tardío cese en su intervención reside en que «al haberse logrado alterar el estado de cosas que exigió la inmediata intervención de la Corte con el propósito de superar la anomia existente al momento en que se asumió el trámite de esta causa, le correspondía expedirse sobre su competencia».

Ambos precedentes invocados en Salas (CSJN, 2009c) son los justificativos de su intervención excepcional y temporal. En el caso Lavado, la gravedad de los hechos, los derechos afectados y la responsabilidad internacional que le puede caber al Gobierno nacional por las omisiones que los gobiernos provinciales cometan respecto a contenidos de los convenios suscriptos por el país. En el caso Defensor del Pueblo, la gravedad y la emergencia extrema de los habitantes pertenecientes a la etnia Toba exigieron a la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado. El cese de la intervención se explica por «haberse logrado alterar el estado de cosas», es decir, por la superación del estado de cosas inicial.

4) Continuando con Salas, luego de celebrada la audiencia pública el 18 de febrero de 2009 (CSJN, 2009b), cuya importancia es manifiesta, la Corte se pronuncia el 26 de marzo de 2009 (CSJN, 2009c), resolviendo: 1) requerir a la provincia de Salta que, en el plazo máximo de noventa días realice un estudio de impacto ambiental acumulativo con la participación de las comunidades en los que se autorizaron las talas, 2) suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos descriptos hasta tanto se efectúe el estudio requerido y 3) *postergar provisoriamente la decisión sobre la competencia del Tribunal.*

Recién en el año 2011, da por concluida su intervención, sobresaliendo este fundamento:

Que la gravedad de los hechos denunciados por los actores y la clara afectación al medio ambiente que producían aquellas actividades realizadas de manera indiscriminada, exigieron de esta Corte la adopción de las medidas conducentes a la superación del estado de cosas que dio lugar a la promoción del proceso y el diferimiento de la decisión atinente a su competencia para entender en el caso por vía de la instancia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

Este considerando sopesa las circunstancias que justificaron su intervención, pero en el considerando 5 *in fine* agrega: «En consecuencia, al no subsistir las circunstancias que determinaron el dictado de la medida cautelar dispuesta a fs. 313/315, corresponde levantar la suspensión allí ordenada, pues ha desaparecido el peligro de daño irreversible que determinó aquella decisión».

La superación del estado de cosas a las que se refiere comprende, entre otras, el cumplimiento de lo ordenado en el pronunciamiento de marzo de 2009 (CSJN, 2009c) con la presentación del estudio de impacto ambiental acumulativo por la provincia de Salta en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y con la participación de las comunidades que habitan la zona afectada. El considerando destaca, además, la adopción de diversas actuaciones normativas por la provincia y, en especial, la sanción del decreto provincial 2789/2009, por el que se dispuso que la delimitación definitiva y la categorización final de las áreas boscosas que ocupan o utilizan las comunidades indígenas y que, hasta tanto se realice el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de esas tierras (artículo 2), dichas áreas serán consideradas de manera precautoria en la Categoría II (amarillo), prohibiéndose la ejecución de las autorizaciones de desmonte pendientes de realización en aquellas propiedades incluidas en esa categoría y que se encuentren sometidas a un reclamo formal por parte de tales comunidades (artículo 1).

Por ello, entiende oportuno declarar su incompetencia, considerando que se han alcanzado los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito y, consecuentemente, se desprende del conocimiento de la causa en la medida en que no correspondía a la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, al no mediar acto, omisión o situación generada que provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7 de la Ley 25675) que justifique su intervención. Remitiendo entonces las actuaciones a la Corte de Justicia de la provincia de Salta.

5) El análisis de la intervención de la Corte debe tener presente que el examen de la proporcionalidad es un procedimiento escalonado y sucesivo, de modo que, si no se logra razonabilidad en cada una de sus etapas, la norma es inconstitucional, por lo que antes de la ponderación de los principios en colisión deben examinarse la idoneidad y la necesidad de las medidas preliminares. Las dimensiones fácticas de eficacia, plenitud, temporalidad y seguridad deben aplicarse para la selección de las medidas, siendo la dimensión temporal la clave del análisis a realizar.

Dos son las medidas del resolutivo que corresponde analizar, la intervención estableciendo medidas preliminares previas a la definición de la competencia y la postergación provisoria de la decisión sobre su propia competencia.

En los fundamentos del fallo, bajo el principio de precaución, se razona que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental individual de cada una de ellas, pero que no se efectuaron estudios sobre el efecto acumulativo de todas las autorizaciones. Entiende que se configura entonces una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras.

Este estado de cosas inicial<sup>584</sup> justifica la intervención como las medidas consecuentes; un estado de cosas que agrede gravemente el bien protegido por el derecho fundamental, cuyas condiciones constitucionales –sano equilibrado, apto para el desarrollo humano– deben restablecerse con medidas dotadas de eficacia, temporalidad, complitud y probabilidad. Dada esta fundamentación, la relación entre los medios y el fin de protección da como idónea la intervención del máximo Tribunal y las medidas consecuentes.

Las medidas adoptadas como consecuencia de la intervención también responden al examen de necesidad, ya que uno de los aportes más trascendentes del fallo es advertir que el procedimiento de EIA es burlado en su finalidad por una aplicación discrecional que no toma en consideración los efectos que sobre el ambiente puede provocar el conjunto de los emprendimientos que conllevan a la tala de los bosques. Por lo que la EIA acumulativa resulta una medida no solo idónea sino necesaria, al responder al fin de protección del instituto y no afectar los derechos individuales en mayor medida de lo que supone una evaluación integral de la región afectada.

6) Queda pendiente el examen de la prórroga en el pronunciamiento sobre su competencia, la que por su naturaleza requiere analizar la perspectiva temporal. Una medida puede ser idónea para alcanzar el fin de protección y desproporcionada por no haberse seleccionado, entre el conjunto de medidas alternativas, la menos lesiva. Es decir, la restricción a la posición de derecho fundamental afectada –en el

584 El estado de cosas inicial y final se trata en el Capítulo 2.4.1.

caso, la competencia local y el derecho al juez natural— es injustificadamente *excesiva* si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo o restrictivo. Este es el examen de necesidad de la proporcionalidad que supone la comparación entre el medio implementado con medios alternativos que limitan el derecho en menor medida<sup>585</sup>.

Para realizar una evaluación sobre la razonabilidad de esta medida, se propone un examen comparativo tomando de la red de precedentes de la Corte los pronunciamientos en la causa Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c y 2016d).

En esta causa, en el fallo del 26 de abril de 2016, explica su intervención conforme a los precedentes:

Que esta Corte ha señalado la pertinencia de la adopción de medidas preliminares previas a la definición de su competencia, cuando los hechos de la causa lo justifican. Es que la adopción de esas medidas no implica definición sobre la decisión que pueda recaer en el momento que el Tribunal se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional (conf. causas «Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro», Fallos: 330:111; «Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional», Fallos: 331:2797; CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 «Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental», sentencia del 24 de abril de 2012).

Agrega sobre la magnitud de la amenaza de daño ambiental:

[...] se trata de obras de una magnitud considerable, con un gran potencial para modificar el ecosistema de toda la zona y esas consecuencias deben ser adecuadamente medidas teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras...Que, en consecuencia, existe evidencia de obras con suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se pretende.

Una aclaración contenida en este fallo subraya la temporalidad de las medidas preliminares: «Es que la adopción de esas medidas no implica definición sobre la decisión que pueda recaer en el momento que el Tribunal se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución

<sup>585</sup> Clérico, 2018, p. 40.

Nacional (conf. “Lavado”, Fallos: 330:111; “Salas”, Fallos: 331:2797; CSJ 175/2007 (43- V) / CS1 “Vargas”, sentencia del 24/04/2012)».

En el fallo de diciembre de 2016 (CSJN, 2016d), la Corte adopta la medida de suspensión de la construcción de la represa hasta que se cumpla con el procedimiento de EIA y se celebre la audiencia pública respectiva, o hasta el dictado de la sentencia definitiva, lo que suceda primero; seguidamente se desliga de la causa declarando su incompetencia para inmediatamente declarar la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es decir, hay *inmediatez* entre la decisión cautelar y la remisión de la causa al tribunal competente.

7) El examen del medio alternativo menos lesivo sobre el derecho intervenido impone considerar si al igual que en Represas de Santa Cruz, en Salas se podían resolver las medidas preliminares y urgentes junto con la declaración de incompetencia en forma concomitante o en plazo más ajustado, remitiendo la causa a la justicia provincial.

Se puede estimar que, cumplida la audiencia pública (CSJN, 2009b), a la que debe reconocérsele eficacia para la producción de la resolución del 26 de marzo de 2009 (CSJN, 2009c), las medidas preliminares adoptadas son necesarias. No resulta lo mismo respecto a la medida de prórroga para la declaración de incompetencia, en tanto se debe considerar que luego de esa fecha nada impedía que esas medidas hubieran sido cumplidas en sede provincial por la autoridad constitucionalmente competente, la que resultaba el juez natural de la causa dentro de las reglas del debido proceso, incluso considerando necesarios los 90 días para la presentación del EIA ante la Corte, ya que ese plazo fue sobrepasado en exceso. Entonces, existía una alternativa menos grave en la intervención del principio competencial federal y debido proceso.

En efecto, recién en la decisión del 13 de diciembre de 2011 (CSJN, 2011a), luego de considerar satisfechos los requerimientos realizados y considerar positivamente las medidas complementarias adoptadas por la provincia en cuanto al resguardo de los bosques nativos, dispone declarar que la causa no es de su competencia, remitiendo las actuaciones a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta. Por lo que el extenso periodo que sigue desde marzo de 2009 hasta que se desprende de la causa produce una *innecesaria* afectación de la competencia local.

8) Corresponde ahora hacer algunas consideraciones respecto al planteo sobre la adopción de medidas preliminares por autoridad incompetente. Conforme a lo analizado, el principio de precaución puede producir el desplazamiento temporario de la competencia, pero debe reunir condiciones especiales respecto al grado de afectación del derecho sustancial.

Una explicación sobre esta afectación sustantiva y su relación con los principios formales surge de un planteo de Alexy cuando se pregunta si puede un principio formal ponderarse contra un principio sustancial y viceversa, respondiendo que el principio material de justicia tiene precedencia sobre el principio formal de seguridad

jurídica cuando se da la *condición de extrema injusticia*. Ante esta situación, no hacer nada no es una opción. A la inversa, en la condición de injusticia por debajo del umbral de la extrema injusticia, la interferencia con el principio de justicia no tiene la mayor intensidad, por lo que prevalece el principio formal de seguridad jurídica<sup>586</sup>.

De esto se puede establecer que, en el caso Salas, la amenaza de daño grave o irreversible con proyección regional, con la posible afectación de la población presente y futura de condición vulnerable, en un contexto de incertidumbre, califica como de injusticia extrema o intolerable, por lo que el principio sustancial de precaución por su mayor peso desplaza temporalmente al principio de la competencia local.

En Salas, la importancia del derecho a proteger puede graduarse como gravísima<sup>587</sup>. De tal modo, concurre la condición de extrema injusticia que justifica la intervención y la prórroga en la declaración de la incompetencia.

9) Estas intervenciones son excepcionales y conmueven la regla en virtud de la cual la optimización de un principio corresponde al titular de la competencia. Las consecuencias que su reiteración podrían causar sobre el sistema federal de gobierno son extremadamente graves. En efecto, el mismo máximo tribunal nacional, cuando rechaza su competencia originaria en un caso de contaminación, advierte que «si por la vía intentada, se le reconociese a la jurisdicción originaria de esta Corte la extensión que se le pretende atribuir, la justicia nacional habría realizado por su facultad de examen y el imperio de sus decisiones, la absorción completa de los atributos primordiales del gobierno de los estados» (CSJN, 2008a).

Otra regla establecida por la misma Corte para las regulaciones en situación de emergencia incide en el sentido de ajustar la temporalidad de este tipo de intervención: «Los precedentes de esta Corte establecen que el ejercicio de los derechos puede ser restringido parcialmente y durante un tiempo limitado cuando es una medida razonable y proporcional en una situación de una emergencia justificada» (CSJN, 2021b, voto del juez Lorenzetti).

10) Por lo expuesto, cuando las medidas preliminares y urgentes en causas ambientales son adoptadas por un tribunal incompetente son proporcionales únicamente ante una situación de extrema gravedad o de emergencia, correspondiendo remitir la causa al tribunal competente con inmediatez o en un tiempo razonable conforme la situación; de lo contrario, se vulnera innecesariamente el principio de competencia y se incurre en un actuar arbitrario.

586 Alexy, 2014, p. 22.

587 Alexy, 2002, p. 48. Considera la posibilidad de una afectación muy grave o extraordinariamente grave de un derecho fundamental.

#### **6.4. La competencia federal de excepción por razones de interjurisdiccionalidad (art. 7, LGA). Colisión entre el federalismo y la sustentabilidad. Estándares de ponderación provisorios y restringidos. Importancia de los estudios científicos. La certidumbre necesaria**

La Ley General del Ambiente 25675 establece en su artículo 7 que «la aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos en los que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal». En consecuencia, la regla es la competencia ordinaria local y la excepción es la competencia federal para aquellos casos en que, efectivamente, se verifique una afectación interjurisdiccional.

Esto ha suscitado conflictos negativos de competencia entre la jurisdicción local y la federal en torno a la interpretación de la afectación interjurisdiccional que han tenido que ser dirimidos por la CSJN. El escenario de estos conflictos de competencia es el criterio de atribución de la competencia federal de excepción en caso de afectación interjurisdiccional.

Estos conflictos de competencia se dirimen dentro de un restringido y provisorio marco cognoscitivo, por lo que existe la provisoriedad de planteos ulteriores (v.gr., excepción de incompetencia) y/o la modificación de circunstancias que justifiquen, en cualquier estadio, la declaración de incompetencia aun de oficio (v.gr., la acreditación durante la etapa probatoria de que la afectación de un recurso interjurisdiccional era efectivamente de dicha naturaleza, lo que justifica la declaración de incompetencia y su remisión a la justicia federal o la existencia de competencia originaria de la Corte Suprema, en razón de un conflicto con sujetos aforados)<sup>588</sup>.

Un análisis particular revela las dificultades que provoca la interpretación de la competencia federal de excepción del art. 7 de la LGA, con criterios divergentes en los diversos pronunciamientos recaídos en la materia.

En la causa Medam (CSJN, 2004a), la contienda negativa de competencia se origina en la demanda promovida por la Fundación Medam contra el Estado nacional (Ministerio de Defensa), a fin de obtener que cese el daño ambiental que produce la «Fábrica Meteor», ubicada en la ciudad de Zárate, provincia de Buenos Aires, como también que se realicen las obras necesarias a tal efecto y que se recomponga el daño ambiental causado como consecuencia de la actividad e instalaciones de dicha planta.

La Corte adhiere al dictamen del Procurador subrogante cuando expresa que, a los efectos de dilucidar las cuestiones de competencia, es preciso atender de modo principal a la exposición de los hechos que la actora efectúa en la demanda y después, solo

<sup>588</sup> Sucunza, 2016.

en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión. Concluye que este proceso corresponde a la jurisdicción federal tanto *ratione personae* como *ratione materiae*.

En cuanto a la materia, advierte que, según surge de los términos de la demanda, los procesos contaminantes «afectan fuertemente la composición química del acuífero freático y del lindero Río Paraná», circunstancia que habilita a entender que, en principio, se hallaría configurada la interjurisdiccionalidad que requiere el art. 7, segundo párrafo, de la Ley 25675.

En el fallo de la causa Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida v. Provincia de San Luis y otros (CSJN, 2006a), rechazó su competencia originaria porque no encuentra acreditados los extremos previstos en el art. 7 de la Ley 25675, de modo de surtir la competencia federal perseguida, en tanto no se ha aportado ningún estudio ambiental que permita afirmar ese extremo, no constan quejas o reclamos por parte de los estados provinciales limítrofes que pudieran evidenciar su carácter de afectados por los hechos denunciados, ni se intenta instar la intervención de aquellos como terceros, sobre la base de una supuesta comunidad de controversia no demostrada.

En el fallo en la causa ASSUPA v. Provincia de San Juan, (CSJN, 2007e), rechaza la competencia originaria considerando que a los fines de justificar la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en el carácter federal que se le asigna a la materia, sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad, no basta con afirmar que la contaminación del medio ambiente no queda confinada a la provincia ya que dichos extremos deben encontrarse debidamente acreditados en forma tal que permita afirmar que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7, Ley 25675). El examen de la determinación de la naturaleza federal del pleito –carácter interjurisdiccional del daño denunciado– debe ser realizado con particular estrictez de acuerdo con la excepcionalidad del fuero federal, de manera tal que si no se verifican los supuestos que la determinan, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local.

En el fallo dictado en la causa Rivarola (CSJN, 2011b), la Corte sigue el criterio de la Procuración que sostiene la necesidad de acreditar la afectación interjurisdiccional.

Sin embargo, este fallo tiene la disidencia de Lorenzetti, quien sostuvo entonces que el Tribunal en ningún caso ha exigido la presentación de una evaluación científica o estudio que pruebe la efectiva contaminación o degradación del recurso interjurisdiccional en casos como el de autos. Afirma que es jurisprudencia de la Corte que para que se configure el presupuesto del art. 7, segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente, solo basta que en la exposición de los hechos en la demanda se observe que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional. Esto conforme el precedente de la misma Corte en «Fundación Medam c/ Estado Nacional Argentino y otro».

En el año 2019, en la causa Fernández (CSJN, 2019h), el fallo de la mayoría entiende que de las constancias del expediente se determinó el vertido de residuos oleosos en el arroyo San Francisco, principal afluente de la cuenca del arroyo Santo Domingo, que, a su vez, desemboca en el Río de la Plata. Que estos residuos presentan una concentración por encima de los valores límites establecidos en la Ley de Residuos Peligrosos. Que en el *sub lite* surgen elementos vinculados a las características del curso de agua receptor de la contaminación, su influencia directa en el Río de la Plata, las características del elemento contaminante y la escasa distancia a recorrer. Así, el vertido de residuos peligrosos en un arroyo que desemboca en una cuenca hídrica interjurisdiccional hace surtir la competencia de la justicia federal. Este fallo destaca la aplicación del principio de congruencia, el principio de prevención, el principio precautorio y el principio de sustentabilidad.

La disidencia entiende que si no se ha verificado que los efluentes vertidos hayan causado una afectación más allá de los límites de la provincia de Buenos Aires, corresponde la competencia ordinaria (Rosenkrantz y Highton de Nolasco). Es decir, no se ha acreditado plenamente la afectación interjurisdiccional.

Ya en la causa Surfrider (CSJN, 2020b), resuelve un conflicto de competencia adhiriendo al dictamen de la Procuración General de la Nación, el cual sostiene que es preciso demostrar, *con alguna evaluación científica*, la efectiva contaminación o degradación –según los términos de la Ley General del Ambiente– de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción al respecto tiene que surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, alguna otra evidencia que demuestre la verosimilitud de la afectación interjurisdiccional.

El fallo de la causa Servicio de Agua del Estado Provincial de Chaco (2020a) trata un conflicto negativo de competencia en la causa en que se investiga una supuesta infracción a la Ley 24051 por la descarga de afluentes cloacales en el arroyo Correntoso, que desemboca en el río Oro, afluente del río Paraguay. En consecuencia, el tema a decidir es el criterio de atribución de competencias que debe utilizarse en la investigación de la contaminación con residuos peligrosos a cauces de agua internos provinciales cuando este pertenece a una cuenca hídrica interjurisdiccional. Resalta que la Corte «ha subrayado la exigencia de interjurisdiccionalidad de la contaminación como presupuesto inexorable para atribuir la competencia federal».

Los considerandos expresan con claridad que corresponde compatibilizar: i) el carácter excepcional y restrictivo de la competencia federal, con ii) la naturaleza integral e interdependiente de la cuenca hídrica, a la luz de los principios precautorio y preventivo del derecho ambiental.

En torno a tales perspectivas, sostiene que «la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría

“obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”».

También alude a los precedentes sobre los que ha construido el concepto de cuenca hídrica, para enfatizar que la concepción de unidad ambiental de gestión de las cuencas hídricas, como bien colectivo de pertenencia comunitaria y de objeto indivisible, se encuentra previsto con claridad y contundencia en el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (Ley 25688, artículos 2, 3 y 4).

Luego de analizar las pruebas incorporadas, especialmente el dictamen técnico de UFIMA, decide, con los estándares de ponderación provisorios y restringidos característicos de esa etapa inicial del proceso, que «se encuentra configurada, con carácter provisorio, la presencia de elementos que permiten razonablemente colegir el requisito de afectación interjurisdiccional, lo que hace surtir la competencia de la justicia federal».

En Fabricaciones Militares (CSJN, 2021d), resuelve a favor de la competencia federal ante la posible contaminación con desechos comprendidos en la Ley 24051, en tanto los ríos Carcarañá y Paraná podrían, razonablemente y en el marco de la interdependencia que se verifica entre los elementos de una cuenca hídrica, convertirse en cuerpo receptor del efluente contaminante que, *prima facie*, afectaría al río Tercero. Por lo que, con los estándares de ponderación provisorios y restringidos característicos de esta etapa inicial del proceso, considera que se encuentra configurada, con carácter provisorio, la presencia de elementos que permiten razonablemente colegir el requisito de afectación interjurisdiccional. Se sustenta en un informe técnico producido por la UFIMA que describe las características de las emanaciones gaseosas objeto de la causa y su aptitud de producir graves daños a la salud humana y al ambiente.

La disidencia rechaza la competencia federal y recuerda la evolución del criterio de la Corte: antes del año 2000, se aceptaba la competencia de los tribunales federales ante la mera posibilidad de que en el hecho contaminante estuviese involucrada alguna de las sustancias comprendidas en el Anexo I de la Ley 24051, «pero desde la causa Lubricentro Belgrano (Fallos: 323:163)», se modificó este criterio y se estimó que correspondía la jurisdicción de los tribunales provinciales cuando de las probanzas del sumario no surgía que los desechos pudieran afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia respectiva, incluso si los materiales secuestrados pudieran considerarse residuos peligrosos en los términos de la Ley 24051.

Se puede alcanzar una aproximación al estándar aplicable por la Corte a la competencia de excepción por afectación ambiental interjurisdiccional. Para ello, debe terse presente que se trata de una ponderación provisorio.

En consecuencia, la intervención del orden federal requiere respecto de la afectación interjurisdiccional «cierto grado de razonabilidad» que debe tener sustento técnico y científico. Ese grado de razonabilidad se relaciona con la variable certidumbre y requiere para ser sopesada alcanzar una comprobación plausible o no evidentemente

falsa de las premisas fácticas –degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales– del bien colectivo a proteger.

Resultando de este modo que, para la procedencia de la competencia federal por razones de interjurisdiccionalidad, no es suficiente que se afirme que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional, es necesario un grado de comprobación o de certidumbre sobre la afectación de una unidad ambiental interjurisdiccional para una decisión favorable.

## 7. La proporcionalidad federal y el Sistema Federal Ambiental

### 7.1. Validez social y eficacia normativa

Peña Chacón sostiene que el principal problema actual del derecho ambiental es su falta de efectividad, existiendo claras falencias tanto en el logro de sus objetivos y metas como en su aplicación y cumplimiento sostenido y recurrente<sup>589</sup>. En el mismo sentido, expresa Cafferatta que el mayor problema contemporáneo del Derecho Ambiental es la falta de efectividad normativa. Se sabe que existen leyes, pero no se sabe cómo lograr que esas leyes se cumplan<sup>590</sup>.

La optimización de los principios ambientales entraña la cuestión de la efectividad. La determinación de la regla definitiva a través del procedimiento de la proporcionalidad requiere de los exámenes fácticos de idoneidad y de necesidad que se refieren a las condiciones de eficacia, complitud, temporalidad y probabilidad de las medidas que conformarán la consecuencia jurídica, procedimiento que se completa con la ponderación de los derechos en colisión para establecer la norma adscripta.

Sin embargo, cuando se refiere a la norma ambiental en el sistema jurídico argentino, la efectividad adquiere una particular complejidad dada la competencia compartida entre la Nación y las provincias para su emisión y, esencialmente, para su aplicación local. De tal forma, que la efectividad de la norma ambiental constituye un asunto de particular importancia que requiere considerar algunos aspectos teóricos gravitantes.

Se ha aludido en este capítulo a la validez jurídica, haciendo referencia a la norma dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto; sin embargo, es oportuno completar el marco teórico introduciendo la relación entre validez y eficacia normativa conforme la doctrina de Alexy.

Alexy presenta el problema de la validez jurídica por su relación –de dependencia– con la validez social y la validez ética, expresando:

589 Peña Chacón, 2016, p. 11.

590 Cafferatta, 2008b.

Los conceptos sociológico y ético de validez son conceptos puros de validez en el sentido de que no tienen que contener necesariamente elementos de los otros conceptos de validez. Otra es la situación en el caso del concepto jurídico de validez<sup>591</sup>.

Para el concepto positivista de derecho, la validez tiene dos elementos definitivos: el de la legalidad conforme al ordenamiento jurídico y el de la eficacia social. Mientras que, para la teoría principialista, se agrega la validez moral.

