

BREVE RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL HISTÓRICA EN EL DERECHO AMBIENTAL ARGENTINO

Por José Alberto Esain

“Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente”.

(Sócrates)

”Si perdés tus sueños es muy probable que pierdas tu mente”.

(Mick Jagger)

1. INTRODUCCIÓN.-

Primero quiero agradecer la invitación a escribir en el presente informe pues con el mismo se celebran 30 años de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), la que me he formado, de la mano de uno de mis grandes maestros Daniel Sabsay y al lado de varios amigos, entre otros María Eugenia Di Paola, Andrés Napoli, y en las nuevas generaciones Federico Sangalli.

Yendo al tema por el que se nos convoca pretendemos en el presente estudio, considerar las sentencias más trascendentes del derecho ambiental argentino. Al respecto es interesante hacer una prevención inicial: el presente trabajo se vincula con otro que escribiéramos en su momento: “La Justicia para el desarrollo sostenible: jurisprudencia ambiental en doscientos años de Argentina” publicado en el Informe Anual FARN 2010 (página 107) y por razones de espacio aquel profundiza varios de los contenidos que aquí sólo serán referidos.

Al igual que en aquella oportunidad, estudiaremos los casos más relevantes en la materia en los últimos 150 años; encontrado grandes hitos: “Saladeristas”, “Katan”, “Mendoza”, “Salas” y “Kersieh, Juan Gabriel”. Los uniremos por conjuntos, por temáticas y con otras sentencias similares. En algunos casos mostraremos además de los aspectos más relevantes de la sentencia, sino que además nos referiremos a las notas de doctrina que los hayan comentado o los fallos judiciales que han seguido su doctrina, porque eso confirmará la importancia del caso.

2. “SALADERISTAS PODESTÁ” Y EL PODER DE POLICÍA AMBIENTAL EN LA VIEJA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DEL SIGLO XIX.

La vieja Corte, aquella que dio los primeros pasos en el siglo diecinueve, dio dos sentencias señeras en materia de poder de policía pero, al tratarse de temas de salud pública que hoy formarían parte de la materia ambiental. Podríamos decir que en estas sentencias la Corte se despacha sobre aspectos de la materia cien años antes de que el constituyente reglara el derecho humano fundamental al ambiente.

El primer caso es “Plaza De Toros” (13/4/1869)¹. Esta sentencia es el primer paso en la génesis del poder de policía en general, pues en él se sienta el principio de relatividad de los derechos, y la capacidad del Estado de reglamentarlos en consideración de la moral y salubridad.

El caso es que la empresa Plaza de Toros (representada por un tal Señor Bonorino) inició una causa ante un juez de la Provincia de Buenos Aires impugnando una ley local que prohibía instalar Plazas de Toros en su territorio. La base para la reglamentación, la limitación de los derechos en el caso, se posa sobre la moral y la protección de los animales contra el mal trato, aunque la Corte no lo mencione². En esto la resolución es un interesante antecedente en materia de protección de fauna y normas prohibiendo actos de crueldad sobre los animales.

Pero el primer *leading case* del derecho ambiental argentino se remonta a una época impensada y es la causa conocida como “Saladeristas Podestá” (14/5/1887)³ que viene a consolidar –en un notable avance, por la época en que se dictó– el concepto de *poder de policía ambiental*. Los hechos son que se presentan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación varios saladeristas y demandan a la Provincia de Buenos Aires solicitando la indemnización de los daños y perjuicios que les ha causado la suspensión de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas, ordenada por ley provincial del 6 de setiembre de 1871. La reseña indica que la provincia había adoptado antes de la suspensión de las faenas, una serie de medidas que gradualmente trataron de evitar los efectos sobre el ambiente de las actividades de estos emprendimientos. Jurídicamente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación incorporó varios elementos sobre la cuestión del

¹ CSJN “Empresa *Plaza de Toros* c/ Gobierno de Buenos Aires”, 29/1/1869, publicada en Fallos 7:150.

² La ley 14346 considera actos de crueldad “realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias, en que se mate, hiera u hostilice a los animales” (art. 3.8).

³ CSJN “Saladeristas Santiago, Jose y Jeronimo Podetá y Otros c. Provincia de Buenos Aires” 14/5/1887, publicada en Fallos 31: 273. Para revisar una interesante anotación del mismo se puede consultar: Cionfrini Ernesto, op. cit., p. 261.

poder de policía (hoy ambiental)⁴. La razonabilidad en el ejercicio del poder de policía (art. 28 CN) ejercitado por la Provincia de Buenos Aires está probada para la Corte desde los informes técnicos que abonan los problemas que la actividad produce sobre la salud pública, sustentando entonces el actuar de la Administración que además ha sido progresivo tal como hoy lo exige el principio derivado del artículo 4 ley 2575. Este es otro adelanto que nos brinda esta sentencia del siglo XIX: la razonabilidad del ejercicio del poder de policía se fundará en un fundamento técnico en la decisión (estudio científico) y procedimientos administrativos que calificaríamos de acceso a la información.

Una secuela de este caso la encontramos en “Ancore SA /Municipalidad de Daireaux s/daños”⁵ sobre poder de policía. Otra sentencia similar es el conocido caso “Copetro c/Municipalidad de Ensenada”⁶.

⁴ Dicen los considerandos: “4°) Que la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos. 6°) Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611 del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de 6 de setiembre de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la Provincia, y retirando a los establecidos en Barracas la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro, o como dice la ley 13, título 32, partida 3a, concordante con los principios de nuestra legislación sobre la materia: “maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quisiese; pero debo lo fazer de manera que non faga dano nin tuerto a otro”. Como vemos, la Corte deja establecida su doctrina respecto a los permisos para la actividad, y su mantenimiento en la medida que se den las condiciones que exigen las leyes, (precariedad) como por ejemplo, las de salubridad pública. También se dispone por la Corte que no existen derechos absolutos en nuestra constitución, sino que todos ellos están sujetos a la reglamentación del Estado, desde las leyes del Congreso y las reglamentaciones de policía derivadas de ellas.

⁵ La Municipalidad de Deraux (población del oeste de la provincia de Buenos Aires), el 21/10/1996, por ordenanza 577 prohibió la instalación de feed lots dentro de un radio de 15 kilómetros contados desde la plaza principal de la ciudad, y además dispuso como régimen transitorio que los establecimientos existentes debían adecuarse antes del 15/11/1996. Como consecuencia de esa ordenanza, la empresa Ancore S.A. -que era la única existente a ese momento dentro del indicado radio- decidió no adecuar su explotación a las exigencias de la ordenanza municipal, cerrar sus puertas e iniciar una demanda por los daños provocados con la modificación legislativa municipal que -entendía la empresa- transformó a la actividad antes lícita en ilícita. La demanda tenía por objeto el resarcimiento de los perjuicios que le producía la ordenanza, la que -a entender de la actora- importaba una prohibición de trabajar sin el fundamento de una ley ni un juicio previo que lo establezca. La Suprema Corte bonaerense rechazó la demanda -como en Saladeristas- entendió que la ordenanza era razonable al limitar la instalación de este tipo de emprendimientos en lugares cercanos al ejido urbano por los efluentes gaseosos que producen. En su sentencia, al igual que en “Saladeristas”, la Corte meritó que era razonable limitar los derechos individuales

3. LA ZAGA “KATAN”: LA APERTURA DE LOS TRIBUNALES PARA LA DEFENSA POPULAR.

Esta etapa se inicia con la sentencia “Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo” 10/05/1983⁷, la que se presenta en una serie de dos. Ellas son la primera gran noticia sobre el derecho ambiental en la Argentina. Su tema central resulta ser la legitimación amplia para la defensa de un bien jurídico que no es de pertenencia individual sino colectiva, y los aspectos laterales la evaluación de impacto ambiental, la inversión de la carga probatoria. En perspectiva podríamos decir que “Katan” y “Mendoza” son las dos sentencias más importantes del derecho ambiental de nuestro país. La paradoja es que se ubican en los dos extremos de la organización del Poder Judicial: una pertenece a la Corte y la otra a un juez de primera instancia. Pero “Katan” fue tan trascendental que se puede decir que ocupa junto a la causa Riachuelo ese lugar estelar en nuestro derecho judicial ambiental. Dijo el gran maestro Guillermo Cano de Katan: “cuando Neil Armstrong dio su primer paso en la Luna se dijo que el suyo no había sido un tranco sino un gigantesco salto adelante en la historia de la Humanidad. Acudiendo al símil y guardando las proporciones, opino que las dos decisiones del juez federal Oscar Garzón Funes (h.) que comento en estas notas configuran una piedra miliar en la historia de nuestro Derecho Ambiental”⁸. A pesar de que la misma se dio desde la base más baja del sistema judicial, la misma no deja de ser una enorme resolución⁹.

