

Personificación de los animales

DEBATE NECESARIO SOBRE EL ALCANCE DE CATEGORÍAS JURÍDICAS

Edgardo I. Saux

SUMARIO: I. Antropocentrismo jurídico: ¿crisis evolutiva? — II. La personificación de los animales. Voces en pro de su consideración. — III. Los criterios opuestos. — IV. Opinión personal conclusiva.

➔ Los animales —o la naturaleza en sí misma, o la “madre tierra”— no son “personas”, sino elementos que requieren una debida tutela, no siempre o no sólo con miras a la subsistencia humana, sino aun de sí mismos, y aunque no brinden un provecho directo o práctico o de utilidad biológica para el hombre. Resguardar especies en riesgo de extinción, sancionar el maltrato o la crueldad con animales domésticos o salvajes (como se predica, actualmente, con las fiestas taurinas, las jineteadas, la exhibición de animales en los circos o zoológicos, o la caza de especies salvajes por el puro placer de matarlos) es un imperativo ético para el ser humano.

I. Antropocentrismo jurídico: ¿crisis evolutiva?

Aun dentro de los limitados alcances que la naturaleza de este aporte implica como mero artículo de opinión —y pidiendo con ello al lector comprensión por el escueto abordaje que aquélla impone sobre aspectos que justificarían un desarrollo mucho más profundo—, quizás un umbral de acceso a la controversial cuestión analizada sea el de asumir si el “antropocentrismo jurídico”, o la ubicación de la persona como eje y destinatario del sistema jurídico vigente, se encuentra en vías de revisión. Cuestión ésta que, anticipo, a nivel personal comparto, pero sólo hasta ciertos límites.

De alguna manera, podemos coincidir con quienes postulan que ese antropocentrismo surge a principios del siglo XVI, con el *Renacimiento* de las ciencias y de las artes y los albores del *racionalismo* como eje filosófico que paulatinamente pone fin a la visión teocentrista que rigiera el mundo hasta fines de la Edad Media. (1)

Lo cierto es —y dejando al margen muchas consideraciones sobre lo que la cuestión conlleva— que a partir de su singularidad en las últimas décadas del siglo XX, y a la luz de la mirada particularmente aportada a la ciencia jurídica (como a muchas otras) por el ambientalismo y la razonable preocupación por el equilibrio de los ecosistemas, hay una cierta relativización del antropocentrismo, con el avance del denominado “biocentrismo” (2) o “geocentrismo” (3), que propone una mirada en la cual sin llegar al extremo de personalizar al planeta o a la naturaleza o sus elementos (4), sí se reclama la atención sobre la necesidad de dejar de ubicar a la naturaleza y sus elementos (entre ellos, obviamente, los animales) como meras “cosas” (entendidas tradicionalmente como objetos materiales susceptibles de valor económico, conforme al artículo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015, que en ello siguiera la línea conceptual del anterior artículo 2.311 del Código de Vélez), o su afectación como mero supuesto de hecho de una norma jurídica, para requerir mecanismos efectivos de tutela que resguarden su integridad.

Como fuere, lo cierto es que vinculado —filosóficamente— con estos nuevos posicionamientos, y en un enfoque que lleva parte de ellos a supuestos quizás extremos, se registra ya desde hace algunas décadas una corriente de opinión que alude a “los derechos de los animales no humanos” (5) y, yendo incluso un paso más allá, proponiendo su reconocimiento como “personas no humanas”, estimándolos ju-

ricamente no sólo ya como meros objetos de tutela, sino como portadores en sí mismos de ciertos derechos (en realidad, aun en sus proyecciones más extremas, tales postulados en ningún caso aluden a una equiparación total de aptitud jurídica en orden a la portación de derechos y obligaciones entre los seres humanos y los animales), que se subjetivizan en esa novedosa categoría.

En algún supuesto, (6) se llega a postular que es necesario jurídicamente abandonar “el paradigma antropocéntrico” para empezar a transitar “el paradigma sensocéntrico”, vale decir, calificar a la persona no por su rango de humanidad sino por su aptitud para sentir.

De alguna manera, una reciente reforma del Código Civil francés (de enero de 2015) consagra no tal pauta conforme lo reseñado, pero sí la categoría de “seres sintientes” respecto de los cuales las personas (humanas) tienen determinados deberes de cuidado y consideración.

II. La personificación de los animales. Voces en pro de su consideración

Se suele identificar en la década de los ‘70 del siglo pasado el inicio de las investigaciones sobre la materia (7), mencionándose entre determinados hitos relevantes las opiniones de Peter Singer (8) y de Tom Regan (9); el primero de ellos, australiano, y el segundo, estadounidense, que desde la ética son quizás los pioneros en la iniciativa de la construcción de una teoría de los derechos de los animales, tomando —a partir de la obra de Jeremy Bentham— la propuesta de igualdad de todos los seres animados (humanos o no) conforme a la comprobada “capacidad de sufrimiento”, que es la que justifica el derecho a una igual consideración.

Más acá en el tiempo, se alude a los trabajos de Gary Francione (jurista esta-

dounidense y creador del “Rutger Animals Rights Centre”) (10), que desde el abolicionismo, al igual que el brasileño Herón José de Santana Gordilho, autor de la obra “Abolicionismo Animal” (11), y del prestigioso abogado también estadounidense Steven Wise, quien trabajó incluso apoyado en análisis de filmaciones del comportamiento de grandes simios, en una elaboración de una estrategia jurídica de su defensa, sumaron sus voces en pro del reconocimiento de la personalidad de ciertas especies animales “no humanas” de alguna manera más evolucionadas. En similar línea de pensamiento se registra el punto de vista de Christopher Stone (12), quien postula que los animales y el medio ambiente deben tener legitimidad para defender sus derechos a través de representantes humanos” (13).

En doctrina nacional —argentina— son varias las voces que se hacen oír postulando el reconocimiento de la categoría de sujetos de derechos o personas no humanas a los animales (o, en algunos casos, a determinada categoría de ellos). Una de las más paradigmáticas es la del ex Ministro de la Corte Federal, Dr. Eugenio Raul Zaffaroni, quien tanto en su obra “Derecho Penal - Parte General” (14) como en “La Pachamama y lo humano” (15), declara que “...a nuestro juicio, el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es necesario reconocerle el carácter de sujeto de derecho”. Asimismo, también (y entre otros) se han pronunciado en sustento de similar tesis calificadas pareceres como el de Andrés D’Alessio (16) Daniel Sabsay (17); así como las voces de otros que siguen similar tesis, como Pablo Buompadre (18); Valeria Berros (19); Carina Guy (20), Valerio Pocar (21) y Paola Dubokovic (22), entre otros.

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas

Edgardo I. Saux 1

NOTA A FALLO. La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca. Principio de congruencia e imperatividad de los presupuestos mínimos de protección ambiental

José A. Esain 6

Explotación minera y la cuestión ambiental

Graciela M. Testa 6

JURISPRUDENCIA

MINERÍA. Estudio de impacto ambiental en forma condicionada. Improcedencia. Resolución de objeciones y observaciones formuladas por la autoridad administrativa. Requisito para el comienzo de la explotación. Protección del ambiente (CS) 5

OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA. Cumplimiento de la obligación en la moneda pactada. Condición esencial del convenio. Normas supletorias en el Código Civil y Comercial (CNCiv.) 11

BIEN DE FAMILIA. Desafectación del inmueble del régimen de bien de familia. Existencia de otro bien afectado. Contravención a la normativa del Código Civil y Comercial (CNCCom.) 12

Personificación de los animales

● VIENE DE TAPA

Aun sin plantear el controversial tema de la personificación de los animales, es cierto que tanto a nivel internacional como local (argentino) existe una importante constelación de documentos vinculados a la protección de los animales, tales como la Declaración Universal de los Derechos de los Animales aprobada por la UNESCO en setiembre de 1977 y por la ONU en 1978; la Constitución Europea resultante del Tratado de Roma del 29 de octubre de 2004 (art. III.121); el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea según el Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007; la Directiva 93/119/CE del 22 de diciembre de 1993 relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza; la Directiva 95/29/CE del 29 de junio de 1995 sobre la Protección de animales durante el transporte; la Directiva 2003/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea del 22 de julio de 2003 relativa a la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos; etc. Y a nivel local, la vieja ley 2786 de 1891 de protección de los animales y su actualización por ley 14.346 del año 1954 marcan un contexto tuitivo importante (aunque objetado por muchos sostenedores de la aludi-

da personificación); la ley 20.378 y el dec. 4827/1973 sobre Inscripción de Caballos de Pura Sangre; la ley 22.939 de Marcas y Señales de los Ganados y de la especie porcina; la ley 22.421 de protección de la fauna silvestre; la ley 24.572 (1996) de Patentes de Invención y la ley 24.481 y su decreto reglamentario 590/95, cuyo artículo 6º inc. “g” excluye el patentamiento de la materia viva en las condiciones preexistentes en la naturaleza o de la materia viva modificada con la salvedad de los microorganismos, etc. (23).

Existen también en el mundo importantes organizaciones no gubernamentales vinculadas a la temática de la protección y reconocimiento de los derechos de los animales (de hecho, la autonomía del denominado “Derecho animal”, como rama de la ciencia jurídica que tiene por objeto el reconocimiento del estatus jurídico de los mismos y de sus derechos como seres vivos y “sintientes” es propiciado desde la dogmática (24)), tales como la ONG “Gran Simio” (“Great Ape Project”, conocida por sus siglas GAP), con sede en España, o la ONG estadounidense “Non-human Rights Project”, promotoras de reclamos judiciales en pro de sus postulados tuitivos.

A nivel jurisprudencial, y sin perjuicio de planteos vinculados al reconocimiento de ese rango de “personas no humanas” en favor de determinados animales “no humanos” (en especial, chimpancés, gorilas, orangutanes o grandes simios en cautiverio, sobre quienes se pone el acen-

to con la existencia de muchos puntos comunes con la especie humana), como los que se menciona que existen, a la fecha, en la justicia cordobesa, correntina, riogrinateña, santiagueña y entrerriana (25), hay quizás [en nuestra experiencia nacional, sin computar entre otros el conocido caso brasileño del chimpancé llamado “Suiza”, alojado en el zoológico de San Salvador de Bahía, del año 2005 (26)], al menos dos casos paradigmáticos, en los cuales los pronunciamientos finales fueron en favor de este enfoque que analizamos, vale decir, el del reconocimiento de la personalidad “no humana” en favor de primates sometidos a privación de su libertad en zoológicos.

En el caso —de vasto conocimiento público, al menos en el ámbito jurídico— del recurso de hábeas corpus interpuesto por AFADA (27) en favor de la *orangutana* de Sumatra (28) llamada “Sandra”, de 29 años de edad, y alojada en el Zoológico de la ciudad de Buenos Aires, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal de nuestro país, en fecha 18 de diciembre de 2014, se expidió en sentido favorable al requerimiento de los actores, reconociendo al simio el rango de “sujeto de derecho no humano” o “persona no humana”, teniendo entre esos derechos el de la libertad ambulatoria y estando habilitada por ello (obviamente, a través de la entidad que acciona en su interés) para promover el hábeas corpus en cuestión (29).