En efecto, Alexy precisa que:

Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales<sup>592</sup>.

Sobre la condición de validez social, expresa:

Si un sistema de normas o una norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social, este sistema de normas o esta norma tampoco puede valer jurídicamente. El concepto de validez jurídica incluye, pues, necesariamente también elementos de la validez social<sup>593</sup>.

Entonces, la primera distinción de validez de una norma se relaciona con el sistema normativo al que pertenece: «Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz»<sup>594</sup>.

En el caso de las normas aisladas, a diferencia de lo que sucede con los sistemas de normas, la eficacia social en general no es condición de su validez jurídica. En un

591 Alexy, 2004, pp. 88-89.

592 Alexy, 2004, p. 14.

593 Alexy, 2004, p. 89.

594 Kelsen interpreta los conceptos de eficacia y validez de la siguiente forma: «La eficacia del derecho quiere decir que los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas deben comportarse; o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo. La afirmación de que el derecho es eficaz significa solamente que la conducta real de los individuos se ajusta a las normas jurídicas. Así, pues, validez y eficacia se refieren a fenómenos completamente distintos». Kelsen, H., 1958, p. 46.

sistema jurídico de estructura escalonada, este criterio es reemplazado por el de *la legislación conforme* con una Constitución en general socialmente eficaz. Pero Alexy establece un límite a la validez jurídica de la norma aislada: «Ciertamente, no es condición de la validez jurídica de una norma aislada el que sea en general socialmente eficaz pero sí que presente un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia»<sup>595</sup>.

Se introduce así una consideración especial, un mínimo de eficacia social será necesaria en las normas aisladas o de derecho secundario.

Ahora, con estos conceptos, corresponde tratar cómo se alcanza ese mínimo de eficacia social de la norma ambiental, sea PMPA o NC.

## 7.2. Proporcionalidad institucional ambiental: el SFA

Antes de la Reforma constitucional del año 1994, el ejercicio errático de las competencias ambientales condujo a las provincias y el Gobierno nacional a abandonar las políticas aisladas e iniciar un proceso de integración consensuado, cuyo fin era que los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos fueran utilizados en forma equitativa y racional. Este proceso se llevó adelante a través de convenios interjurisdiccionales directamente concertados por las partes interesadas o por el sistema de las leyes-convenio de adhesión. De pactos específicos se avanzó hacia un proceso concertador más integral, comprensivo de la problemática ambiental argentina, que tuvo su mayor expresión cuando los Estados provinciales suscriben el 31 de agosto de 1990, en la ciudad de La Rioja, el Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)<sup>596</sup>.

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el federalismo de concertación formó parte de la especial distribución de competencias ambientales establecidas en el art. 41, párrafo tercero, de la CN, por lo que debía procederse a la optimización del acuerdo alcanzado. Así, en el año 2002, con la sanción de la LGA, una nueva etapa institucional de la función de coordinación comenzó a consolidarse con la creación del Sistema Federal Ambiental (SFA).

La LGA, luego de establecer los principios de solidaridad y cooperación en las relaciones federales para la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos, en el art. 23, establece el Sistema Federal Ambiental con el objeto de desarrollar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires. Este será instrumentado a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA). Una perspectiva política administrativa explica esta decisión, la

595 Alexy, 2004, pp. 92-94.

596 Rodríguez Salas, 2008.

norma ambiental, nacional o provincial, se aplica por las jurisdicciones locales y un mínimo de eficacia es requerido para su cumplimiento.

Por lo que el federalismo ambiental encuentra un grado de realización en la Ley 25675, con la creación del Sistema Federal Ambiental (art. 23) y la ratificación del Acta constitutiva del COFEMA y el Pacto Federal Ambiental (art. 25), que anexa en forma completa la LGA.

El COFEMA se define como organismo permanente para la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre los Estados miembros (art. 1 Acta Constitutiva). Se conforma por los representantes de los poderes ejecutivos provinciales, esencialmente los funcionarios responsables de los organismos ambientales de mayor jerarquía.

Así, la proporcionalidad ambiental posee un órgano de derecho intrafederal para coordinar la elaboración de regulaciones ponderadas entre los Estados de la federación. Una parte del Estado Ambiental de Derecho se conforma en el SFA. No se trata de limitar ninguna función al legislador democrático nacional ni provincial sino de optimizar el ejercicio de la cooperación y solidaridad entre los Estados de la federación.

En las funciones del SFA se distinguen dos instancias de actuación.

La primera instancia corresponde a la formación de las normas ambientales. Para ello, la LGA introduce un mandato dirigido al Poder Ejecutivo Nacional, que también involucra a las provincias. Así, en su art. 24, dispone que:

[...] el Poder Ejecutivo propondrá a la Asamblea del Consejo Federal de Medio Ambiente el dictado de recomendaciones o de resoluciones, según corresponda, de conformidad con el Acta Constitutiva de ese organismo federal, para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarios provinciales, y sus reglamentaciones en las distintas jurisdicciones.

El SFA procura la adecuada vigencia y aplicación efectiva de la norma ambiental, es decir, la eficacia social tanto de los PMPA como de las NC.

Sobre los términos empleados por el art. 24 de la LGA, se han vertido consideraciones diversas<sup>597</sup>, pero corresponde atender a la interpretación de Alexy cuando explica que una condición entrelaza la validez jurídica con la validez social, siendo esta última, de tipo sustantivo, la que define la eficacia de la regla jurídica.

<sup>597</sup> Esain, 2008, p. 300.

Así, ese mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia al que alude Alexy fundamenta el fin inmediato establecido en el art. 24 de la Ley 25675 y configura la naturaleza procedimental y participativa destinada a producir normas concertadas, socialmente eficaces, procurando dotarlas de la necesaria validez jurídica.

Queda plasmado de este modo un diseño institucional conforme la LGA por el cual la formación de los presupuestos mínimos de protección ambiental nacional y de las normas complementarias provinciales tienen un ámbito de concertación definido (el COFEMA) para la optimización o la compatibilización de las normas de protección ambiental.

La compatibilización debe ser entendida, por una parte, como un análisis de la idoneidad y de la necesidad de las medidas regulatorias, en el que la eficacia, temporalidad, plenitud y seguridad de las medidas se realiza atendiendo a las condiciones necesarias para la protección ambiental, y, por la otra, como la ponderación de los derechos comprometidos por las respectivas órbitas competenciales.

Por lo que la esencia del Sistema Federal Ambiental es propender a ese mínimo de eficacia social de la norma ambiental argentina, ocurriendo a un examen cooperativo de proporcionalidad de las medidas y de los derechos a fin de alcanzar su adecuada vigencia<sup>598</sup>.

El art. 24 de la LGA tiene un significado comparable al del art. 240 del CCyC; mientras que este último establece la regla de compatibilización entre derechos, aquel establece la regla de compatibilización federal o institucional.

La segunda instancia tiene lugar cuando la escala territorial ambiental trasvasa los límites de una provincia y compromete a la región; en este caso, los principios federales ambientales ordenan la optimización competencial para alcanzar el fin de protección, siendo el convenio interjurisdiccional la forma más adecuada para su realización.

Al respecto, la función del COFEMA trasciende lo dispuesto en el art. 24 de la LGA. Así, el artículo 2 del Acta constitutiva del COFEMA establece entre sus objetivos formular una política ambiental integral, tanto en lo preventivo como en lo correctivo, sobre la base de los diagnósticos correspondientes, teniendo en consideración las escalas locales, provinciales, regionales, nacionales e internacionales. Por lo que en su seno también puede tener lugar la concertación regional. Nada impide actuar concertadamente fuera del SFA, pero el ámbito existe y está formalizado en una norma adscripta.

En consecuencia, el SFA es un ámbito de compatibilización mediante la concertación de los conflictos regionales o interjurisdiccionales, siendo el convenio interjurisdiccional, en tanto norma adscripta, la forma idónea para su concreción.

En la causa Mendoza, la creación de un acuerdo interjurisdiccional del ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo) fue consecuencia de la manda judicial que

<sup>598</sup> Rodríguez Salas, 2008.

requirió al Estado nacional, a la provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al COFEMA la presentación de un plan integrado que contemple la recomposición ambiental de la cuenca.

Si, como expresa Rosatti (CSJN, 2018a), «el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas a las provincias y al Estado nacional debe ser ponderado como una interacción articulada», esa articulación encuentra en el SFA un ámbito institucionalizado.

En el fallo de la causa Ejército Argentino (CSJN, 2019e), en el voto en disidencia del juez Rosenkrantz, se destaca el SFA como norma adscripta de derecho fundamental:

Que, por lo demás, el deber en que se encuentra el gobierno nacional de asegurar el derecho a un ambiente sano, en los términos del art. 41 de la Constitución, ha sido reglamentado por la ley 25.675, cuyas reglas, fines y principios le resultan plenamente exigibles. En el marco del Sistema Federal Ambiental, establecido en su art. 23, se impone al gobierno nacional, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la carga de actuar de manera coordinada en el desarrollo de las políticas ambientales tendientes al logro del desarrollo sustentable.

En la causa Provincia de Corrientes (2021f), la Corte se expresa sobre la necesaria operatividad del sistema federal constitucional:

Por lo demás, las resoluciones impugnadas de ningún modo excluyen la posibilidad de que, eventualmente, se adopte una decisión definitiva con respecto al «Proyecto Productivo Ayuí Grande» a partir de una adecuada relación de coordinación entre las autoridades nacionales, locales, de la CARU y del COFEMA, tornando operativo de este modo el sistema federal constitucional.

Ello es así pues, al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada.

Como síntesis, se ha distinguido la instancia de formación de las normas de PMPA y de la NC, entendiendo que ambas requieren de la proporcionalidad institucional para la optimización de la competencia ambiental que corresponde a cada jurisdicción. Validez jurídica y eficacia social aparecen entrelazadas en su definición.

### 7.3. La compatibilización entre derechos y la compatibilización institucional

En Barrick (2019a) se debatió la colisión normativa entre el derecho federal, por la sanción de la Ley de Glaciares, y el derecho provincial, específicamente el dominio originario y los derechos conferidos como consecuencia de este. La Corte entiende que no hay «caso en ciernes» que concrete la controversia para habilitar la intervención del Poder Judicial. No obstante, establece dos reglas de ponderación, una específica entre derechos y otra de tipo institucional. Respecto a la ponderación entre derechos considera: «El juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de la ley 26.639 –acreditada que fuera la existencia de una causa judicial– debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados».

Así, interpreta que:

Es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva -y de un carácter especialmente novedoso-, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (artículos 1º, 2º y 4º de la Ley General del Ambiente 25.675).

Este primer estándar tiene gran trascendencia para dirimir colisiones entre derechos de incidencia colectiva, protegidos por normas de PMPA, y derechos subjetivos conferidos por normas provinciales: *serán los derechos que protejan o intervengan y su respectivo peso la forma de resolución.*

Entonces, cuando los derechos de incidencia colectiva protegidos por una norma nacional colisionan con derechos individuales conferidos por una provincia como titular del dominio originario, el control de constitucionalidad requiere ponderación. En tal caso, conforme esta sentencia, el sopesamiento se realizará conforme el criterio de armonización o compatibilización establecido en el art. 240 del CCyC, norma que dispone como límite para el ejercicio de los derechos individuales la no afectación de aquellos.

No debe dudarse que resulta comprendido el caso inverso, esto es, cuando una norma complementaria entra en conflicto con una norma nacional que confiere derechos subjetivos, también deben sopesarse los derechos y bienes involucrados.

Es el caso resuelto por la Corte respecto a una norma provincial de protección de un área protegida y el Ejército Argentino (CJN, 2019e) como titular de un inmueble de utilidad nacional, favoreciendo la norma de protección ambiental local.

Para la Corte, sin embargo, los conflictos interjurisdiccionales requieren que la compatibilización sea una tarea *primaria*; ello lo expresa cuando refiere a la tarea de interpretación constitucional que «primariamente deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales, para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución» (CSJN, 2019a).

En el fallo de la causa Shi (CSJN, 2021c), fundamenta el diálogo concertador como la vía más adecuada cuando sostiene que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal que admite poderes concurrentes del Estado nacional necesarios para la organización de un país.

Es decir, un proceso concertador, imbuido de los principios de solidaridad y cooperación federal, conforma la regla prioritaria para evitar o resolver los conflictos ambientales entre los estados de la federación. Proceso que no se restringe a los conflictos entre regulaciones sobre derechos de incidencia colectiva y regulaciones de derecho patrimoniales, sino que repercuten en todas las relaciones federales que comprometen al ambiente.

Conforme lo expuesto en este Capítulo, queda así expuesta la proporcionalidad institucional como el procedimiento de compatibilización que deben llevar en forma prioritaria las autoridades federales y provinciales en el ejercicio de sus respectivas competencias para la resolución de conflictos interjurisdiccionales y la formulación de regulaciones ambientales dotadas de eficacia social.

## 8. Estado judicial vs. Estado democrático de Derecho

### 8.1. El principio democrático y el control de constitucionalidad

En la teoría de los principios, el control jurisdiccional de constitucionalidad centraliza las principales observaciones en cuanto se considera que pone a la función judicial por sobre la función legislativa afectando el principio democrático.

Amaya recuerda que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en «Marbury v. Madison», constituyó el paradigma del control judicial de constitucionalidad que se extendió por toda América. Sobre la trascendencia del fallo, agrega:

En una situación donde el tribunal carecía de poder institucional, y donde cualquier decisión parecía ser el sendero a la derrota, la Corte encontró

una manera de involucrarse en el tema de tal modo que hizo posible la revisión judicial en el futuro, cambiando las relaciones entre los poderes judiciales, legislativos y ejecutivos en muchos países del mundo<sup>599</sup>.

Desde lo ideológico, tuvo como uno de sus objetivos primordiales contener el accionar de las mayorías y, principalmente, de las mayorías legislativas, por eso se la reconoce como tesis «contramayoritaria»<sup>600</sup>.

Así, se presenta un debate que mantiene actualidad<sup>601</sup> y cuyos argumentos sostienen, por una parte, que el control judicial de constitucionalidad desvirtuaría el esquema de división de poderes, afectando el principio democrático del Estado, y, por la otra, la que valora dicha institución como una condición para la existencia de la república democrática y la garantía de los derechos.

La cuestión ha preocupado a los autores principialistas, en cuanto se señala específicamente que la proporcionalidad pone al control jurisdiccional de constitucionalidad por sobre el legislador democrático, desplazando el principio democrático del Estado de Derecho<sup>602</sup>. En este sentido, es muy expresivo Ávila cuando afirma que el paradigma de la ponderación *aniquila* las reglas y el ejercicio regular del principio democrático por medio de la función legislativa<sup>603</sup>.

La objeción a la teoría de los principios apunta al sobredimensionamiento de los derechos fundamentales como consecuencia de la optimización, lo que implicaría la sobreconstitucionalización del sistema jurídico<sup>604</sup>; tal objeción es replicada por Alexy con la teoría de los márgenes de acción discrecional del legislador –estructural y epistémico–.

En el margen de acción estructural no hay duda de la competencia del legislador para establecer medios, fines y ponderar derechos, ya que lo que no está prohibido ni es ordenado está permitido.

En los márgenes de acción epistémicos, el principio democrático incide en la fórmula de peso en la variable certidumbre, que recepta la expresa decisión del legislador de ponderar premisas plausibles o no evidentemente falsas, situación que, si no mediara la decisión legislativa, no podría restringir el derecho material<sup>605</sup>.

La prioridad *prima facie* de la función legislativa, se evidencia en Barrick (CSJN, 2019b) cuando la Corte expresa:

599 Amaya, 2015, p. 88.

600 Amaya, 2015, p. 83.

601 Etcheverry, 2021.

602 Portocarrero Quispe, 2011.

603 Ávila, 2013, p. 70.

604 Alexy, 2016.

605 Alexy, 2002, p. 57; 2014, p. 29.

[E]s el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general... (Fallos: 201:249, 269). Es que en el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa.

En el sistema jurídico argentino, la Corte Suprema ha calificado reiteradamente a la declaración de inconstitucionalidad como «la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia por constituir un acto de suma gravedad que debe considerarse como *última ratio* del orden jurídico (Fallos: 303:1708, entre muchos otros)» (CSJN, 2021e). En este contexto, en el derecho ambiental, la idea de la validez *prima facie* de la decisión legislativa es un concepto ampliamente usado en el control jurisdiccional de constitucionalidad (CSJN, 2019b).

Debe destacarse las reglas elaboradas por la CSJN para resolver las colisiones entre la competencia legislativa nacional y provincial para el dictado de los PMPA y de las NC –tratado en los puntos 5, 6 y 7 del presente capítulo y sistematizadas en el Capítulo 7–.

Entonces, sobre el planteo general que expresa que el principio de proporcionalidad es antidemocrático en sí mismo, resulta que, si el legislador mismo aplica la proporcionalidad para llevar a cabo un determinado proyecto de ley en el proceso de legislación, no hay nada de antidemocrático en ello<sup>606</sup>. Solo cuando la proporcionalidad es usada por un tribunal en el control de constitucionalidad de leyes, la decisión obtenida por el análisis del principio de proporcionalidad puede interferir únicamente ante una ley arbitraria.

Prieto Sanchís, subraya esto cuando explica que la ley, por muy ponderada que resulte, ha de dejar siempre abierta la posibilidad de que el principio que la fundamenta (por ejemplo, la protección de la seguridad ciudadana) pueda ser ponderada con otros principios (por ejemplo, la libertad ideológica, de manifestación, etc.). La ley, entonces, representa una forma de ponderación que puede, a su vez, ser objeto de un enjuiciamiento en los casos concretos. No se trata solo de preservar el principio democrático expresado en la ley. Lo que ocurre es que la ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad, como pueden convivir las respectivas leyes que constituyen una especificación o concreción de tales principios<sup>607</sup>.

606 Borowski, 2019.

607 Prieto Sanchís, 2008, p. 106.

## 8.2. La optimización del principio democrático: participación social y sustentabilidad

Sobre lo que se debe entender por democracia, expresa Saggese que «es un concepto político, jurídico, social y filosófico»<sup>608</sup>.

Desde la perspectiva constitucional, conforme Ferreyra, sistema y orden democráticos son introducidos por el Constituyente de 1994, tanto en la Primera Parte de la Constitución (v. gr. arts. 36 y 38) como en la Segunda Parte (v. gr. art. 75, inc. 24), representando definiciones instaladas en cada uno de los grandes fragmentos que componen el texto constitucional argentino. Agrega: «Yendo aún más lejos, insinúo que el respeto de los derechos fundamentales y el ejercicio del poder se hallan ligados, sin vacilaciones, por la impronta del sistema democrático establecido por la Constitución»<sup>609</sup>.

En efecto, el sistema democrático configura el Estado de Derecho al receptor la demanda y necesidades sociales como ninguna otra forma de gobierno.

Conforme Alexy, la democracia es un intento de institucionalizar los ideales del discurso *qua* deliberación pública en lo que sea posible. En tanto principio formal se refiere a la democracia representativa, no a la democracia directa, sino a las decisiones tomadas por el parlamento según la regla de la mayoría<sup>610</sup>.

Esta interpretación de Alexy se relaciona con el rol que le cabe al legislador democrático en la elaboración de la regla jurídica, donde sus márgenes de actuación no se ven constreñidos más que por la proporcionalidad de estas y el orden marco competencial.

En el mismo sentido, en Barrick (CSJN, 2019b), la Corte recuerda que «en todo Estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía.

Pero el análisis de Alexy también requiere que las leyes sean socialmente eficaces<sup>611</sup>; y esta eficacia exige al legislador dictar normas que sean cumplidas por la sociedad, por lo que, para lograrlo, la democracia formal se abre a procedimientos socialmente participativos.

En este sentido, se ha observado que, con el advenimiento de la posmodernidad, el esquema del Estado decimonónico, en el que los individuos estaban desapoderados de todo papel luego del sufragio por el que elegían a sus representantes, ha comenzado a desmitificarse, y la dogmática de la representación ha entrado en crisis frente a nuevos métodos de determinación de los intereses sociales en los que la expresión popular directa resulta indispensable, reformulándose así la democracia representativa con nuevas formas de deliberación y participación que adicionan elementos de

608 Saggese, 2009, p. 670.

609 Ferreyra, 2006, p. 35.

610 Alexy, 2014, pp. 20-21.

611 Alexy, 2004, pp. 92-94.

la democracia semidirecta. Las relaciones administrativas –hasta entonces basadas en el distanciamiento y la unilateralidad– han variado hacia un sistema en el que los interesados pasaron a estar cerca del nivel de decisión y a tener mayor influencia concreta sobre la cosa pública<sup>612</sup>.

Entonces, la democracia cumple un doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria. Es el principio que informa y nutre el proceso de configuración de la Ley Fundamental. Luego, la participación popular –con sus reglas y mecanismos para la obtención de resultados y conformidades– es columna vertebral del principio democrático, brújula que orienta propiamente la aplicación de las disposiciones constitucionales<sup>613</sup>.

La participación social es un proceso de optimización que se inserta en todas las funciones y niveles del Estado para afianzar su mejor ejercicio, sin alterar «la obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional» (CSJN, 2019b).

El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 fundamenta la participación social y la necesidad de que los Estados la fomenten:

[...] el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Este principio consagra la democracia ambiental como etapa superadora de las formas políticas imperantes. La democracia representativa establecida en el art. 22 de la CN, como dice Saggese, contiene una visión tradicional y simplista de democracia que se relaciona con el concepto de forma de gobierno<sup>614</sup>. Un Estado social y ambientalmente comprometido requiere de normas operativas que superen los intereses aislados, y que lejos de atentar contra la libertad, la consolide. Se trata de optimizar el principio democrático en los procesos de decisión de todas las funciones del Estado.

612 Pinto, 2020, p. 226.

613 Pinto, 2020, p. 226.

614 Saggese, 2009, p. 672.

En este sentido, Bernal Pulido expresa la necesidad de una valoración amplia de la democracia:

Solo la democracia puede salvaguardar la libertad, en donde la Constitución desfallece. Las voluntades individuales y colectivas deben tomar parte activa en los procesos de decisión en todos los niveles: regional, estatal, supra nacional e internacional. Las voces de los países más pobres del orbe, de los excluidos sociales, de los desempleados, de los defensores del medio ambiente amenazado por el devastador afán de lucro, de los consumidores de productos y de informaciones, y la de tantos otros rezagados y desdenados copartícipes de los procesos de globalización, no pueden seguir siendo soslayadas<sup>615</sup>.

Tratándose el ambiente de un bien protegido de titularidad comunitaria, tanto más debe el principio democrático trascender la forma representativa, incorporando mecanismos participativos que doten a la decisión de la necesaria eficacia social que la norma ambiental requiere para su operatividad.

En efecto, con la reforma del año 1994, se produjo la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos que prevén el derecho de la participación ciudadana en la dirección de los asuntos públicos. En materia ambiental, y a partir de la sanción de la Ley 25675, la participación ciudadana no resulta una opción para las autoridades sino una obligación expresamente contemplada en la ley<sup>616</sup>.

Los procesos de democratización política, así como las crecientes demandas de la ciudadanía, modelan el Estado Ambiental de Derecho en la Argentina. Se trata de un proceso político complejo, en el que la acción judicial y la legislación especializada optimizan la participación ciudadana con el reconocimiento de acciones colectivas, el acceso colectivo e irrestricto a la jurisdicción, las audiencias y consultas públicas, el acceso previo a la información pública ambiental, la ampliación legal de los sujetos legitimados, el *amicus curiae*, entre otros mecanismos, que amplifican la participación política en el sistema democrático. Estas medidas intervienen en las funciones competenciales de los poderes del Estado para integrar a la sociedad en los procesos decisorios. Esto revela la estrecha conexión entre principios, donde lo formal procura la mayor realización de los derechos sustanciales.

Verbic destaca la labor de la SCJN para ampliar y robustecer la participación de la ciudadanía en el debate, mejorar la publicidad de los casos colectivos y fortalecer su transparencia<sup>617</sup>. Al respecto, identifica la introducción de medidas trascendentales en uso de sus competencias de superintendencia: 1) el *amicus curiae* para enriquecer

615 Bernal Pulido, 2007.

616 Monzón Capdevila, 2018.

617 Verbic, 2015.

la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes; 2) las audiencias públicas informativas, conciliatorias y ordenatorias para elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho; 3) la Unidad de Análisis Económico para evaluar el impacto económico de sus decisiones; y 4) la Oficina de Justicia Ambiental, creada bajo la Superintendencia directa de la Corte para el tratamiento y mejor abordaje de conflictos de interés público relacionados con el medio ambiente; y 5) el Registro Público de Procesos Colectivos.

En Mamani (CSJN, 2017a), la Corte precisa que la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y el acceso a la información ambiental (artículo 41). También señala que la Ley General del Ambiente 25675 establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (artículo 19); al tiempo que para concretar ese derecho, la norma regula el deber de las autoridades para institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan tener efectos negativos sobre el ambiente (artículo 20), haciendo especial énfasis en la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio (artículo 21).

En Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016a), ordena la suspensión de la construcción de la represa hasta que se cumpla con el procedimiento de EIA y se celebre la audiencia pública respectiva.