La demanda fue motivada por dos autorizaciones a empresas japonesas dadas por el Poder Ejecutivo, para pescar 14 toninas overas, circunstancia que los demandantes consideran

⁶ Recordemos que en el caso “Coopetro c/Municipalidad de Ensenada” la mencionada empresa promueve demanda a los fines de que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal 1887, sancionada por el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Ensenada, referida al tratamiento de efluentes y residuos industriales, por reputarla violatoria a los arts. 25, 27, 28, 29, 103, 190, 191, 192 y 195 de la Constitución Provincial y 14, 17, 18, 19, 31, 33 y concordantes de la Carta Constitucional Nacional, la que es rechazada tanto por entender que el Municipio tiene competencia para dictar la misma así como para merituar que ella se ajusta el poder de policía ambiental tal como se desprende del segundo párrafo del artículo 41 CN.

⁷ Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo, 10/05/1983, Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro. 2 (JNFedContencioso administrativo)(Nro2) LA LEY 1983-D, 576.

⁸ Guillermo Cano, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, publicado en La Ley, 1983-D, 568.

⁹ Tan importantes fueron la resolución por la cautelar y la sentencia en autos Katan (así como la figura de Katan) que la Cámara de Diputados de la Nación por resolución 974-D.-2005 declaró el día 22 de marzo de cada año como Día Nacional de los Derechos Difusos en atención a que fue el día en que el juez Garzón Funes firmó el fallo haciendo lugar a la medida de no innovar en relación a resoluciones que autorizaban la pesca de toninas en el Mar Argentino, y en homenaje al doctor Alberto Kattan (resolución firmada por Héctor T. Polino–Alfredo Bravo–Guillermo Estévez Boero–Martín Mendoza–Ricardo F. Molinas–Fernando E. Solanas- Cristina Zuccardi).

que puede resultar, de concretarse, de importancia suficiente como para alterar el ambiente en que habitan estos animales y la forma y expectativas de vida de los mismos. Solicitaban en su presentación la suspensión de dichos permisos “hasta tanto existan estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pueda provocar”.

El primer gran aspecto a destacar de Katan es –como lo adelantáramos- la *legitimación*. Al respecto dice el considerando VII: “La ley 22.421 declara de interés público a la fauna silvestre, así como su protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional. Todos los habitantes de la Nación tienen el deber de proteger la fauna silvestre conforme a los reglamentos que para su conservación y manejo dicten las autoridades de aplicación. La norma principal está dada en que ‘todos los habitantes... tienen el deber de proteger la fauna silvestre’. La reglamentación que el precepto menciona debe instrumentar tal finalidad para favorecerla y nunca para impedirla”. El primer comentario que surge ante semejante cambio de timón en materia de legitimación es: ¿Estamos ante una acción popular? Pareciera. Un habitante de la Provincia de Buenos Aires impugna un permiso para cazar fauna marina que se ejecutaría en la costa de Chubut. La presentación se hace en la ciudad de Buenos Aires, ante la justicia federal de esa ciudad en revisión contencioso administrativa. Los actores presentan en representación de la colectividad. La sentencia -la medida cautelar antes- reconocen legitimación a este simple habitante, en una suerte de acción popular es decir la legitimación más amplia que reconocen los procesos constitucionales. Los dos actores se presentan sin ninguna relación con el lugar que pretenden proteger de manera puntual ni donde se producen los efectos del acto. Sin embargo el Juez Garzón Funes –en esto un homenaje para él también- acepta la pretensión. Daniel Sabsay en prieta síntesis del buen activismo judicial en alguna oportunidad ha dicho *allí donde el juez quiere, el juez puede*. Este es un buen homenaje a este Juez que adelantó una gran porción del derecho ambiental argentino en esta pieza jurídica inolvidable.

La secuela Katan se puede apreciar en la legitimación amplísima que en el año 2002 recepta el artículo 30 LGA.

Otros aspectos para destacar de Katan son: a) la descripción del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado¹⁰ b) la noción de *derecho-deber* para encontrar la legitimación

¹⁰ “Considero que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye -ya lo adelanté- un derecho subjetivo. En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, defender su ‘hábitat’ constituye -a mi ver- una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten

popular en cabeza del actor¹¹; c) la inversión de la carga probatoria, d) el principio precautorio¹²; d) la valoración de los informes científicos¹³ aportados en la causa y finalmente los principios ambientales¹⁴.

los perjuicios sin intentar defensas. Si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados. Si la biosfera se modifica, cada persona verá alterada su forma de vivir, su existencia estará amenazada o reducida; no se trata de necesidades o conveniencias públicas, se trata de cada vida afectada y de quienes dependen de esta persona”. Formidable descripción del derecho pero en años en que ni siquiera la Argentina podía verse gobernada por la Constitución como norma suprema.

¹¹ Dice la sentencia: “...si se habla de ‘derecho subjetivo’, (...) se trata de la facultad de exigir a otro u otros una conducta determinada -sea positiva o de abstención- Según Ihering. ‘derecho’ es un interés jurídicamente protegido; y se trata obviamente del interés humano que es fundamento y medida de los derechos y las acciones. Es decir, derecho subjetivo es el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de intereses humanos (conf. Ennecerus-Kipp-Wolff citados por Borda, Guillermo en "Tratado..." - Parte General, t. I, p. 37). Aclara el autor citado que, frente a los derechos subjetivos, existe un deber jurídico de otra persona o grupo de personas que pueden ser todas las restantes del género humano como, por ejemplo, en el caso del respeto a la propiedad, a la vida, al honor, etcétera. Derecho y deber son conceptos inseparables. Como decía el doctor Cabral, constituyen las dos caras de una moneda. Ennecerus sostenía que muchos deberes a cargo del Estado, no tenían, correlativamente un sujeto de derecho determinado ("Tratado de Derecho Civil", Kipp-Wolff, t. I, vol. I, p. 297). Borda afirma que se trata de un error, sosteniendo que la existencia de un deber jurídico, implica, necesariamente, la de un sujeto con potestad para exigir su cumplimiento; la negación de los derechos subjetivos conduce siempre a empujarse o destruir la personalidad humana frente al Estado. Los Estados modernos, casi insensiblemente, han recortado los derechos del hombre que ha aceptado, poco a poco una dimensión menor frente al aparato administrativo. Creo que, en definitiva, la cuestión tiene íntima relación con la lucha por la libertad y por el derecho” (el destacado nos pertenece). Donde Garzón Funes dice “derecho y deber son conceptos inseparables” la referencia debe leerse como directamente aplicable a “derechos de tercera generación”, por amplitud y expansión en el interés en la protección de los bienes jurídicos colectivos; los que poseen esta característica de derecho deber.