Como consecuencia de tal decisión, fue luego promovida ante el órgano jurisdic-

cional competente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (30), y por los mismos actores (AFADA, con patrocinio de Andrés Gil Domínguez) una acción de amparo en favor de “Sandra”, reclamando que a partir de ese reconocimiento judicial firme de su rango de “persona no humana”, y por ende titular de derechos (entre ellos, el de la libertad), se la “libere” del cautiverio en el cual se encuentra en una jaula del Zoológico de Palermo en la ciudad de Buenos Aires, y se la reubique en un santuario “acorde a su especie donde pueda desarrollar su vida en real estado de bienestar, que será determinado por un evaluador experto en la materia”. Tal reclamo fue resuelto favorablemente en fecha 21 de octubre de 2015 (31), reconociendo a la orangután “Sandra” como sujeto de derecho y prohibiendo el ejercicio abusivo de los derechos de sus responsables (el concesionario del Zoológico de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); disponiendo a su vez el juez actuante que determinados expertos (dos de ellos “amicus curiae”) elaboren un informe vinculante disponiendo qué medidas deberían adoptarse en favor del animal en cuestión, debiendo ellas garantizar a la misma “las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas”. Dentro de los fundamentos del decisorio se menciona que esa calificación de la mona como “persona no humana” —y, en consecuencia, como sujeto de derechos— no debe llevar a la afirmación apresurada y descontextualizada de que Sandra entonces es titular de los derechos de las

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GUY, Carina, GUY, en un interesante trabajo titulado “El status jurídico de los animales no humanos. La ley 14.346 que pretende su protección”, publicado en la *Revista del Foro de Práctica Profesional del Colegio de Abogados de Santa Fe*, Edición especial en honor al Dr. Carlos Santiago Fayt, Santa Fe, 2.015, pag. 143 y ss., alude a que “...se conoce como antropocentrismo a la doctrina que en el plano de la epistemología sitúa al ser humano como medida de todas las cosas, y en lael de la ética defiende que los intereses de los seres humanos son aquellos que deben recibir atención moral por encima de cualquier otra cosa”.

(2) BENJAMIN, Antonio Herman, el prestigioso jurista brasileño especializado en Derecho Ambiental, en su trabajo titulado “¿Derechos de la naturaleza?”, incluido en la obra colectiva *Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI*, editada en homenaje a Roberto Lopez Cabana (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 31 y ss.), recuerda al respecto la obra de STONE, Christopher, “Earth and the other ethics. The case of moral pluralism”, Ed. Harper & Row, N. York, 1987, ps. 84/89.

(3) LORENZETTI, Ricardo L., en el prefacio de su obra “Teoría del derecho ambiental” recuerda que la historia jurídica de Occidente se ha construido sobre la base de la propiedad y la persona...y que al día de hoy se requiere como objeto de tutela otro elemento diferente: el ambiente”. En su lúcida mirada, “...los bienes ambientales no son un mero supuesto de hecho pasivo de la norma” (aun cuando, verdad sea dicha, esa mirada geocentrista no conlleve “personalizar” al ambiente a tutelar, sino relativizar el protagonismo del ser humano como actor de las relaciones jurídicas, propiciando protección a elementos de la naturaleza, y a la naturaleza misma con independencia de su utilidad concreta y actual para el hombre, y sí más bien con miras a la indispensable conservación de esos recursos para las generaciones futuras).

(4) Criterio no sólo sostenido en los días que discurren por importante doctrina y por jurisprudencia a la que haremos alusión al menos en su proyección local, que ha tenido consagración normativa nada menos que de rango constitucional en algunos países de Latinoamérica. Así, la Constitución de Ecuador de 2008, más allá de reconocer en su preámbulo las raíces milenarias del pueblo y “celebrar la naturaleza, la *Pachamama*, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”, consagra un capítulo en su articulado (el Séptimo), que tiene por título “Derechos de la Natura-

leza”, y que comienza con la siguiente preceptiva: “La naturaleza o *Pachamama*, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” (art. 71). La Constitución de Bolivia, por su parte, en su Preámbulo califica como “sagrada” a la “Madre Tierra” y afirma la “fortaleza de la *Pachamama*”, texto que se complementa con la ley 71 del año 2010 que regula “los derechos de la Madre Tierra” y con la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (ley 300 del año 2012). (Para mayor ilustración consultar el trabajo de BERROS, Valeria, titulado “Porque tienen derecho a existir: una introducción al debate ético sobre el derecho de los animales no humanos”, en la obra colectiva “Derecho ambiental - Dimensión social”, dirigida por Néstor Cafferatta y coordinada por Silvana Terzi, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 83 y ss.).

(5) La referencia, quizás no desafortunada, agrega a la sustantivación de “animales” la adjetivación de aquellos que no son seres humanos, asumiendo, como es correcto, que los humanos somos una especie animal, probablemente más evolucionada según los criterios darwinistas, pero integrantes del género. Y, especialmente dentro de ellos, se pone el énfasis en especies que evidencian aptitudes intelectivas, sensoriales, comunicacionales y hasta sensitivas o emocionales (como los grandes simios, los delfines, los perros, los caballos y algunos mas).

(6) BUOMPADRE, Pablo, “de Suiza a Sandra. Un camino hacia el reconocimiento de derechos básicos fundamentales de los animales no humanos. Los animales como sujetos de derecho”, LA LEY, suplemento de Derecho Ambiental del 29/4/15, cita *on line* AR/DOC/1311/2015.

(7) Recomendamos la importante reseña de doctrina comparada que ofrece el trabajo de BERROS, Valeria, ya citado *supra*, ps. 90 y ss.

(8) “Libération animale ou droits des animaux?” en la obra de AFEISSA, H.S. - VILMER, Jeangéne, “Philosophie animale. Différence, responsabilité, communauté”, Librairie Philosophique Vrin, 1975, Paris, France.

(9) “The moral basis of vegetarianism”, en *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. V, nº 2, October 1975; y del mismo autor: “The case for animal rights”, University of California Press, California, USA (1983).

(10) Ver “Animals property and legal welfarism”, 46 Rutgers I, Rev. 1981.

(11) DE SANTANA GORDILHO, Herón José, “Abolicionismo animal”, Evolução Editora, SP, Brasil, 2009. Trabajo analizado por SABSAY, Daniel, en su artículo “Los derechos de las personas no humanas”, LA LEY, suplemento de Derecho Ambiental, 29/4/15, cita *on line* AR/DOC/1315/2015.

(12) “¿Should trees have standing? Toward legal rights for Nature Objects”, 45 S Cal. L Rev. 450.

(13) Ver al respecto el análisis de sus puntos de vista en BUOMPADRE, Pablo, “De Suiza a Sandra. Un camino hacia el reconocimiento de derechos básicos fundamentales de los animales no humanos. Los animales como sujetos de derecho”, op.cit.

(14) Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 439.

(15) Ed. Colihue, Buenos Aires, 2011, ps. 54 y ss.

(16) En su obra “Código Penal de la Nación comentado y anotado”, 2ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 253, el prestigioso penalista expresa que “...cabe destacar que del análisis de la normativa aquí comentada parece desprenderse que la voluntad legislativa habría sido la de reconocer que los animales podrían ser sujetos de derecho”.

(17) “Los derechos de las personas no humanas”, op.cit.

(18) “De Suiza a Sandra. Un camino hacia el reconocimiento de derechos básicos fundamentales de los animales no humanos. Los animales como sujetos de derecho”, op.cit.

(19) “Porque tienen derecho a existir: una introducción al debate ético sobre el derecho de los animales no humanos”, op.cit.

(20) “El *status* jurídico de los animales no humanos. La ley 14.346 que ‘pretende’ su protección”, op.cit.

(21) “Los animales no humanos. Por una sociología de los derechos”, Ed. Ad-Hoc, 1ª edición, 2013.

(22) “Los caballos también sienten”, en LA LEY Suplemento de Derecho Ambiental del 29/4/15, cita *on line* AR/DOC/1312/2015.

(23) Para una mayor aproximación a los datos referenciados, ver GALDÓS, Jorge Mario, “Responsabilidad por daños causados por animales”, trabajo inédito vinculado al “Código Civil y de Comercio” dirigido por Atilio Alterini y Carlos Hernández, que no llegó a publicarse.

(24) Ver, entre otros, ARRIBAS, Anna Mulá (asesora de la fundación Franz Weber y Vocal de la Comisión de los derechos de los animales del Colegio de Abogados de Barcelona, España, y profesora del Máster en Derecho Animal y Sociedad de la Universidad Autónoma de Barcelona), “Derechos de los animales

y Derecho Animal”, LA LEY, suplemento de Derecho Ambiental del 29/4/15, cita *on line* AR/DOC/1314/2015. Ella pone de resalto que la disciplina, actualmente, se enseña en más de 100 universidades en todo el mundo, y propone su reconocimiento constitucional (como ya sucede en países como Austria, Suiza, Alemania y Luxemburgo), seguida de una reglamentación legislativa consecuente eficaz.

(25) En los casos de Santiago del Estero, Concordia (Entre Ríos) y Corrientes, se trata de hábeas corpus interpuestos por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) en favor de chimpancés alojados en zoológicos, invocando su derecho a la vida, a la libertad y reclamando que sean destinados a santuarios donde puedan recuperar su hábitat natural.

(26) Ver BUOMPADRE, Pablo N., “De Suiza a Sandra - Un camino hacia el reconocimiento de derechos básicos fundamentales de los animales no humanos. Los animales como sujetos de derecho”, op.cit.

(27) La acción fue promovida por su presidente, Dr. Pablo N. Buompadre, patrocinado por el Dr. Andrés Gil Domínguez.

(28) Como lo señala con acierto Sebastián Picasso en una publicación crítica de la decisión (“Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, LA LEY, del 16 de abril de 2015, cita *on line* AR/DOC/1144/2015) —a la cual haremos reiterada alusión “infra” por coincidir conceptualmente con sus postulados y por la profundidad de sus fundamentos— en propiedad no debería aludirse a “orangutana”, sino a “una orangután”, ya que según el Diccionario de la Real Academia Española, la expresión sólo admite la forma masculina.

(29) En uno de sus fundamentos, el citado pronunciamiento expresa de manera textual: “...a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocer al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”.

(30) Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nº 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(31) Causa caratulada “Asociación de Funcionarios y Abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA s/amparo”, expte. A2174-2015/0.

personas humanas”, ya que “...ello de ningún modo es trasladable”. Sí la referencia como “ser sintiente”, y declara que “...el reconocimiento de Sandra como ‘persona no humana’ incorpora una categorización que no cambia la existente en el Código Civil entre bienes y personas, puntualizando que “ningún ser viviente debe ser tratado como una cosa”.