Entonces, el principio participativo es un principio estatuido de derecho fundamental, siendo las reglas de la LGA precisantes del principio de derecho fundamental del art. 41 de la CN.

En el plano de los procesos ambientales, este proceso democratizador es considerando en la causa Barrick (2019a), en la que vincula la visión policéntrica del caso judicial con el concepto de Justicia Climática del Acuerdo de París. Este concepto es de gran amplitud y se refiere a la equidad intergeneracional y a la participación plena, equitativa y significativa de la juventud en todos los procesos, plataformas y acciones relacionados con el clima. También incluye las voces de los pueblos indígenas, el acceso a la energía sostenible para todas las personas y una justa transición mediante políticas climáticas ambiciosas para aquellos cuyos trabajos o medios de vida están amenazados<sup>618</sup>.

Con el Acuerdo Regional de Escazú, Ley 27566, se refirma la fundamentalidad de los derechos de acceso, poniendo de manifiesto la íntima conexión entre ambiente, democracia y participación. Sus normas abordan en forma integral los derechos de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de

618 Hirsch, 2018.

toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales. Especial importancia tiene el artículo 7 que establece los procesos participativos en relación con decisiones regulatorias específicas (párrafos 2, 16 y 17) y procesos participativos en relación con decisiones regulatorias generales (párrafo 3). Todo ello, bajo la égida del deber de garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano.

Por ello, tal como expresa Peña Chacón<sup>619</sup>, este Acuerdo representa el mayor avance del multilateralismo y la democracia ambiental regional de las últimas décadas.

Se demuestra la comunicación entre el derecho al ambiente y el principio democrático, y la consecuencia que para la ponderación supone que los principios sustanciales tengan un peso mayor que otros principios fundamentales cuando conectan con el principio democrático<sup>620</sup>.

Sin embargo, considerando que muchas de estas medidas de optimización del principio democrático en las diferentes funciones del Estado son adoptadas por el propio legislador, se debe reconocer que es en el debate legislativo donde «se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática» (CSJN, 2019b).

En síntesis, en su relación con los principios formales, la sustentabilidad los modela, los transforma para atender la demanda social de bienestar reconfigurando el Estado. Nunca este cambio significa un quiebre institucional, pero sí la optimización de las instituciones para alcanzar objetivos ambientales globales, intra e intergeneracionales.

## **9. Ponderación de una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental**

### a) Análisis del fallo

Barrick Exploraciones Argentinas SA y Exploraciones Mineras Argentinas SA iniciaron una acción declarativa ante el Juzgado Federal de San Juan solicitando que se declare la nulidad y, en subsidio, la inconstitucionalidad de la Ley 26639. Cuestionaron el procedimiento legislativo que dio lugar a la sanción de la Ley de Glaciares y que sus previsiones configuraban un exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y que por ende su dictado violaba el dominio originario de la provincia de San Juan. También argumentaron que la Ley de Glaciares colisionaba con el Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado con la República de

619 Peña Chacón, 2020, p. 163.

620 Bernal Pulido, 2014, p. 992.

Chile (BO 30 de marzo de 2000) una norma de superior jerarquía legal. Finalmente, sostuvieron que los referidos artículos de la Ley 26639 violaban su derecho adquirido a la exploración y explotación minera.

A estas empresas se sumó la provincia de San Juan como litisconsorte activo, por lo que el juez aceptó la intervención de la provincia y se declaró incompetente.

Antes de ello, la Corte (CSJN, 2012a) había revocado la medida cautelar otorgada por el juez federal y dispuso su levantamiento, considerando que los fundamentos para tener por acreditado el requisito de verosimilitud del derecho resultan dogmáticos, insuficientes para tornar procedente la medida decretada y que, en lo que concierne al requisito del peligro en la demora, tampoco sustentó adecuadamente el perjuicio irreparable que sufriría la actora de no concederse la medida cautelar solicitada, siendo este un típico examen de necesidad.

Volviendo al proceso principal, la Corte resolvió declarar su competencia originaria. Dictó el fallo el 4 de junio de 2019.

Este fallo tiene dos votos de disidencia, en los que se sostiene que se debía resolver primero la defensa de falta de caso opuesta por el Estado nacional y que los disidentes consideran procedente, tornando inoficioso el tratamiento de los demás planteamientos.

El fallo de la mayoría coincide en la carencia de caso, pero incorpora elementos valiosos para el tema que se desarrolla.

A partir del considerando 13 despliega una doctrina de importancia en la interpretación de las normas constitucionales y el federalismo en virtual conflicto.

Así, expresa que antes que buscar la confrontación de sus mandatos, los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional deben ser interpretados buscando adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental para cumplir de la forma más fidedigna posible un mecanismo propio del federalismo concertado que estableció el constituyente reformador de 1994.

De ahí en más, considera necesario proveer los criterios para la resolución de contiendas cuando median derechos de incidencia colectiva:

Que, sin perjuicio de ello, puede agregarse que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente –que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua (artículo 1º)– la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos.

Inmediatamente procede a caracterizar el derecho en conflicto: «En efecto, la caracterización del ambiente como “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible” cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes». Es decir, en la causa está en juego un derecho de pertenencia social que excede a las partes.

Esclarece la relación entre el derecho de incidencia colectiva protegido por la ley y los derechos individuales que titularizan otros sujetos:

Es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva –y de un carácter especialmente novedoso–, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (artículos 1°, 2° y 4° de la Ley General del Ambiente 25.675).

Entonces, arriba al encuadre de la causa: la calificación del caso exige «una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados». Agrega que «la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan».

Luego de ello, analiza el bien protegido por la ley y las diversas medidas para lograr esa protección y entiende que el legislador conectó los efectos de ciertos procesos extractivos –más específicamente, la posible incidencia de la minería a gran escala en ciertas regiones del país– sobre la preservación y conservación de los glaciares como «reservas estratégicas» proveedoras de agua para el planeta.

Procede a calificar la envergadura de la proyección de los derechos colectivos y su relación con la proporcionalidad institucional:

Ante este tipo de mandas legislativas –y en la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio– forzosamente su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás. De ahí la utilidad del diálogo constructivo al que alude –entre Nación y provincias– el concepto de federalismo concertado acuñado en la cláusula ambiental de la Constitución Nacional.

En este comentario cobra especial significado la conexión que la Corte realiza entre la ley en cuestión y el Acuerdo de París: «Que esta lectura se inscribe en el consenso internacional que aprobó el Acuerdo de París en 2015, ratificado por la República Argentina en 2016, sobre calentamiento climático», que confirma la necesidad de fortalecer el proceso colectivo ambiental. Agrega: «Que, así, la perspectiva global emergente del derecho del cambio climático invita a reforzar la visión policéntrica propuesta para los derechos colectivos al tiempo que evidencia la dificultad del proceso bilateral tradicional para responder a la problemática ambiental».

En este contexto, introduce en el sistema jurídico ambiental el concepto de justicia climática:

En ese sentido el Acuerdo de París también señala en sus considerandos la utilidad que puede revestir el concepto de «justicia climática» entendida como la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

Es en este punto que acude a la ponderación como método de resolución: «En suma, el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de la ley 26.639 –acreditada que fuera la existencia de una causa judicial– debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados».

En consecuencia, resuelve rechazar la demanda interpuesta por Barrick Exploraciones Argentinas SA, Exploraciones Mineras Argentinas SA y la provincia de San Juan.

#### b) Análisis ponderativo

La Corte, en la causa Defensor del Pueblo (2007c), había aludido a los derechos del art. 43, *segundo párrafo*, CN, como derechos colectivos o supraindividuales. Ahora, en este fallo, expresa que los derechos colectivos ambientales deben ser tomados «en serio», en obvia alusión a la obra de Dworkin y a la teoría de los principios; esto no conforma una cita casual, sino que proyecta su significado a la forma de resolución de la colisión de derechos.

Esto lo precisa cuando explica que el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de una ley de presupuestos mínimos debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.

Sobre la idoneidad de las medidas legislativas, realiza un examen en vista a un estado de cosas futuro, atendiendo a la dimensión intertemporal del bien colectivo protegido, del que resulta la aptitud de estas para alcanzar el fin constitucional de protección.

La importancia concreta es ponderada expresamente cuando señala que, en los términos de la Ley de Glaciares, existe la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua.

Además de considerar que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio, manifiesta la mayor importancia abstracta del derecho al ambiente cuando indica que el derecho individual de propiedad debe ser compatibilizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable. Es decir que el ejercicio razonable de los derechos individuales no puede afectar ni la sustentabilidad ni el funcionamiento de los ecosistemas.

Para la Corte, la compatibilización también es institucional, ello lo expresa cuando refiere a la tarea de interpretación constitucional que primariamente deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución.

Para verificar la razonabilidad de la decisión que rechaza la demanda de inconstitucionalidad de la ley, se aplica la fórmula de peso:

a) PRINCIPIO DE PROPIEDAD Y ACTIVIDAD INDUSTRIAL MINERA ( $P_i$ ):

La importancia de la intervención de la actividad puede catalogarse de media

(limita su actividad únicamente en los ambientes protegidos)  $I_i = 2$

El peso abstracto del principio es medio

frente a los derechos colectivos  $W_i = 2$

La certeza de las premisas fácticas califica como baja

(no prueba el agravio a su derecho)  $R_i = 1/4$

b) PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS AMBIENTES GLACIARES ( $P_j$ ):

La omisión de la medida supone una afectación grave o intensa del bien colectivo

(afectación al acceso de grandes grupos de

población al recurso estratégico del agua)  $I_j = 4$

El peso abstracto del bien colectivo protegido es alto

(además de recaer sobre un bien colectivo se conecta

con el principio democrático y la justicia climática)  $W_j = 4$

El grado de certeza de las premisas fácticas es alta

(el legislador conectó los efectos de ciertos procesos

extractivos –más específicamente, la posible incidencia de la minería a gran escala– sobre la preservación y conservación

de los glaciares como «reservas estratégicas»)  $R_j = 1$

$$P_i \frac{2}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{4} = \frac{1}{16} (0,0625) < P_j \frac{4}{2} * \frac{4}{1} * \frac{1}{1} = 16$$

$$P_i=0,0625 < P_j=16$$

El resultado es contundente. Si los titulares de los derechos sobre bienes individuales hubieran comprobado con certeza la afectación al derecho de propiedad, la fórmula daría el siguiente resultado:

$$P_i = 0,25 < P_j = 4$$

Por lo que la medida dispuesta por la CSJN es proporcional.

# LA RED DE REGLAS DE LA PROPORCIONALIDAD

## 1. Configuración de la proporcionalidad ambiental en los precedentes de la CSJN

En la Argentina, la configuración del Estado Ambiental de Derecho es en gran medida consecuencia de la labor del Poder Judicial, muy especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sus fallos marcan esta orientación en la que el derecho fundamental al ambiente es la fuente impulsora de cambios estructurales. Su labor ha consolidado la comprensión del bien colectivo ambiente como indivisible y de titularidad comunitaria.

En este sentido, en un trabajo que explora este proceso de reestructuración realizado por el Poder Judicial, Pinto y Martín expresan:

Luego, las soluciones judiciales se potencian autoralmente y se generalizan en textos normativos legales, e incluso constitucionales. Pero, sin lugar a dudas, la matriz conceptual vigente en materia ambiental, en la que el Estado conduce las soluciones a los conflictos actuales, no tuvo lugar en su génesis en las regulaciones propiamente dichas, ni en leyes aplicadas por la autoridad administrativa, sino en las innovaciones jurisprudenciales. El Poder Judicial es la verdadera usina del Derecho Ambiental en Argentina<sup>621</sup>.

<sup>621</sup> Pinto y Martín, 2015, pp. 338-339.

Este cambio de paradigma escaló hacia el Estado a partir de la creciente demanda social, demanda que desconsiderada por los otros poderes del Estado fue atendida por el Poder Judicial generando respuestas que rompieron con los cánones formales conocidos, incluso antes de la reforma constitucional.

Pinto y Martín señalan que el cambio de paradigma ha sido forjado por la acumulación de diversas situaciones en las que la normalidad de la ciencia jurídica, de acuerdo con el paradigma hasta entonces aceptado, entró en crisis y debió cambiar sustancialmente. Este cambio paradigmático fue impuesto por un revolucionario accionar judicial. Así, las innumerables instituciones ambientales fueron surgiendo como consecuencia de la labor judicial con anticipación a las regulaciones legales; consolidándose actualmente sobre la base de los artículos 41 y 43 de la CN y el régimen legal que los desarrolla, especialmente en el art. 32 de la Ley 25675, que coloca en manos de los magistrados amplias facultades ordenatorias e instructorias<sup>622</sup>.

Esta explicación es oportuna en cuanto el principio de sustentabilidad, como mandato de protección, pesa sobre los poderes del Estado, pero, al igual que todo derecho fundamental, está sujeto a la custodia e interpretación del Poder Judicial.

El sistema de control de constitucionalidad argentino es difuso, pero cuando lo ejerce la CSJN adquiere una dimensión diferente, pues, si bien inicialmente sus fallos no son obligatorios para los tribunales inferiores, lo hace en carácter de intérprete final de la Constitución y sus decisiones tienen una indudable autoridad sobre los tribunales inferiores en grado<sup>623</sup>.

Así, la Corte expresa en una causa ambiental:

[...] el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, 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 correspondientes (CSJN, 2018b).

Cuando los tribunales inferiores no han cumplido con esta interpretación, la Corte, como se verá, ha dejado sin efecto los pronunciamientos que revisaba.

En consecuencia, el presente capítulo se dirige a identificar la correspondencia entre los fallos de la CSJN en causas ambientales con el principio de proporcionalidad en sus tres etapas.

622 Pinto y Martín, 2015, pp. 341 y 355.

623 Saggese, 2010, p. 110.

## 2. Los estándares de la proporcionalidad y la red de reglas

### 2.1. Significado jurídico de los precedentes de la CSJN

El desarrollo realizado se ha apoyado en numerosos fallos de la CSJN para acreditar la coherencia de las conclusiones parciales con el sistema jurídico ambiental vigente. Se trata ahora de profundizar este análisis.

En el Capítulo 1.4.2. se distinguió entre normas directamente estatuidas y normas adscriptas de derecho fundamental, entendiendo que las normas adscriptas forman parte del ámbito normativo de las disposiciones *iusfundamentales* y son concretadas por el legislador y por los demás órganos políticos de configuración en relación con el caso o situación a regular.

Al respecto, Bernal Pulido califica a los fallos que dirimen colisiones entre derechos constitucionales como normas adscriptas individuales de derecho fundamental<sup>624</sup>. La importancia deviene de que estas conforman los precedentes para la resolución de otras colisiones, generando reglas de ponderación.

En la causa Shi (CSJN, 2021c), el voto de Lorenzetti es acorde con la condición de regla adscripta de la sentencia:

La existencia de diferentes leyes nacionales, provinciales y municipales obliga a una reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico, a *posteriori* de la promulgación de cada una de ellas, lo que confiere a la sentencia el carácter de una norma jurídica de concretización de una argumentación razonable (art. 3, Código Civil y Comercial de la Nación).

En este punto, corresponde aclarar que en la Argentina el sistema de control de constitucionalidad es difuso, en oposición al control de constitucionalidad europeo-continental que se caracteriza por la existencia de un único tribunal u órgano creado para tales fines, que cumple la función de resolver toda cuestión atinente a la inconstitucionalidad, con un efecto *erga omnes* de su decisión, conforme lo expresa la Corte en la causa Thomas (CSJN, 2010b).

En el control difuso de constitucionalidad, todos los jueces –locales o federales– pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y actos inferiores. Es decir que el modelo no se adscribe a un órgano específico, es incidental, o sea, nace y se desarrolla en el seno de un proceso judicial<sup>625</sup>.

624 Bernal Pulido, 2007a, p. 287; 2014, p. 166.

625 Amaya, 2015, p. 92-96.

En este sistema de control judicial, asignarle a la declaración de inconstitucionalidad de una norma efectos *erga omnes* habría conferido a cada juez del Poder Judicial una posición de supremacía sobre los otros poderes, incompatibles con el equilibrio que requiere la clásica fórmula republicana<sup>626</sup>.

Entonces, en principio, no hay en el sistema judicial argentino la obligatoriedad del precedente, la única obligatoriedad es la de los fallos plenarios conforme el art. 303 del Código Procesal y Civil de la Nación.

Pero, sobre los fallos de la CSJN, Amaya señala que la Corte Suprema argentina ha decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, configurando una regla de derecho constitucional consuetudinario:

A estos efectos argumentó que los jueces tienen el deber moral de seguir sus decisiones, y también un deber institucional, pueden apartarse del criterio de la Corte, pero dando fundamentos de las razones. En algunos casos, la Corte ha hablado del deber de los tribunales inferiores de someterse a sus precedentes dada la autoridad institucional de sus fallos en su carácter de último intérprete de la Constitución nacional<sup>627</sup>.

En el mismo sentido, Caminos sostiene que existe una convención según la cual invocar un precedente de la Corte cuenta como un argumento jurídicamente aceptable en temas constitucionales. La Corte considera que, para cumplir con el deber de fundamentar una sentencia, los jueces de los tribunales inferiores deben aplicar los precedentes de la propia Corte, salvo que hagan explícitas las razones que justificarían un apartamiento<sup>628</sup>.

Aunque la Corte también ha considerado en algunas causas que sus precedentes carecen de la fuerza general legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local, derecho común y derecho procesal, como una consecuencia necesaria de sistema federal adoptado por la Constitución Nacional<sup>629</sup>, lo cierto es que llegado el momento de resolver sostiene que:

[...] en la jurisprudencia de esta Corte se ha puesto de resalto que la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; «Martínez Vergara, Jorge Edgardo», Fallos: 331:162; y «Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.»,

626 Highton, 2013, p. 26.

627 Amaya, 2015, pp. 177-178.

628 Caminos, 2017, p. 312.

629 Amaya, 2015, p. 178.

Fallos: 337:47; 339:1077, entre muchos otros), da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores (Fallos: 341:570; 342:533, etc.). Ello, por cuanto resulta incuestionable la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114)<sup>630</sup>.

Reafirmando lo expuesto, el Tribunal también entendió que:

[...] si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces deben -aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido- conformar sus decisiones a las sentencias de este Tribunal dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108, Constitución Nacional), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).

Sobre la base de todo ello, concluyó que «en virtud de los altos fundamentos constitucionales involucrados, si las sentencias de los tribunales se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento (Fallos: 307:1094)» (CSJN 2019f)<sup>631</sup>.

La Corte reafirma que «es el máximo guardián de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados por su art. 75, inc. 22» (ASSUPA, 2006b), remarcando que «de ahí que haya sido expuesto de manera consistente y reiterada desde sus primeros pronunciamientos que es el intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional» (CSJN, Anadón, 2015c).

Por lo que se debe reconocer la pretensión de validez general de los fallos de la Corte Federal como una derivación lógica del rol de último intérprete y como cabeza del Poder Judicial la Nación.

630 CSJN, 2019f.

631 Otros pronunciamientos en los que la Corte sigue esta argumentación son: CSJN 2009d, 2014c, 2017d, 2019g.

Resumiendo, el control de constitucionalidad en la Argentina se caracteriza por ser difuso, en tanto cualquier tribunal judicial puede ejercerlo, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la última y definitiva instancia de interpretación constitucional.

Tiene relevancia la forma en la que la Corte ha ido construyendo la autoridad de sus fallos para alcanzar la previsibilidad y consistencia de sus pronunciamientos: hilvanando sus argumentaciones con precedentes análogos. Este concatenamiento entre los precedentes es una forma de reconocer la naturaleza de regla adscripta de las sentencias que dicta cuando dirime colisiones entre derechos. Por ello, también ha reconocido en algunos fallos que los cambios en su doctrina debían responder a causas suficientemente graves<sup>632</sup>.

No se desconoce que algunos autores señalan vaivenes interpretativos<sup>633</sup> que conspiran con la autoridad de sus decisiones, pero la orientación en materia ambiental mantiene una relativa consistencia, que habilita a indagar en los precedentes las reglas o estándares de la sustentabilidad. Calificar estos precedentes como reglas adscriptas supone reconocer que ellos son portadores de una fundamentación constitucional coherente, capaz de establecer una doctrina dotada de autoridad.

En definitiva, se procura verificar si los precedentes en los que la sustentabilidad es uno de los principios en colisión conforman una red de reglas o estándares del examen de proporcionalidad, cuya contribución a la seguridad jurídica sería evidente. En efecto, Bernal Pulido explica que la red de precedentes otorga previsibilidad a los resultados de la ponderación e integra en una unidad normativa a la jurisprudencia y a las disposiciones de los derechos fundamentales<sup>634</sup>.

Entonces, el primer paso es identificar en los fallos ambientales los estándares de la proporcionalidad de la sustentabilidad. Ello será consecuencia de analizar las consideraciones que preceden a la resolución. Luego de ello, se procederá a su sistematización.

## 2.2. La competencia de la CSJN

Corresponde aludir brevemente a la competencia en el control de constitucionalidad de la CSJN, que puede ser originaria, extraordinaria y dirimente.

Para que una causa sea de competencia originaria y exclusiva de la Corte, ella debe previamente ser de jurisdicción federal, es decir, ingresar en la nómina del artículo 116 de la CN atento que la Corte es la cabeza del Poder Judicial de la Nación y luego cumplir con alguno de los supuestos de la segunda parte del artículo 117 CN. Cuando entiendo en virtud de su competencia originaria, lo hace como cualquier tribunal, examinando los hechos, la prueba, y resuelve sobre el derecho aplicable.

632 Garay, 2013, p. 19.

633 Amaya, 2015, p. 294.

634 Bernal Pulido, 2007a, p. 287.

Otra vía para llegar al máximo tribunal nacional es el recurso extraordinario federal, que no se encuentra en forma expresa en la Constitución, sino que responde al principio de supremacía de la Constitución establecido en el art. 31 de la CN. Es un recurso restringido en su objeto, ya que solo es admisible en los supuestos establecidos en el art. 14 de la ley 48. Su competencia se encuentra limitada a la decisión sobre el derecho aplicable y ello en la medida del recurso en virtud del cual el asunto llega a su conocimiento. Si bien en Tribunal ha ampliado los casos en los que se admite, no le ha hecho perder el carácter de extraordinario, ya que también en este supuesto sigue siendo sumamente restringida la intervención de la Corte, que se limita a actuar en aquellos casos de gravedad extrema.

Esta son las principales vías que corresponden a la función judicial de la Corte para resolver conflictos; la otra alternativa es la vía dirimente del art. 127 N, que se distingue de la jurisdiccional de los art. 116 y 117 CN por ser propia de los conflictos federales, de orden político, sustitutiva de la relación directa que debería haberse concretado entre las mismas provincias mediante acuerdos (CSJN, 1987).

Hay un supuesto adicional de intervención de la CSJN que se da cuando debe resolver conflictos negativos de competencia entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común, conforme artículo 24, inciso 7, del decreto ley 1285/58.

Este último supuesto tiene numerosos pronunciamientos sobre la competencia material de excepción del art. 7 de la Ley 25675, que se ha tratado en el Capítulo 6.6.4.

### 2.3. Justificación, objetivos y resultados del análisis de los fallos ambientales

Ante la posibilidad de que la proporcionalidad no establezca criterios estables de ponderación, en el Capítulo 2.9., se compartió el pensamiento de Bernal Pulido y de Clérico sobre la importancia de alcanzar previsibilidad en la aplicación del principio de proporcionalidad a partir de los precedentes jurisprudenciales, integrándolos en una red de reglas de resultados de la ponderación. A tal fin, esta red de reglas, como explica Clérico, se conforma a partir de la reconstrucción de casos y procura dar una respuesta consistente y coherente a la ponderación, reduciendo el margen de error<sup>635</sup>.

Debe destacarse en este punto que el método de ponderación de Alexy se construyó conforme los precedentes del Tribunal Constitucional alemán, por lo que es un método fuertemente orientado por estándares judiciales de ponderación. Como sostiene Clérico, el modelo de la ponderación en Alexy es un modelo orientado por reglas, entre otras, por *reglas-resultados de anteriores ponderaciones*<sup>636</sup>.

635 Clérico, 2012 y 2018, p. 282.

636 Clérico, 2012.

El desarrollo realizado se apoyó en los precedentes de la CSJN, estableciendo un alto grado de vinculación con el examen de la proporcionalidad. Esos enunciados judiciales poseen significación normativa; significación que impregna el sistema jurídico ambiental.

Se trata ahora de avanzar en los resultados de ese análisis, no solo en relación con la correspondencia de los precedentes con la proporcionalidad, sino que se procura decantar reglas o estándares capaces de dotar de mayor certeza a la labor de ponderación.

Las consignas, para el examen sistemático de los fallos de la CSJN, se dirigieron a identificar si la argumentación judicial que precedió a la decisión:

- a) examinó la idoneidad de la medida conforme las circunstancias fácticas y el fin de protección ambiental;
- b) examinó la necesidad de las medidas considerando los derechos opuestos;
- c) ponderó los derechos en colisión teniendo en cuenta el peso concreto, el peso abstracto y la certidumbre de las premisas de los principios en colisión.