¹² Dice: “La ley 22.421 y su decreto reglamentario muestran claramente cuáles son los flagelos que atacan a las distintas especies animales. En primer lugar la sobreexplotación. Si no se sabe cuántos animales forman la población de una especie, su forma de vida y otras cuestiones relacionadas al medio ambiente no puede decirse que haya o que no haya sobreexplotación. Una actitud conservadora es la más aconsejable y prudente. Si no hay estudios ciertos, avalados por un rigorismo científico indudable, debe protegerse la especie. En el caso se trata de delfines que cazarían dos empresas extranjeras para fines eminentemente comerciales. Se trata de sociedades comerciales y debe resumirse que cada uno de sus actos tiene finalidad mercantil, onerosa” (el destacado nos pertenece). Encontramos la precaución en el destacado. Ante la incertidumbre, ante la falta de certeza sobre la población animal a ser explotada, la misma debe protegerse y no explotarse. Nos parece en este punto que Garzón Funes y el abogado Katan oficiaron de iluminados, dos adelantados que como diría Cortazar revelaron contenidos que veinte años después aparecerían en la ley 25675 en el año 2002.

¹³ Notemos que la resolución enumera una serie de estudio científicos aportados por la actora, a los que asigna una importancia destacada. Se enumeran el informe de la "Fundación Vida Silvestre Argentina" (F. V. S. A.), representada por el doctor Mario Gustavo Costa que aporta un informe de la investigadora Rac Natelie Prosser de Goodall, Directora del Programa de Cetáceos Australes –CADIC; una nota de Juan C. López dirigida al Director de Turismo de la Provincia de Chubut, el 22 de febrero pasado, con la colaboración del doctor Ricardo Bastida, del licenciado Hugo Castello y del doctor Jorge Mermoz y el Doctor Bellisio y Juan C. López.

¹⁴ Operan en “Katan” dos principios centrales en materia de actuación proactiva: la prevención y la precaución. Ambos actúan antes de que el evento suceda, pero se diferencian por el grado de conocimiento que exigen para su activación. Mientras el principio de prevención se posa sobre elementos ciertos – opera sobre la certeza- el principio de precaución se proyecta sobre consecuencias perjudiciales probables –opera ante el estado de incertidumbre-. Esto en “Katan” se muestra significativamente, porque este amparo tiene por pretensión la anulación de autorizaciones de caza y pesca fauna marina “hasta tanto

Esta sentencia provocó seguimiento en numerosas causas judiciales que podríamos denominar *juicios de suspensión de proyectos por falta de ELA*¹⁵. Algunas que podemos mencionar son “Schroeder Juan y otros c/Estado Nacional Secretaría de Recursos Naturales s/aparo”¹⁶, “Fundación Fauna Argentina c/Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca de la Provincia de Buenos Aires s/amparo”¹⁷, y más adelante entre otras la sentencia en autos “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek Toi en la causa Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek Toi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo sostenible”¹⁸, “Yane, Salvador c/Municipalidad de General

existan estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pueda provocar”. Esos estudios científicos probarían que esa actividad no producirá una alteración sobre el ambiente. Al no estar crean una sombra sobre los efectos que se puede generar con esta captura sobre el ambiente. Los estudios que se solicita se realicen no son ni más ni menos que el procedimiento de evaluación de impacto ambiental desde el año 2002 reglado a nivel nacional en la ley 25675 (art. 11/13). En esto la sentencia es de vanguardia pues primero se mueve en el anillo de la prevención, y ante la falta de ella (ausencia de EIA) entenderá que existe clandestinidad en la autorización, y en base a los aportes científicos de la actora considera que puede tener por abonada la incertidumbre sobre los efectos que esa autorización traería al entorno (fauna). Desde allí anula la autorización hasta que se complete el procedimiento de EIA. La carga dinámica probatoria es utilizada pues considera Garzón Funes que es imposible que surja certeza de la prueba agregada por la actora porque no está en condiciones de acreditar con ese grado los hechos de autos. En cambio quien sí está en condiciones de hacerlo –el titular del proyecto es quien está en mejor posición para acreditar la inocuidad de su actividad- no lo ha hecho porque ni ha transitado el procedimiento de licencia ambiental ni ha aportado en autos pruebas sobre la sostenibilidad de su futura conducta. Esto -mediante una inversión de la carga probatoria - jugará partido a favor de la activación de la prevención y la precaución para hacer lugar a la pretensión actora.

¹⁵ En este tipo de acción el accionante deberá acreditar: a) La necesidad de que la actividad deba completar el procedimiento de EIA; b) La inexistencia de EIA o el falseamiento de los datos en el procedimiento o el incumplimiento de la DIA, es decir, el núcleo fundante de la petición: la violación del vector preventivo ambiental; c) El principio de ejecución de la actividad.

¹⁶ CNFed- Contencioso Administrativo sala III, septiembre 8- 1994, autos “Schroeder Juan y otros c/Estado Nacional Secretaría de Recursos Naturales s/aparo”, donde el actor solicita la suspensión del proyecto de instalación de una planta de tratamiento de residuos peligrosos en Tres de Febrero, por falta de DIA que la habilite ambientalmente. La justicia hace lugar entendiendo que el vecino del lugar estaba habilitado, y suspende el proyecto y la licitación que el Estado Argentino levaba adelante.

¹⁷ El caso “Fundación Fauna Argentina c/Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca de la Provincia de Buenos Aires s/amparo” fue resuelto por el Juzgado Federal nro. 2 de la ciudad de Mar del Plata donde se aceptó la legitimación de la Fundación y se resolvió anular un permiso para capturar cetáceos otorgado por la Provincia porque el mismo no había realizado la correspondiente evaluación de impacto ambiental. Para encontrar estos y otros elementos contenidos en el fallo se puede consultar una de las notas más destacadas del mismo, la de Daniel Sabsay, “El Desarrollo Sustentable en un Fallo de la Justicia Federal, Publicado en: El Derecho. Diario de Jurisprudencia y Doctrina. AñoXXXV/Nº9355 (10/10/97), Buenos Aires, p. 1-4.

¹⁸ En el caso “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek Toi en la causa Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek Toi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo sostenible” del 11 de julio de 2002 la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide que se deben suspender unos permisos administrativos de deforestación otorgados por el Gobierno de Salta por falta de evaluación de impacto ambiental previa. Hemos anotado esta sentencia en Esain José Alberto, “El amparo ambiental en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La idoneidad de la vía. La medida autosatisfactiva como acción de cese para actividades iniciadas en su ejecución sin procedimiento preventivo ambiental” en el suplemento de Derecho Constitucional de la revista La Ley de fecha 2 de abril del 2004, p. 8.

Alvarado s/Materia a categorizar”¹⁹, “Barragán José Pedro c/ Autopistas Urbanas S.A.- Gustavo Cima y otros s/ Amparo (ART. 14 CCABA)”²⁰, “Fundación Reserva Natural Puerto M.D.P. c/Club Atlético Aldosivi s/Sumarísimo”²¹. También vale la pena considerar esta sentencia como la apertura de la puerta en temas de legitimación colectiva. Y sobre este aspecto que hemos comentado se puede consultar la famosa discusión entre los dos grandes maestros Guillermo Cano y Miguel Marienhoff²². En este sentido la misma provocaría seguimiento en la citada “Schroeder” aunque limitando la legitimación al habitante del lugar. De todos modos siguiendo su doctrina podemos citar autos “Cirignoli Sebastián c/ Ramón Aguerre y/o quien resulte responsable y/o quien resulte propietario de la Estancia Rincón del Uruguay y/o quien resulte responsable e Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) s/ acción de amparo ambiental”²³, la citada “Yane Salvador c/Municipalidad de General Alvarado s/ Materia a categorizar”, entre otros.

¹⁹ SCBA, causa C. 90.020, "Yane, Salvador contra Municipalidad de General Alvarado. Materia a categorizar" donde el Alto Tribunal Provincia confirmando la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, tiene por legitimado a un habitante del lugar para ordenar la suspensión de la disposición final de residuos en el basural de la ciudad de Miramar hasta tanto se complete el procedimiento de EIA.