Más acá en el tiempo, en fecha 25 de noviembre de 2015, la Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa “Incidente de apelación en autos G.B.R. s/Infracción ley 14.346” (32), toca otra vez la temática, y aun admitiendo la viabilidad de calificar a los animales como personas no humanas, o sujetos de derechos, hace una relevante salvedad. En sus propias palabras, “...la categorización de los animales como sujetos de derechos no significa que éstos son titulares de los mismos derechos que poseen los seres humanos, sino que se trata de reconocerles sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y su dignidad de ‘ser sintiente’” (33).

III. Los criterios opuestos

Va de suyo que este reconocimiento, a nivel jurídico, de la existencia de las denominadas “personas no humanas” no es pacífico; y me atrevería a sostener que en doctrina nacional, (34) y aun comparada, es hasta minoritario.

Sin pretender más que simple y elementalmente sobrevolar el basilar tema de la personalidad como institución jurídica (que lo es), podemos principiar por traer a referencia las consideraciones de Kant en su “Metafísica de las costumbres” (35), que aparecen compartidas contemporáneamente nada menos que por el desaparecido maestro Norberto Bobbio (36), cuando al calificar conceptualmente a la relación jurídica, exige que la misma exista entre “dos arbitrios”; y no entre el arbitrio de uno y el simple deseo del otro. Como lo ilustra el insigne jurista prusiano, hay cuatro tipos posibles de relación de un sujeto con otros: 1) La relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que tiene sólo derechos y ningún deber (Dios); 2) La relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que sólo tiene deberes y ningún derecho (el esclavo); 3) La relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que no tiene derechos ni deberes (el animal, las cosas inanimadas); y 4) La relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que también tiene derechos y deberes (el hombre). De las cuatro, sólo la última sería una relación jurídica.

{ NOTAS }

(32) El contexto fáctico del decisorio se vincula con la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia que archivara las actuaciones contravencionales promovidas contra una persona del sexo femenino declarando su inimputabilidad ante la acusación de maltrato animal a nada menos que sesenta y ocho perros que tenía en el interior de su domicilio, y mandara proceder a la donación de los canes para resguardar su supervivencia y el cese de los malos tratos y malas condiciones de salud e higiene a las que estaban sometidos por su dueña. La Sala concluye manteniendo la donación de los animales en cuestión en salvaguarda de su integridad y supervivencia.

(33) El fallo es anotado por MUÑIZ, Carlos MUÑIZ (en “Los animales ante la ley. - dDe objetos y sujetos”, LLLA LEY diario del 29/2/16, cita on line AR/DOC/594/2016). En la nota se expresa que los animales, de acuerdo a la legislación civil vigente en la Argentina, son cosas y no personas, y que en el tema resuelto se presenta un conflicto de derechos entre la protección de la propiedad privada y el interés de orden público que fundamenta la preservación de los

Esa relación jurídica, que por ende sólo es predicable entre “personas” (seres portadores de derechos y obligaciones, o “centros de imputación de normas”, en el ascético decir de Kelsen), implica consensuar, precisamente, esa noción estructural. Como lo recuerda Castán Tobeñas (37), el sustantivo latino “personae” se derivó del verbo “persono” (de “per” y “sono”, sonar mucho, resonar), designándose con dicho sustantivo la máscara o careta que usaban los actores y que servía al mismo tiempo para caracterizarse y para resonar la voz. “...Por una serie de transposiciones se aplicó la palabra persona al actor, y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir, los hombres considerados como sujetos de derecho”.

Pero esa persona “...no es sólo sujeto de derecho, sino también de obligaciones (deberes y responsabilidades)...”, siendo en el Derecho moderno “...un principio fundamental que todo hombre es persona”, y que fuera de esa asignación jurídica, se permite su reconocimiento “...a las colectividades u organizaciones constituidas por los hombres”, lo cual hiciera decir a De Castro y Bravo —coincidentalmente con los postulados de Ferrara en sus enjundiosos trabajos sobre la persona jurídica— que la personalidad es un atributo esencial de todo ser humano, por su condición de ser racional, y que translaticamente, y en su caso, puede ser reconocida a organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica (38).

Coincidentemente con tales postulados, sostenía Karl Larenz (39) que a la pregunta de ¿Quién es capaz de ser portador activo o pasivo de la relación jurídica?, de ¿Quién es capaz de derechos y deberes?, o de ¿Quién tiene personalidad en sentido jurídico? la respuesta es la de que “...es sujeto de derechos, es persona en sentido jurídico, el que puede tener derechos y obligaciones, el que tenga capacidad jurídica”. Esa capacidad jurídica, como atributo fundante de la personalidad (con lo cual coincidimos plenamente), “...corresponde al ser humano, a todo ser humano”, y puede además “asignarse a determinadas organizaciones para alcanzar fines humanos: las denominadas personas jurídicas”.

En la misma línea conceptual se expresa —entre muchos otros— José Javier Hualde Sánchez (40), al mencionar que es cualidad inherente a la persona humana el tener capacidad jurídica, y que “...la equiparación entre persona y capacidad jurídica o, si se prefiere, la tecnificación del concepto de persona, hace posible que el Derecho considere personas a ciertas organizaciones sociales a las que atribuye

una personalidad jurídica independiente de los miembros que las componen”, generando la clásica distinción entre “personas naturales” (a las que, entre nosotros, el Código Civil y Comercial denomina ahora “personas humanas”) y “personas jurídicas”. Agrega que mientras que la personalidad de la persona física deriva de su mera existencia y no está en manos del legislador atribuirle o no al hombre o a determinadas categorías de hombres, el reconocimiento de la personalidad de las personas jurídicas es una concesión del ordenamiento jurídico que igual podría haberseles negado sin vulnerar ningún principio de justicia (cita la opinión coincidente en ello de Puig i Ferriol). En el derecho español contemporáneo, los más calificados juristas (41) transitan esa línea de pensamiento, señalando que “son personas, en primer lugar y por antonomasia, todos los seres humanos, hombres o mujeres”, por lo cual “...todo hombre es sujeto de derechos”, habiendo sido suprimidas ya hace siglos las instituciones de la esclavitud y la muerte civil que distorsionaban para premisa. Como lo exige la Declaración Universal de los derechos humanos (ONU, 1948, art. 6º) “...todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, lo que implica “ser reconocido como persona ante el Derecho”, o “as a person before the law”, en su expresión anglosajona.

“Frente a las personas —incluidas, translaticamente, las jurídicas— que son los únicos posibles sujetos de derechos, los demás entes tienen para el derecho la condición de objeto; medios, por tanto, o instrumentos ordenados a la satisfacción de necesidades e intereses humanos. Un animal, una cosa, por más que puedan mejorar o aumentar merced al disfrute o a la adición de otros bienes, nunca serán sujetos de derechos, ni, por tanto, capaces de ser portadores de ellos” (42).

En doctrina nacional —y permítasenos, sólo por razones de brevedad indefectible, aludir sólo a algunos criterios paradigmáticos— también ese es el concepto que prevalece, consignando por caso Guillermo Borda (43) que “...la persona natural es el hombre..., entendido como ‘persona’ en su proyección plena e integral, aunque el derecho sólo se ocupe de él en tanto sujeto de derechos y deberes jurídicos”. Julio C. Rivera (44), luego de pasar revista a las divergencias conceptuales respecto de la noción de persona como titular de derechos y obligaciones entre los criterios positivistas y los jusnaturalistas, recuerda el principio del “personalismo ético” que informaba al Código Civil argentino vigente hasta 2015 (y que de alguna manera se ha reforzado en el actual Código Civil

y Comercial en vigencia desde agosto de ese año), señalando que del reconocimiento de que todo hombre es necesariamente persona y de que éste es un concepto anterior al de el derecho, se deriva que las nociones jurídicas de capacidad y personalidad son inescindibles, y que los atributos de la personalidad y los derechos personalísimos son elementos integrativos esenciales del concepto. Agrega que “los animales nunca son personas para el Derecho, son cosas, por cuanto son irracionales, de modo que su conducta nunca puede serles imputada”.

Jorge Joaquín Llambías (45), incluso unos años antes, proponía claramente algo similar, al decir que “...sólo el hombre es el protagonista y destinatario del Derecho. Por ello, en vano se pretenderá, aun hipotéticamente, conceder la personalidad a los animales o a los muertos”.

Jose W. Tobías, por su parte (46), expresa que en el derecho argentino un calificado sector de la doctrina (47), sin adscribirse a las teorías positivistas ni jusnaturalistas respecto del concepto de persona, sostiene que la persona es una categoría jurídica que requiere de un sustrato real —el hombre, individual o colectivo— y una cualidad jurídica que le es dada por el ordenamiento, lo que conforma “un contenido y una forma”. Agrega, aludiendo a las propuestas de personalización de seres que no son humanos (animales, vegetales y los muertos) que “...los mismos no tienen cabida en nuestro Derecho, y, en rigor, son incompatibles con la misma noción de Derecho, cuyo fin y razón de ser es el hombre” (48).

Vinculado a las proyecciones de aquel primer fallo prealudido relacionado al reconocimiento de “persona no humana” respecto de la orangután “Sandra”, hay al menos —entre otras— dos consideraciones validadas por el prestigio profesional de sus autores. Ricardo Guibourg (49) expresa con su habitual lucidez —y con un dejo de inteligente ironía, que le son características— que el viejo problema de los positivistas y los jusnaturalistas en orden a justificar las razones del reconocimiento del rango de persona a determinados entes (los seres humanos, las agrupaciones conformantes de personas jurídicas, algunas incluso “despersonalizadas”) y relacionadas al mero capital accionario, y a la finalidad altruista, como las fundaciones) y negarlo a otras (los esclavos, los muertos civiles, las cosas, los animales) fue abordado por Hans Kelsen con “una solución simple”: los humanos —dijo— no somos

CONTINÚA EN PÁGINA 4

animales frente a malos tratos de parte de seres humanos; concluyendo en que “...sin recurrir al complicado e innecesario artificio de reconocer personalidad a los animales, la cuestión podría haberse resuelto en el mismo sentido.... privilegiando este último interés por sobre la propiedad privada, sobre la base de pautas comunes de razonabilidad en la interpretación del ordenamiento jurídico”.

(34) Periódicamente —v. “Personas no humanas (II) en *ambitojuridico.com*, *lanacion.com.ar* y *decisions.courts.state.ny.us*— se alude a que mientras la justicia argentina se expedía viabilizando el hábeas corpus en favor de la orangután Sandra declarando su *status* de “persona no humana”, la del Estado de N. York en los EE.UU. le negaba a un chimpancé denominado “Tommy” su pretendido derecho a ser considerado como una persona y, por ende, a vivir en libertad, declarando que “un chimpancé no es una persona sujeta a los derechos y las protecciones que ofrece el recurso de hábeas corpus”.

(35) “Metafísica dei costumi”, Torino, Ed. Utet, 1956, p. 407

(36) “Teoría general del Derecho”, Ed. Debate, Madrid, 1ª edición, 1991, p. 27.

(37) CASTÁN TOBEÑAS, José, “Derecho Civil español, común y foral”, reimpresión de la 14ª edición puesta al día por José Luis de los Mozos, Ed. Reus, Madrid, 1.987, t. I, vol. II, p. 114.