En relación con el Capítulo 5.5., se incorpora la proporcionalidad institucional, tanto normativa como interjurisdiccional, analizando si la evaluación del Tribunal:

- d) estableció criterios para la resolución de los conflictos normativos e interjurisdiccionales.

Como se puede apreciar, la indagación propone identificar los estándares de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto con sus variables. Con el mismo propósito, también se identifican los que corresponden a la proporcionalidad institucional.

El resultado de la tarea sistematiza las principales reglas o estándares cuando la sustentabilidad es el principio en colisión y, en su caso, con qué alcance. También se incorporan en el análisis otros fallos que han sido citados en el desarrollo realizado en los capítulos anteriores.

### **3. Red de reglas o estándares de la proporcionalidad ambiental**

La labor analítica y los resultados alcanzados se ordenan atendiendo a las etapas del examen de proporcionalidad: a) idoneidad, b) necesidad y c) ponderación. Además, se incorporan los estándares correspondientes a la optimización de la competencia ambiental y de la proporcionalidad institucional o federal.

Las reglas alcanzadas se sistematizan conforme esa secuencia.

#### **3.1. Test de idoneidad**

La idoneidad se sustenta en el examen de las circunstancias fácticas, atendiendo a la relación entre los medios y el fin constitucional de protección ambiental.

El examen de idoneidad no solo debe recaer sobre la eficacia de la medida, sino también sobre su temporalidad, plenitud y probabilidad conforme se analiza en el Capítulo 3.4.1.

Al respecto, la Corte (CSJN, 2006b) ha dicho que las normas infraconstitucionales dictadas o a dictarse deberán ser interpretadas de modo de constituir *medios idóneos* para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional.

El fin se enuncia por la Corte como la «sustentabilidad futura», «las necesidades o derechos de las generaciones futuras» (CSJN, 2006c, 2008b, 2016b, 2019a), o como «la prevención del daño futuro» (CSJN, 2016b). Así, en la causa Mendoza (CSJN, 2008b), considera que el objeto decisorio se orienta al futuro, ya que el proceso de degradación es continuo.

Tal como se expuso en el Capítulo 2.4.1., utilizando la definición de Clérico, la expresión *fin* suele ser utilizada para referirse a un estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr –estado de cosas final–, por lo que para la selección de las medidas es esencial la descripción del estado de cosas inicial –diagnóstico de la situación de partida–.

En la causa Salas (CSJN, 2009c; 2011a), que se comenta en el Capítulo 6.6.3., la Corte justifica su intervención ante un estado de cosas ambiental inicial de suma gravedad ambiental que se debe superar con la adopción de medidas urgentes y necesarias, resolviendo el cese de su intervención cuando considera que ha alcanzado el fin propuesto.

En Barrick (CSJN, 2019a), considera necesario «promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan». Argumento que también expresa en La Pampa (2017c).

La sustentabilidad futura está enlazada con el sujeto intergeneracional del derecho al ambiente, así, en La Picasa (CSJN, 2019d) y La Pampa (CSJN, 2017c), luego de considerar que el escenario subyacente involucra cuestiones de mayor alcance, entiende que se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente. En el fallo Equística (CSJN, 2020e), realiza una elocuente referencia a la defensa de las generaciones futuras para fundamentar sus medidas.

En la causa Mendoza (CSJN, 2008b), la temporalidad se expresa cuando el objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, estableciendo un conjunto de programas de ejecución gradual. También, la Corte asevera que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. Asimismo, la seguridad y plenitud de las medidas conforman la matriz decisoria, las que se conforman a partir de un estudio integral que requirió a la Universidad de Buenos Aires.

De tal modo, la dimensión intertemporal o diacrónica del bien protegido es una referencia ineludible para la selección de medidas idóneas.

En Salas (CSJN, 2009c), la plenitud es por demás explícita cuando advierte que las autorizaciones ambientales se han emitido por cada proyecto de desmonte sin considerar el área afectada en su conjunto, por lo que considera inidóneas las medidas adoptadas por ineficacia y ausencia de plenitud, en este caso *territorial*, por lo que dispone hacer una evaluación global del área mediante la evaluación del impacto ambiental acumulativo. Esta medida se reitera en el pronunciamiento de la causa *Juvevir* (CSJN, 2020f).

En Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c), se requiere la idoneidad temporal, complejidad y seguridad cuando indica que las medidas deben tener en cuenta las alteraciones que puedan producirse 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. Ante la evidencia de obras con suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, entiende necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se pretende.

El principio de progresividad modula la dimensión temporal de la idoneidad de las medidas cuando requiere que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal (art. 4, LGA). En la causa *Mendoza* (2008b) es evidente su aplicación en el programa de saneamiento integral. En la *Pampa* (2020c), las medidas de recomposición del ecosistema afectado son establecidas conforme este principio, de tal forma que el establecimiento del caudal mínimo permanente se fija como meta interina a alcanzar a través de un plan de obras y acciones, quedando como meta final la determinación definitiva del caudal hídrico apto.

No obstante, la temporalidad a la que alude la progresividad queda limitada cuando la eficacia de las medidas precautorias exige mayor rapidez en la decisión, como sucede en *Mamani* (2017a).

El examen de idoneidad en materia ambiental es esencialmente técnico, pero el grado de certeza es diferente según se trate de aplicar la precaución o la prevención. En la precaución es suficiente con la plausibilidad o lo no evidentemente falso de las condiciones fácticas. Esto se advierte en el análisis de casos realizado en el Capítulo 6.6.4.

En la prevención, se debe alcanzar la certeza, lo que supone estudios y análisis de la situación actual y futura. Así, los precedentes de la CSJN, a partir de informes académicos o técnicos, reconducen el estado de riesgo grave al contexto preventivo mediante la exigencia de una aplicación correcta de la evaluación de impacto ambiental o su versión acumulativa (Salas, 2009b). Se remite al punto 3.3.3. de este capítulo.

Lo mismo sucede con la recomposición; en *Mendoza* (2008b), las medidas de recomposición se sustentan en el informe de los expertos de la Universidad de Buenos Aires. En la causa *La Pampa* (CSJN, 2020c), se puede observar que la incidencia de las metodologías científicas y técnicas son un recurso sustancial en la selección de las medidas correctivas. En *Cruz* (CSJN, 2016a), luego de analizar los informes técnicos de la causa, sostiene que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de

restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41 de la Constitución Nacional, art. 27 de la ley 25.675 y art. 263 del Código de Minería).

En las medidas precautorias, la gravedad y urgencia de los hechos modulan la idoneidad de la medida de intervención en sus diferentes aspectos (CSJN, 2007b; 2009c).

Por lo que las medidas idóneas para la prevención, la precaución y la recomposición del daño ambiental se examinan conforme la eficacia, temporalidad, plenitud y seguridad a partir del conocimiento científico del estado inicial sobre el cual se pretende actuar y del estado final que se pretende alcanzar.

Una característica es que la Corte, en los casos más complejos, dicta más de una sentencia, por ej.: en la causa Mendoza (2006c; 2008b) y en la causa La Pampa (2017c; 2020c), ello en cuanto la adecuación para el logro de los fines requiere una supervisión permanente, mediante audiencias públicas, informes complementarios, pericias técnicas, etc., para medir la eficacia de los resultados parciales.

Los estándares son:

*El examen de idoneidad comprende el análisis de las medidas preventivas, precautorias y de recomposición.*

*El examen de idoneidad de las medidas es de naturaleza técnica y debe sustentarse en la descripción o información científica sobre el estado de cosas inicial sobre el que se pretende actuar y sobre el estado de cosas final que se pretende alcanzar.*

*El examen de idoneidad para lograr el fin de protección ambiental debe considerar la intensidad de la medida, no solo en cuanto a la eficacia, sino también la temporalidad, plenitud y probabilidad de esta.*

*La intensidad de idoneidad depende de las circunstancias del caso, en la precaución responden al examen de la gravedad y urgencia de los hechos, atendiendo al estado de cosas inicial y al estado de cosas final.*

*La ejecución de la sentencia requiere una revisión permanente de la idoneidad de las medidas para su eventual ajuste.*

### **3.2. Test de necesidad**

El examen de necesidad tiene por objeto seleccionar entre las medidas idóneas las más benigna en relación con el derecho a intervenir.

En Mendoza (2008b), la Corte impone en los estudios que encomienda identificar las medidas de armonización de los derechos en colisión. Es decir, deben suministrar los criterios necesarios para seleccionar las medidas que, además de idóneas, sean las más benignas con el fin de protección y así lograr la armonización de los derechos.

En Cruz (2016b), la falta de consideración por parte de la Cámara de pruebas esenciales que hubieran permitido evaluar la idoneidad y necesidad de la medida cautelar

solicitada hace que la Corte observe que esa omisión impidió 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.

En el Capítulo 6.6.3. se analizó la causa Salas (2008c, 2008d, 2009c, 2011a) en cuanto a la adopción por la Corte de medidas preliminares previas a la definición de su competencia. La prórroga de esta decisión fue objeto del examen de necesidad, para lo cual se hizo una comparación con las decisiones adoptadas en Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c y 2016d) y se concluyó que, en condiciones análogas, las medidas deben adoptarse considerando un tiempo razonablemente ajustado entre estas decisiones y la remisión de la causa al titular de la competencia. De lo contrario una prórroga indeterminada de la declaración de incompetencia excede la razonabilidad al mediar alternativas más benignas para el principio afectado.

El principio de precaución requiere seleccionar entre las medidas idóneas la medida menos lesiva con el derecho a intervenir; con este sentido se aplica en Salas (CSJN, 2009c), Cruz (CSJN, 2016a), en Mendoza (CSJN, 2008b), entre otros.

El principio de progresividad, al establecer que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos, supone la selección de la medida más benigna sobre la actividad a intervenir. En este sentido se expresa en Mendoza (CSJN, 2008b), en Salas (CSJN, 2009c) y en la Pampa (2020c).

Sin embargo, la precaución exige eficacia en las medidas; lo que implica, en muchos casos, un actuar con mayor rapidez. En Mamani (2017a), la Corte, ante la gravedad de las irregularidades, lejos de devolver las actuaciones al STJJ para que dicte una nueva sentencia conforme a derecho, decide aplicar la alternativa que le reconoce el art. 16 de la Ley 48 para resolver sobre el fondo, declarando la nulidad de las resoluciones que autorizaron los desmontes.

El análisis de los fallos analizados corrobora que el examen de necesidad de las medidas idóneas exige considera el derecho a intervenir; seleccionando, entre aquellas que sean idóneas, las que le ocasionen una afectación menor. La menor afectación debe hacerse considerando no solo la eficacia de la medida sino también la temporalidad, plenitud y seguridad. El principio de progresividad dota a las medidas de un menor sacrificio cuando se establecen a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Sin embargo, el principio precautorio modula la eficacia en la dimensión temporal exigiendo mayor rapidez.

Los estándares son:

*El examen de necesidad de las medidas ambientales requiere seleccionar, entre las medidas idóneas, la que resulte menos restrictiva del derecho a intervenir.*

*El examen de necesidad debe considerar el menor grado de intervención en el derecho opuesto atendiendo a las dimensiones de intensidad de la idoneidad (mayor o menor eficacia, temporalidad, plenitud y probabilidad) de las medidas.*

*El balance entre el costo y el beneficio, cuando se aplica la precaución, indica el deber de seleccionar la medida idónea más benigna o menos restrictiva con el derecho a intervenir.*

*El examen de necesidad de las medidas precautorias idóneas responde a la gravedad y urgencia de los hechos.*

### **3.3. Ponderación de las tres variables**

#### **3.3.1 El peso concreto**

Del análisis de los precedentes ambientales de la CSJN, surge que la importancia concreta de la satisfacción o de la intervención de los derechos en colisión es una variable esencial del juicio de ponderación.

Así, en Salas (2009c), la decisión de suspender las autorizaciones de tala y desmonte hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo pondera la importancia concreta de los derechos en colisión cuando la Corte sostiene que «existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible» sobre el ambiente, por lo que el mayor peso concreto se dimensiona conforme la magnitud del daño probable para la sustentabilidad futura si ninguna medida se hubiera adoptado. Lo mismo resuelve en Kersich (2014), donde la mayor importancia de la protección del bien colectivo y de la salud surge de evaluar los efectos que sobre el derecho a satisfacer provocaría la omisión de la medida cautelar en revisión (provisión de agua potable), los cuales son de difícil o imposible reparación ulterior. También en Cruz (2016a).

En la causa Asociación Protectora del Río Paraná (CSJN, 2020d), ante la decisión de la Cámara de dejar sin efecto la medida de suspensión dispuesta contra una empresa para el cese y recomposición o indemnización sustitutiva del daño ambiental por emanaciones de efluentes gaseosos y líquidos vertidos sobre el río Paraná, el fallo de la CSJN dejó sin efecto la decisión recurrida por no ser consecuencia de un *juicio de ponderación*.

Para arribar a esta decisión, la Corte realiza una valoración de la amenaza de afectación grave que una serie de omisiones provoca en el derecho al ambiente. Así, consideró que el tribunal *a quo* omitió considerar las disposiciones de las que se desprendía que la empresa demandada aún no había cumplido con la presentación del estudio de impacto ambiental, no valoró los informes técnicos elaborados por el Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, de los que surge que la empresa presentaba irregularidades ambientales y que la tierra estaba mezclada con alquitrán, brea o derivados del petróleo; que omitió considerar que las muestras de residuos sólidos y líquidos oportunamente obtenidas del predio industrial y de los

lindantes fueron examinadas por el Centro de Investigaciones Medio Ambientales (CIMA) de la Universidad de La Plata, y que confirmó la presencia en ellas de residuos que podrían resultar peligrosos.

Respecto a la defensa ejercida con un certificado de aptitud ambiental emitido por el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS), el tribunal *a quo* no valoró que el organismo de control ambiental: a) permitió a la empresa demandada tratar los efluentes líquidos peligrosos como residuos líquidos hasta la aprobación por parte de la Autoridad del Agua, lo que implica el reconocimiento que la empresa no contaba con el permiso de esa autoridad; b) admitió la existencia de tanques soterrados de almacenamiento de hidrocarburos, y concedió un plazo para su cegado; c) que asumió la existencia de residuos especiales generados por la actividad de la empresa, lo cual permite concluir que las instalaciones no eran las adecuadas para este tipo de residuos.

En consecuencia, al omitir toda referencia o valoración de la prueba, se considera que el tribunal no sopesó la importancia de la afectación al derecho al ambiente, o, en los términos de la Corte, no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio.

En Mamani (2017a), observa que se autorizó un desmonte superior a la cantidad de hectáreas detalladas en el estudio de impacto ambiental; que se fiscalizó apenas el 50% de las hectáreas a desmontar; que no se contó con planos ni determinaciones reales; que no surgía de las constancias de la causa que celebraron las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas. Por lo que las irregularidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que caracterizaron este pedido de desmonte revisten carácter de suficiente gravedad para justificar la nulidad de las autorizaciones.

En consecuencia, midiendo el peso concreto de la afectación del derecho al ambiente, toma una decisión severa ante la gravedad de las irregularidades; lejos de devolver las actuaciones al STJJ para que dicte una nueva sentencia conforme a derecho, decide aplicar la alternativa que le reconoce el art. 16 de la Ley 48 para resolver sobre el fondo, declarando la nulidad de las resoluciones que autorizaron los desmontes.

En los pronunciamientos Salas (2009c), Cruz (2016a), Represas de Santa Cruz (2016c; 2016d) y Majul (2019b), la mayor importancia concreta de la sustentabilidad justifica la decisión de intervención jurisdiccional.

En Mercau (2024), la CSJN es explícita cuando observa que el tribunal inferior ha omitido ponderar los pesos concretos de los derechos en colisión, ponderación que requiere considerar el grado de lesión o intensidad que suponen las medidas ordenadas en el derecho a intervenir –el derecho de propiedad–. La CSJN realiza esta ponderación mediante una graduación entre las limitaciones tolerables y aquellas que afectan los atributos esenciales de la propiedad.

Las reglas resultantes son:

*El mayor peso concreto de la sustentabilidad se dimensiona conforme la magnitud del daño probable para la sustentabilidad futura si ninguna medida se adoptara.*

*La valoración de la prueba es crucial para medir el grado de afectación del derecho a proteger.*

*Se debe establecer el grado de afectación/satisfacción de la sustentabilidad por la adopción u omisión de una medida.*

### **3.3.2. El peso abstracto**

Se advierte en los fallos el mayor peso abstracto que se adjudica a la sustentabilidad. Al respecto, el enunciado de la regla que expresa que *cuando se trata de la tutela del bien colectivo ambiente, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro* (CSJN, 2008b, 2009a, 2016a, 2016b, 2017a). Es una regla que se relaciona con el mayor peso del principio frente a otros derechos, dadas la titularidad colectiva y la indivisibilidad del bien ambiente.

Una aclaración debe realizarse respecto a la calificación de absoluta de la prioridad, en tanto, siendo la precedencia de un principio condicionada, esta calificación se refiere exclusivamente a la variable peso abstracto de la ponderación, y no se confunde con la importancia concreta. Ello no quita la incidencia que, en el resultado de la ponderación de las tres variables, tiene el mayor peso abstracto de la sustentabilidad.

El mayor peso abstracto de la sustentabilidad ha sido fundamentado legalmente por el art. 240 del CCyC, que estableció su precedencia frente a los derechos sobre bienes individuales. La regla de compatibilización o de armonización que consagra esta norma, expresa que la protección del ambiente configura un prerequisite para el disfrute de los demás derechos fundamentales<sup>637</sup>.

Al respecto, en Barrick (CSJN, 2019a), la Corte expresa: «Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240, Cód. Civ. y Com.) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la Ley General 25.675 del Ambiente)».

Este tema se trata en el Capítulo 3.4.3.

Por lo que el estándar resultante es:

*Se debe asignar prioridad frente a derecho sobre bienes individuales a la prevención del daño futuro cuando se procura la tutela del bien colectivo ambiente.*

637 Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 184.

### 3.3.3. *Certidumbre fáctica: la relación lógica entre precaución y prevención*

La certidumbre empírica es un factor referido al grado de conocimiento de las cosas, y su importancia reside en cuanto la operatividad de un derecho depende de calidad de las pruebas que acrediten sus premisas fácticas. Muchas veces, especialmente en el derecho al ambiente, esas pruebas no serán suficientes para alcanzar el grado de certeza absoluta o plena, por lo que se reconoce a la autoridad la competencia epistémica para decidir en determinadas condiciones.

En Martínez (CSJN, 2016b), los amparistas pedían la nulidad de la DIA, para lo cual, entre otras probanzas, indicaron que la propia Secretaría de Estado de Minería de la provincia de Catamarca, al aprobar el informe de impacto ambiental presentado por la empresa minera, formuló una serie de objeciones y observaciones que debía resolver la empresa minera previamente a iniciar cualquier trabajo, lo que no fue cumplido.

La Corte entendió que, ante la seriedad de los planteos introducidos por los actores, vinculados a la omisión del examen de asuntos susceptibles de tener una influencia decisiva para la dilucidación del pleito, se imponía su intervención. Por lo que, ante una DIA condicionada, consideró que, en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro y, en ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana. Invoca el principio de precaución y anula la sentencia apelada que rechazaba el amparo.

En Cruz (CSJN, 2016a), deja sin efecto la decisión que resolvió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora con el objeto de que se ordenara la suspensión inmediata de la actividad minera, en cuanto esa decisión había omitido toda referencia a la prueba incorporada, sin hacer mérito de los argumentos de la actora relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el art. 4 de la LGA ni del informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión.

En los fallos de Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c; 2016d), frente a la envergadura de las obras hidroeléctricas que describe el actor y a la posible incidencia que –según denuncia– estas podrían proyectar en los cursos del agua, glaciares y ecosistemas de la zona de influencia, la Corte solicita con fundamento en los principios precautorio y de cooperación (artículo 4 de la Ley General del Ambiente) informes al Estado nacional. Luego de recibidos y de verificar los incumplimientos de la EIA como de la audiencia pública, resalta que la información aportada muestra que es la obra con mayor envergadura entre las incorporadas al Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas. Por lo que hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en conse-

cuencia, se ordena la suspensión de las obras hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la Ley 23879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva ante el peligro de daño grave o irreversible en una extensa región, resuelve la suspensión de las obras hasta tanto se cumpla con el procedimiento de EIA.

En estos fallos, se infringe el principio preventivo que procura certeza mediante la realización del procedimiento de EIA, por lo que la incertidumbre que causa su omisión o irregularidad activa la precaución, estableciéndose medidas de suspensión o de cese de la actividad riesgosa y medidas dirigidas a establecer la certidumbre.

Así, en Salas (CSJN, 2009c), Cruz (CSJN, 2016a), Martínez (CSJN, 2019a), entre otros, resulta que, acreditadas en un grado plausible las circunstancias de amenaza de daño grave o irreversible, aplica el principio de precaución y sus respectivas medidas, para luego, una vez establecida la certidumbre, ordenar en un contexto preventivo la armonización entre los derechos en colisión.

Un pronunciamiento en el que se puede apreciar el grado de no evidentemente falso, sobre la base de una argumentación seria, es el dictado en la causa *Juvevir* (CSJN, 2020f), en el que la Corte, para sentenciar, compartió el dictamen de la Procuración General de la Nación. El dictamen de la procuración expresó que la cámara omitió considerar que los demandantes cuestionaron que los órganos locales analizaron los proyectos «Central Matheu I» y «Central Matheu II» en forma individual, sin contemplar el efecto acumulativo que tendrá sobre el medio ambiente la operación simultánea de ambas centrales térmicas, cuestión que, según la opinión de aquellos, resultaba esencial dada la cercanía geográfica de dichos emprendimientos. También dijo que la sentencia recurrida incurrió en una «autocontradicción evidente», por cuanto la Sala II sostuvo que los actores omitieron acreditar un riesgo cierto de que el daño alegado se produzca o que se agrave el ya producido; sin embargo, la procuradora observó que «al desestimar la acción en una instancia anterior a que la causa sea abierta a prueba, cercenaron la posibilidad de que los propios recurrentes, a través de los diferentes medios ofrecidos, puedan probar tales extremos, lo que comporta un exceso ritual manifiesto que destituye al pronunciamiento recurrido de fundamento suficiente para sustentarlo».

El cumplimiento del deber de prevención, que pesa sobre toda autoridad, afecta la razonabilidad de la decisión que cercena la posibilidad de acreditar la amenaza de daño grave, por lo que, ante argumentos consistentes y con fuerte apoyo en los precedentes de la Corte, se resuelve dejar sin efecto la sentencia apelada y ordenar un nuevo pronunciamiento respecto de los proyectos de generación de energía.

En consecuencia, la variable certidumbre tiene notable aplicación en materia ambiental y tipifica el examen de proporcionalidad de la sustentabilidad, conjugando los principios de prevención y precaución, que aparecen entrelazados en los pronunciamientos de la Corte, *formando una secuencia lógica en el proceso de decisión*. El nexo

entre ambos es el grado de certidumbre de las premisas fácticas, las que, cuando es menor que cierto y existe amenaza de daño grave o irreversible, requieren del principio de precaución para alcanzarla; para luego, una vez establecido lo cierto o lo seguro, proceder a aplicar las medidas de prevención.

Pero la precedencia de la precaución requiere un umbral de acceso, algún grado de certidumbre. Es decir, conforme lo tratado en el Capítulo 3.4.4. se requiere que la certidumbre sea plausible o no evidentemente falsa.

Por lo que las reglas consecuentes son:

*La autoridad debe requerir un mínimo de comprobación de la amenaza de daño grave o irreversible para aplicar el principio de precaución.*

*La comprobación debe realizarse teniendo en cuenta las constancias de las actuaciones, las respuestas a los informes solicitados y los resultados de las audiencias informativas u ordenatorias.*

*La no constatación o no comprobación es una decisión irrazonable para la prevención del daño ambiental que debe ser intervenida precautoriamente.*

*El nivel de certidumbre a alcanzar debe tener la aptitud de construir una argumentación razonable que fundamente la aplicación del principio precautorio. Debe ser plausible o no evidentemente falsa.*

*Los medios para la aplicación de la precaución deben dirigirse a alcanzar el nivel de lo cierto respecto a las afectaciones en el bien colectivo.*

*La ponderación de la precaución debe realizar un balance provisorio entre la satisfacción del derecho al ambiente y el costo que irroga sobre el derecho opuesto. Entre las medidas más idóneas se debe seleccionar la menos restrictiva.*

*La armonización o compatibilización de derechos se debe realizar cuando se alcanza el nivel de certeza requerido por la prevención.*

### **3.3.4. Certidumbre normativa**

La incertidumbre normativa tiene lugar cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en colisión, o a cuál de los derechos en colisión corresponde mayor protección. No se confunde con la incertidumbre científica o empírica propia de la precaución, sino que se dirige a la labor ponderativa del decisor. Es el caso de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*.

Los fallos de la Corte se caracterizan por aplicar los principios epistémicos normativos en concurrencia con el principio de precaución.