²⁰ “Barragán José Pedro c/ Autopistas Urbanas S.A.- Gustavo Cima y otros s/ Amparo (ART. 14 CCABA)”, EXPTE: EXP 3059 / 0, publicada con nota de José Alberto Esain, "Derecho ambiental: Un caso de ruidos molestos generados por el tránsito automovilístico en una autopista. La ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva", en el diario La Ley LL 2004-C-1019. Esta sentencia –un caso llevado adelante por el área de acceso a la justicia de la FARN, coordinada por Andrés Napoli- sigue parcialmente la línea de “Katan” porque en ella se legitima a un ciudadano que vive a la vera de la autopista para solicitar que se realice la EIA de la misma, no ordenando suspender la actividad en la misma, aunque sí con serios apercibimientos en la ejecución de la sentencia.

²¹ Cámara Federal de Mar del Plata, autos “Fundación Reserva Natural Puerto M.D.P. c/Club Atlético Aldosivi s/Sumarísimo" expediente nro. 13.438 sentencia del 19 de junio de 2013 reg. Tomo CLI folio 19298 año 2013

²² Como no se podía esperar menos, entre grandes maestros las discusiones son de un nivel tan elevado que merecen ser tenidas en cuenta. Como en la época griega, recordemos que entre los intercambios de opinión y las contradicciones tenemos mejores desarrollos de contenidos. Para los que quieran profundizar la discusión se puede primero ver primero Marienhoff Miguel, “Delfines o toninas y acción popular”, publicado en El Derecho T 105-245, donde el gran maestro derecho administrativo critica la resolución de Garzón Funes porque entiende que es una acción popular y ella no se encuentra reglada en ninguna ley en nuestro país y por lo tanto es imposible de dar legitimación a los dos ciudadanos actores. Cano ni lerdo ni perezoso, contesta en Cano Guillermo, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, publicado en La Ley, 1983-D 568. Lo notable de esto fue que Marienhoff al ver la crítica que sufría decide publicar un artículo de doctrina, que en realidad es una contra réplica que se puede consultar en “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”, El Derecho, T 106 923. Como correspondía, a esta intervención, Cano decidió contestar, y lo hizo en la misma revista, en “Acerca de la acción popular y otros temas de derecho ambiental”, El Derecho T 107.

²³ Expte. N° 2.743 - “Cirignoli Sebastián c/ Ramón Aguerre y/o quien resulte responsable y/o quien resulte propietario de la Estancia Rincón del Uruguay y/o quien resulte responsable e Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) s/ acción de amparo ambiental” - Cámara Civil y Comercial de Corrientes - Sala IV – 10/04/2006.

4. RESOLUCIONES POR TEMAS DE RESPONSABILIDAD Y PROCESO CIVIL.

En este sector hemos analizado en nuestro anterior aporte varias resoluciones. La más importante es la causa “Almada c Coopetro” de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires²⁴. Esta causa es un ejemplo de activismo judicial y limitación del principio de congruencia pues recordemos que el expediente es iniciado por una enorme cantidad de vecinos que sufren la contaminación de una fábrica que hace venteo de coque que es una sustancia cancerígena que afecta un barrio entero. La causa se inicia en la mitad de la década del ochenta por daños individuales pero al momento de resolverse, primero la Cámara Civil de La Plata (en un señero voto del Dr. Roncoroni) y a su turno la Suprema Corte bonaerense, verifican la nueva normativa de protección del ambiente con carácter colectivo, y extiende su sentencia a estos aspectos. Se resquebraja la idea de congruencia con base en un activismo judicial que luego se expresaría en el artículo 32 LGA, donde el juez extiende la resolución a temas no sometidos por las partes; esto sin perjuicio de la observación que el Ejecutivo hiciera de este aspecto la que para el derecho ambiental argentino es como si nunca hubiera sucedido pues la jurisprudencia antes y después se ha encargado de desmentir ese criterio del derecho formal en los contenidos materiales²⁵.

5. LAS RESOLUCIONES POR CUESTIONES DE COMPETENCIA - REMISIÓN.

Existen una serie de resoluciones en materia de competencia que no podemos dejar de mencionar que han sido desarrolladas en trabajos propios a los que remitimos²⁶. Preferimos en el presente trabajo utilizar este espacio para abordar otras cuestiones que actualicen aquel trabajo de 2010.

6. LA CAUSA MENDOZA POR LA CONTAMINACIÓN DE LA CUENCA MATANZA RIACHUELO.

²⁴ SCBA “Almada Hugo Nestor, Irazu Margarita y Klaus Juan Joaquin c/ Copetro S.A. s/Daños y Perjuicios”, 9 de noviembre de 1995.

²⁵ El decreto de promulgación de la general del ambiente 25675 (dcto. 2413/2002, B.O.: 28/11/2002) en su art. 4 observó la frase final del original artículo 32 del Proyecto de Ley “Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”. Pero basta ver “Mendoza Beatriz” (y una veintena de casos más) para comprender cómo la Corte ha ejercitado el activismo del artículo 32 incluso a cuestiones no sometidas por las partes haciendo caso omiso a la observación mencionada.

²⁶ Los dos trabajos a los que remitimos para este aspecto son Esain José Alberto, “La competencia judicial ambiental en el artículo 7 de la ley general del ambiente”, Publicado en el número 31 de la Revista de Derecho Ambiental de la Editorial Abeledo Perrot, julio noviembre 2012, número especial a los diez años de la ley 25675 y el que citáramos en el inicio incluido en el Informe Anual FARN 2010.

Esta causa *-la causa Riachuelo-* es, tal como lo indica la cita inicial, el tercer hito del derecho ambiental argentino. Tal como lo había dicho Sabsay en relación al juez Garzón Funes en el caso Katan aquí, la Corte tenía voluntad para actuar con activismo y dar protección al derecho en el caso. Es que –como lo dijéramos en algún trabajo- estamos ante una *Corte para el desarrollo sostenible*²⁷.

Daremos un pantallazo resumido del caso Mendoza pues para un análisis completo nos remitimos a anteriores informes anuales de FARN en que lo hemos hecho tanto nosotros como otros autores. El caso es que un grupo numeroso de vecinos se presenta ante la Corte solicitando indemnización por los daños y perjuicios en su salud y propiedad y, los daños colectivos por la contaminación de toda la cuenca Matanza Riachuelo. La Corte en su despacho del 20 de junio de 2006 dividió las pretensiones y se declaró incompetente para los daños individuales, tomando el caso en relación a la recomposición del daño ambiental de incidencia colectiva. En dicha resolución se advierte una omisión del Estado en sus diferentes carteras en la gestión ambiental de la cuenca de la que ha derivado un daño ambiental de incidencia colectiva el que se solucionaría de manera urgente con la implementación de un Plan. En consecuencia, obliga en este despacho inicial al Estado a que lo presente. En el trámite de la causa tenemos varios puntos interesantes para considerar: a) Consolidación de un proceso multipartes; b) Información pública; c) Audiencias públicas; d) Pruebas científicas multidisciplinarias; e) Formación de frentes para identificar y acumular esas “multipartes” del expediente; f) Fortalecimiento de una secretaría para la tramitación de la causa; g) Novedoso sistema de traslado de la demanda; h) Subdivisión de la pretensión colectiva en prevención y recomposición y daño ambiental de incidencia colectiva.