(38) De CASTRO y BRAVO, Federico, “Derecho Civil de España”, t. II, vol. I, p. 30.

(39) “Tratado de Derecho Civil”, vol. I, Parte General, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 121.

(40) Ver de su autoría el Capítulo V en la obra compartida con PUIG i FERRIOL, Lluís - GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen - RODRIGUEZ, Jacinto Gil, y el mencionado HUALDE SÁNCHEZ, titulada “Manual de Derecho Civil - Introducción y derecho de las personas”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, t. I, p. 108.

(41) Podemos también traer a cita a LACRUZ BERDEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús - RIVERO SÁNCHEZ, Francis-

co, en su obra colectiva “Parte General del Derecho Civil”, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1990, vol. segundo, “Personas”, ps. 9 y ss.

(42) Conf. autores y obra mencionados en cita precedente, p. 10.

(43) “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 13ª edición actualizada por Guillermo J. Borda, t. I, p. 243.

(44) “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 319.

(45) “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 248.

(46) “Derecho de las personas”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 5.

(47) Menciona entre ellos a Alberto Bueres, Santos Cifuentes, Alberto Gaspar Spota y Jose Maria López Olaciregui.

(48) Expresa allí los criterios coincidentes con tal postulado de autores como Lacruz Berdejo en España y Malaurie, Aynes, Terre y Fenouillet en Francia.

(49) “Personas, simios y otras abstracciones”, LA LEY, 2014-F, 1251.

● VIENE DE PÁGINA 3

personas, tenemos “persona” en la medida en que las normas nos asignan derechos y obligaciones, así como los actores del teatro antiguo usaban una máscara (llamada *persona*) para indicar el papel que la obra les encomendaba. Agrega Guibourg: “imaginemos un traje de buzo, hecho de material jurídico, que cada uno tiene para sí. Desde dentro del traje nos movemos y es el movimiento que imprimimos al traje lo que opera hechos y actos legales o ilegales. Si nos despojamos del traje y se lo prestamos a otro individuo, él será quien actúe pero lo hará desde nuestra persona, en nuestro nombre: eso sucede cuando otorgamos un poder, o cuando una sociedad elige a sus directivos...” (50).

El destacado jusfilósofo bajo cita asume que si se aceptan esos postulados kelsenianos, “todo se ve más fácil”, y la atribución de la personalidad deja de ser un tema antropológico o zoológico, o relacionado a rangos de inteligencia o sensibilidad, y pasa a ser una cuestión puramente jurídica o política: ¿a qué ente, humanos, animales, inanimados, abstractos o aun imaginarios queremos atribuir derechos u obligaciones? ¿Y, en su caso, qué derechos y qué obligaciones les atribuiremos? (51)

Concluye Guibourg sosteniendo que “nuestra sociedad está enferma de retórica”, y que preferimos “no hablar de deberes y obligaciones”, sino de derechos, y en ese pretense otorgamiento de derechos generamos “capas de abstracciones”, “que incluyen el concepto de persona, y acaso también el de derechos humanos”. Alude —irónicamente— que “podríamos advertir que los chimpancés son personas, porque se parecen bastante a nosotros, pero no resultaría difícil explicar cómo, cuándo y por qué descubrimos que nosotros éramos personas (incluso los enemigos, los vencidos, las mujeres, los indios y los negros, que fueron aceptados a regañadientes en diversas épocas)...”.

Por su parte, otro lúcido jurista, Sebastián Picasso (52), formula una crítica fundada al reconocimiento de personalidad a los animales, la cual quien suscribe comparte integralmente.

En algunas de sus muchas consideraciones resalta Picasso que la historia ha conocido la personificación de los animales —fenómeno no sólo empleado por Disney, y con marcado éxito comercial—, recordando entre otros episodios —al que, con Guibourg, podríamos agregar el nombramiento como Senador hecho por el Emperador Calígula en favor de su caballo— la excomunión decretada por la Iglesia Católica en el medioevo respecto de sanguijuelas, ratas y otras plagas.

Obviamente que en el derecho moderno esa personalización no se busca para castigarlos, sino, al contrario, para protegerlos (fundamentalmente, del accionar del hombre, claramente el más cruel de

los animales), pero ello igualmente confronta con el rango que a ellos les otorga el derecho positivo nacional —singularmente el Código Civil de Vélez, vigente al tiempo de publicarse su trabajo, como el Código Civil y Comercial de la Nación vigente en estos días, que ha seguido la misma línea, y respecto del cual Picasso hace alusión a normas explícitas sobre el tema, como entre otras las de los arts. 227, 464 inc. “f”, 465 inc. “i”, 1759 y varios más—, que es el de “cosas” y no el de “personas”, con lo cual los animales (cualquiera sea su especie o grado evolutivo) no son “sujetos” sino “objeto” de derechos.

Critica con fundamentos el punto de vista de Zaffaroni que a partir de la normativa protectoria contra el maltrato animal, postula reconocer su personalidad, cuando en realidad lo que se sanciona es conducta humana cruel o no compasiva para con aquéllos. Y se pregunta (Picasso): si los animales son personas, ¿quiénes son sus representantes? ¿cuál es su patrimonio? ¿cómo se concilia ese rango con el reconocimiento legal de que puedan ser vendidos, comprados, alquilados, cazados, encerrados, comidos, o utilizados para experimentación científica?

Se pregunta también Picasso —y con tino— cuál debería ser la pauta delimitativa para reconocer personalidad o no a los distintos componentes de lo que Borges llamaba “la desatinada variedad del reino animal”: ¿Serían personas tanto la ameba como el mono, la pulga como el elefante? ¿Pasaría entonces a ser ilícito aplastar un mosquito o fumigar contra plagas? Además —reflexiona— si los animales fueran personas, serían al mismo tiempo sujetos y objeto de derechos —hasta el de propiedad, reconocido universalmente con relación a muchos de ellos—y debería prohibirse matarlos para que el hombre se alimente, con lo cual pasaríamos todos a ser vegetarianos (53). Y, además, recuerda —también con acierto— que el reconocimiento de personalidad no presupone sólo el ejercicio de derechos, sino también el cumplimiento de obligaciones, siendo del todo imposible pretender esto último respecto de los animales (54).

Concluye poniendo de resalto la modificación operada el 16 de febrero de 2015 al Código Civil francés (introduciendo el nuevo artículo 515-14 que dispone que ... “los animales son seres vivientes dotados de sensibilidad. Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de los bienes”, agregándose modificaciones a otras normas del mismo Código que tienden a señalar, en cada caso, que los animales no son “cosas”, aunque mantengan su situación relacionada al régimen general de los bienes. Personalmente, nos ocuparemos del tema *infra*, ya que entendemos que quizás por allí discurra el camino más razonable para elucidar el tema.

Y finalmente se pregunta —y lo compartimos—: Personificar a los animales, ¿no es precisamente poner al hombre en el

centro del mundo y erigirlo en amo de la naturaleza? ¿no es una ilusión narcisista? ¿por qué no pensar en cambio que respetarlos implica dejarlos en paz lo más que se pueda y evitar la crueldad innecesaria para con ellos, en vez de hacerlos involuntarios actores en el teatro del Derecho humano? Irrefutable.

IV. Opinión personal conclusiva

La epistemología, como rama de la filosofía, se propone estudiar lo que es la ciencia, sus posibilidades y límites (55). La epistemología jurídica, por ende, lo hace con relación a la ciencia jurídica, y ese laboreo requiere una metodología de investigación en la cual lo conceptual pasa a ser basal. Digo, con ello, que los conceptos estructurales de la ciencia jurídica son elementos indispensables para la ulterior construcción del edificio que la alberga.

No es éste el lugar ni el tiempo para abordar los ricos matices que propone el concepto jurídico de “persona”, pero sí quizás, si hablamos de la perspectiva de declarar “personas” a los animales, o a determinada categoría de ellos, debemos consensuar su significado, que es propio del Derecho y diferente del significado vulgar del concepto en la lengua coloquial (en la cual “persona” equivale a “individuo” o “ser humano”).

“Persona” es un concepto jurídico, no biológico ni zoológico ni antropológico. Hay una larga evolución hasta su consolidación actual —cimentada en una infraestructura constitucional-convencional internacional que a partir de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas luego de la Segunda Guerra Mundial quizás ya no admite debates en orden a su correlación con el ser humano en cualquier situación, condición o circunstancia—. Recordábamos al comienzo de estas digresiones la calificada voz de Immanuel Kant, para quien toda relación jurídica (como otro concepto basal de la ciencia del Derecho) sólo es pensable en tanto vincule dos arbitrios, nacidos de sujetos de derecho que tienen derechos y obligaciones. Y, hasta aquí, estamos persuadidos de que sólo el hombre (o determinadas agrupaciones de hombres que persiguen intereses comunes con proyecciones jurídicas, conformando las personas de ese singular rango) reúne tales calidades.

En tal sentido, asistía algo de razón a Hans Kelsen, y lo propio sucede entre nosotros —y entre otros— con Ricardo Guibourg (56), cuando pregonan que el concepto jurídico de “persona” de alguna manera es una abstracción, pero —agregamos nosotros, con inmodesta osadía— una abstracción no arbitraria, sino valorativa. La historia nos muestra la existencia de seres humanos no personificados durante siglos (los esclavos, los muertos civiles, los desterrados y, en los hechos, grupos humanos vulnerables que aun reconocidos como personas normativamente no lo eran o no lo son en su realidad vivencial, como lo fueron los indios, las mujeres, los negros, los vencidos en las guerras, los desplazados territorialmen-

te, los judíos en la Alemania nazi, y tantos más); y, a cambio, de personas sin soporte biológico (las personas jurídicas, en las cuales según su naturaleza prima en ciertos supuestos el elemento subjetivo plural, como en una sociedad de hecho o irregular, en otras el elemento finalístico de bien común, como en una fundación o, incluso en otras, el puro elemento patrimonial, como en la sociedad anónima unipersonal, así diseñada en el Código Civil y Comercial argentino).

Ergo: la noción de persona a nivel ontológico admite dos vertientes. Una está relacionada al concepto de “humanidad” (no como un colectivo, sino como correlación con un ejemplar de la especie humana), correlato inexorable de la admisión de que el hombre es el protagonista esencial del derecho y el destinatario de sus preceptivas; la otra se vincula con la necesidad de “personificar” determinados entes (así lo expresaba el viejo artículo 30 del Código de Vélez al proponer una conceptualización que deliberadamente ha sido suprimida en el nuevo Código) que resulta imprescindible para movilizar en el vasto campo del Derecho los intereses de grupos de seres humanos de toda índole (los intereses), siempre que, va de suyo, se muevan en el campo de la licitud. Esta “personificación” de las personas jurídicas es, quizás, una de las mayores ficciones del Derecho, de la cuales está plagado (57).