En *Majul* (CSJN, 2019b) y *Minera San Jorge* (CSJN, 2021e), la Corte aplica los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, los cuales, conforme lo analizado en el Capítulo 3.3.3.7.2., se dirigen al decisor para que optimice su competencia y resuelva en favor de la sustentabilidad.

Aún antes de estos fallos, la Corte ejerció de la competencia epistémica normativa cuando se dan colisiones entre el debido proceso y la sustentabilidad, y las autoridades no han dado la respuesta normativa correspondiente. El art. 32 de la Ley 25675 fue el sustento de estas decisiones. Por ejemplo, en Martínez (CSJN, 2016b), ante el rechazo de un recurso de casación por la Corte de Justicia de la provincia de Catamarca por entender que no hay sentencia definitiva en un amparo, consideró que: «En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio», para agregar que «los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales».

Lo mismo sucede en otros fallos (por ej.: CSJN, 2014a; 2016a) en los que acoge el recurso extraordinario federal a pesar de no haber sentencia definitiva.

Así, impone la optimización de la competencia a través del ejercicio de la tutela judicial efectiva.

El estándar es:

*En caso de duda normativa, 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.*

### **3.4. Reglas especializadas de ponderación**

#### **3.4.1. La regla de compatibilización entre derechos**

La regla de compatibilización o de armonización, tratada en el Capítulo 3.4.3., es un singular aporte al principio de proporcionalidad del derecho ambiental argentino. El art. 240 del CCyC se refiere al peso abstracto de la sustentabilidad, pero la precedencia requiere estimar la importancia concreta. Por ello interesa el significado jurídico que la CSJN atribuye a la compatibilización entre derechos.

En Salas (2009c), con motivo de la aplicación del principio de precaución y la relación entre la tutela del ambiente y el desarrollo, expresa que: «Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras».

En la causa Barrick (CSJN, 2019a), la Corte establece las vinculaciones normativas de la compatibilización cuando la colisión tiene al derecho al ambiente como una parte: «Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240, Cód. Civ. y Com.) para

asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la Ley General 25.675 del Ambiente)».

Este considerando remite al art. 240 del CCyC, y el resultado es que el ejercicio de los derechos sobre bienes individuales sea sustentable.

La compatibilización tiene lugar en el espacio de la prevención, que es un espacio de certeza científica. En efecto, del análisis de fallos, resulta que, si no se cumple en forma regular con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental o con la constatación de las pruebas, se debe aplicar el principio precautorio, cuyas medidas apuntarán a lograr la certeza necesaria para la armonización entre ambiente y desarrollo. Esto es conforme Cruz (CSJN, 2016a), Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c) y Majul (CSJN, 2019b).

Otros fallos en igual sentido son La Picassa (2019d) y Equística (2020e).

Los estándares son:

*Los derechos sobre bienes individuales deben ejercerse en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva, asegurando que el ejercicio de aquellos sea sustentable.*

*La compatibilización entre derechos es resultado de la prevención.*

*La precaución debe dirigirse a establecer un nivel de certeza de los riesgos para que proceda la compatibilización entre derechos.*

### **3.4.2. El paradigma ecocéntrico**

El paradigma ecocéntrico es un estándar de creciente entidad en los fallos de la CSJN, su formulación apunta tanto a lo sustancial como a lo formal de la protección ambiental. El concepto de paradigma en relación con el derecho ambiental argentino reconoce en Ricardo Lorenzetti (2010a; 2018) su mayor desarrollo.

Para descubrir la regla de proporcionalidad que este concepto comprende, se requiere indagar el significado normativo de su enunciado en los fallos del máximo tribunal.

En el fallo Equística (CSJN, 2020e), se formula así:

[...] a partir de la inclusión en 1994 de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional (art. 41), el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del sistema mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente 25.675.

Entonces, el paradigma parte del derecho fundamental consagrado en el art. 41 de la CN, siendo una expresión *iusfundamental* en torno del bien colectivo ambiente,

que ordena su realización regulatoria en interés del propio sistema ambiental. Es el reconocimiento de la función estructuradora del principio de sustentabilidad.

El precedente se encuentra en La Pampa (CSJN, 2017c), en donde expresa que la regulación del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella, o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado, para indicar que el paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema.

La vinculación con el art. 240 del CCyC es evidente, y supone el reconocimiento del mayor peso o valor del bien colectivo ambiente sobre los derechos sobre bienes individuales.

Tal como expresa Martín, es el carácter reestructurante que el principio de sustentabilidad tiene sobre el régimen dominial<sup>638</sup>.

La CSJN, en Barrick (2019a), Majul (2019b), La Picasa (2019d) y La Pampa (2020c), desarrolla la misma fundamentación del paradigma ecocéntrico.

Entonces, las reglas son:

*La regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrica o sistémica, y no tiene en cuenta solamente la utilidad pública o privada de un bien, sino los del sistema mismo.*

*El bien colectivo ambiente tiene un peso mayor que los derechos sobre bienes individuales.*

*El ejercicio de los derechos sobre bienes individuales debe ser compatible con el bien colectivo ambiente.*

### **3.5. Reglas de optimización jurisdiccional**

El margen de acción discrecional y epistémico explica el espacio en el que se desenvuelve el ejercicio competencial para la aplicación de la proporcionalidad y evidencia la estrecha relación entre principios formales y sustanciales.

#### **3.5.1. El rol del juez. Una moderna concepción de las medidas necesarias.**

##### ***Tutela efectiva***

El rol del juez se consolida al ser reconocido como factor esencial en la tarea de protección colectiva.

<sup>638</sup> Martín, 2010, p. 39.

En ASSUPA (CSJN, 2006b), la Corte interpreta la relación entre las formas y la función judicial:

[...] en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que un examen cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego.

En Mendoza (CSJN, 2006c), enuncia la vinculación de este rol con la entidad del bien a proteger: «La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales».

Desde entonces, el concepto de *poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador*, entendido como un mandato de optimización de la función judicial en materia ambiental, será reiterado en sucesivos pronunciamientos (CSJN, 2014a; 2016a; 2016b; 2019b).

De esto resulta que, en el sistema jurídico ambiental argentino, la mayor realización de la sustentabilidad requiere de un óptimo ejercicio de la competencia jurisdiccional.

Tal como ha sido interpretado por la Corte, «en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin» (CSJN, 2006b; 2014a; 2016a; 2016b; 2019b).

En Cruz (2016a), precisa que es a la luz de los principios de prevención del daño ambiental y de precaución que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

Este fallo indica que la interpretación de esta doctrina debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el artículo 4 de la LGA introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental, y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. Argumento que reitera en Mamani (CSJN, 2017a).

Finalmente, realiza el encuadre constitucional de las medidas cautelares, cuando considera que constituyen «medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional».

En Majul (CSJN, 2019b), la Corte recuerda que el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25675 dispone que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie.

Así, el significado normativo del art. 32 de la LGA, conforme se trata en el Capítulo 6.6.2., configura un mandato de optimización dirigido a las autoridades judiciales que les impone el deber de adoptar las medidas procesales necesarias para la protección del derecho al ambiente.

Los estándares son:

*Las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin.*

*La autoridad judicial debe disponer las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el ambiente.*

*El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie.*

*Las medidas cautelares constituyen medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional.*

### **3.5.2. La precaución y las medidas urgentes e inmediatas**

Si se quisiera identificar en el espectro de los principios de la sustentabilidad cuál tiene mayor incidencia en el ejercicio de la competencia, el principio de precaución exhibe en lo fallos de la Corte el mayor alcance. Cuando se reúnen las condiciones fácticas para su procedencia, exige la optimización de los principios formales, justificando el ejercicio amplio de la competencia para adoptar medidas preliminares urgentes e inmediatas.

En Cruz (2016a), la competencia extraordinaria de la Corte tiene justificación cuando la medida sujeta a revisión es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Entonces establece la procedencia de los recursos extraordinarios considerando que el principio del debido proceso se ha visto afectado, ello en virtud del art. 32 de la Ley 25675.

En Mamani (2017a), la Corte, luego de calificarlo de principio fundamental del derecho ambiental, considera que cuando media peligro de daño grave o irreversible en un contexto de incertidumbre provocado por una evaluación de impacto ambiental irregular –una DIA condicionada–, se priva a la protección ambiental de la certeza necesaria, situación que se agrava cuando la jurisdicción competente omite toda consideración de esas circunstancias, saliéndose el actuar judicial de la órbita preventiva que se le exige como razonable. Esto justifica que, sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, la Corte intervenga admitiendo el recurso extraordinario.

En los fallos Defensor del Pueblo de la Nación (2007b), Salas (2019c), Represas de Santa Cruz (2016c), la Corte adopta medidas preliminares y urgentes previas al pronunciamiento de su competencia. En estos casos, la amenaza de daño grave o irreversible con proyección regional, con la posible afectación de la población presente y futura, de condición vulnerable, en un contexto de incertidumbre, califica como de injusticia extrema o intolerable, por lo que el principio sustancial de precaución por su mayor peso desplaza temporalmente al principio de la competencia local.

Respecto a las medidas preliminares y urgentes dispuestas por autoridad incompetente, son proporcionales únicamente cuando, además de ser idóneas, la causa es remitida al tribunal competente con inmediatez o en un tiempo razonable conforme a la gravedad de la situación. Este tema se trata en el Capítulo 6.6.3.

Los estándares son:

*Cuando corresponde aplicar el principio de precaución, debe optimizarse la competencia aplicando las medidas preliminares necesarias y urgentes.*

*Las medidas preliminares necesarias y urgentes dispuestas por autoridad incompetente, cuando son adoptadas por concurrir una situación de peligro grave o inminente, son proporcionales únicamente cuando, además de ser idóneas, la causa es remitida al tribunal competente con inmediatez o en un tiempo razonable.*

### **3.5.3. La visión policéntrica y la sustentabilidad futura**

Desde lo formal, el paradigma ecocéntrico o sistémico en las causas resueltas por la CSJN en Barrick (2019a), La Picasa (2019d) y La Pampa (2017c y 2020c) se enlaza con la visión policéntrica del proceso cuando expresa que la calificación de estos casos exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Para agregar que «por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino y, fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura».

Es el reconocimiento de las diversas posiciones del derecho al ambiente que involucra un titular comunitario e intergeneracional, que trasciende la tradicional bilateralidad del proceso.

El estándar indica:

*La decisión debe comprender todos los derechos involucrados en el conflicto y debe atender no solo el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura.*

### 3.6. Optimización administrativa y participación ciudadana

No hay respecto al mandato constitucional un margen para hacer o no hacer, sino un deber positivo de protección. En efecto, en la causa Mendoza (CSJN, 2006c), la Corte lo enuncia cuando sostiene que el reconocimiento del *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.

En la misma causa, en el fallo del año 2008, precisa que las medidas que adopta dejan a la discrecionalidad del administrador los procedimientos y mecanismos específicos para alcanzar la finalidad establecida por el tribunal: «*El objeto decisivo se orienta hacia el futuro* y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración» (CSJN, 2008b).

Se refirió a la importancia de esto en el fallo Mamani (2017a). Se señala que la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y el acceso a la información ambiental (artículo 41). A partir de ello, analiza las normas de la LGA, especialmente cuando establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (art. 19). La relevancia de este fallo es la fundamentación como reglas adscriptas de derecho fundamental de este conjunto de normas de la LGA como precisantes del derecho fundamental del art. 41 de la CN. En el Acuerdo de Escazú se refirma la fundamentalidad de los derechos de acceso.

En los fallos de Represas de Santa Cruz (2016c; 2016d), observa la no realización del procedimiento de EIA ni de audiencia pública, por lo que hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordena la suspensión de las obras.

Los fallos analizados de la Corte abundan en conflictos en los que se observa un actuar administrativo reñido con la aplicación del procedimiento de EIA, tanto en su omisión como en su trámite irregular. En algunas causas, las decisiones de los tribunales inferiores recaen en la jurisdicción del máximo tribunal por su manifiesta arbitrariedad al convalidar ese actuar irregular. Es así como, ante la incompletion de los estudios ambientales o la ausencia de participación ciudadana, anula esas decisiones y aplica el principio de precaución a fin de reestablecer la regularidad del procedimiento y su aplicación plena. La DIA condicionada en Martínez (2016b), Mamani (2017a) y Majul (2019b) acarrea la nulidad de las decisiones de autorización.

En Salas (CSJN, 2009c) considera inválidas las autorizaciones estatales sin conocer sus consecuencias sobre el ambiente:

El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten.

Este estándar optimizador de la función administrativa es reiterado en Mamani (2019b) y en Provincia de Corrientes (2021f).

Los estándares son:

*Las autoridades administrativas deben cumplir eficazmente los deberes de prestaciones fácticas y normativas para atender a la protección del ambiente.*

*El procedimiento de evaluación de impacto ambiental es previo al inicio de las actividades, constituyendo una instancia de análisis reflexivo realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana, y no admite una DIA condicionada.*

*El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público.*

*En procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, las autoridades deben institucionalizar procedimientos de información, consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades.*

### **3.7. La proporcionalidad institucional o federal**

La proporcionalidad institucional refiere a la forma de articular el ejercicio de las competencias entre los Estados que conforman la federación, más cuando la protección ambiental responde a una particular modalidad de reparto a competencial. Su objeto, entonces, es la compatibilización que deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales en el ejercicio de sus respectivas competencias para la resolución de conflictos interjurisdiccional y la formulación y aplicación de regulaciones ambientales socialmente eficaces.

#### **3.7.1. La regulación ambiental y la tarea concertadora prioritaria**

Son numerosos los fallos en los que la CSJN ha establecido reglas para la resolución de las colisiones competenciales regulatorias entre la Nación y las provincias.

Como regla general, la Corte (CSJN, 2015a) ha dicho que los Estados provinciales y el Estado nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental y ejercer atribuciones propias en tanto y en cuanto no invadan efectiva y concretamente los aspectos reglados por cada jurisdicción en su esfera de injerencia.

En Salas (2011a) dijo que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes

para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Se remite al análisis sobre la competencia regulatoria realizado en el Capítulo 6.4.

La Corte expresa un criterio esencial: «Que las disposiciones constitucionales y legales citadas, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio» (2011d).

En Barrick (2019a), además de establecer la regla para la armonización entre derechos de diferente naturaleza, introduce la compatibilización institucional como labor prioritaria en el marco del federalismo de concertación.

En efecto, enuncia que:

En ese marco, la tarea de concertación federal es primariamente de las autoridades políticas nacionales y provinciales, que deben conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución.

Conforme al mismo fallo, en su defecto, el juicio de constitucionalidad debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados. Es el reconocimiento de la proporcionalidad en sentido estricto como método para establecer la razonabilidad constitucional.

Entonces, dos etapas secuenciales se establecen, la primera es primaria y corresponde a la labor concertadora entre los Estados –tema que se trata en el Capítulo 6.7.2.–; la segunda, al control de judicial de constitucionalidad.

En la causa Ejército Argentino (2019e), reafirma que en el ejercicio de las competencias concurrentes importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la protección del medio ambiente.

Los estándares aplicables son:

*Los Estados provinciales y el Estado nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental y ejercer atribuciones propias en tanto y en cuanto no invadan efectiva y concretamente los aspectos reglados por cada jurisdicción en su esfera de injerencia.*

*A las autoridades locales corresponde la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan.*

*La competencia ambiental compartida importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común.*

*La tarea de interpretación constitucional debe ser primariamente asumida por las autoridades federales y provinciales, para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución.*

*En su defecto, el juicio de constitucionalidad debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.*

### **3.7.2. Conflictos interjurisdiccionales. Compatibilización federal. Territorialidad ambiental y territorialidad federal. La cuenca hídrica y los ecosistemas compartidos**

Si la norma ambiental combina dos factores –uno sustantivo y común, referido a las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas, y otro espacial, referido a la escala político territorial–, queda pendiente considerar que los ecosistemas y su dinámica no responden necesariamente a las jurisdicciones territoriales.

La Corte ha aplicado el concepto de territorialidad ambiental y federal y de unidad de la cuenca hidrográfica para la resolución de causas que llegan a su conocimiento por vía originaria, extraordinaria y dirimente, también para la resolución de conflictos negativos de competencia.

Así, la CSJN, en la causa La Pampa contra Mendoza (CSJN, 2017c), expresa:

En él sub-examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de «compatibilización», que no es una tarea «natural» (porque ello significaría, «obligar» a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente «cultural».

Construye el criterio de compatibilización en torno a la cuenca hidrográfica, con los siguientes conceptos:

1. El concepto jurídico de cuenca como ámbito de competencia de la actuación dirimente de la Corte. «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. Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común».

2. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca.

3. Así, la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un Organismo de Cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción.

Entonces, 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, que califica como bien colectivo. Así, sobre la compatibilización de estas territorialidades, en la causa de La Picasa (CSJN, 2019d), la Corte entiende que territorialidad ambiental y territorialidad federal encuentran su representación y conjugación en la «Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa» (CICLP), organismo propio del federalismo de concertación generado en el marco de un convenio intrafederal celebrado entre el Estado nacional y las provincias involucradas en la cuenca hídrica respectiva.

Sin embargo, una observación debe realizarse en relación con el concepto de territorialidad ambiental; este concepto es más amplio que el vinculado con la cuenca hídrica, comprendiendo todo ecosistema<sup>639</sup>. Los ecosistemas que pueden trascender las jurisdicciones provinciales y encuentran su norma específica en la Ley 25675 cuando establece los principios de cooperación y de solidaridad dirigidos a los ecosistemas compartidos.

La Corte, en los fallos a los que se hace referencia, despliega las reglas específicas de la proporcionalidad institucional entre los Estados miembros de la federación, considerando que es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación que supere los enfoques disyuntivos o separatistas (La Pampa 2017c).

En La Picasa (CSJN, 2019d) expresa:

La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales –cuyo deslinde no impide en ocasiones plantear una zona de duda– debe evitarse que el gobierno federal y las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes, debiendo prevalecer en todo trance los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal «in totum».

La optimización de los principios federales de solidaridad y cooperación se revela en el requerimiento que efectúa en La Picasa (2019d) cuando solicita a las provincias fortalecer el organismo de cuenca; lo mismo dispone en el fallo La Pampa (2020c)

639 Pinto y Martín, 2013.

cuando insta a las provincias de La Pampa y de Mendoza que conformen la Comisión Interjurisdiccional del río Atuel (CIRA) en reemplazo de la actual Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI).

Pero cuando hay un estado de emergencia ambiental, directamente impone la creación del comité respectivo, como en el caso de los incendios en el Delta del Paraná (Equística, 2020e), sin dejar de considerar que las medidas serán dispuestas coordinadamente por las autoridades competentes en ejercicio del poder de policía que tienen por las leyes de PMPA.

Sobre el modo de alcanzar la compatibilización de las tensiones, en el fallo de la causa Shi (CSJN, 2021c), consigna el diálogo concertador como la vía más adecuada cuando sostiene que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal que admite poderes concurrentes del Estado nacional, necesarios para la organización de un país. «Y de allí la utilidad del diálogo constructivo –entre Nación y provincias– al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva».

Debe señalarse que la LGA establece un ámbito institucionalizado para la concertación en el SFA.

Los estándares de ponderación aplicables a las relaciones interjurisdiccionales serían:

*La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de «compatibilización» cultural.*

*Las relaciones entre las provincias y el Estado nacional se rigen por la buena fe y la lealtad federal y se instrumentan conforme los principios de solidaridad y cooperación ambiental.*

*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, siendo un bien colectivo.*

*El convenio interjurisdiccional es la forma de optimizar los principios federales de solidaridad y cooperación regional.*

### **3.7.3. La regulación sistémica**

Se expresó en el punto 3.4.3. de este Capítulo que el paradigma ecocéntrico es un estándar que tipifica la proporcionalidad ambiental en los fallos de la CSJN y que su formulación apunta tanto a lo sustancial como a lo formal de la protección ambiental.

Desde lo formal, ordena que la regulación de los bienes que compone el ecosistema debe ser en interés del propio sistema ambiental. Esto no excluye considerar los intereses privados o estatales, pero la relación será de subordinación a la sustentabilidad.

Entonces, la regla establece que:

*En tanto los recursos naturales son parte del ecosistema, los derechos sobre estos bienes sean de titularidad de particulares o del Estado, deben estar sujetos en su regulación y ejercicio al principio de sustentabilidad.*

#### 4. Valoración y observaciones

Una forma de valorar los fallos de la CSJN en causas ambientales es identificar la consistencia y coherencia que los enlaza. Al respecto, la referencia permanente a pronunciamientos análogos, la utilización de los mismos términos o definiciones, la comunidad argumentativa en la aplicación de los principios, las permanentes consideraciones al derecho establecido en el art. 41 de la CN, todo permite apreciar que se trata de un proceso racional en el que los principios son la fuente de las decisiones judiciales.

Sobre la aplicación que hace de la proporcionalidad, previamente guarda interés revisar algunas de las opiniones vertidas por la doctrina.

Así, Clérico considera comparativamente que si el examen de proporcionalidad a la alemana es una forma de estructuración de la evaluación de las razones que pretenden justificar las restricciones a los derechos, el examen de razonabilidad argentino es su funcional equivalente, expresando que:

Los problemas en la práctica constitucional argentina no radican tanto, por un lado, en la falta de exámenes, sino en la negativa de la Corte a explicitar los pasos del examen que aplica para evaluar las restricciones a los derechos, su falta de uso sistemático ya sea el examen de razonabilidad, el derecho como integridad o el examen que sea<sup>640</sup>.

Esta autora realiza un análisis de la evolución de la Corte en el examen de razonabilidad, en el que se identifican etapas en las que se aproxima al examen de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto e, incluso, en las que comienza a interesarse en los estándares de intensidad en la limitación de los derechos; sin embargo, considera que no es una Corte que busque presentar una estructura clara del examen de razonabilidad y que esté dispuesta a aplicarlo en sus sentencias para hacerlas más accesibles<sup>641</sup>.

Sobre esta observación, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México ha sentado las características esenciales del test de proporcionalidad –fin legítimo,

640 Clérico, 2018, p. 20.

641 Clérico, 2018, p. 158.

idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*– en el ordenamiento jurídico mexicano<sup>642</sup>. Por su parte, Saggese, realizando un análisis análogo, entiende que la Corte utiliza dos parámetros, uno de ellos, el más estricto, es el cumplimiento de la idoneidad, la necesidad y/o proporcionalidad de la medida, pero no hay en sus fallos una referencia conjunta a esos tres requisitos, por lo que no es posible extraer criterios estructurales sobre el control de constitucionalidad que realiza<sup>643</sup>. Expresa que la necesidad de estructurar un procedimiento mínimo sería necesario para la seguridad jurídica a fin de conocer de antemano los extremos que serán evaluados<sup>644</sup>.

Otra perspectiva brinda Gil Domínguez, quien identifica que la Corte receptó el principio de proporcionalidad como un estándar aplicable a la limitación de los derechos fundamentales<sup>645</sup>.

Caminos justifica la reticencia de la Corte Suprema en adoptar el principio de proporcionalidad, en cuanto su aplicación obstaculizaría la posibilidad de conformar un genuino régimen constitucional en el cual los derechos sean capaces de limitar, en forma efectiva, el accionar gubernamental<sup>646</sup>.

Morelli, estudiando fallos ambientales, concluye que «analizadas las características del método de la ponderación según las concepciones articuladas por Alexy, cabe señalar que nuestro más Alto Tribunal ha invocado dicha técnica al momento de resolver conflictos entre derechos fundamentales»<sup>647</sup>.

Con sustento en el análisis desarrollado, el enfoque para realizar una evaluación correcta respecto al método de la CSJN debe partir de la referencia constante de los principios de derecho ambiental, a los que define *como mandatos que ordenan la protección del ambiente*. Los principios de prevención, precaución y recomposición y su relación con el derecho reconocido en el art. 41 de la CN conforman la estructura habitual en el que apoya sus pronunciamientos.

Pero no se trata de una argumentación abstracta de derechos. Los exámenes fácticos de idoneidad y de necesidad de las medidas que son sometidas al control de constitucionalidad se evidencian en las diversas causas. Ya, en la ponderación, se sopesa la importancia concreta, estimando si el grado de no satisfacción del derecho a proteger justifica la intervención. También, el sopesamiento entre derechos se realiza sobre las variables complementarias de la ponderación: peso abstracto y certidumbre, integrando el proceso decisorio.

Con más profundidad, se puede apreciar que los fallos analizados permiten visualizar un proceso de construcción de una proporcionalidad adaptada al sistema

642 Centro de Estudios Constitucionales. SCJN México (2023).

643 Saggese, 2010, pp. 211y 142.

644 Saggese, 2010, pp. 165 y 213.

645 Gil Domínguez, 2010, p. 273.

646 Caminos, 2014, p. 72.

647 Morelli, 2015, p. 217.

jurídico ambiental argentino. Así, destacan en el análisis ponderativo la exigencia de idoneidad técnica de las medidas, la consideración de las distintas dimensiones de la idoneidad, el principio de progresividad en la determinación de las medidas, el sopesamiento a través de la prioridad de la prevención del daño ambiental futuro o en la protección de las generaciones futuras, el paradigma ecocéntrico, el juicio de ponderación razonable cuando corresponde la aplicación del principio precautorio, la regla de compatibilización entre derechos, y la secuencia lógica entre precaución y prevención en procura de la necesaria certidumbre; todos conforman una estructura propia, típica, sobre la cual se realiza el derecho ambiental y sus principios, dando resultados coherentes en sus decisiones en las causas ambientales.