En la sentencia del 8.7.08 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se aboca primero al proceso de recomposición y prevención que tiene un objeto decisorio orientado al futuro (cons. 15). La Corte aclara que el proceso relativo a la reparación del daño como consecuencia de la decisión que se adopta, continuará ante ella, “puesto que no se refiere al futuro, sino a la atribución de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas

²⁷ Esain José Alberto, "La Corte ambiental. La agenda de la sostenibilidad por nuestro Alto Tribunal", en Informe Anual sobre la actualidad del ambiente en la Argentina, Editado por Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2009, Sabsay Daniel Alberto, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, revista La ley del 11/07/2006, anotando la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2006-06-20 en autos “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, o Cafferatta Néstor, “El tiempo de las cortes verdes”, Publicado en Revista Jurídica La Ley, 21/03/07, p. 8.

adoptadas en el pasado”. Recordemos que esta misma resolución impone a la Administración -a la que declara responsable- la ejecución de un Plan Integral de Recomposición porque resuelve que lo presentado por la gestión Picolotti en su momento no era un plan que cumpliera las pautas mínimas para la recomposición y prevención de daños al ambiente de la cuenca. Por este motivo, la Corte da pautas respecto al plan. Respecto a la sentencia varias anotaciones: a) Es parte del proceso, es decir que se relativiza el rol de sentencia como final del mismo; b) múltiple división de la causa donde la resolución del 8.7.08 es sólo el final de un proceso cautelar urgente dentro del juicio²⁸. Además de ello, la Corte en la sentencia del 8.7.08 dispone: a) Concentración de la responsabilidad²⁹; b) Sistema de información pública digital³⁰; c) Mandato de cumplimiento obligatorio³¹; d) Fuerte control sobre la razonabilidad de la actividad de los poderes políticos – nueva limitaciones del self restraint; e) Sistema de apercibimientos para lograr el “enforcement” de los mandatos³²; f) Mandato imperativo y obligatorio para el Estado de tratar la contaminación industrial³³; g) Sistema internacional de medición e indicadores del

²⁸ Recordemos que la Corte dividió la pretensión inicial -en el auto del 20.6.06- en dos partes: a) pretensiones individuales, y b) pretensión colectiva. Hoy vemos dentro de la segunda pretensión una nueva división entre b’) recomposición y prevención y b’’) pasivo ambiental y daño moral colectivo.

²⁹ La sentencia resuelve los problemas de dilución, superposición y desarticulación de responsabilidades al designar a la Presidente de la Autoridad de Cuenca como la obligada a asegurar la ejecución del programa, asumiendo las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en su implementación.

³⁰ Obliga a que se organice un sistema de información pública digital que, de modo concentrado, claro y accesible, contenga todos los datos, informes y listado y cronogramas y costos actualizados

³¹ Dice expresamente la sentencia que ella comportará una condena, y además dice que “consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados”. Para moldear los nuevos perfiles de estas sentencias atípicas, la Corte en esta oportunidad ya no exhorta, sino que – siguiendo a la Corte Americana en cuanto a la facultad de dar estos mandatos a los otros poderes - envía este mandato a las autoridades, con un claro apercibimiento al respecto.

³² Dentro de la propia resolución la Corte dispone como apercibimiento para el incumplimiento de los mandatos referidos la responsabilidad de los funcionarios públicos responsables. En el caso la presidenta de la ACUMAR.

³³ Según la sentencia ACUMAR deberá inspeccionar todas las empresas, identificar a las que considere contaminantes, e intimarlas para que presenten un plan de tratamiento de efluentes en 30 días, que será evaluado durante otros 60 días. Las empresas deberán cesar los vertidos en 180 días, contados desde el fallo de ayer. La Autoridad de Cuenca podrá clausurar empresas, pero podrá prorrogar los plazos en casos de dificultad económica para pagar los costos del tratamiento. El Estado deberá informar a las empresas las líneas de crédito disponibles. Asimismo, se deberá presentar un Proyecto de reconversión industrial y relocalización de empresas del Polo Petroquímico Dock Sud, el que deberá ser presentado públicamente. Todo esto derivó en casi el 80% de la actividad que ha venido desarrollando ACUMAR durante estos años, por lo que la sentencia ha tenido un rol central en el perfil de la autoridad de cuenca.

nivel de cumplimiento³⁴; h) Sistema cuádruple de control sobre la ejecución de la sentencia³⁵.

7. LA CAUSA SALAS POR EL DESMONTE EN SALTA.

La causa "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo"³⁶ resulta de capital importancia en el devenir del derecho ambiental argentino. Los antecedentes del caso son que la ley 26331 de presupuestos mínimos para la protección del bosque nativo establecía una moratoria, en la que prohibía avanzar con nuevas autorizaciones de desmonte por el lapso de un año y hasta que cada provincia contara con el ordenamiento ambiental del bosque nativo en su territorio. Este proceso debía realizarse en forma participativa y de acuerdo a los diez criterios de sustentabilidad que se incluían en el Anexo de la Ley. Ante la inminencia de la ley (y de dicha interdicción) la provincia de Salta dio varios centenares de permisos de deforestación que dieron base a un importante conflicto con las comunidades de pueblos originarios que habitan el bosque.

La primera resolución del caso "Salas"³⁷ se da en un ámbito "previo" a la definición respecto a su competencia originaria y exclusiva³⁸. Esto lo sabemos ahora, ya que con la

³⁴ Ordena la adopción de algún sistema internacional de medición a efectos de medir el nivel de cumplimiento de los objetivos de mejoramiento, recomposición y prevención del daño ambiental contemplados en el Plan de Saneamiento Integral y el programa de actividades ordenado en la sentencia.

³⁵ La sentencia del 8.7.08 se establece un sistema de control externo del Plan de Saneamiento, el que estará conformado de la siguiente forma: a) Auditoría General de la Nación (AGN en adelante) que tendrá a su cargo el control financiero y presupuestario del Plan de Saneamiento. El juez podrá pedir explicaciones y respuestas inmediatas a la Autoridad de Cuenca; b) Cuerpo Colegiado de Control participado: Se establece la conformación de un Cuerpo Colegiado de Control de la Gestión del Plan de Saneamiento y el funcionamiento de la Autoridad de Cuenca Matanza – Riachuelo, el que estará a cargo de la Defensoría del Pueblo de la Nación y las ONG que participaron en la causa (Asoc. Vecinos de La Boca, CELS, FARN y Greenpeace); c) Juzgado Federal de Primera Instancia que luego mutó –en el año 2012- en dos jueces con el control de todas las tareas de ejecución de la sentencia; d) Corte Suprema: Las decisiones del juzgado de primera instancia serán recurribles por vía de recurso extraordinario ante la Corte. Las resoluciones administrativas que dicte la ACUMAR serán recurribles ante dicho Juzgado Federal, y llegarán a la Corte por la vía antes mencionada.

³⁶ S. 1144. XLIV. ORIGINARIO "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo".

³⁷ La primer resolución del caso "Salas" ante la Corte fue precedida por un despacho, fechado el 29 de diciembre de 2008 que se puede ver también en el sitio oficial de la Corte en Internet (www.csjn.gov.ar). En el mismo se resuelve correr vista al señor Procurador General de la Nación para que se expida acerca de la intervención de manera originaria y exclusiva antes de resolver la medida cautelar pues había sido solicitada.