Ahora bien, ello se inordina —al menos— con tres premisas: ante todo, que la “persona” es sujeto de derechos con aptitud para ser titular de ellos —como regla, salvo los casos excepcionales de incapacidades puntuales de derecho— y para ejercerlos por sí mismos (salvo los supuestos de incapacidad o limitación a la capacidad de ejercicio que la ley contempla, en intención tuitiva), lo cual equivale a concluir en que la capacidad es la manifestación más relevante de la personalidad.

Además de que no basta sólo con ser titular de derechos, sino que la persona es también titular de deberes jurídicos, que en ciertos casos —mayoritariamente— se singularizan como obligaciones a cumplir frente a otros, o frente a la comunidad.

Y en tercer lugar —diría el recordado Roberto López Cabana: “at least but not at last”— que el derecho debe reconocer personalidad como correlato jurídico de la admisión de su esencia biológica a todos los seres humanos, desde su gestación y hasta su muerte biológica o natural, cualquiera sea su condición. El reconocimiento o no de personería a otros entes colectivos es tema de conveniencia u oportunidad, o incluso de licitud o ilicitud, noción bipolar ajena a la esencia humana (no hay seres humanos “lícitos” e “ilícitos”, sino seres humanos que en ejercicio de su libertad asumen conductas “lícitas” o “ilícitas”).

La distinción filosófica entre jusnaturalistas y positivistas en orden al concepto (hemos aludido *infra*, brevemente, a la cuestión) no implica más que debatir sobre el fundamento por el cual el ser humano

{ NOTAS }

(50) Mas allá de lo llamativo de la metáfora, creemos que en realidad en el caso de los seres humanos, la personalidad como reconocimiento de su rol de sujeto de derechos y obligaciones es secuela inexorable del respeto a esa condición humana, en cualquiera de sus circunstancias (intrauterina, inconsciente, sostenida artificialmente en los últimos tramos de la vida, etc.), y por ende la mencionada transferencia sólo podría ser predicable respecto de determinados actos de contenido normalmente patrimonial, pero sería ajena a, por ejemplo, lo inherente a los atributos de la personalidad (salvo la capacidad de ejercicio, en los supuestos en los

cuales opera la representación) o los derechos personalísimos.

(51) Decididamente, y con respeto, no coincidimos con tal aserto. Postular que el reconocimiento de la personalidad es una cuestión de política o decisionismo normativo es no sólo riesgoso —la historia, y aun reciente, nos ilustra sobre las atrocidades cometidas a partir del mal empleo de tales proposiciones—, sino incluso contrario al reconocimiento jurídico a la dignidad de la persona, aquella que el artículo 51 del nuevo Código resguarda tan prioritaria como celosamente.

(52) “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, LALEY del 16 de abril de 2015, ps. 1 y ss., cita *on line* AR/DOC/1144/2015.

(53) Dice, risueñamente: *¿podría el cervatillo acudir a la tutela civil inhibitoria para evitar ser devorado por el león?*

(54) En orden a ello, recuerda Picasso que un sector —al que califica de francamente minoritario— de la doctrina francesa postula reconocer a los animales el rango de personas, pero sólo como titulares de ciertos derechos, y no vinculados a obligaciones (Margue-

neaud, Garnot, Piatti, Ringel, Putman, Daigueperse, etc.)

(55) Conf. ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, “Epistemología jurídica”, Edic. AVI - Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, Provincia de Santa Fe, 2010, p. 54.

(56) “Personas, simios y otras abstracciones”, *op. cit.*

(57) SAUX, Edgardo Ignacio, “Mitos y ficciones jurídicas. Valoración”, LALEY, del 15/11/2013, ps. 1 a 6.

—todo ser humano—, individual o colectivamente considerado, es dotado de personalidad.

Pero ese correlato biológico-jurídico, indestructible e indefectible, se relaciona con facetas propias de la condición humana, que es ajena al mundo animal “no humano”: la libertad y la voluntad. El derecho rige conductas, y las conductas son propias de las personas. Los animales se mueven por instintos, necesidades o hábitos, pero sus supuestas “conductas” no son judiciales.

Por ello, y como lo dijera Kant hace ya varios siglos, la persona es protagonista de las relaciones jurídicas, y la esencia humana es inherente a esa categoría conceptual.

Ahora bien, soy de la opinión de que la positiva consideración de la necesidad de tutela de la naturaleza en sí misma (como “recurso escaso”, según Lorenzetti) y de algunos de sus elementos (v.g., los animales), que generan nuevos postulados “geocentristas” como superación de los “antropocentristas” (según reseñáramos *supra*), no debería llevar a la distorsión de conceptos (jurídicos) a partir de los cuales el Derecho, tanto históricamente como ciencia, se ha elaborado.

Hay elementos naturales o materiales (el medio ambiente, sus partes y su interacción, el equilibrio cósmico, los animales, las plantas, los recursos naturales básicos no renovables, las cosas en cuanto sean susceptibles de apropiación o utilización racional por el hombre) que los nuevos tiempos requieren que sean protegidos como plataforma esencial de subsistencia del cosmos, del planeta y de todas las especies que lo habitan. Pero ello no los convierte en “sujetos” de derecho, sino en elementos que pueden ser integrativos de relaciones jurídicas (patrimoniales o extrapatrimoniales; es interesante al respecto como referencia no quizás directamente

aplicable al tema ahora abordado, pero sí como categoría jurídica novedosa, la del artículo 17 del CCyC, que reconoce derechos sobre el cuerpo humano o sus partes pero que no tienen valor económico, sino “afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social”).

Es cierto también que en esa línea de interpretación dinámica y evolutiva de tales conceptos basilares, como lo ha expuesto calificada doctrina que hemos traído a cita *supra* y con la que coincidimos, según consignaremos *infra*, existe probablemente la necesidad de pensar estatus jurídicos nuevos en relación con determinados protagonistas del mundo biológico (como lo patentizan las aludidas modificaciones hechas recientemente al Código Civil francés, o como lo marca también el alemán), que abandonen la distinción bipolar clásica entre “personas/cosas”, y refieran a cierta categoría de bienes especialmente protegidos.

Pero nos parece que postularlo de otra manera, personificando seres que no son personas, implica una riesgosa distorsión de elementos conceptuales básicos que hacen a la estructura misma de la ciencia jurídica.

Los animales —o la naturaleza en sí misma, o la “madre tierra”— no son “personas”, sino elementos que requieren una debida tutela, no siempre o no sólo con miras a la subsistencia humana, sino aun de sí mismos, y aunque no brinden un provecho directo o práctico o de utilidad biológica para el hombre (matar una vaca, o un cerdo, o un pollo, o un pez, es operación necesaria para la subsistencia humana, como sucede por otras razones con la eliminación de bacterias o virus riesgosos o agresivos, o la de mosquitos transmisores de enfermedades endémicas, como lo vivencia el planeta en estos tiempos). Si fueran personas, sería delito.

Resguardar especies en riesgo de extinción, sancionar el maltrato o la crueldad con animales domésticos o salvajes (como se predica, actualmente, con las fiestas taurinas, las jineteadas, la exhibición de animales en los circos o zoológicos, o la caza de especies salvajes por el puro placer de matarlos) es un imperativo ético para el ser humano.

Además, personificar ciertos animales y no otros (v.g. los comestibles para el hombre, criterio incluso mutable en culturas y en tiempos, ya que hay tradiciones alimenticias orientales que predicen consumir especies que en Occidente no son comestibles, como los perros, los monos, las ratas, los gatos o las víboras) implicaría admitir una suerte de arbitraria clasificación inconciliable con esos postulados “personalistas” (v.g. un caballo sería persona, o un simio, o un delfín, o un rinoceronte, pero no una rata, o una cucaracha, o un alacrán).

Por otra parte —y algo de eso señala con acierto Picasso en su trabajo ya citado (58)—, si el fundamento (esgrimido por algunos de los que propugnan declarar “personas no humanas” a cierta categoría de homínidos) por el cual se avala tal postura es la afinidad biológica de ciertos grandes simios con el hombre, ¿no se está incurriendo en el mismo enfoque antropocentrista que se critica? ¿es la inteligencia, o el grado que se tenga de ella, lo dirimente? ¿o lo es la sensibilidad? Entendemos que no. La personalidad se vincula a la “humanidad”.

Como cierre de estas modestas reflexiones, entendemos que quizás la cuestión no pase por un disenso sobre la naturaleza jurídica de los animales, sino por un tema de adecuada categorización.

Probablemente, como lo dispone el artículo 90 del Código Civil alemán, los animales no son cosas (59), y en tal sentido

debieran ser —al menos, algunos de ellos, que no impliquen plagas o riesgos para la humanidad— considerados “seres vivos dotados de sensibilidad” (60), lo cual presupone admitir una suerte de “tertius genus” entre aquella diferenciación tajante de personas y cosas, creando una nueva categoría que tome prestado del régimen de las cosas las reglas relativas al comercio jurídico; y del de las personas, la protección de su integridad física y su bienestar (61). De alguna manera lo ha anticipado, con su proverbial lucidez, Aída Kemelmajer de Carlucci (62), y en derecho comparado lo ha hecho entre otros la catalana Anna Mulá Arribas (63), profesora del Master en Derecho Animal de la Universidad Autónoma de Barcelona, quien declara que “...luego es necesario un cambio del estatuto jurídico de los animales de cosas a seres sintientes o seres bajo la protección especial de las leyes, mediante la modificación del Código Civil, como ha sucedido en Austria, Suiza, Alemania, Cataluña y la República Checa, siendo hoy en día un debate en alza en muchos países como Argentina, Perú, Portugal, Francia y Colombia...”. ●

Cita on line: AR/DOC/704/2016

! MÁS INFORMACIÓN

Muñoz, Carlos M., “Los animales ante la ley. De objetos y sujetos”. LA LEY, 2016-A, 547.

Rabinovich-Berkman, Ricardo D., “*Cetera animalia*”. A partir del “fallo Sandra”, DJ 2015/07/22, 5.

Picasso, Sebastián, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, LA LEY, 2015-B, 950.

Sabsay, Daniel Alberto, “Los derechos de las personas no humanas”, Sup. Amb. 2015/04/29, 1.

{ NOTAS }

(58) “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales”, op.cit.

(59) La norma, de interesante diseño, declara que “...Están protegidos por leyes especiales”, y que “las disposiciones acerca de las cosas se les aplicarán de forma análoga siempre y cuando no esté establecido de

otro modo”.

(60) Art. 515-14 del Código Civil francés, que agrega “Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de los bienes”.

(61) FOURNIER, Sebastien, “Le statut de l’animal en droit privé”, tesis de maestría —inédita— de la Uni-

versité de Paris-Valde Marne, Faculté de Droit de Paris - Saint-Maur, París, 2003, citado por PICASSO, Sebastián, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales”, op.cit.

(62) “La categoría jurídica sujeto-objeto y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a

los animales usados en laboratorios”, en *Revista Jurídica UCES*, Derecho Privado, 2009.

(63) “Derecho de los animales y derecho animal”, op. cit.