En consecuencia, no es una proporcionalidad universalista, sino local. En esto se advierte lo señalado por Clérico cuando destaca que la proporcionalidad argentina no es un trasplante descontextualizado de la proporcionalidad alemana, sino un intercambio entre la razonabilidad y la proporcionalidad<sup>648</sup>.

Como observación, se aclaró que la calificación de *absoluta* que la Corte aplica a la prioridad en la prevención del daño futuro no excluye el sopesamiento de la importancia concreta, lo que no es admisible en el marco teórico seguido, en tanto toda precedencia es condicionada o, expresado de otro modo, no hay derechos absolutos en el sistema jurídico argentino.

También se observó que, en la adopción de medidas precautorias preliminares y urgentes adoptadas sin competencia, el factor temporal de la medida excede el examen de necesidad en el desplazamiento del principio federal. Se mantiene una tensión con el principio competencial más allá de lo necesario.

En la causa La Pampa (CSJN, 2017c y 2020c), se observa que en el segundo pronunciamiento no hay referencia alguna a la variable climática, que debería haber considerado expresamente en el programa de monitoreo permanente, en tanto tiene una profunda incidencia en los caudales futuros. Esto afecta la idoneidad y necesidad de la medida, más cuando, en el primer pronunciamiento, requería considerar cuál sería la incidencia de la disminución de oferta de agua y el aumento de la demanda, en el área de la provincia de Mendoza, derivada del cambio climático.

En los conflictos interjurisdiccionales, si bien es creciente en los fallos de la Corte la optimización de los principios federales de la Ley 25675 para abordar la territorialidad ambiental, propiciando el diálogo federal, no se advierte el mismo énfasis en la vinculación con el Sistema Federal Ambiental que esa misma ley establece para la realización de esos principios. Lo mismo se destaca su consideración en el fallo de la Provincia de Corrientes (2121f).

648 Clérico, 2018, p. 21.

Al respecto, también debe señalarse que la territorialidad ambiental es un concepto más amplio que el vinculado con la cuenca hídrica, comprendiendo todo ecosistema que cuando es compartido por las jurisdicciones provinciales requiere de los principios de cooperación y de solidaridad para su conjugación con la territorialidad federal.

Un análisis del método aplicado parte de las designaciones que atribuye al procedimiento. Así, se observa que la proporcionalidad es identificada bajo los conceptos de juicio de ponderación, ponderación razonable o simplemente ponderación; a pesar de ser designaciones de uso corriente, un mejoramiento en cuanto a si se refiere al examen de la idoneidad y a la necesidad de las medidas, o a la proporcionalidad en sentido estricto, sería importante.

En efecto, este aspecto conduce a observar que la CSJN no aplica el examen de proporcionalidad en forma esquemática, esto es, siguiendo una secuencia preestablecida, sino que lo hace discutiendo en torno a las diferentes cuestiones planteadas. Esto trae inconvenientes metodológicos que, a veces, como sucede en Kersich (2014a), en el que, luego de analizar la cuestión procesal y de destacar el peso del derecho al agua potable, la ponderación de los derechos sustantivos que justifica el mantenimiento de la medida cautelar esté muy encriptada.

Entonces, profundizando el análisis, en tanto la proporcionalidad es un instrumento de ordenación lógica de los argumentos, una aplicación desajustada del principio incide en la valoración de las circunstancias reales y jurídicas del caso concreto, lo que afecta la previsibilidad. Por lo que resulta conveniente, sin perjuicio de la tipicidad local introducida, que el método en los conflictos ambientales alcance mayor precisión en la secuencia de los exámenes, explicitando su alcance a fin de contribuir con la seguridad jurídica.

## **5. La red de reglas. De la subsunción a la ponderación, de la ponderación a la subsunción. La configuración local de la proporcionalidad**

En procura de la seguridad jurídica, los fallos en los que se dirime el conflicto entre el derecho al ambiente y otros derechos constitucionales generan estándares que reducen los riesgos de la imprevisibilidad. Esos estándares, particularmente los que resultan de los pronunciamientos de la CSJN, en tanto reglas adscriptas particulares, posibilitan la subsunción en casos análogos, pero estos nunca dejan de requerir de nuevas ponderaciones, ya que cada situación, al introducir circunstancias cambiantes, merece la carga argumentativa que se da en favor o en contra de los derechos en colisión.

En efecto, los estándares de la sustentabilidad se van precisando en cada caso, adquiriendo nuevas connotaciones. Esto se aprecia, por ejemplo, en el examen de

los conflictos negativos de competencia con motivo de la competencia extraordinaria federal del art. 7 de la LGA –analizados en el Capítulo 6.6.4– cuando en la causa Servicio de Agua del Estado Provincial (CSJN, 2020a) se identifican expresamente los principios en colisión –el federalismo y la sustentabilidad–, y se establece que esta colisión se debe resolver mediante una ponderación provisoria. El mismo desarrollo puede observarse en torno al bien colectivo ambiente y a los micros bienes que lo conforman y en el desarrollo del concepto de paradigma ambiental.

Al respecto, una observación realizada por Clérico sobre los precedentes y sus reglas es oportuna; señala que una red de reglas-resultados de las ponderaciones *iusfundamentales* tiende, con el paso del tiempo y en el marco de una práctica constitucional estable, a una suerte de fijación y a una posible petrificación de sus contenidos<sup>649</sup>. En este sentido, esta autora precisa que su modelo de ponderación es un modelo orientado por reglas que deben permanecer abiertas y, citando a Alexy, considera que la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de «instancia falibilística irrenunciable»<sup>650</sup>, esto es que el grado de afectación y de satisfacción puede ser siempre revisado por posteriores observaciones.

Por eso, es preferible hablar de estándares de proporcionalidad o de reglas *prima facie* de ponderación. En un sistema de control constitucional difuso, las reglas de los precedentes deben ser entendidas como una estructura abierta a los exámenes fácticos de cada caso.

El análisis de los fallos de la Corte demuestra que se trata de una proporcionalidad del derecho al ambiente constitucionalmente reconocido en la Argentina y no de una aplicación abstracta del método. Reglas tales como las que establecen la prioridad de la prevención del daño ambiental futuro, el paradigma ecocéntrico y la compatibilización entre derechos tipifican la proporcionalidad ambiental en el derecho argentino.

Esto se condice con la apreciación de Clérico cuando interpreta que la red de reglas de ponderación propugna recuperar lo «local» de la ponderación frente a la fascinación de lo «universal» de la ponderación que puede forzar similitudes sin percatarse en la riqueza de las diferencias<sup>651</sup>.

649 Clérico, 2018, p. 269.

650 Clérico, 2018, p. 265.

651 Clérico, 2018, p. 247.

# CAPÍTULO 8

## CONCLUSIONES

### 1. Sobre el problema de los principios ambientales

A partir del reconocimiento doctrinario y legal de la función rectora de los principios de derecho ambiental, se advirtió que la disparidad de interpretaciones sobre su significado y función, sumado a su profusión, no resolvía los problemas que acusa el derecho ambiental en su aplicación. En efecto, la multiplicidad de definiciones que se vierten sobre ellos constituye un problema que conduce a frecuentes inconsistencias en la interpretación y aplicación normativa.

En este escenario, se propuso una labor deconstructiva a fin de rescatar la elaboración teórica de los principios de derecho fundamental como normas integrantes del sistema jurídico para luego proyectarla sobre el derecho ambiental. A lo largo del desarrollo, el área problemática dada por el predominante y confuso entendimiento sobre los principios de derecho ambiental adquirió un enfoque más preciso cuando se alcanzó la conclusión de que un principio, el de sustentabilidad, expresa *el deber de protección constitucional del derecho al ambiente*, y entendido como «principio de los principios», explica y fundamenta a los otros principios de derecho fundamental ambiental.

Luego de ello, el punto central operó sobre la distinción relacional entre principios de derecho fundamental estatuidos y adscriptos. Los primeros corresponden a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución. Por su parte, la norma adscripta es una norma conforme a derecho de la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la identifica y precisa lo que en la norma directamente estatuida está ordenado, prohibido o permitido de un modo más abstracto.

Esa relación precisante establecida por autoridad competente los distingue de otros principios denominados ambientales que no catalogan como fundamentales por no corresponder con la sustentabilidad constitucional o carecer de validez por no emanar de la autoridad con competencia normativa.

Luego de ello, se procedió a aplicar el principio de proporcionalidad, y muy especialmente la ponderación, como método de aplicación de la norma tipo principio. La determinación del principio precedente en la colisión entre derechos constitucionales, cuando uno de ellos es el derecho al ambiente, requirió, primero, establecer la idoneidad y necesidad de las medidas, para luego establecer el peso concreto mediante la escala triádica de intensidades. El concurso de las variables peso abstracto y certidumbre representaron aspectos identitarios del derecho ambiental argentino. Finalmente, se avanzó en la más compleja fórmula de peso, como forma de comprobación de la razonabilidad de los resultados en fallos trascendentes del máximo tribunal. En todos los casos en que se aplicó, el resultado demostró la consistencia y coherencia de las decisiones.

No debe dejarse de resaltar que, en el desarrollo, las conclusiones relacionadas con el derecho al ambiente adquieren particularidades tipificantes de la proporcionalidad en el derecho argentino.

## 2. Resultados y constataciones

Los resultados se desencadenan a partir de comprender que el sistema jurídico se integra por principios y reglas, siendo los principios mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida conforme las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las reglas son mandatos definitivos.

Se identifican las siguientes conclusiones:

- 1) La disposición del art. 41 de la CN, cuando reconoce el derecho al ambiente, establece lo ordenado, prohibido o permitido para la protección ambiental, conformando el principio de sustentabilidad.
- 2) La sustentabilidad expresa el deber de protección constitucional del derecho al ambiente y, entendido como «principio de los principios», explica y fundamenta a los otros principios de derecho fundamental ambiental.
- 3) El principio de sustentabilidad es un mandato de optimización que ordena la protección del ambiente en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas.

4) El principio de no regresión confirma el significado de mandato de optimización de la sustentabilidad al ordenar no retroceder en la protección ambiental alcanzada, en cuanto esto supondría incurrir en una desprotección vedada constitucionalmente.

5) La función estructurante del principio de sustentabilidad es explícita, en tanto el sistema jurídico se integra por un proceso continuo de formación normativa que dimana de la cúspide constitucional de derechos conforme el art. 5 de la LGA. Esta norma precisa el deber impuesto a las autoridades en el segundo párrafo del art. 41 de la CN.

6) Cuando la sustentabilidad colisiona con otros principios de derecho fundamental, requiere del método de la proporcionalidad para establecer la precedencia y la consecuente norma definitiva.

7) La optimización de la sustentabilidad exige la reconfiguración de la organización del Estado y de sus procedimientos, como el actuar coordinado entre los Estados que componen la federación en procura de la armonización de las respectivas competencias y la eficacia social de las normas ambientales.

8) Los precedentes de la CSJN confieren seguridad y coherencia a la aplicación del principio de proporcionalidad cuando la sustentabilidad es uno de los principios en colisión a través de una red de reglas.

Estas conclusiones, permiten constatar que:

El derecho al ambiente, como principio de derecho fundamental sobre un bien colectivo, estructura mediante el principio de proporcionalidad el sistema jurídico ambiental argentino, tanto en la formación de reglas y decisiones como en la reconfiguración de la organización del Estado.

### **3. La deconstrucción del derecho a través de la sustentabilidad**

Las conclusiones expuestas requieren una reflexión final sobre si el sistema jurídico de la sustentabilidad se comporta dócilmente, sin fricción, con el sistema jurídico como un todo; o si la sustentabilidad en su proceso expansivo entraña una deconstrucción que visibiliza las contradicciones del discurso jurídico tradicional.

En este contexto, la ruptura del concepto binario de proceso judicial para reconocerlo como integrado por múltiples intereses de la comunidad, el sorteo de las forma

rituales excesivas, una nueva concepción de las medidas cautelares necesarias, la decisión guiada por los principios *in dubio pro natura* y *pro aqua*, la incidencia de la prevención y de la precaución en el derecho de daños, el reconocimiento de la titularidad comunitaria del bien colectivo ambiente, la incorporación de las generaciones futuras como sujeto de derecho, el concepto de justicia climática, y la ruptura de la certeza plena como condición para la protección del derecho son, entre otras singularidades, elementos que conmueven concepciones vigentes y justifican la relectura del sistema jurídico de la mano de la sustentabilidad.

Esta relectura del derecho se hace visible desde la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), cuya estructura no podía resistir una concepción limitada a los derechos individuales sin conexión con la Constitución y los derechos humanos reconocidos (arts. 1 y 2). Así, la sustentabilidad receptada en el art. 240 del CCyC, entre otros artículos, da cuenta de su incidencia, provocando el «giro ecológico del derecho privado» al que alude Sozzo.

En materia ambiental, es la Ley General del Ambiente, como norma adscripta de derecho fundamental, la que al enunciar los principios de la política ambiental patentizó el cambio del sistema jurídico argentino, que dejaba de estar ligado a la ley para pasar a tener en la Constitución su principal fuente normativa, ubicando en todas las disciplinas jurídicas la poderosa influencia de la sustentabilidad.

La teoría de los principios conjuga teoría y praxis. No se limita a un procedimiento de sopesamiento entre derechos, ya que, desde sus fundamentos, el reconocimiento de la norma tipo principio supone el reconocimiento del valor de la dignidad humana como sustento de los derechos constitucionales. En el tránsito a su aplicación, cuando advierte que en el proceso de realización de los principios –en cumplimiento del mandato de optimización– provoca conflictos entre derechos, procura su adecuada realización mediante la proporcionalidad en interés de la convivencia social.

La sustentabilidad es portadora de una intensa dinámica normativa motivada por múltiples intereses; decir que estos son colectivos o sociales es una abstracción a la que se recurre para expresarlos jurídicamente, pero en ella se entrelazan los intereses de los niños y jóvenes, de igualdad y de identidad de género, de las comunidades indígenas, de los vulnerables, de las generaciones futuras, de la naturaleza, entre muchos otros que sobrevendrán, porque el futuro es su impronta para dar lugar a una sociedad mejor.

La sustentabilidad encuentra en la teoría de los principios la posibilidad de dar respuesta razonable a la demanda social de mayor bienestar. Demanda que trascienden las fronteras de los países para requerir respuestas a nivel regional y universal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Alvarado, P. A. (2010). Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional. *Revista Derecho del Estado*, 25, diciembre, 193-219.
- Aldao, M. y Clérico, L. (2019). La igualdad en el constitucionalismo social: el proyecto constitucional de 1949. En Benente, M. (Ed.). *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949* (pp. 179-206). Eundpaz.
- AENOR (2008). Análisis y evaluación del riesgo ambiental. Asociación Española de certificación y normalización. Aenor Ediciones.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. (Trad. M. Atienza). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 5, p. 139-151, nov. 1988. <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-sistema-juridico-principios-juridicos-y-razon-practica>.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional Democrático. (Trad. M. C. Añaños Meza.). *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ene-jun (8), pp. 21-42.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. (Trad. C. Bernal Pulido). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22(66), 13-64.
- Alexy, R., (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. (Trad. C. Bernal Pulido). Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, (28), 13-152.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. (Trad. J. M. Seña), Gedisa. (Trabajo original publicado en 1992).
- Alexy, R. (2008). La fórmula de peso. (Trad. C. Bernal Pulido). En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 13-42), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alexy, R. (2009a). Sobre los derechos constitucionales a protección (Trad. R. Jowers). En R. García Manrique (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 45-84.
- Alexy, R. (2009b). Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. (Trad. A. D. Oliver-Lalana). *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32), 67-84.
- Alexy, R. (2009c). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. (Trad. R. Sánchez Gil). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (11), enero-junio 2009, pp. 3-14.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (Trad. C. Bernal Pulido). CEPC. (Trabajo original publicado en 1986).

- Alexy, R. (2014). Principios formales. (Trad. de M. C. Quimbayo Duarte) *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (37), 15-29.
- Alexy, R., (2015a). Conferencia de Robert Alexy. Canal FCJS - UNL. (17 de septiembre de 2015). [Archivo de video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=RS3ZEU37tOo>
- Alexy, R., (2015b). Conferencia: Cómo proteger los derechos fundamentales. Canal DPI. (2 de septiembre de 2015). [Archivo de video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=0XywyYr3kcU&list=RDLVRS3ZEU37tOo&index=2>
- Alexy, R., (2016). Principios formales. Algunas respuestas a los críticos. (Trad. C. J. Portocarrero Quispe). En Portocarrero Quispe, J. (Ed.), *Ponderación y Discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y contenido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Universidad del Externado de Colombia.
- Alexy, R., (2022a). Sobre la estructura de los principios jurídicos. En García Amado, J.A.; Dalla-Barba, R.G.(Eds.), *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher* (pp. 51-84). Palestra Editores.
- Alexy, R., (2022b). El deber ser ideal y la optimización. En García Amado, J.A.; Dalla-Barba, R.G.(Eds.), *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher* (pp. 205-227). Palestra Editores.
- Alenza García, J.F. (2021). Principios del Derecho Ambiental. La necesidad de una dieta para contener a Baco. Conferencia *on line* en la Universidad de Mendoza, del 7 de agosto de 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=gT2-z6gXgwg>
- Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Anselmino, V. (2016). La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad). *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 13(46), UNLP.
- Anzures Gurría, J. J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (22), 3-21.
- Arroyo Cisneros, E. A. (2015). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: algunas notas para su análisis. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, AFDUC 19, 223-248.
- Arnold, R., Martínez Estay, J. I. y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. The principle of proportionality on the jurisprudence of the Constitutional Court. *Estudios Constitucionales*, año 10 (1), Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 65-116.
- Atienza, M. (2001). Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*, 24, 671-687. [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Entrevista\\_a\\_Robert\\_Alexy\\_Manuel\\_Atienza.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Entrevista_a_Robert_Alexy_Manuel_Atienza.pdf)
- Atienza, M. (2022). Prólogo I. En García Amado, J.A.; Dalla-Barba, R.G.(Eds.), *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher* (pp. 17-26). Palestra Editores.

- Ávila, H. (2013). «Neo-constitucionalismo»: entre la «Ciencia del Derecho» y el «Derecho de la Ciencia». *Derecho & Sociedad*, (40), 65-77. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12789>
- Ávila Herrera, J. (2017). Robert Alexy, el filósofo de la argumentación jurídica. *Filosofía jurídica, suplemento de análisis legal*, (6).
- Basterra, M (2016). El acceso a la justicia en la constitución porteña, *Revista Pensar Jusbaire*, Poder Judicial. Consejo de la Magistratura, CABA. <http://pensar.jusbaireres.gob.ar/ver/nota/127>
- Berizonce, R. O. (2013). La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio. *Anales* 43, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, UNLP, 245-259.
- Berizonce, R. O. (2015). Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas. *Revista La Ley*, 12/05/2015, 1.
- Berizonce, R.O. (2016). Poderes de la Nación para instituir normas procesales, *Revista La Ley* 05/04/2016, 1.
- Bernal Pulido, C (2000). El principio de proporcionalidad en el control de las medidas ambientales de efecto equivalente en el derecho europeo. *Revista Derecho del Estado*, (9),107-123.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 225-238.
- Bernal Pulido, C. (2004). Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a «¿Existen derechos sociales?» de Fernando Atria., *Discusiones* (4), 99-144. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2004.2412>
- Bernal Pulido, C. (2007a). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), 273-291.
- Bernal Pulido, C. (2007b). La democracia como principio constitucional en América Latina. *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional*, (17).
- Bernal Pulido, C. (2008). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 43-68. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bernal Pulido, C. (2012). Prólogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (Bernal Pulido, Trad.). CEPC.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad del Externado de Colombia.
- Berumen Campos, C. (2003). La argumentación jurídica como dialéctica comunicativa. *Revista del Instituto de Judicatura Federal*, México. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/32029>

- Berros, M.V. (2013). Entramado precautorio: un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina. 1a ed. - Santa Fe.
- Berros, M.V. (2015). Reparación, prevención, precaución: una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Ambiental* 43, 67-76.
- Berros, M.V. (2020). Función preventiva del Código Civil y Comercial y problemática ambiental, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral.
- Bestani, A. (2012). *El principio de precaución*. Buenos Aires. Astrea.
- Bibiloni, H. M. (2008). *Ambiente y política: una visión integradora para gestiones viables*. [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/15923/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/15923/Documento_completo.pdf?sequence=1)
- Bidart Campos, G. (2005a). *Manual de la Constitución Reformada*. (Tomo I, II y III). Ediar.
- Bidart Campos, G. (2005b). Tratado elemental de derecho constitucional argentino, (Tomo 1A). Ediar.
- Bidart Campos, G. (2008). *Compendio de derecho constitucional*. Sociedad Anónima Editorial.
- Borowski, M. (2016). La ponderación en la estructura jerárquica del derecho. En *Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*. M. Elósegui Itxaso (dir. Congr.), 71-100. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5600103>
- Borowski, M., (2019). La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad. (A. Nava Tovar, Trad.) *Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno*, año 8(16), 81-91.
- Canda, F. O. (2018). Poder de Policía Ambiental. *Revista Argentina de Derecho Administrativo* - Número 1 - noviembre 2018
- Cafferatta, N. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México, Instituto Nacional de Ecología de México, y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
- Cafferatta, N. (2008a). Sentencia Colectiva Ambiental en el Caso Riachuelo. *Revista de Derecho Ambiental*, 17/07/08. *Jurisprudencia Argentina* 8, 2008-III, 68.
- Cafferatta, N. (2008b). De la efectividad del Derecho Ambiental. *Revista La Ley*, 2 de octubre.
- Cafferatta, N. (2008c). Los principios y reglas del Derecho ambiental. Conferencia en Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales (20-30 mayo), 53.
- Cafferatta, N. (2009). Un principio «oculto» de política ambiental en la ley 25.675 General del Ambiente: el principio de realidad. *Jurisprudencia Argentina*, 30/12/2009.
- Cafferatta, N. (2010). Régimen Jurídico del Daño Ambiental, *RCyS*, 2010-VIII, 9.
- Cafferatta, N. (2012). Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25.675 general del ambiente. Avances y novedades. *Revista de derecho ambiental* (31).
- Cafferatta, N. (2012). Daño ambiental, en *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Ambiental*, N. Cafferatta (dir.). Ed. La Ley, Buenos Aires 2012.

- Cafferatta, N. (2013). Naturaleza jurídica del principio precautorio. *RCyS*, 2013-IX, 1-11.
- Cafferatta, N. (2014). El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014*, 17/11/2014. 273.
- Cafferatta, N. (2015a). La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial. *RCyS2015-IV*, 304.
- Cafferatta, N. (2015b). Orden público en el derecho ambiental, *La Ley*, 2015-F, 819.
- Cafferatta, N. (2018). El ascenso de los principios de derecho ambiental. *SJA*, 28/02/2018, 1.
- Cafferatta, N. (2019). Nuevos instrumentos de tutela ambiental, *Revista del Derecho Ambiental* (60), 7-13.
- Cafferatta, N. (2020a). Los principios del Convenio de Escazú. *Jurisprudencia Argentina*, 2020-IV, (10), 3-25.
- Cafferatta, N. (2020b). Acceso a la justicia ambiental, *La Ley*, (Tomo 2020-F), 1-4.
- Cafferatta, N. (2021). El ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente. *Jurisprudencia Argentina*, 2021-I, fasc. 13.
- Cafferatta, N. (2022a). Diálogo de fuentes en el Derecho Ambiental. *RC D 173/2022*.
- Cafferatta, N. (2022b). Principio de integración. *Revista La Ley*, 28 de noviembre 2022, Tomo 2022-F
- Cafferatta, N. (2024). El caballo de Troya en el sistema de derecho. Los principios de derecho ambiental. *Jurisprudencia Argentina*, Thomson Reuters. Viernes 02/02/2024
- Cafferatta, N.; Peretti, E. (2019). Nuevos desafíos del Derecho Ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del Derecho Ambiental. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Cafferatta, N.; Peretti, E. (2020). Las generaciones futuras. *Revista del Derecho Ambiental*, (62), 3.
- Camino, P. A. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales? Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, año VIII, (13).
- Camino, P. A. (2017). Precedentes judiciales en el derecho: qué, cómo y para qué. Tomo XLIV, *Revista del Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales*, 307-343.
- Canosa Usera, R. (2006). ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. (vol. 7, T. 1). 151-215.
- Canosa Usera, R. (2000). *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Dykinson.
- Cano, G. (1974). Introducción al derecho ambiental argentino. *La Ley*, (Tomo 154), 914-929.
- Cano, G. (1987). Política y Legislación Provincial. Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Buenos Aires: Academia de Ciencias Morales.
- Cano, G. (1979). *Recursos Naturales y Energía*. Buenos Aires: La Ley.