³⁸ Algunas resoluciones importantes de competencia originaria y exclusiva en materia ambiental que se pueden considerar son: CSJN - M. 1569. XL. Originario autos "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo)", publicada en la revista de Derecho Ambiental de LexisNexis, Néstor Cafferatta (coordinador), número 7, Buenos Aires, julio- septiembre de 2006, con notas de Carlos E. Camps; "Derecho procesal ambiental, nuevas pautas de la Corte suprema de Justicia de la Nación"; y de José A.

resolución del 13.12.2011, la Corte pone fin a su intervención en el caso, decidiendo su *incompetencia en instancia originaria y exclusiva* (art. 117 CN) y, calificando su trabajo desde el año 2008 hasta el 2012. En cine podríamos decir que, a modo de *flash back* el considerando 7 de la resolución del 13.12.2011 dice: “7°) Que en las condiciones indicadas, esta Corte considera que se han alcanzado los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito y, consecuentemente, el Tribunal debe desprenderse del conocimiento en la causa, en la medida en que no corresponde a la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional”. Según este párrafo, desde 2008 al 2012 ha “asumido en el pleito” una “intervención” en la que persiguió “propósitos”, los que una vez cumplidos obligan a la Corte a definir su incompetencia y enviar la causa a los tribunales locales. Porque el caso desde el inicio tenía elementos locales que hacían necesaria la declaración de competencia a favor de la justicia provincial. Pero lo que notaba la Corte en aquel diciembre de 2008 era que si la cuestión regresaba a la justicia salteña y sólo ingresaba en el ámbito de la Corte en tiempos del recurso extraordinario federal (art. 14 ley 48) podrían consentirse violaciones a derechos fundamentales por el gobierno provincial que dieran lugar a responsabilidad internacional del Estado Argentino. En ese contexto es que se decide por un punto intermedio, donde interviene *momentáneamente*, persiguiendo “propósitos” que se relacionan con la protección de esos derechos para evitar responsabilidad internacional. Estamos ante una intervención en una instancia que procesalmente podríamos denominar “previa” a la resolución por competencia. La descripción de la actuación, los propósitos perseguidos, y sobre todo, el balance del recorrido aparecen en los considerandos 1 y 2 de la resolución del 13.12.2011 en autos “Salas”. Los elementos centrales que pueden describir este tipo de intervención son: a) *Gravedad fáctica*. A esto la Corte lo denomina “gravedad de los hechos denunciados por los actores”; b) *Alteración relevante del ambiente*. Lo que la Corte ha detectado es una “afectación al medio ambiente”

Esain y Gabriela García Minella; “Proceso y ambiente, mucho más que...Corte a la contaminación...”, pp. 185/241; de Néstor A. Cafferatta; “Un fallo ejemplar que constituye un punto de inflexión en el proceso de consolidación positiva del derecho ambiental”, publicada en www.lexisnexis.com.ar; Carlos A. Rodriguez, “La defensa de los bienes públicos ambientales por Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicada en DJ 05/07/2006; pp. 703; y Daniel Alberto Sabsay, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, La Ley del 11/07/2006, pp. 4. CSJN C. 3510. XLII. ORIGINARIO “Comisión Vecinal Playas de Quequén c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ medida cautelar - IN 1. Resolución del 20.11.2007. Para un análisis sobre este asunto ver Esain, José Alberto, Competencias ambientales, Sistema federal ambiental. Fuentes. Distribución y alcances. Presupuestos mínimos de protección, Abeledo Perrot, Buenos aires, Argentina, 2008, p 841.

por “aquellas actividades realizadas de manera indiscriminada”; c) *Prueba manifiesta y evidente de la afectación*. Califica la Corte el modo en que se muestra la afectación del ambiente con el adjetivo “clara”. Esto evidencia que para que este tipo de intervención excepcionalísima se dé deberá mostrarse la afectación de modo claro, es decir manifiesta, y evidente. El conflicto que ha calificado para persuadir a la Corte de actuar de este modo es un deficiente ejercicio del poder de policía ambiental por la provincia, en el control de particulares que gozan del permiso de tala y desmonte de bosques provinciales. Lo interesante es que la Corte interviene en 2008/9 para movilizar al Estado local y a efectos de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino, pero dependiendo mucho de lo que suceda en la administración salteña. Y así en el despacho citado se enumeran las alternativas que se han dado en el marco de su actuación hasta el año 2011. Se lo hace con el objetivo de dar una *noción global* de su *intervención excepcional*, vinculando los pasos de toda la etapa, con los *puntuales objetivos perseguidos*. El detalle que explica esto aparece en el metafórico comienzo del segundo párrafo del considerando 2 donde se dice “en el marco del camino emprendido con ese propósito”. Debe percatarse el lector que para la Corte esta enumeración de movimientos, se enmarcan en una *estructura de actuación* –por eso la idea de “camino emprendido”- *excepcional y limitadísima*, pues la misma se conduce en base a metas muy definidas –por eso indica “con ese propósito” en clara referencia a los elementos del primer párrafo del mismo considerando 2.

En los considerandos 3 y 4 la Corte enumera las actividades que se han venido dando por las partes -en paralelo a la causa- sobre todo el Estado Provincial salteño, en vistas de solucionar los inconvenientes detectados que provocaran la cautelar dictada en diciembre 2008 y marzo 2009. Recordemos que las medidas dispuestas tenían por objeto sacar de la modorra a la provincia, despertarla de su aletargado sueño, para provocar un cambio de actitud en su ejercicio del poder de policía ambiental, respecto a actividades que, al realizarse de manera indiscriminada son –como ella lo ha dicho- fuente de una “clara afectación al medio ambiente”. Se han desarrollado varios elementos en paralelo a la causa que la Provincia ha motorizado, para así cumplir las mandas de la Corte y eso se refleja en la resolución del 13.12.2011. En el considerando 5 la Corte entiende que ese recorrido de normas (a) *evidencia la voluntad política del Gobierno Provincial de superar el conflicto que dio origen al proceso*, y (b) *demuestra un avance significativo en la legislación provincial en lo que concierne a la protección de los bosques nativos, mediante la utilización de diversos instrumentos de gestión*

ambiental. Como consecuencia de todo esto, la Corte dice que “al no subsistir las circunstancias que determinaron el dictado de la medida cautelar dispuesta, corresponde levantar la suspensión allí ordenada”. Sobre todo, porque “ha desaparecido el peligro de daño irreversible que determinó aquella decisión (artículo 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”. Es el daño de *peligro irreversible* para el ambiente, patentizado de modo *manifiesto*, lo que justificó la intervención cautelar de la Corte, y lo que ahora la obliga –una vez despejado el peligro de que acaezca- a desprenderse de las actuaciones.

Párrafo aparte respecto a la valoración respecto a las *autorizaciones ambientales* que la Corte hace. Lo hace en circunstancia de considerar la situación -en el futuro- de quienes habían visto suspendidos -cautelar y precautoriamente- la ejecución de los permisos de deforestación otorgados por el Estado provincial. Recordemos que la suspensión se dio para obligar al Estado local a modificar las normas referidas a bosques y sus políticas internas, y evitar la ejecución de una actividad permitida, con potencial de degradar el ambiente si previamente no se la estudia en los impactos que podría generar. Así, una vez despejada la omisión del estado local, y con las primeras respuestas mediante políticas públicas ambientales provinciales, lo que también debía considerar la Corte, era lo que sucedía con las autorizaciones de los particulares, que habían nacido en el marco de una estructura jurídica que ha mutado. Al respecto, el Alto Tribunal considera que los autorizados deberán adecuar el ejercicio actual a las nuevas condiciones y estructuras jurídicas. Esto nos permite verificar el modo en que la Corte interpreta el concepto de *licencia ambiental* en el ámbito del *derecho ambiental administrativo*³⁹. Esto implica que las *autorizaciones administrativas ambientales* para la Corte son precarias, mutan en el tiempo, y sobre todo en base a las condiciones del ambiente sobre el que se posarán, el peligro de su agotamiento, elementos todos relacionados con una gestión en el marco del desarrollo sostenible⁴⁰.

³⁹ Dice al respecto la Corte: “Los titulares de los permisos que se encontraban alcanzados por aquella suspensión, otorgados por las autoridades locales con anterioridad a la vigencia de la ley 7543, deberán adecuarse a las prohibiciones y limitaciones emergentes de esa norma, de su decreto reglamentario 2785/2009 y de las demás disposiciones complementarias, de acuerdo a la categoría de conservación (color rojo, amarillo o verde) que le corresponda a la zona en la que se encuentren ubicados los proyectos autorizados”.