JURISPRUDENCIA

Minería

Estudio de impacto ambiental en forma condicionada. Improcedencia. Resolución de objeciones y observaciones formuladas por la autoridad administrativa. Requisito para el comienzo de la explotación. Protección del ambiente

Véase en página 6, Notas a Fallo

Hechos: Un grupo de vecinos de la provincia de Catamarca dedujo acción de amparo contra ese Estado local y contra varias empresas con el objeto de obtener la suspensión de todo trabajo de instalación, transporte, construcción o preparación destinado a la explotación de minas, así como el cese definitivo de dicho emprendimiento, por lesionar el ambiente sano y equilibrado. Solicitaron la declaración de nulidad de la resolución 35/2009 de la Se-

cretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, mediante la cual se emitió la declaración de impacto ambiental en forma condicionada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al entender en la queja por recurso extraordinario denegado, dejó sin efecto la sentencia que denegó la revisión de la desestimación de la acción.

1.- La decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la amparista tendientes a demostrar que la resolución 35/2009 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, por la cual se aprobó el informe de impacto ambiental en forma condicionada, era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión; y evitar así un daño inminente al medio ambiente no

constituye un acto jurisdiccional válido, por lo que corresponde su descalificación.

- 2.- Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias, máxime en la tutela del daño ambiental, pues las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio, sin trascender el límite de su propia lógica, poniendo el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin.
- 3.- En cuestiones de medio ambiente la realización de un estudio de impacto

ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión —en el caso, una explotación minera—, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana.

119.084 — CS, 02/03/2016. - Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo.

Cita online: AR/JUR/1534/2016

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 22/03/2016, p. 7, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Pro-view]

 **NOTA A FALLO**

La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA E IMPERATIVIDAD DE LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

SUMARIO: I. Antecedentes. - II. La consolidación de una Corte para el desarrollo sostenible. Oficina de justicia ambiental de la Corte. - III. El principio de congruencia y la imperatividad disciplinante de los presupuestos mínimos de protección en el federalismo ambiental argentino. La declaración de impacto ambiental condicionada. - IV. El procedimiento de amparo como vía idónea para la suspensión de actividades clandestinas en curso o de ejecución en ciernes. - V. Reflexiones finales.

José A. Esain

I. Antecedentes

I.1.- El trámite del expediente. Con fecha 2/3/2016 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió revocar uno de esos llamados “rechazos múltiples en órbita local” y hacer lugar a la demanda de amparo ambiental iniciada por vecinos de una localidad cercana a un emprendimiento minero en la provincia de Catamarca, ordenando a la justicia provincial que readapte criterios, corrija el sentido de resoluciones y desande el camino hasta aquí recorrido.

Los antecedentes son que un grupo de vecinos de la localidad de Andalgalá (Catamarca) inician un amparo contra la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc. y contra el propio municipio donde viven, de Andalgalá.

El emprendimiento minero -según el relato de los actores referido en la sentencia- se ubica en ámbitos que son fuente de numerosos cursos de agua que irrigan territorios más bajos, y aportan su caudal para la supervivencia de la ciudad de Andalgalá. La metodología de explotación implica -dicen los actores- detonaciones de explosivos y trituración de roca, con el consiguiente impacto derivado de las vibraciones y los ruidos, entre otros. Entre la documentación adjuntada a la demanda se aporta un informe elaborado por la Universidad Nacional de Tucumán que fuera encomendado por las autoridades del municipio. Se trata de un estudio técnico denominado “Análisis del informe de impacto ambiental de la Mina Agua Rica” (del año 2008). El mismo aporta conclusiones muy negativas sobre el proyecto minero y alerta sobre graves riesgos para el ambiente y la salud pública. Concretamente se mencionan potenciales avalanchas, derrumbes o deslizamientos que pueden afectar la ciudad de Andalgalá, migración de lixiviados y avance progresivo de la pluma contaminante, entre otros.

Advierten los actores que estos temas fueron tratados por la propia Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca cuando aprobó el informe de impacto ambiental mediante resolución 35/2009, pues dicha aprobación se hizo “condicionada”. Y en este punto, en cuanto a la tipología de licenciamiento ambiental, radica una de las cuestiones más conflictivas del caso: las llamadas *declaraciones de impacto*

ambiental condicionadas. Volveremos sobre este tema.

Otro aspecto de la presentación de la actora es que advierte sobre los problemas en la salud de la población de Andalgalá, los que han sido probados por estudios médico-epidemiológicos.

En cuanto al trámite de la causa, en un primer momento el Juzgado de Control de Garantías de Catamarca declaró formalmente admisible la misma, requirió los informes circunstanciados a los demandados, para finalmente declarar la inadmisibilidad de la acción con fundamento en la necesidad de mayor debate y prueba para la dilucidación del objeto litigioso. Dicha resolución fue confirmada tanto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación, como *a posteriori* -recurso de casación mediante- por la Corte local. Ante dicha instancia se presentó recurso extraordinario federal que fue declarado inadmisibile por no cumplir los requisitos de sentencia definitiva, lo que provocó que la causa llegara a la Corte federal por presentación directa.

Con fecha 3/12/2014 dictamina la procuradora Gils Carbó en el mismo sentido que la sentencia en comentario, por lo que omitimos referirnos a este libelo, al quedar el mismo subsumido en la presente nota. Para finalizar la cronología -como dijéramos- el 2/3/2016 la Corte resuelve.

El fallo reviste una enorme importancia por varios elementos que señalaremos aquí.

II. La consolidación de una Corte para el desarrollo sostenible. Oficina de justicia ambiental de la Corte

II.1.- Una Corte para el desarrollo sostenible. Pasamos en estos últimos veinte años de tener una Corte que directamente no posea resoluciones en materia ambiental a otra que se tiñe de verde y que hasta posee una oficina de justicia ambiental con rango de secretaría y que resuelve causas con alto grado de experticia técnica. El proceso lo hemos desmenuzado en detalle en trabajos específicos en la materia (1). De todos modos haremos algunas referencias para actualizar aquellas ideas.

Explotación minera y la cuestión ambiental

SUMARIO: I. Introducción. - II. Desarrollo. - III. Conclusiones.

Graciela M. Testa

I. Introducción

No todo aquel que apoya la ecología está en contra del progreso económico o tecnológico, ni quien busca el progreso económico es una especie de monstruo dispuesto a contaminar la tierra sólo para sumar posesiones materiales.

Sin embargo, frente a algunos temas puntuales los integrantes de los tres poderes del Estado (por ser los representantes del Pueblo) deberían preguntarse: este negocio/emprendimiento que tiene un componente ambiental, ¿a quién le trae ganancias? ¿Cuántos son los que ganan y cuántos son los que pierden por llevarlo adelante? ¿Qué riesgos a corto, mediano y largo plazo implica llevarlo adelante?

Por otro lado, hablar de Derecho Ambiental parece sencillo, como si para estudiar y resolver sobre esta temática bastara con conocer la Ley General de Ambiente (25.675), mientras la realidad nos demuestra que el tema es mucho más complejo que eso.

El tema ambiental en primer lugar involucra las dos grandes áreas del derecho: el público y el privado (1). Por otro lado, hablar y conocer el derecho ambiental implica hablar y conocer otros derechos fundamentales como ser: el derecho al agua, a la Salud, teniendo en cuenta además los derechos transgeneracionales. Implica, por ejemplo, hablar y reconocer una situación relativamente nueva socialmente, como son los llamados “desplazados/refugiados ambientales”, con todos los problemas sociológicos y económicos que ello implica, entre otras cosas.

Por lo que poder evaluar un tema de esta naturaleza no sólo implica mucho estudio por parte de quienes deben decidir, sino también tener una visión amplia que contemple todos los intereses (jurídicos y extrajurídicos) en juego. Esto muchas veces excede el ámbito del derecho (*stricto sensu*), para interrelacionarse con temáticas económicas, políticas y filosóficas, porque depende de la visión filosófica (2) que tengamos sobre el tema es que legislaremos o aplicaremos las leyes que puedan ser invocadas en el conflicto.

II. Desarrollo

Comenzaremos viendo un aspecto procesal del fallo, para luego adentrarnos con mayor énfasis en las cuestiones sociales, políticas y económicas de la temática ambiental.

Una de las primeras cuestiones que trae a debate la Corte es analizar y determinar la facultad que tiene la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, a la

hora de emitir una declaración de impacto ambiental.

En este sentido la Corte es enfática al declarar que las únicas opciones válidas (legalmente) al respecto son aprobar o desaprobar el informe.

Aclara que, si bien mediante la resolución 35/109 la decisión fue de aprobar el informe, el acto se volvió ilegítimo, al excederse la Secretaría en sus facultades, aprobándolo “con observaciones”, violando lo establecido en el art. 12, ley 25.675, y lo normado en el art. 254, Cód. Minería, donde sólo se confiere la capacidad para aprobar o rechazar los informes de impacto ambientales, pero no está prevista la aprobación en forma condicionada.

Entre otras irregularidades que menciona el fallo respecto del tema del Informe de impacto ambiental, se destaca que el mismo se realizó sin participación ciudadana.

Esta cuestión no sólo resulta contraria a lo normado por la ley 25.675 General de Ambiente, en sus arts. 2, inc. c), y 10, sino que además está previsto en su art. 21, donde dice: “La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados”.

Sobre este tema en particular es interesante comentar también la importancia que tiene a nivel internacional mencionando por ejemplo el Convenio de Aarhus (3) (Dinamarca, 1998, con entrada en vigencia en Europa en el año 2001), sobre “el acceso a la información ambiental, y la participación pública en materia de medio ambiente”, que resulta totalmente compatible con la letra de nuestra Constitución Nacional en sus arts. 41 y 42 en tanto establecen respectivamente que todos los habitantes tienen derecho a un ambiente sano y a recibir a una información adecuada y veraz.

El informe técnico encomendado a las autoridades de la Universidad Nacional de Tucumán, solicitando un análisis del informe ambiental es concluyente en la afectación de manera negativa, no sólo sobre el ambiente, considerado como tal, sino en cómo influiría sobre la salud de los pobladores.

Así se menciona: riesgo de avalanchas y derrumbes, riesgo de migración de lixiviados (a corto y mediano plazo), filtraciones de agua ácida y lixiviados de metales, los cuales

➤ CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) TESTA, Graciela - GERPE, Marcela, “¿De qué hablamos cuando hablamos de Medio Ambiente? Una visión integral desde el Derecho y las Ciencias Exactas”, LALEY, 19/3/2013, 1-10.

(2) TESTA, Graciela, “Antropocentrismo, Medioambiente y Derecho: Una mirada Crítica”, *Revista Iberoame-*

ricana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, IJ-LXXIX, 2015, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=b4d65139c97ce8661d5f2725683683f1>.

(3) http://www.larioja.org/medio-ambiente/es/educacion-informacion-ambiental/convenio-aarhus.ficheros/754071-470398_ConvenioAarhus.pdf.