- Cañón Rodríguez, D. M. (2017). Gestión del riesgo ambiental en almacenamiento y comercialización de productos químicos. *Producción + Limpia*, vol. 12 (1), 24-32.
- Cappelli, S. (2020). *In dubio pro natura*. *Revista del Derecho Ambiental* (63), 21/08/2020, 3.
- Carbonell, M. (Ed.). (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. V&M Gráficas
- Casal, H. J. (2008). ¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (82), 83-117.
- Castillo-Córdova, L. (2012). La interpretación *iusfundamental* en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (16), 805-838.
- CEPAL-ONU (2021) Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe. <https://observatoriop10.cepal.org/es/countries/32/treaties>
- Chano Regaña, L. (2022). Ponderación (Tribunal Constitucional español). Balancing (Spanish Constitutional Court). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, 241-253.
- Ciacciardo, J. (2004). El principio razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Editorial Ábaco.
- Cassagne, J. C. (2015). El nuevo constitucionalismo y el derecho administrativo. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, vol. 2 (1), 5-38.
- Centro de Estudios Constitucionales. SCJN México. (2023). *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*. D. B. González Carvallo y R. Sánchez Gil (coord.). Tirant Lo Blanch
- Ciacciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo*. Ad-Hoc.
- Clérico, L. (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 125-173). V&M Gráficas.
- Clérico, L. (2016). El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Eudeba.
- Clérico, L. (2018). Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Clérico, L. (2012). Sobre «casos» y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias? *Revista ISONOMÍA*, (37), 113-145.
- Cocarico Lucas, E.S. (2015). La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad. *Rev. Cien. Cult.*, vol.19 (35). [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sici\\_arttext&pid=S2077-33232015000200004](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sici_arttext&pid=S2077-33232015000200004).

- Comastri, D. M. y Villalba, M. E. (2018). Hacia la consolidación del componente ambiental del Estado de Derecho: análisis de conflictos ambientales de la Provincia de Córdoba. *Revista del Derecho Ambiental*, (53), 25.
- CGAI (2020). Comisión de Gestión Ambiental Institucional. *95 principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable*. San José, Costa Rica. [https://ambiental.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/OT\\_52146\\_Libro\\_Principios\\_Juridicos\\_Medioambientales\\_para\\_un\\_Desarrollo\\_Ecologicamente\\_Sostenible.pdf?fbclid=IwAR22xRUt36LVUoLw93IdFTPWt3jkIHpWLPZ\\_PpdLdU4wbyiUQziobuhJ\\_YA](https://ambiental.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/OT_52146_Libro_Principios_Juridicos_Medioambientales_para_un_Desarrollo_Ecologicamente_Sostenible.pdf?fbclid=IwAR22xRUt36LVUoLw93IdFTPWt3jkIHpWLPZ_PpdLdU4wbyiUQziobuhJ_YA)
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, (2014). Dir. R. Lorenzetti, Rubinzal Culzoni.
- Comisión Europea (2021). Comunicaciones Procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea. Daño Ambiental. Diario oficial, 7.4.2021
- Convención Nacional Constituyente (1994). Diario de sesiones. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *Debido Proceso*. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N. 12. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>
- Drnas De Clément, Z. (2017). Presentación. En *Principios generales del derecho ambiental*. Cuaderno de derecho ambiental (IX). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Fondo Editorial.
- Drovandi, A. (2012). Evaluación de Impacto Ambiental. En M. Pinto y L. Martín (Dir.). *La evaluación de impacto ambiental y su régimen jurídico*. Lajoune.
- Delucchi, M. L. (2010). Algunas consideraciones en torno a los principios. *Revista, Anales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 7, (40). [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21138/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21138/Documento_completo.pdf?sequence=1).
- Díaz Araujo, M. (2002). El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental. *La Ley*, 2002-A-1278.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Embid Tello, A. E. (2010). Precaución y derecho. El caso de los campos electromagnéticos. (Madrid). Iustel.
- Esain, J. A. (2008). *Competencias Ambientales*. Abeledo Perrot.
- Esain, J. A., Di Paola, M. E. (2009). La Corte suspende el ecocidio en el bosque de Salta. *Revista La Ley*, 4-10.
- Esain, J. A. (2018). Fallo por el río Atuel. Federalismo ambiental y derecho ambiental de aguas. *Revista La Ley*, 5-10.
- Esain, J. A. (2015). Aproximaciones para una teoría general de derecho ambiental. *SJA*, 1.
- Esain, J. A. (2017). El estado ambiental de derecho, *Revista del Derecho Ambiental*, (50), 23.
- Esain, J. A. (2018). La opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos

- Humanos y el nacimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. *Revista La Ley*, suplemento de Derecho Ambiental, año XXV (1).
- Esain, J. A. (2019a). Control de complementariedad. *La Ley*, 04/04/2019, 1.
- Esain, J. A. (2019b). La competencia para regular los procesos judiciales en nuestra federación y su versión específica en materia ambiental. *Revista del Derecho Ambiental*, (57), 27.
- Esain, J.A. (2020). *Ley 25.675 General del Ambiente*, comentada, concordada y anotadas, Tomo I y II, Abeledo Perrot.
- Esain J.A. (2022). El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino, *La Ley*, 11 de abril de 2022
- Esborraz, D. F. (2015). La referencia a los «principios y valores jurídicos». En *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Comisión redactora de la reforma (presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti). <https://es.scribd.com/document/266977600/La-Referencia-a-Los-Principios-y-Valores-Juridicos-en-El-Codigo-Civil-y-Comercial-Por-David-Fabio-Esborraz>
- Etcheverry, J. B. (2021). El papel de los principios formales en la ponderación de los derechos fundamentales. Desafíos a la propuesta de Robert Alexy. *Prudentia Iuris*, N. 92, 221-248.
- De Fazio, D. (2018). La teoría de los principios. Un estado de la cuestión. pp. 43-68. *Lecciones y Ensayos*, Nro. 100.
- Falbo, A. (2023). Los derechos colectivos ambientales y el daño ambiental. En *Revista de Derecho de Daños, 2022-2023: Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni.
- Fehler Trenscher, E. L. (2017). Hans Kelsen frente al régimen nazi. *Revista De La Facultad De Derecho De México*, 63(259), 181–198. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2013.259.60432>
- Ferreira, R. G. (2006). Poder, Democracia y Configuración Constitucional. *Cuadernos Electrónicos Derechos Humanos y Democracia*. (3). [https://pradpi.es/cuadernos/3/Poder\\_democracia.pdf](https://pradpi.es/cuadernos/3/Poder_democracia.pdf)
- Ferreira, R. G. (2009). Rasgo de la democracia argentina. Eficacia de las garantías constitucionales 1983-2008, *Estudios constitucionales*, año 7, (2), 255-278.
- Fiorenza, A.A. (2018). La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil resarcitoria. Sistema Argentino de Información Jurídica, Id SAIJ: DACF180046
- Frías, P. (1980). Introducción al Derecho Público Provincial. Depalma.
- Frías, P. (1987). *Derecho Público Provincial*. Depalma.
- Frías, P. (1998). *El Proceso Federal Argentino II*. Ediciones del Copista.
- Frugoni, A. C. (2013). El principio de la sustentabilidad en las aplicaciones agrobiotecnológicas, en el marco de la Unión Europea. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Celi-Frugoni-El-principio-de-sustentabilidad-en-las-aplicaciones-agrobiotecnologicas-en-el-marco-de-la-union-europea.pdf>

- Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Abeledo-Perrot.
- García Amado, J.A.; Dalla-Barba, R.G.(Eds.), (2022). *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*, Palestra Editores.
- García, M. E. (2004). Derechos humanos y sustentabilidad en el marco del sistema interamericano. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/82/lecciones-y-ensayos-82-paginas-209-225.pdf>
- García Jaramillo, L. (2015). Análisis de la «Teoría de los derechos fundamentales» de Robert Alexy (con la colaboración de Robert Alexy). *Boletín Ámbito Jurídico del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT*.<https://www.ambitojuridico.com/administrativo-y-contratacion/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert-alexey>
- Gil Domínguez, A. (2008). Neoconstitucionalismo y última palabra. *La Ley* 2008-B, 985.
- Gil Domínguez, A. (2009). Derechos colectivos y acciones colectivas. *Revista La Ley*, 20/05/2009, 1.
- Gil Domínguez, A. (2010). Escritos sobre neoconstitucionalismo, EDIAR.
- Gil Domínguez, A. (2016). El art. 2 del Código Civil y Comercial: de los métodos tradicionales de interpretación a los principios constitucionales-convencionales de interpretación. *RCCyC* (agosto), 57.
- González Tocci, M.L. (2014). Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista Jurídica UCES*, 139-155.
- Gorosito Zuluaga, R. (2017). Los principios en el Derecho Ambiental. *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2da época, año 13, (16), 101-136.
- Gozaini, O.A., (2014). Derecho procesal constitucional latinoamericano. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. (Tomo I, 1a ed.). La Ley.
- Guibourg, R. A. (2008). Alexy y su fórmula del peso. Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>
- Guevara Bermúdez, J.A. (2022). La responsabilidad de los juristas en los regímenes autoritarios. *Revista Nexos. El Juego de la Suprema Corte - Blog de la revista Nexos. La responsabilidad de los juristas en los regímenes autoritarios - El Juego de la Suprema Corte - Blog de la revista Nexos*
- Guibourg, R.A. (2019). Función y límites de la argumentación jurídica. *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2da época. Año 15 (19) (jul. 2019).
- Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, 2, (08), (Lima), 631-637.
- Grün, E. (2007). La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. *Panóptica*, año 1, (7), 156-175.
- Häberle, P. (2009). Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional. *Lecciones y Ensayos*, (87), 17-37. [www.repositorioubasibsi.uba.ar](http://www.repositorioubasibsi.uba.ar)

- Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C.; Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México DF: McGrawHill Education/ Interamericana Editores, S.A. DE C.V. 6ta edición.
- Highton, E. (2013). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. *Dossier sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*, Instituto de Investigaciones y de Referencia Extranjera, CSJN. <https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2013.pdf>
- Hirsch, T. (2018). *Hacia la implementación ambiciosa del Acuerdo de París*. Caja de herramientas para la incidencia a nivel nacional. Suiza: Ginebra. ACT Alianza. [https://www.preventionweb.net/files/submissions/59502\\_spanishndctoolkitnationaladvocacy.pdf](https://www.preventionweb.net/files/submissions/59502_spanishndctoolkitnationaladvocacy.pdf)
- Huerta Ochoa, C. (2007). *Conflictos normativos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Huerta Ochoa, C. (2017). Interpretación y argumentación en el derecho. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (11), enero-diciembre de 2017. Ciudad de México. <http://www.scielo.org.mx/pdf/paftd/n11/2007-4387-paftd-11-379.pdf>
- IFC (2015). Corporación Financiera Internacional. *Manual de Buena Práctica Evaluación y Gestión de Impactos Acumulativos: Guía para el Sector Privado en Mercados Emergentes*. [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/93910f82-9040-47a3-ba27-4571555701cb/IFC\\_CIA\\_Esp.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kTkDp0w](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/93910f82-9040-47a3-ba27-4571555701cb/IFC_CIA_Esp.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kTkDp0w)
- IPCC (2019). Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. *Resumen para responsables de políticas*. [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM\\_es.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf) y [www.ipcc.ch](http://www.ipcc.ch)
- Instituto Mexicano de Tecnología del Agua (IMTA) (2021). <https://www.gob.mx/imta/articulos/sustentable-o-sostenible-276771?idiom=es>
- Iturralde, V. (1991). Sobre el silogismo judicial, *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*, 239-272. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142201>
- Juliá, M. (Dir.). (2016). *Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina: Conflictos, debates y disputas en el campo político jurídico (2014 - 2015)*. Advocatus.
- Jourdan Markiewicz, E. J. (2016). La justicia dentro de la injusticia: las leyes nazis y la complicidad social. *Cuaderno de Derecho Judicial* N° 22 - 1ª ed. La Ley.
- Kalil, A. (2020). El problema de la determinación del nexo causal en la responsabilidad civil por daños medioambientales: de la certeza causal a la teoría de la causalidad compleja. *Anuario de Derecho Civil*, (13), 52-101. DOI [http://dx.doi.org/10.22529/adc.2019\(13\)02](http://dx.doi.org/10.22529/adc.2019(13)02)
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2001). Los dilemas de la responsabilidad civil. *Revista chilena de derecho*, vol. 28, (4), 671-679.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2003). Daños y Constitución Nacional. [http://nuevositio.cpacf.org.ar/files/inst\\_doctrina/derecho-civil/aida-carlucci.pdf](http://nuevositio.cpacf.org.ar/files/inst_doctrina/derecho-civil/aida-carlucci.pdf)

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, Ley general del ambiente (LGA). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales – año LI, 2º Época, (44),1*.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2016). El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil. Estado de la situación en el derecho argentino. *Revista Jurídica Universidad de San Andrés, (3)*, agosto 28. <https://www.udesa.edu.ar/revista/voces-revista-juridica-de-san-andres-nro-3/articulo/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho>
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión. *RCyS2019 - Edición Especial, 164*
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kelsen, H. (2011). *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara.
- Klatt, M. y Meister, M. (2017). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. (Sánchez Gil, R., Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lezcano, J. M. (2015). Los principios jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial, *DJ, 20/05/2015*.
- López Alfonsín, M. (2012). *Derecho Ambiental*. Astrea.
- López Alfonsín, M. (2016). *Los parques nacionales argentinos: consecuencias de la constitucionalización del ambiente en el sistema nacional de áreas protegidas*. Eudeba.
- López, H. (2000). La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y el Derecho Comparado. El fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del derecho de la sustentabilidad (407-484). En R. Walsh y M. E. Di Paola (Ed.). *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*. La Ley.
- López Recalde, C.; López-Hernández, E. y Ancona Peniche, I. (2005). Desarrollo sustentable o sostenible: una definición conceptual. *Revista Horizonte Sanitario, Vol. 4 (2)* mayo-agosto 2005.
- López Ruf, P. (2009). Los principios y la interpretación en la función judicial. *SJA, 12/8/2009*.
- López Hidalgo, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho? *Foro Revista de Derecho, (23)*, UASB. <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1512258/2015.+Ponderaci%C3%B3n+versus+subsunci%C3%B3n+jur%C3%ADdica.+La+crisis+de+la+certeza+del+derecho.pdf/502a8588-fb88-4b0b-b34b-a79b0cb3c795>
- Losada, M. G. (2018). ¿Pueden los municipios legislar sobre el cuidado del ambiente en la actividad hidrocarburífera? Una sentencia que sienta las bases interpretativas. [https://dpicuantico.com/area\\_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-190-15-03-2018](https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-190-15-03-2018)

- Lorenzetti, R. (1996). Las normas fundamentales de derecho privado. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2010a). *Teoría del derecho ambiental*. La Ley.
- Lorenzetti, R. (2010b). *Justicia Colectiva*. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2015) Prólogo, *Revista del Derecho Ambiental*, (43).
- Lorenzetti, R., Lorenzetti, P. (2018). *Derecho Ambiental*. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, P. (2015).
- Lorenzetti, P. (2023). La prescripción liberatoria en materia de daño ambiental según el ordenamiento jurídico argentino. En *Revista de Derecho de Daños 2022-3: Daño Ambiental*. Rubinzal-Culzoni.
- Luna Asís, M., Ratti, N., Santiago Durán, M.F., Strauss, F., Vera, A. O., y Zanvettor Mazzoni, M.L. (2016). Los presupuestos mínimos ambientales según la jurisprudencia argentina. En Juliá, M. (Dir.). *Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina: Conflictos, debates y disputas en el campo político jurídico (2014 - 2015)*. Advocatus.
- Márquez, J.F., Torre, V. y Machado, M. (2022). La relación de causalidad en la responsabilidad por daño ambiental, 331-354, en *Revista de Derecho Ambiental. Daño Ambiental*, Julio-setiembre, 2020 (63).
- Martín Reyes, J. (2023). *Más allá del test de proporcionalidad: análisis, crítica y metodologías de adjudicación alternativas al modelo de Robert Alexy*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mathus Escorihuela, M. (2011). Sinergias ambientales e instituciones de gestión. En G. D. Capaldo (ed.), *Gobernanza y manejo sustentable del agua – Governance and Sustainable management of water*. Buenos Aires: Mnemosyne.
- Monzón Capdevila, M. (2018). La importancia de la participación ciudadana en la protección del medio ambiente. *Sistema argentino de información jurídica*, Id SAIJ: DACF180085.
- Maldonado Muñoz, M. (2019). Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (1) año 17, pp. 37-78. [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-17/Revista\\_Juridica\\_Ano1-N17\\_02.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_02.pdf)
- Marten, G. G. (2001). *Ecología Humana: Conceptos Básicos para el Desarrollo Sustentable*. Traductor: David Núñez. <http://gerrymarten.com/ecologia-humana/indice.html#Contents>
- Martín, L. (2010). *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*. Abeledo Perrot.
- Martín Mateo, R. (1991). *Tratado de derecho ambiental*. Trivium.
- Marín Gallego, J. D. (2007). Del concepto de paradigma en Thomas S. Kuhn, a los paradigmas de las Ciencias de la cultura. *Revista Magistro*, vol. 1, N. 1, 73-88.
- Maiztegui, C. y Walsh, R. (2005). El paradigma de la sustentabilidad y el nuevo derecho ambiental argentino. *Revista de Derecho Ambiental*, enero-marzo, 2005.

- Morales Lamberti, A. (2008). Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales Políticas y Atribución de Responsabilidad. *IDAE Instituto de Derecho Ambiental y de la Energía*, Volumen (1).
- Morales Lamberti, A. (2015). Los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental. *Revista del Derecho Ambiental*, (43), pp. 139-164.
- Morales Lamberti, A. (2017). Principios ambientales y proceso cautelar ambiental. En *Cuaderno de derecho ambiental (IX). Principios generales del derecho ambiental*, Academia Nacional de Derecho y de Ciencias Sociales de Córdoba. Editores Información Jurídica.
- Morales Lamberti, A. (2019). La aplicación de los principios emergentes *in dubio pro natura e in dubio pro aqua* en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas. *Revista de la Facultad*, Vol. X, (2), nueva serie II (2019) 217- 41. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/27888/29174>
- Morelli, M. P. (2015). Los conflictos ambientales y el juicio de la ponderación: su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista del Derecho Ambiental* (43), 209-228.
- Morello, A. (1998). Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación. En *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*. Librería Editora Platense.
- Morello, A. y Sbdar, C. B. (2007). Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente, *Revista La Ley* 18/10/2007, 1.
- Morello, A. y Sbdar, C.B. (2007). Acción popular y procesos colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente, *Lajouane*, 2007, 256.
- Moreso, J. J. (2008). Alexy y la aritmética de la ponderación. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 69-83). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Quito.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). El daño ambiental en el derecho privado. En J. Mosset Iturraspe, J. Hutchinson, T. Donna, (1999). *Daño Ambiental*, Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Moyano, A. (1990). *Acciones de preservación y desarrollo del patrimonio ambiental*, Idearium, Mendoza.
- Moyano, A. (2007). Apostillas a la ley general del ambiente 25.675. Conjetura sobre su validez, *LLGran Cuyo*, (mayo), 427.
- Negri, N.J. (2018). *La argumentación jurídica en las sentencias judiciales*. Tesis doctoral. Universidad Nacional de La Plata. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71530>
- Negri, N. J. (2020). *Epistemología Jurídica. Los saberes del siglo XXI*. La Plata: editorial UCALP.
- Nonna, S., Dentone, J. M., Waitzman, N. (2011), *Ambiente y Residuos Peligrosos*. Editorial Estudio.

- Núñez Leiva, J.I. (2016). Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho. *Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 29, 187-202. <https://www.redalyc.org/journal/945/94545771010/html/>
- Olivares, A., Lucero, J. (2018). Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del ambiente. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 24, (3), 2018, 619-650.
- Olvera Lara, Y.O. (2015). Ponderación y contenido esencial de los derechos fundamentales: una óptica distinta del Wesensgehalt. *De Jure* (13-14), Tercera época, 89-119. <https://www.researchgate.net/publication/283855365>
- Parellada, C.A. (2019). Responsabilidad civil por actividades riesgosas. LA LEY 24/09/2019, 5. Cita Online: AR/DOC/2904/2019
- Pedernera Allende, M. (2015). El principio constitucional de razonabilidad: entre las razones justificatorias y la relevancia del derecho. *Revista Argumentos*, (1), 116-129. <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>
- Peña Chacón, M. (2004). La transversalidad del derecho ambiental y su influencia sobre el instituto de la propiedad y otros derechos reales. *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, VII, (6). [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3444](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3444)
- Peña Chacón, M. (2015). El test de regresividad ambiental, en Mario Peña Chacón (Ed.), *El Principio de No Regresión Ambiental en Iberoamérica*. Gland, Suiza: UICN.
- Peña Chacón, M. (2016). *Derecho Ambiental Efectivo*. Edición 1. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. E-Book. Serie Derecho Ambiental; N° 1. <https://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2015/09/derecho-ambiental-efectivo-1.pdf>
- Peña Chacón, M. (2018). El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, (54), 11.
- Peña Chacón, M. (2020). Enverdecimiento de las cortes latinoamericanas, últimos avances jurisprudenciales. *Revista electrónica de derecho ambiental* (36) julio 2020. <https://huespedes.cica.es/gimadus/>
- Peña Chacón, M. (2020). El Acuerdo de Escazú y la consagración de los principios de progresividad y no regresión. En M. Prieur; C. G. Sozzo; A. Nápoli (Ed.), *Acuerdo de Escazú: hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*. Ediciones UNL, 2020. (Libro digital, PDF, Ciencia y Tecnología).
- Peña Chacón, M. (2022). Criterios para determinar el carácter significativo del daño ambiental, pp. 383-396, en *Revista de Derecho Ambiental. Daño Ambiental*, Julio-septiembre, 2020 (63).
- Pérez Jaraba, M. D. (2011). Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la Teoría de Robert Alexy, CEFD, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (24), 14. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1626>

- Pérez Hualde, A. (2008). Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 747-770.
- Pereznieto Castro, L. (2020). La dogmática jurídica, con especial referencia al derecho internacional privado. *Revista De Derecho Privado*, 1(15), 131-167. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2019.15.15211>
- Peretti, E. (2009). La sentencia ambiental. Su eficacia. *Revista de derecho público: derecho ambiental*, II (2), 321-346.
- Pérez Guilhou, D. (1976). El nuevo orden jurídico político instaurado el 24 de marzo de 1976. Universidad de Mendoza.
- Pérez Sauquillo, C. (2017). Concepciones y rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales. *Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)*, (2017-1), 477-514.
- Pierri, N. (2005). Historia del concepto de desarrollo sustentable. En G. Foladori y P. Naína (Ed.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable* (pp. 27-81). Universidad Autónoma de Zacatecas-Porrúa.
- Pigretti, E.A. (1986). Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones de derecho ambiental, en *La Responsabilidad por Daño Ambiental*. Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales.
- Pigretti, E. A. (1993). *Derecho Ambiental*, Argentina. Depalma.
- Pigretti, E. A. (2003). *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley.
- Pinto, M. (2003). Consideraciones sobre la pretendida norma de presupuestos mínimos ambientales en materia hídrica. A propósito de la Ley 25.688, *Suplemento de Derecho Ambiental*, *Revista la La Ley*, 1-2.
- Pinto, M. (2012). Las competencias ambientales a diez años de la Ley 25675. *Revista de Derecho Ambiental*, (31), 381-400.
- Pinto, M. (2014). El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina. Lajoune.
- Pinto, M. (2015). Los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental argentino. En M. García Pachón, y O. Amaya Navas, *Principios e Instrumentos de Evitación del Daño Ambiental* (pp. 299-322). Universidad Externado de Colombia,
- Pinto, M. (2011). *Los dominios originarios e indígenas*. Editorial de la Universidad del Aconcagua.
- Pinto, M. (2017). La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina en el régimen ambiental. En O. D. Amaya Navas, A. M. Amaya Arias, *Derecho Privado y Medio Ambiente, Homenaje a Fernando Hinestrosa* (pp. 492-532). Universidad del Externado.
- Pinto, M. (2018). El carácter meramente simbólico de la prevención y precaución ambiental en la aplicación jurisprudencial del principio de preservación de las aguas internacionales. *Revista de Derecho Ambiental* (56), 103.
- Pinto, M. (2020). Tecnologías de la información y la comunicación y participación en materia ambiental. Debates y oportunidades a partir del covid-19. En García Pachón, M. del Pilar (Ed.), *Información, participación y justicia ambiental. Herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible y la democracia ambiental* (pp. 221-242). Universidad Externado de Colombia,

- Pinto, M, Martín, L, Torchia, N., Andino, M. (2011). El dominio originario de los recursos naturales y el recurso hídrico. En M. Pinto (Dir.). *Primer Encuentro de Investigadores de la RADU, Mendoza, junio de 2011*, Mendoza: Universidad del Aconcagua (CIUDA - FCEJ).
- Pinto, M. y Martín, L. (2015). La inconclusa revolución jurisprudencial del derecho ambiental argentino. En A. Embid Irujo (Coord.) *Agua, Energía Cambio Climático y otros estudios de Derecho Ambiental*. Editorial Aranzadi SA.
- Pinto, M. y Andino, M. (2016). Reconocimiento y configuración del derecho al ambiente en Argentina. Algunos antecedentes relevantes. *AUGMDOMUS, Asociación de Universidades Grupo Montevideo*, 1-24.
- Pizzolo, C. (2015). Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos, *La Ley 08/07/2015*, 1.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) (2015). Poner en práctica el Principio 10 de Río: una guía de implementación de las Directrices de Bali del PNUMA para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. PNUMA <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/11201/UNEP%20MGSB-SGBS%20BALI%20GUIDELINES-Spanish-Interactive.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Prieto Sanchís, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, pp. 84-123. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Portocarrero Quispe, J. A. (2011). El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad. *Revista Derecho del Estado* (27), julio-diciembre del 2011, pp. 75-102.
- Portocarrero Quispe, J. (2016). *Ponderación y Discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y contenido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- Portocarrero Quispe, J.A. (2017). Ponderación=Balancing. *EUNOMÍA, Revista En Cultura de la Legalidad*, (12), pp. 210-223. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3653>
- Pozo Gowland, H. (2015). El derecho universal a la tutela judicial efectiva. La independencia de los jueces como presupuesto esencial. *Revista de Derecho Administrativo*, pp. 1157-1178.
- Quiroga Lavié, H. (1996). El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional. *La Ley 1996-B*, p. 950.
- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. A. y Cenicacelaya, M. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Rubinzal-Culzoni.
- Rafecas, D. (2010). La ciencia del derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt. *Revista sobre la enseñanza del derecho*. Año 8(15), pp. 133-163.