⁴⁰ Para ver sobre la precariedad de las autorizaciones ambientales se puede consultar el capítulo 3 de Esain José, *Pesca marítima y derecho ambiental*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

En ese trajín, la Corte analiza las dos leyes centrales en el conflicto: la ley 26331 y 25675. Este considerando 8 es el que enumera las condiciones que contiene la ley 26331: a) es de presupuestos mínimos, por lo que prevé un ejercicio normativo complementario provincial; b) contiene la LBN objetivos de políticas nacionales en la materia; c) define las autoridades de aplicación, nacional, provinciales y de la CABA, todas ellas necesitadas de concertar políticas comunes; d) dispone de facultades para cada autoridad, entre ellas, el otorgamiento de autorizaciones para desmonte o manejo sostenible del bosque; e) Reconoce derechos a las comunidades originarias; f) Considera sanciones administrativas como ejercicio concurrente del poder de policía para cada jurisdicción; g) cada jurisdicción es competente para llevar adelante tareas de recuperación y restauración del bosque. De este considerando surgen las características que para la Corte posee la LBN, pero en el siguiente avanza sobre la ley general del ambiente: “9°) Que, por otro lado, la Ley General del Ambiente, 25.675, ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley. En el considerando 9 la Corte enumera las características en relación a la LGA: a) régimen jurídico que se compone de disposiciones *sustanciales* y *procesales*; b) compuesto también de principios ordenatorios y procesales; c) al que los particulares están obligados por regla de legalidad; d) se cita el 7 y el 32 para justificar la competencia local que es así.

Como vemos, muy sabrosos contenidos depara el Alto Tribunal para elementos esenciales de la legalidad ambiental de nuestro país. Lo hace *pour la galerie*, porque el contexto en que edifica las características tanto de la ley 26331 como la ley 25675 no deja de ser un resolutorio donde declarará la incompetencia de la justicia federal para continuar conociendo en los autos principales. Pero ello no hace mella a efectos de dar precisiones muy contundentes, como por ejemplo que la LGA trae “disposiciones ordenatorias y procesales” cuestión que se debate enormemente en el ámbito doctrinario, pues significa ni más ni menos la posibilidad de entender que los presupuestos mínimos de protección ambiental pueden abarcar como materia, el procedimiento. Recordemos que muchos autores –e incluso el COFEMA en su

momento- se han opuesto a ello, considerando que los PMPA sólo pueden dar estándares respecto al estado del ambiente que luego pueden ser mejorados en cada jurisdicción local. Nos hemos opuesto a esa interpretación restringida del ámbito material que pueden abarcar los presupuestos mínimos y para ello se puede consultar sobre todo nuestro trabajo Competencias Ambientales, editado por Abeledo Perrot en el año 2008. Pero pareciera que cuando la Corte expresamente sostiene que la ley 25675 es un “régimen jurídico” y luego describiéndolo dice “integrado por disposiciones sustanciales y procesales” acuerda una posición amplia al respecto.

En conclusión, “Salas” no deja de ser una demostración de que la Corte ha decidido que en determinados casos, aunque luego puede llegar a declararse incompetente, mientras se debate internamente esa cuestión, se acuerda, entre sus Ministros, adoptar medidas conducentes para dirigir el conflicto y evitar el agravamiento de una situación denunciada. Para ello da trámite *incipiente* a la pretensión, *exhorta* –cautelamente- a los otros poderes a actuar y, previene posibles inconstitucionalidades futuras. Asimismo, tiene muy en claro que la calidad institucional en una democracia por consensos depende básicamente del acceso a la información y la participación ciudadana; por eso impregna con estos dos principios a las actuaciones, sazonzando esas exhortaciones con mandatos de publicidad y audiencias públicas. En cuanto al seguimiento, Salas funciona, más que como disparador, en sintonía con, la Corte bonaerense en autos “Rodoni” donde se consolida la idea que hemos llamado *debido proceso legal ambiental*⁴¹. Salas ha fortalecido los contenidos de la ley 26331 y su sistema complementario provincial pues se ha reglado en relación a la competencia local, la posibilidad de que cada provincia adecúe mediante políticas públicas locales ambiental los contenidos nacionales. En este sentido el lector puede imaginar un largo hilo conductor, que se remonta a la ley de riqueza forestal 13273, avanza sobre el Convenio de Biodiversidad de Río 92, pasa por el artículo 41 CN, la ley general del ambiente 25675 y finalmente se termina depositando en la ley 26331 consolidada en cada espacio territorial provincial mediante las reglas complementarias de ordenamiento

⁴¹ En esto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa A. 68.965, "Rodoni, Juan Pablo y otros contra Municipalidad de Bahía Blanca. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", sentencia del 03/03/2010 ha desembarcado el debido proceso legal ambiental con garantías propias que deben formar parte de todos los trámites en materia ambiental. Entre ellas la participación y el acceso a la información. Para profundizar el tema se puede consultar Esain José y García Minella Gabriela, *Derecho ambiental en la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

territorial. Como se puede ver, es un sistema complejo, de muy dificultosa unificación y uniformidad. Desafiantes contenidos que la Corte ha considerado como de trascendencia para satisfacer derechos fundamentales, relacionados con la biodiversidad y el ambiente de los pueblos originarios. Es en este sentido “Salas” un enorme paso a favor de la consolidación del estado ecológico de derecho.

8. LA CAUSA “KERSIEH” Y EL DERECHO HUMANO AL AGUA.

Recientemente –el 2 de diciembre del 2014- la Corte ha resuelto una causa en la que ha provocado una enorme novedad pues ha consolidado en el ámbito interno la aparición de un nuevo derecho: el derecho humano al agua potable. Esto sucedió en *Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses*⁴². Los hechos son que un grupo de vecinos de la localidad de 9 de julio inician un amparo contra Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), con el objeto de que dicha empresa realice trabajos y tareas necesarias para adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, según los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud en coincidencia con la norma del artículo 982 del Código Alimentario Argentino sobre todo frente a los elevados niveles de arsénico - superiores a los permitidos por la legislación vigente- que el agua presenta. Dirigen la reclamación contra la Provincia de Buenos Aires, en virtud de que es titular del dominio acuífero cuya preservación es responsabilidad de la empresa prestataria del servicio, y con fuente en la obligación del Estado local de conservar los recursos naturales según lo dispone la Constitución local.

El juez de primera instancia dictó la medida cautelar solicitada por los demandantes y, en consecuencia, ordenó a ABSA el suministro a cada uno de los actores, en su domicilio y a las entidades educativas y asistenciales involucradas en el presente reclamo, agua potable ~en bidones- que se adecue a las disposiciones del referido artículo 982 del Código Alimentario Nacional, en la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades básicas de consumo, higiene personal, y limpieza de manos y alimentos y cocción de éstos en una ración no menor a 200 litros por mes. Además, dispuso la prohibición del consumo de agua de la red domiciliaria provista por la demandada en los referidos establecimientos educativos y asistenciales y, asimismo, ordenó a la agencia demandada la realización en forma mensual de análisis del agua que

⁴² CSJ 42/2013 (49-K) RECURSO DE HECHO “Kersieh, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerenses S.A. y otros SI amparo” sentencia del 2.12.2014.

distribuye en por lo menos diez domicilios del partido de 9 de Julio, debiendo publicarse los correspondientes resultados en las boletas de pago del servicio.

En lo procesal, la causa tuvo un renovado perfil colectivo cuando el magistrado aceptó con posterioridad la adhesión de 2641 personas en condición de nuevos actores respecto de quienes hizo extensiva la medida cautelar y ordenó a la demandada acompañar, con relación a todos y cada uno de ellos, el informe circunstanciado de rigor en el plazo de diez días, aclarando expresamente que este lapso podía ser ampliado a pedido de la demandada en consideración a la cantidad de presentaciones efectuadas.

La empresa apeló la resolución que fue confirmada por la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata pronunciamiento que fue impugnado por la vencida mediante un recurso de inaplicabilidad de ley que, declarado inadmisibile, dio lugar a recurso de queja que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desestimó -dejando firme lo resuelto-, con sustento en que la resolución impugnada no revestía carácter definitivo a los fines del remedio procesal intentado. Contra dicha decisión denegatoria ABSA interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la presentación directa ante la Corte, la que motiva la resolución del 2.12.2014 que hoy comentamos.