➤ CONTINÚA EN PÁGINA 7

Recordemos que los años noventa -última década del siglo pasado- fueron silenciosos en la doctrina de la Corte en materia ambiental. Eran días en que sólo encontrábamos referencias tangenciales o sentencias que prácticamente desconocían el derecho reglado en el art. 41, CN. Fue a partir de la mega causa “Mendoza, Beatriz” por la contaminación del Riachuelo que empezó a verificarse una Corte más comprometida en la materia (2). Pero la evolución nos lleva a un período actual de apogeo en que el alto Tribunal adopta una agenda ambiental y trata los principales conflictos que le llegan con un alto grado de especialización. Este avance se corona en el período 2014-2015 con el desembarco -mediante sendas acordadas- primero de una oficina de justicia ambiental (con perfil más académico) que concluye en una secretaría específicamente dedicada a la cuestión (3).

II.2.- La Secretaría de Juicios ambientales de la Corte. Al respecto vale la pena llamar la atención sobre la Acordada 8/2015 (fecha del 08/04/2015) por la que se crea la Secretaría de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 1). En dicha Secretaría quedarán asignadas “todas aquellas causas radicadas en el Tribunal cuyo contenido verse sobre cuestiones ambientales, cualquiera sea la materia y el estado en el que se encuentren” con excepción de las causas que tramiten en instancia originaria y exclusiva (art. 2). Se designa a Néstor A. Cafferata como titular de dicha Secretaría (art. 3). Este andamiaje institucional es el marco en que surgen sentencias como la que comentamos. No es casual “Martínez”, sino que obedece a todo un proceso.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) ESAIN, José A., “Una Corte para el desarrollo sostenible”, en ACUÑA, Guillermo *et al.*, *Informe ambiental anual 2009*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Buenos Aires, 2009, ps. 289 y ss. (disponible en www.farn.org.ar).

(2) CAFFERATA, Néstor A., “El tiempo de las cortes verdes”, LALEY, 21/03/2007, 8.

(3) El recorrido en este sentido nos obliga a mencionar las acordadas 35/2011 y 16/2013 que establecen la Norma y el Sistema de Gestión Ambiental para la Corte Suprema de Justicia de la Nación creando la Comisión de Ambiente y Sustentabilidad, con la finalidad de orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes, proyectos y acciones destinados a la protección del ambiente y a contribuir a la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. En segundo lugar la Acordada 1/2014 en donde se creó -bajo la Superintendencia directa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- la Oficina de Justicia Ambiental. Finalmente la acordada 8/2015 es la que crea la Secretaría de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 1).

(4) M. 1569. XL. originario “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, sentencias del 20/6/2006, y 8/7/2008.

(5) S. 1144. XLIV. originario “Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo”, sentencias del 29/12/2008, hasta la resolución del 13/12/2011.

(6) CS, 42/2013 (49-K), “Kersich, Juan G. y otros c. Aguas Bonaerenses y otros s/amparo”, resuelta el 2/12/2014.

(7) CCont. Adm. Fed., 37747/2013/CA1-CSI CAF 37747/2013/1/RH1, “Giustiniani, Rubén H. c. YPF SA s/amparo por mora”, sentencia del 10/11/2015

(8) Competencia CS, 265/2014 (50-C)/CSI, “UFIMA s/denuncia”, resolución del 23/2/2016.

(9) Varias sentencias en los últimos tiempos de nuestro Alto Tribunal: Sobre la cuestión del Seguro ambiental CS 219/203 (49-F) “Fundación Medio Ambiente c. EN - PEN - Dto. 1638/12 - SSN - Resol. 37.160 s/medida cautelar autónoma” resuelta el 11/12/2014; sobre la legitimación activa de una Universidad en una causa por

II.3.- Las sentencias ambientales de este último período de la Corte. En los últimos años se advertía un cambio en la Corte federal desde las sentencias en autos “Mendoza Beatriz” (4) o “Salas” (5) la primera por la contaminación del Riachuelo y la segunda por la deforestación en Salta. Pero este proceso se ha visto reforzado recientemente por otras resoluciones. Nos referimos a “Kersich” (6) (derecho humano al agua potable), “Giustiniani” (7) (derecho de acceso a la información pública ambiental en el caso del contrato entre YPF-Chevron), “UFIMA” (8) protección de la fauna, entre otras (9). Y hoy nos encontramos con “Martínez” (10). Estos eslabones no son más que el reflejo, la consecuencia de un proceso largo de aclimatación del Alto Tribunal a las condiciones ambientales que rodean al mundo y a nuestro derecho.

En el conflicto minero las causas son numerosas y con diversos perfiles de intervención (11). Esto provocó algunas resoluciones locales interesantes también, que consideramos no son casuales, sino empujadas por la doctrina del Alto Tribunal. Los ámbitos locales comenzaron a tener una mirada desde el derecho ambiental en este tema (12).

Como vemos, el panorama es alentador. Estamos ante un tribunal que primero recibió las “causas ambientales” en su agenda tiéndola de verde. Así se comenzaron a producir resoluciones interesantes. Con el tiempo verificamos la creación de un marco institucional (Secretaría de Justicia Ambiental) específicamente dedicado al tema, y ahora se comienza a ver la cosecha. Sentencias muy auspiciosas —como “Martínez”— permiten pensar no en espasmos aislados sino

daño al ambiente y la definición del proceso ambiental CS 84/2008 (44-U) “Universidad Nacional de Rosario c. Entre Ríos, Provincia de s/amparo (daño ambiental)” resuelta el 11/12/14; sobre el valor de las cautelares ambientales la sentencia CS 577/2012 (48-A) “Asamblea Parque Pereyra Iraola y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otros s/amparo” resuelta el 24/9/13; sobre el rol de los terceros en materia de proceso ambiental S. 759. XLVII. “Schröder, Juan y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/daño ambiental” (01/08/2013), y sobre el mismo tema CS 225/2012 (48-F) “Fundación Ambiente y Desarrollo (FUNDAYD) y Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) c. Tucumán, Provincia de y otros s/daño ambiental”, resuelta el 17/9/2013. Además, una causa clásica por la contaminación del Atuel que ha sido retomada por la Corte en CS 243/2014 (50-L) “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de y otro s/uso de aguas” y donde mediante resolución del 21/10/2014 la Corte declaró —con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal- que corresponde que tramite ante el Tribunal la causa si la actora -Provincia de La Pampa- somete el conocimiento la controversia relacionada con la tutela de un recurso de carácter interjurisdiccional como la Cuenca del Río Atuel (art. 7, ley nacional 25.675 General del Ambiente) en los términos del art.127, CN, que dispone un mecanismo especial de solución de conflictos, confiando expresamente a la Corte Suprema la potestad de dirimir dichas quejas interprovinciales que en el caso, aludían a la obligación de negociar y celebrar de buena fe convenios para regular los usos de la cuenca citada conforme lo resuelto por el Tribunal en Fallos 310:2478. En CS 67/2010 (46-U) “Universidad Nacional de Río Cuarto c. Córdoba, Provincia de y otro s/acción declarativa de inconstitucionalidad” resuelta el 20/5/2014, la Corte rechazó *in limine* la demanda promovida por la actora en los términos del art. 322, Cód. Proc. Civ. y Com., con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley local 9814 -ordenamiento territorial de bosques nativos-, pues la actora no contaba con la legitimación para accionar que pretendió arrogarse en ejercicio de una atribución conferida por el art.30, ley 25.675 -recomposición del ambiente dañado-, pues excedía las facultades propias de esa entidad autónoma. Otra muy interesante resolución es CS 466/2013 (49-M)/CSI recurso de hecho “Martínez Pérez, José L. c. Palma, América y otros s/

en delicados trazos que, como las cuentas de un collar, se concatenan unas con otras.

Ahondaremos en los apartados que siguen específicamente en la sentencia “Martínez”, en los aspectos más resaltables. Para ellos nos referiremos a tres elementos: primero el valor que se da a los presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA en adelante) derivados de las leyes nacionales y su obligatoriedad disciplinante respecto a las normas locales y sectoriales nacionales. En segundo término —y producto de la reflexión anterior- las referencias que se hacen respecto al procedimiento de EIA y las DIA condicionadas. El tercer aspecto es el procesal constitucional, desde que se considera el amparo como proceso idóneo para enfrentar conflictos por ejecución de actividades clandestinas, es decir aquellas que comienzan a ejecutarse sin contar con licencia ambiental autorizante.

III. El principio de congruencia y la imperatividad disciplinante de los presupuestos mínimos de protección en el federalismo ambiental argentino. La declaración de impacto ambiental condicionada

III.1.- La competencia legislativa en materia ambiental: la concurrencia complementaria. El federalismo ambiental. El sistema de competencias legislativas ambientales en nuestro país dispone una *concurrencia complementaria* según la cual le corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección en la materia y a las provincias las necesarias para complementarlas (tercer párr. art. 41, CN), man-

medida cautelar s/casación”, 10/11/2015 sobre dominio de tierras de comunidades originarias, y dominio sobre sus recursos naturales primando estos últimos sobre el dominio registral.

(10) CS 1314/2012 (48-M)/CSI recurso de hecho “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/acción de amparo”, 2/3/2016.

(11) En tema de minería la Corte ha tenido una activa participación en varias causas. Anotamos la histórica “Villivar” por el conocido conflicto minero en la ciudad de Esquel (CS, 17/04/2007, “Villivar, Silvana N. c. Provincia del Chubut y otros s/amparo” con notas de ESAIN, José A., “La Corte define el conflicto minero en Esquel: no todo lo que brilla es oro” y ZEBALLOS DE SISTO, María Cristina, “Nuevos pasos hacia la construcción del derecho ambiental minero”, *Revista de Derecho Ambiental* nro. 11, Néstor Cafferata (Director), octubre/diciembre de 2007, LexisNexis, ps. 179/250, y en *Revista de Derecho Administrativo* nro. 62, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, con nota de TORRICELLI, Maximiliano, “Distintos caminos que conducen hacia la misma meta (comentario al fallo ‘Villivar’”, ps. 1132/1142). Hay otras causas referidas a minería ante el Alto Tribunal: CS 833/2007 (43-F) ICSI, “Flores Núñez, Roberto R. c. San Juan, Provincia de y otros s/daño ambiental” y CS 107/2009 (45-Z) I CSI, “Zeballos, Saúl A. c. San Juan, Provincia de y otros s/amparo ambiental”, del 27/8/2013 y 10/9/2015, respectivamente. Agregamos por la Ley de Glaciares las sentencias causas CS 185/2006 (42-M)/CSI “Minera Argentina Gold SA c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” y CS 140/2006 (42-B)/CSI “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”; la Corte revocó con fecha 3/7/2012 la decisión de un juez federal que impedía la ejecución de la llamada Ley de Protección de Glaciares, y la tornó plenamente operativa.

(12) TSCórdoba, 11/8/2015, “Cemincor y otra c. Superior Gobierno de la Provincia - acción declarativa de inconstitucionalidad”, causa en la que se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de la ley local 9526 que prohíbe determinado tipo de minería en el ámbito de esta provincia, la que es rechazada.