- Rainer Arnold, J. I., Martínez Estay, F. y Zúñiga, U. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, año 10, (1), 65-116.
- Ramírez Treviño, A., Sánchez Núñez, J. A. y García Camacho, A. (2004). El Desarrollo Sustentable: Interpretación y Análisis. *Revista del Centro de Investigación*. Universidad La Salle, 6 (julio-diciembre). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34202107%253E>
- Ramos Martínez, M. F. (2015). La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial. *RCyS 2015-VI*, 5
- Ranieri de Cechini, D. (2013). El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: el protagonismo del juez en el estado de derecho y el problema del método de ponderación. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf>
- Real Academia Española (2014). Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed. [versión 23.4 en línea]. Recuperado de <https://dle.rae.es>
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2010). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>
- Retamal-Ferrada, L. (2020). ¿Desarrollo sostenible o sustentable? Estudio de las memorias de sostenibilidad de la industria energética en Chile. En L.G. Duquino Rojas & S. Nail (Eds.), *Sustentabilidad y conciencia ambiental urbana en Abya Yala (Latinoamérica)* (pp. 53-87). Editorial Uniagustiniana.
- Rivera Morales, R. (2007). Los derechos e intereses colectivos como derechos fundamentales. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Vol. 33 (33). <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/77>
- Rodríguez Salas, A. (2008). El fin del federalismo discrecional. *Revista del Derecho Ambiental*, LexisNexis, Bs. As., octubre/diciembre 2008, 77-93.
- Rodríguez Salas, A. (2012). Comentario al decreto reglamentario de los seguros ambientales. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N. 11, noviembre 2012, La Ley, Buenos Aires, pp. 295-311.
- Rodríguez Salas, A. (2017a). *El Derecho Ambiental en la Ley General del Ambiente de Mendoza, Ley 5961*, EdiUC, 2017, Universidad de Congreso, Mendoza.
- Rodríguez Salas, A. (2017b). El caudal ecológico y su regulación jurídica. En *Ambiente, agua y energía: Aportes jurídicos para su regulación* (1a ed., pp. 369-383) Lajouane, 2017.
- Robles Pellegrini, N. (2018). El rol de la Corte y sus efectos en el Estado ambiental de Derecho. *Revista de Derecho Ambiental*, (53), 63.
- Rodríguez, C. A. (2012). El Derecho humano al ambiente sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos. Rubinzal-Culzoni.

- Rodríguez, C. A. (2005). El derecho procesal ambiental, *DJ*, 13/07/2005, 777.
- Rodríguez, C.A. (2023). La responsabilidad del Estado por daño ambiental. En *Revista de Derecho de Daños, 2022-2023: Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni.
- Rosatti, H. (2009). Dominio y aprovechamiento de los recursos naturales en la Argentina. *Revista de Derecho Público, Derecho Ambiental* 2009, 1.
- Rosatti, H. (2009). *Derecho Ambiental Constitucional*. Rubinzal-Culzoni.
- Ruhl, L.U. (2021). Breves reflexiones en torno a la argumentación jurídica y su contexto. *Revista Argumentos* (13) 2021, 26 44
- Ruiz de Apodaca Espinosa, Muñoz, M. (2019). El acceso a la justicia ambiental. Estudios comparados en España y la Argentina en el contexto de integración regional. Tendencias y perspectivas. *Revista de Derecho Ambiental*, (58), 165.
- Sammartino, P. M. (2015) Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente. En *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*. Infojus Id SAIJ: DACF160149.
- Saux, E. (2021). El principialismo en el derecho ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, (67).
- Sapag, M. A. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado. *Dikaion*, 22, (17), 157-198.
- Saggese, F. (2017). ¿Qué es la Democracia? Diferentes aproximaciones al concepto. La Democracia como Régimen Político. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP. año 14 (47), 669-689.
- Saggese, R. (2010). El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Sagüés, N.P. (2008). Evolución institucional Argentina: Sistema de Gobierno, Poder Judicial, Derechos Fundamentales (1975-2005) Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008, pp. 143-171, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca
- Sbdar, C. (2009). Proceso colectivo ambiental. *La Ley* 2009-A, 922.
- Sbdar, C. (2016). Procesos colectivos y políticas públicas. *La Ley*, 15/03/2016, 1.
- Sabsay, D. y Di Paola, M. E. (2002). El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente. *Anales de la Legislación Argentina, Boletín Informativo*, año 2002, (32), 47-54.
- Sabsay, D. (2007). Una nueva etapa en la defensa de los bienes ambientales. *Revista La Ley*, 19 de marzo de 2007.
- Sabsay, D. (2014). El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la Reforma. *Sup. Const.* 2014 (octubre), 143.
- Sabsay, D. y Fernández, C. (2019). Ley de Glaciares y control de constitucionalidad: Los derechos ambientales tomados en serio. *SJA*, 17/07/2019, 51.
- Sachs, W. (2003). Environment and Human Rights. *Wuppertal Institute for Climate, Environment, Energy*. [http://wupperinst.org/globalisierung/pdf\\_global/human\\_rights.pdf](http://wupperinst.org/globalisierung/pdf_global/human_rights.pdf)
- Scrinzi, C. (2022). Federalismo de concertación y ambiente en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Derecho Ambiental*, 70, 221.

- Sánchez Iturbe, M. (2009). Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente. *LLNOA* 2009 (febrero), p. 38.
- Sánchez Gil, R. (2007). El principio de proporcionalidad. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, marzo 2007, 112. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf>
- Sánchez Gil, R. (2017). Estudio Preliminar. En Klatt, M. y Meister, M., *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Santiago, A. (2008) Neoconstitucionalismo. *Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008*. <https://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>
- Santiago, A. (2016). La progresiva apertura e incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, junio, p. 5.
- Sardo, A. (2013) Teorías de la ponderación. Análisis crítico. En P. Grández y F. Morales (Ed.) *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional* (pp. 239-272). Palestra Editores.
- Simón Yarza, F. (2012). El llamado derecho al medio ambiente. Un desafío a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, (94), 153-179). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28627.pdf>
- Sodero, E., Vigo, R. L. (2015). Orden público y orden público jurídico. *La Ley* 2015-F, 1077.
- Sodero, E. (2015). La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del Derecho. <http://www.aafder.org/2015/02/robert-alexey-en-la-facultad-de-derecho-uba/>
- Soriano Zothner, V.P. (2018). La razonabilidad del accionar estatal y los modelos de control de constitucionalidad. Sistema jurídico argentino y derecho comparado. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. ID SAIJ: Dacf180228.
- Sozzo, G. (2007). Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos (del orden público al principio cosmopolita en el Derecho Privado). *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 349-418. Rubinzal Culzoni. [https://www.academia.edu/6493624/PASADO\\_PRESENTE\\_Y\\_FUTURO\\_DEL\\_PRINCIPIO\\_DE\\_ORDEN\\_PUBLICO\\_REFERIDO\\_A\\_LOS\\_BIENES\\_COLECTIVOS](https://www.academia.edu/6493624/PASADO_PRESENTE_Y_FUTURO_DEL_PRINCIPIO_DE_ORDEN_PUBLICO_REFERIDO_A_LOS_BIENES_COLECTIVOS)
- Sozzo, G. (2018). Proteger los bienes comunes como función del Derecho privado. La necesidad de herramientas que incluyan las acciones de clase. *La Ley* 12/03/2018, 1.
- Sozzo, G. (2019). Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del derecho privado. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- Suárez-Rodríguez, J. (2012). El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 12, (22), enero-junio, 57-75.
- Sucunza, M. (2016). Competencia federal en materia ambiental: la consolidación de una (suprema) línea interpretativa. *Revista de Derecho Administrativo*, (106).
- Saruwatari Zavala, G. (2009). Origen del concepto de generaciones futuras en el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista del centro nacional de derecho humanos*, México, 4 (10), 29-56.

- Taruffo, M.,(2005). *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta S.A.
- Taruffo, M.,(2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Thea, G. (2009). Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas. *La Ley, Suplemento Administrativo* (junio), 11. [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las\\_garantias\\_debido\\_proceso.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm)
- Tole Martínez, J. (2006). Cuestiones constitucionales. *Revista mexicana de derecho constitucional* (15), julio-diciembre.
- Toledo Toribio, O. (2011). El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral.[http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad\\_y\\_regresividad\\_laboral.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf)
- Tolosa, N.B. (2015). La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *SJA 16/12/2015*, 136.
- Torchia, N. (2017). *Tratamiento de las aguas residuales industriales*. Régimen jurídico argentino. EDIUNC.
- Ubiría, F. A. (2018). Criterios de atribución de responsabilidad civil. Razones de su evolución desde Vélez Sarsfield hasta el Código Civil y Comercial. *El Derecho*, (277) - (07/05/2018, nro 14.400)
- UNESCO (2005). Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139578\\_spa.search=%22principio%20precautorio%20unesco%22](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139578_spa.search=%22principio%20precautorio%20unesco%22)
- Valicenti, E. (2016). Patrimonio cultural, acceso a los bienes culturales artísticos y función colectiva de la propiedad. Microjuris.com <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/10/18/patrimonio-cultural-acceso-a-los-bienes-culturales-artisticos-y-funcion-colectiva-de-la-propiedad/>
- Valazza, R. A. (2017). La complejidad de la adjudicación de responsabilidad por daño a través del medio ambiente. *Revista de la Facultad*, Vol. VIII N° 1 Nueva Serie II (2017) 197-210.
- Valera, L. (2019). Ecología humana. Nuevos desafíos para la ecología y la filosofía. *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. 195-792, abril-junio, 509.
- Vázquez Esquivel, E. (2019). La interpretación de la ley en Kelsen como categoría de la mediación entre facticidad y validez. Nuevo León: Ciudad Universitaria.
- Vázquez-Rojas, C. (2014). Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial, *en Anuario de Psicología Jurídica*, 2014, (24), 65-73. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90629-sobre-cientificidad-prueba-cientifica-proceso-judicial>
- Vera, R. E. (2013). El impacto del Artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (363), 121.
- Vera, A.O. (2018). Responsabilidad por daños en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial. *El Dial*.

- Vergara, N.D. (2011). Legitimación en las acciones colectivas. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id SAIJ: DACF110160.
- Verbic, F. (2015). La Corte Suprema argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo. *Int'l Journal of Procedural Law*, Volume 5 (2015), No. 1. [https://www.academia.edu/13276038/La\\_Corte\\_Suprema\\_argentina\\_y\\_la\\_construcci%C3%B3n\\_del\\_derecho\\_constitucional\\_a\\_un\\_debido\\_proceso\\_colectivo](https://www.academia.edu/13276038/La_Corte_Suprema_argentina_y_la_construcci%C3%B3n_del_derecho_constitucional_a_un_debido_proceso_colectivo)
- Vervic, F. (2022). Orden de cese y recomposición de daño ambiental colectivo y condena genérica de responsabilidad para eventuales pretensiones individuales en beneficio de los habitantes del barrio La Rotonda de Florencio Varela (\*BA). *Class Actions en Argentina*. <https://classactionsargentina.com/2022/07/15/orden-de-cese-y-recomposicion-de-dano-ambiental-colectivo-y-condena-generica-de-responsabilidad-para-eventuales-pretensiones-individuales-en-beneficio-de-los-habitantes-del-barrio-la-rotonda-de-floren/>
- Viloria Villegas, M., Cadavid, L., y Awad, G. (2017). Metodología para evaluación de impacto ambiental de proyectos de infraestructura en Colombia. *Ciencia e Ingeniería Neogranadina*, vol. 28, (2), 121-156.
- Villabella Armengol, C. M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas Precisiones. En W. Godinez y J. H. García. *Metodologías, enseñanza e investigación jurídica*. México: UNAM - Tecnológico de Monterrey - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Vigo, R. L. (2008). Conceptos fundamentales de la obra de Robert Alexy. *Sup. Act.* 30/10/2008, 2. Recuperado de <https://studylib.es/doc/643080/conceptos-fundamentales-de-la-obra-de-robert-alexey>
- Vigo, R. L. (2014). ¿Dos o tres neoconstitucionalismos? *La Ley* 2014-A.
- Walsh, R. y Di Paola, M. E. (2000). *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*. La Ley.

## Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar/>)

- CSJN (1992). «Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros». Fallos: 315:1492.
- CSJN, (1995). «Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad». Fallos: 318:992.
- CSJN, (1999a). «Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa». Fallos 322:1783.
- CSJN, (1999b). «Líneas de Transmisión del Litoral S.A. / LITSA v/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa», 18/11/1999. Fallos: 322:2862

- CSJN, (2001). «Mill de Pereyra». Fallos 324:3219.
- CSJN, (2004a). «Fundación Medam v. Nación Argentina y otros». Fallos: 327:3880
- CSJN, (2004b). «Nobleza Piccardo S.A.I.C. c/ Estado Nacional s/ Dirección General Impositiva», 05/10/04 causa N. 30. XXXV.
- CSJN (2005a). «Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus». Fallos: 328:1146.
- CSJN, (2005b). «Simón». Fallos 328: 2056.
- CSJN, (2006a). «Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida v. Provincia de San Luis y otros». Fallos: 329:2469
- CSJN, (2006b). «Asociación de Superficiarios de la Patagonia (ASSUPA) v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros». Fallos 329: 3493.
- CSJN, (2006c). «Mendoza, Beatriz Silvia y otros otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo)». Fallos: 329: 2316.
- CSJN (2006d). «Administración de Parques Nacionales V. Provincia del Neuquén» Fallos: 329:5165.
- CSJN (2007a). «Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros/ acción declarativa de certeza». Fallos: 330:111.
- CSJN, (2007b). «Defensor del Pueblo de la Nación c/ Nación Argentina y otra (Provincia del Chaco)». Fallos 330:4139.
- CSJN, (2007c). «Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - P.E.N.- dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986». Fallos 330:2809.
- CSJN, (2007d). «Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia de Chubut y otros». Fallos: 330:1791.
- CSJN, (2007e). «ASSUPA v. Provincia de San Juan y otros». Fallos: 330:4234.
- CSJN, (2007f). «Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios». Fallos: 330:289.
- CSJN, (2008a). «Asociación de Abogados Ambientalistas c/ Provincia de Buenos Aires». Fallos 331:699.
- CSJN, (2008b). «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo)». Fallos 331:1622.
- CSJN, (2008c). «Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional», 19 de diciembre de 2008. Fallos: 331:2797.
- CSJN (2008d). «Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional», 29 de diciembre de 2008. Fallos: 331:2929.
- CSJN, (2009a). «Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986». Fallos: 332:111.
- CSJN (2009b). Audiencia pública, «Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional», 18 de febrero de 2009. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/audiencias.html>
- CSJN, (2009c). «Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional», 26 de marzo de 2009. Fallos: 332:663.

- CSJN, (2009d). Romero Carlos Ernesto c/ Andres Fabian Lema s/desalojo - recurso de casacion e inconstitucionalidad, 23 de junio de 2009. Fallos: 332:1488
- CSJN, (2010a). «Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica». Fallos: 333:748.
- CSJN, (2010b). «Thomas, Enrique c/ Estado Nacional s/ amparo». Fallos 333:1023.
- CSJN, (2011a). «Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo». 13/12/2011. Fallos: 334:1758.
- CSJN, (2011b). «Martín Ramón Rivarola c/ RUTILEX Hidrocarburos Argentinos S.A.». Fallos: 334:476.
- CSJN, (2011c). «Covimet S.A. (TF 19,404-I) c/ GI». Fallos: 334:891.
- CSJN, (2011d). Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo ambiental. Fallos: 334: 1148.
- CSJN, (2012a). «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 335: 1213.
- CSJN, (2012b). «Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI s/amparo ley 16.986». Fallos: 335:2393.
- CSJN, (2012c). «Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/Catamarca». Fallos 335:387.
- CSJN, (2013). «Zorrilla, Susana y otro c/ E. N. – P. E.N.», MJJ81882
- CSJN, (2014a). «Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses SA y otros», Fallos: 337:1361.
- CSJN, (2014b). «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Fundación Medio Ambiente c/ EN - PEN - dto. 1638/12 - SSN - resol. 37.160 s/ medida cautelar autónoma». Fallo: 337:1424.
- CSJN, (2014c). «Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN - JGM - SMC s/amparo ley 16986». Fallos: 337:47,
- CSJN, (2015a). «Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional (Buenos Aires, Provincia de, citada 3°) s/ Acción meramente declarativa». Fallos: 338:1196.
- CSJN, (2015b). «Mendoza, Beatriz Silvia y otros». Fallos: 338:80.
- CSJN (2015c). «Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido». CSJN, Fallos 338:724
- CSJN, (2016a). «Recursos de hecho deducidos por el Fiscal General Federal de Tucumán y por la actora en la causa Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo». Fallos: 339:142.
- CSJN, (2016b). «Martínez, Sergio Raúl c/ Agua RicaLLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y Otros s/ Acción de amparo». Fallos: 339:201.
- CSJN, (2016c). «Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otros p/ amparo ambiental». Fallos: 339:519.
- CSJN, (2016d). «Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otros p/ amparo ambiental». Fallos: 339:1733. (21/12/2016).

- CSJN, (2017a). «Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial». Fallos: 340:1193.
- CSJN, (2017b). «Administración de Parques Nacionales c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 340:991.
- CSJN, (2017c). «La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de aguas». Fallos: 340:1695.
- CSJN, (2017d). «Goye, Omar y otros s/administración pública», 26/12/2017, Fallos: 340:2001.
- CSJN, (2018a). «Neuquén, Provincia del c/Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza». Fallos: 341:1148.
- CSJN, (2018b). «Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales, Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental». Fallos: 341:39.
- CSJN, (2019a). «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 342:924.
- CSJN, (2019b). «Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental», 11 de julio de 2019. Fallos: 342:1203.
- CSJN, (2019c). «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad», 2 de julio de 2019. Fallos: 342:1084.
- CSJN (2019d). «Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas», pronunciamiento del 3 de diciembre de 2019. Fallos 342:2136.
- CSJN, (2019e) «Estado Nacional (Ejército Argentino) c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa», pronunciamiento del 17 de diciembre de 2019.
- CSJN, (2019f) «Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo», 26/12/2019, Fallos: 342:2344,
- CSJN, (2019g), «Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa», 05/11/2019, Fallos: 342:1903.
- CSJN, (2019h). Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051. Fallos: 342:1327.
- CSJN, (2020a). «Servicio de agua y mantenimiento empresa del Estado Provincial s/ infracción ley 24.051 (art. 55)». Fallos: 343:373.
- CSJN, (2020b). «Surfrider Argentina c/ Axion Energy Argentina S.R.L. y otros». Fallos: 343:463.
- CSJN, (2020c). «La Pampa c/ Provincia de Mendoza». Fallos: 343:603.
- CSJN, (2020d). «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ incidente de medida cautelar». Fallos: 343:519.

- CSJN, (2020e). «Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental». Fallos: 343:726.
- CSJN, (2020f). «Juvevir Asociación Civil y otros c/ APR Energy S.R.L s/ inc. de apelación». Fallos: 343:1859.
- CSJN, (2020g). «Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo». Fallos: 343:1704.
- CSJN (2021a). «Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento». Fallos: 344:507.
- CSJN, (2021b). «Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 344:809.
- CSJN, (2021c). «Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 344:1151.
- CSJN (2021d). «Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051». Fallos: 344:1642.
- CSJN (2021e). «Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad». Fallos: 341: 3209.
- CSJN (2021f). «Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 341: 251.
- CSJN (2022). «González, Domingo Avelino c/ Provincia de Tucumán s/ Daños y perjuicios». Fallos: 345:884.
- CSJN (2024). «Mercau, María del Rosario y otro c/ Municipalidad de Merlo s/ acción contencioso-administrativa». CSJ 3157/2015/RH1

## Otros fallos judiciales

- Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nro. 2, in re «Kattan, A. E. y otro c. Gobierno nacional - Poder Ejecutivo», resolución del 22/03/1983, publicada en La Ley, T 1983–D, p. 568, con nota de CANO, Guillermo J., «Un hito en la historia del derecho ambiental argentino».
- 4° Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Provincia de Mendoza, «Morales, Víctor Hugo y Rinaldi, J.J. c/Provincia de Mendoza p/amparo», 2/10/1986,
- Cámara Nacional Civil, Sala H, (1999). «SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SE c. Propietario de la Estación de Servicio SHELL de la calle Lima entre Estados Unidos e Independencia», sentencia del 01/10/99, JA -IV, 309.
- SCBA (1998). Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S.A. y otro s/ Daños y perjuicios. Sala 3 La Plata, JA diario del 10-3-99, 18 - LLBA 1998, 943.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017) Opinión Consultiva OC-23/17. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2008). *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2006), «Claude Reyes y otros Vs. Chile», Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

## Declaraciones, informes y acuerdos internacionales

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2018). *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. Recuperado de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf)
- Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1987). *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Nuestro futuro común*. Recuperado de [http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE\\_LECTURE\\_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf](http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf)
- Naciones Unidas (1972). *Declaración de Estocolmo*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>
- Naciones Unidas (1982). *Carta Mundial de la Naturaleza*. Recuperado de <https://www.gob.mx/semarnat/articulos/carta-mundial-de-la-naturaleza>
- Naciones Unidas (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Naciones Unidas (2018). Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Recuperado de <https://docplayer.es/96876898-A-hrc-37-59-asamblea-general-naciones-unidas.html>
- Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN). *Estrategia Mundial para la Conservación* (1980). Recuperado de <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/WCS-004-Es.pdf>
- Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN) (2016). *Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental*. Río de Janeiro, Brasil. Recuperado de [https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish\\_declaracion\\_mundial\\_de\\_la\\_uicn\\_acerca\\_del\\_estado\\_de\\_derecho\\_en\\_materia\\_ambiental\\_final.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf)
- Naciones Unidas Asamblea General (2022). El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. <https://digitallibrary.un.org/record/3982508?ln=es>

## Tratados y convenciones de la Unión Europea

- Unión Europea. Tratado de la Unión Europea (TUE) Versión consolidada (2012). Recuperado de [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf-140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf-140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF)
- Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012) Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2%20FTXT>
- Unión Europea. Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (2008). Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2%20FPRO%2%20F02>
- Unión Europea. Reparto de competencias en la Unión Europea (2016). Summaries of EU Legislation. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aai0020>
- Unión Europea. Informes anuales de 2015-2016 sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad. Recuperado de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0120+0+DOC+XML+V0//ES>
- Unión Europea. Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 26 de septiembre de 2014. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=158051&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5547742>
- Unión Europea. Tool #5. Legal basis, subsidiarity and proportionality (2015). Recuperado de [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/better-regulation-toolbox-5\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-5_en_0.pdf)
- Unión Europea. Informe de la comisión informe anual de 2017 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0490>
- Unión Europea. Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018. Recuperado de <https://www.boe.es/doue/2018/173/L00025-00034.pdf>

## ABREVIATURAS

- CN** Constitución Nacional  
**CSJN** Corte Suprema de Justicia de la Nación  
**COFEMA** Consejo Federal de Medio Ambiente  
**Corte IDH** Corte Interamericana de Derechos Humanos  
**CCyC** Código Civil y Comercial de la Nación  
**CPCN** Código Procesal Civil y Comercial de la Nación  
**DESC** Derechos Económicos, Sociales y Culturales  
**EIA** Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental  
**IPCC** Panel Intergubernamental de Cambio Climático  
**LGA** Ley General del Ambiente de la Argentina 25675  
**LRE** Ley de Responsabilidad del Estado  
**NC** Norma complementaria provincial  
**PMPA** Norma nacional de presupuestos mínimos de protección ambiental  
**PGD** Principios Generales del Derecho  
**RAE** Real Academia Española  
**SFA** Sistema Federal Ambiental  
**SCBA** Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires  
**TCA** Teoría de la Causalidad Adecuada