Queremos citar expresamente lo resuelto por la Corte porque en este aspecto resulta fundacional para el derecho humano al agua. Decimos esto porque el encuadre que hace el alto Tribunal al respecto es expreso. Dice la Corte en el considerando 10: “Que en este sentido cabe recordar que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (doctrina de Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros) No hay duda de que en el caso, existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el *derecho humano de acceso al agua potable*, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación” (el destacado nos pertenece).

Pero no sólo el reconocimiento del derecho humano al acceso al agua potable, sino una descripción con mucho rigor, con cita de las fuentes en las que abrevia para la consolidación del mismo. Ahora las anotaremos pero advertimos al lector, ellas en concordancia con lo que se ha dado en llamar la *Constitución convencionalizada* ya que en estos tiempos posteriores a la reforma de 1994 los contenidos de la constitución

textual deben ser enriquecidos por los que traen tanto los convenios internacionales con jerarquía constitucional como la interpretación que sus órganos hacen de ellos.

Con esta lógica debemos verificar el considerando 12 que dice: "Que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces. En este sentido cabe resaltar que en su reciente resolución A/HRC/RES/27/7 distribuida el 2 de octubre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que "velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales, cuasi-judiciales y otros recursos apropiados" (11. c). 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. Por esta razón es que en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. La "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la "Convención sobre los Derechos del Niño", artículo 24, 2º párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre. De otro lado, es de recordar que en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y que en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico. Asimismo, numerosos documentos de organizaciones internacionales, incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General n° 15 del "Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales" de Naciones Unidas, que el 15/11/2602, en virtud de la cual se dijo que: "El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos". 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.

Completa la descripción el considerando 13 que dice: "Que, en definitiva, el examen de los recaudos de admisibilidad de la instancia recursiva local, se llevó a cabo con un injustificado rigor formal que concluyó con la arbitraria cancelación de la vía revisora de que se trata, omitiendo con este modo de resolver el tratamiento de una cuestión federal oportunamente articulada, con la consecuente frustración de los derechos comprometidos en dicho planteo tal como el derecho humano al agua (CIDH Caso "Comunidad Indígena Jakie Axa vs. Paraguay", sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125, párrafo 127; crDH Caso "Vélez Loor vs. Panamá", sentencia del 10 de noviembre de 2010, Serie C, nO 218, párrafo 215; CIDH Caso "Pacheco Teruel y otros vs. Honduras", sentencia del 27 de abril de 2012, Serie C, n° 241, párrafo 67); y, a la par, con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio que asiste al recurrente (artículo 15 de la ley 48; causas CSJ 232/2010 (46-L) "L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo" y CSJ 811/2008 (44-P) "Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural", sentencias del 10 de diciembre de 2013 y del 7 de octubre de 2014, respectivamente).

La Corte entonces en base a todo este desarrollo hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con costas ordenando que vuelva el expediente a la SCBA a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente en carácter de urgente.

Pero decide mantener el dictado de la cautelar pues dice está "*en juego el derecho humano al agua potable*" "con base en los principios de prevención y precautorio" y "hasta tanto se cumpla con lo ordenado".

En cuanto a los aspectos procesales la Corte decide que "los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores al amparo colectivo ambiental, sino que debieron arbitrar los medios

procesales necesarios que, garantizando adecuadamente la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el marco del presente proceso alcancen a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente en la causa, medida que claramente desvirtúa la esencia misma de este tipo de acciones” poniendo un límite al activismo judicial en la modificación del objeto procesal (lo dice expresamente en el segundo párrafo del cons. 10 con cita de “Mendoza Beatriz” (Fallos: 333: 748; 329:3445).

9. CONCLUSIONES.

Ya hemos señalado la trascendencia que tiene la jurisprudencia y más aún en materia ambiental, donde muchos contenidos de las leyes que gobiernan la disciplina tienen antecedente directo en resoluciones de la justicia. El papel activo, dinámico de los magistrados ha sido preponderante en el crecimiento y consolidación de la disciplina. En el presente trabajo hemos intentado aportar en este sentido algunos datos.

Sobre todo nos parece importante prestar atención a las noticias que desde la “Corte ambiental” en los últimos tiempos hemos notado, las que no son aisladas, sino que tiene como corolario la acordada 1/2014 de creación de la Oficina ambiental, y que además han quedado galvanizadas en la gestión de conflictos de enorme trascendencia para el país como la deforestación en Salta (“Salas”), y la más reciente sentencia “Kersieh” con el desembarco y consolidación del derecho humano al acceso al agua potable.

Del presente recorrido queda claro que estamos ante arenas –las judiciales- en las que se debate a pleno la conflictividad ambiental. La Corte ha dado durante años sigue dando monumentales aportes que pujan por un derecho ambiental autónomo, expansivo. Los días por venir serán evidentemente desafiantes en la realidad, pero si algo es seguro, esa desafiante y vanguardista disciplina encontrará a la justicia como principal ariete de crecimiento y consolidación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Barberio Sergio J., Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?” junio 11 de 2003 JA – JA 2003-II fascículo 11.
2. Cafferatta Néstor, “El tiempo de las cortes verdes”, Publicado en Revista Jurídica La Ley, 21/03/07, p. 8.
3. Cafferatta Néstor, *Tratado jurisprudencial y doctrinario de Derecho ambiental*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012.

4. Cano Guillermo “Acerca de la acción popular y otros temas de derecho ambiental”, *El Derecho* T 107.
5. Cano Guillermo, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, publicado en *La Ley*, 1983-D 568.
6. Di Paola María Eugenia, Esain José, “La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño”, Publicado en la revista *la ley* del 20.5.2009 p. 3 p. 4/10.
7. Esain José Alberto y García Minella Gabriela, *Derecho ambiental en la Provincia de Buenos Aires*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
8. Esain José Alberto, "Derecho ambiental: Un caso de ruidos molestos generados por el tránsito automovilístico en una autopista. La ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva", en el diario *La Ley* LL 2004-C-1019.
9. Esain José Alberto, "La Corte ambiental. La agenda de la sostenibilidad por nuestro Alto Tribunal", en Informe Anual sobre la actualidad del ambiente en la Argentina, Editado por Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2009,
10. Esain José Alberto, “El amparo ambiental en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La idoneidad de la vía. La medida autosatisfactiva como acción de cese para actividades iniciadas en su ejecución sin procedimiento preventivo ambiental” en el suplemento de Derecho Constitucional de la revista *La Ley* de fecha 2 de abril del 2004, p. 8.
11. Esain José Alberto, “La competencia judicial ambiental en el artículo 7 de la ley general del ambiente”, Publicado en el número 31 de la *Revista de Derecho Ambiental* de la Editorial Abeledo Perrot, julio noviembre 2012, número especial a los diez años de la ley 25675 incluido en el Informe Anual FARN 2010.
12. Esain José Alberto, *Competencias ambientales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
13. Esain José Alberto, *Pesca marítima y derecho ambiental*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 (en prensa).
14. Lorenzetti Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal Culzoni Editores, 1995.
15. Lorenzetti Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008.
16. Marienhoff Miguel, “Delfines o toninas y acción popular”, publicado en *El Derecho* T 105-245,
17. Marienhoff Miguel, “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”, *El Derecho*, T 106 923.
18. Peyrano Jorge W. “Carga de la prueba, Actualidad. Los dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal”, en *Procedimiento civil y comercial*, T.3, 1994, Editorial Juris,
19. Sabsay Daniel, “El Desarrollo Sustentable en un Fallo de la Justicia Federal, Publicado en: *El Derecho. Diario de Jurisprudencia y Doctrina. AñoXXXV/Nº9355 (10/10/97)*, Buenos Aires, p. 1-4.

20. Sabsay Daniel, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, revista La ley del 11/07/2006, anotando la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2006-06-20 en autos “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”.