NOVEDADES FONDO EDITORIAL

LEGISLACIÓN USUAL COMENTADA DERECHO COMERCIAL

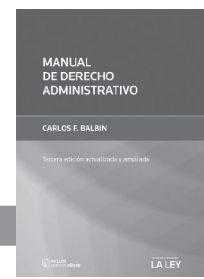


Héctor O. Chomer
Jorge S. Sicoli
(Directores)

La Ley

4 tomos

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Carlos F. Balbín
3ª edición

La Ley

CONTINÚA EN PÁGINA 8

CÓDIGOS PROCESALES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y DE LA NACIÓN COMENTADOS Y ANOTADOS

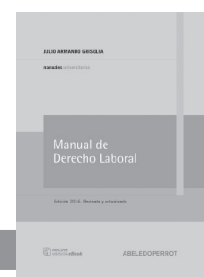


Augusto Mario Morello - Gualberto Lucas Sosa - Roberto Omar Berizone
4ª edición

AbeledoPerrot

8 tomos

MANUAL DE DERECHO LABORAL



Julio Armando Grisolia

Edición 2016

AbeledoPerrot

Adquíralas llamando al
0810-222-5253 o en
www.laley.com.ar

● VIENE DE PÁGINA 7

dato que podría extenderse a los municipios aunque la norma no lo prevea. La Constitución dispone nuevas reglas para la relación Nación-provincias, lo que se ha calificado como federalismo ambiental (13). La *complementariedad* implica que ambos órdenes (nacional y provincial) concurren a regular la misma materia (protección del ambiente), uno con normas mínimas (PMPA) y otro con normas que mejoran el nivel de aquéllas, ya sea porque incluyen contenidos que no prevenían, o porque mejoran en guarismos y alcance tuitivo. Es decir, sobre la misma materia el orden inferior de nuestra federación puede concurrir con una norma “diferente” siempre y cuando esa diferencia radique en “proteger más y no menos”. Es lo que se ha dado en llamar *mandato de optimización o maximización* (14).

En apretada síntesis, el sistema del tercer párrafo del art. 41, CN, se expresa del siguiente modo:

1. Las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA en adelante) obligan a las provincias, por ser el piso dictado por el orden federal, inderogable y supremo; el que invalida las normas provinciales que lo contraríen.

2. Las normas provinciales y municipales deben “complementar” y esto implica que deben ser *adecuadas* a los presupuestos mínimos federales bajo apercibimiento de que puedan ser declaradas inválidas (inconstitucionales), por no adecuarse a aquéllos (principio de congruencia, art. 4, LGA).

3. La validez no depende de que el complemento sea *idéntico* a la norma de presupuestos mínimos. La supremacía de los PMPA alcanza para anular las normas provinciales que protejan menos que estos, porque ello implica que son contrarias a las *bases* incluidas en la norma federal.

4. De ello se colige que las normas provinciales pueden no ser idénticas a las nacionales, siempre y cuando den mayor protección al bien jurídico ambiente.

El fin *protección* califica la materia en el ámbito del art. 41, CN, no dejándose librado el componente axiológico sino con este elemento coadyuvante, el que como criterio teleológico completa la *configuración material* de la competencia (15). Concretamente, en el tercer párrafo del art. 41 el fin califica no ya la función -como ocurre generalmente- sino la materia. Para evaluar el reparto de funciones no sólo debemos advertir la presencia del componente ambiente, sino el del contenido dinámico: *protección*. Sobre la protección tendrá un rol fundamental la noción de *complemento*. *Complementar* es *agregar más protección*: a) donde ya hay normas, siendo más riguroso, o b) estableciéndolas donde no las hay, para generar tipo algún de protección donde el legislador federal decidió dejar el espacio vacío. El mismo constituyente ha establecido como mandato que la Nación dicte presupuestos “mínimos”, y no una norma que regule la totalidad de la materia. Esto implica dos cosas:

- *un límite a la Nación*, que conlleva que ella no pueda sancionar cualquier norma, pues existe un ámbito de las provincias, que es *indisponible* y *exclusivo* de ellas: la Nación no puede ahogar la facultad de las provincias.

- *un límite a las provincias*, que disponen de la competencia de dictar normas que formalmente puede no coincidir con las normas nacionales pero la condición es que esa no coincidencia signifique *mayor nivel de protección* (16).

III.2.- *Las DIA condicionadas y el caso “Martínez”*. En el presente caso la Corte delimita el ámbito de actuación de ambos órdenes (Nación y provincias) en materia ambiental y este aspecto hermenéutico del fallo resulta esencial.

Partiremos de una advertencia importante, que nos obliga a explicar qué es una *declaración de impacto ambiental* (DIA, en adelante) *condicionada*. Los actores sostienen que una aprobación condicionada viola lo reglado por el Código de Minería (arts. 251 y 254) que no prevén una tercera posibilidad frente a la presentación de un informe de impacto ambiental -porque esa es la denominación técnica para los estudios de impacto

ambiental (EsIA, en adelante) en el ámbito minero. Para dicho cuerpo normativo —alegan- caben dos respuestas administrativas en el trámite de EIA: a) se aprueba el informe de impacto ambiental o b) se desaprueba. La tercera vía -aprobación de manera condicionada- para los actores no está prevista en el ordenamiento minero.

Lo primero para mencionar es que la DIA es el paso final de un procedimiento que se denomina de *evaluación de impacto ambiental* (EIA en adelante) el que resulta ser una de las herramientas más difundidas de la materia.

En “Martínez” se reflexiona sobre esta herramienta *vedette* de la disciplina. Nunca la Corte lo había hecho hasta la fecha, ni había descrito pormenorizadamente el perfil del procedimiento, su contenido, su objetivo y su naturaleza. Dice en el consid. 8 que “es importante señalar que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (Fallos 329:2316)” (17). 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*” (el destacado nos pertenece).

La Corte establece en esto un puente con su propia doctrina en autos “Villivar” cuando dijo: “El art. 11 de la ley nacional 25.675 reitera, como presupuesto mínimo común de aplicación obligatoria en todo el territorio de la república para toda actividad susceptible de degradar el ambiente, o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa, la sujeción a un procedimiento de evaluación ambiental previo a su ejecución”. Agregaba en esta sentencia que “Asimismo, en su art. 20 añade que las autoridades de aplicación nacionales y provinciales deben institucionalizar procedimientos de audiencias públicas obligatorias previas a la autorización de dichas actividades” (18).

Retoma en “Martínez” aquella doctrina y la profundiza. Agrega ahora que el EIA es

una “instancia de *análisis reflexivo*, realizado sobre *bases científicas* y con *participación ciudadana*”. Se está describiendo el procedimiento de evaluación de impacto ambiental al que hace referencia en el consid. 6 de la misma resolución, el que tiene como primer paso la realización de un estudio de impacto ambiental o estudio técnico de impacto ambiental (EsIA) que en el ámbito minero recibe el nombre de informe de impacto ambiental (IIA). La Corte describe el procedimiento como compuesto básicamente de tres elementos constitutivos:

1. Análisis reflexivo.
2. Base científica sólida.
3. Participación ciudadana.

Así el Alto Tribunal da un paso más allá en la ponderación de los componentes ambientales de este procedimiento administrativo del que depende el licenciamiento ambiental de las actividades. Es muy interesante verificar cómo la resolución servirá para edificar -en los ámbitos locales- lo que debe considerarse es una EIA.

Vale la pena aclarar que otros tribunales del país ya le han sacado una importante ventaja a la Corte Federal en materia de EIA pues han tenido sentencias aleccionadoras al respecto, definiendo el contenido y los aspectos morfológicos del trámite, con detalle. Un ejemplo de esto lo tenemos con la jurisprudencia de la SCBA (19) o la justicia cordobesa (20).

Pues bien, el procedimiento de EIA tiene pasos ineludibles: 1) la clasificación del proyecto para saber qué tipo de trámite se debe dar (porque conforme el nivel de complejidad ambiental se darán uno u otro), 2) la presentación del EsIA que puede darse según el tipo de procedimiento ante la autoridad ambiental o la sectorial, 3) análisis por la autoridad del EsIA y producción de información interna por las instancias que se vinculan a la materia del proyecto; 4) información pública y participación ciudadana; 5) declaración de impacto ambiental (DIA) etapa que se compone básicamente de dos pasos: 5’) Dictamen y 5”) emisión de la DIA. La discusión del caso

[NOTAS]

(13) Hemos tratado el tema en ESAIN, José A., “Competencias ambientales”, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008. El nombre de federalismo ambiental es tomado de Quiroga Lavié, que denomina de esta manera la nueva estructura de relaciones que provoca el reparto competencial en materia ambiental el que ha sido introducido por la reforma constitucional de 1994 (QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La Protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional”, LALEY, 18/3/1996, 2 y “El estado ecológico de derecho en la constitución Nacional”, LALEY, 16/4/1996, 3).

(14) BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, Ediar, Buenos Aires, 2001, t. I, ps. 238 y ss.

(15) La configuración de la competencia ambiental contiene dos elementos: a) uno objetivo, estático: el medio ambiente; b) otro dinámico, funcional: su protección, soporte de las potestades a su servicio (ver ESAIN, José A., “Competencias”, cit.).

(16) Se aplica a este caso el principio de optimización de la protección ambiental. Este es un principio específico de Derecho Ambiental que la doctrina alemana aplica respecto de la política comunitaria. En España la doctrina lo desprende del art. 149.1.23, Const. española, cuando autoriza a las Comunidades Autónomas a establecer normas de protección más rigurosas que las establecidas como básicas por el Estado. En el Tratado de la Comunidad Europea, versión Maastricht, se recoge el mismo principio cuando en su art. 176 se dice: “Las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 130.S no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección”. Según esta idea, cada nivel administrativo inferior está simultáneamente obligado a cumplir con lo mínimo establecido por el superior y habilitado para es-

tablecer normas de protección más elevadas. En nuestro sistema este principio se desprende del art. 41 tercer párrafo cuando el constituyente regla la función de legislar el complemento, lo que sabemos implica -en palabras de Germán Bidart Campos— la complementariedad maximizadora que les incumbe a las provincias para desarrollar los presupuestos mínimos de la legislación del Congreso. En nuestra ley 25.675 General del Ambiente este principio se desprende de la operatividad del principio de Congruencia, pues justamente si la normativa provincial o municipal debe estar adaptada a los principios de la Ley General, esto implicará que se está dejando margen a la libre normación maximizadora de las provincias y municipios, lo que conlleva -como ya hemos explicado- la posibilidad de que los órdenes inferiores protejan más, pero no menos. Todo esto quiere decir que los órdenes inferiores podrán ir legislando de manera más rigurosa mientras mantengan el respeto a los principios establecidos en la norma general de presupuestos mínimos nacional.

(17) La cita de Fallos 329:2316 se refiere a M.1569. XL.ORI, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza -Riachuelo)”.

(18) V. 1015. XXXIX; RHE; “Villivar, Silvana N. c. Provincia del Chubut y otros”, 17/04/2007; Fallos 330:1791.

(19) SCBA, 14/11/2007, causa C. 90.020, “Yane, Salvador c. Municipalidad de General Alvarado. Materia a categorizar”; id., 03/03/2010, causa A. 68.965, “Rodoni, Juan P. y otros c. Municipalidad de Bahía Blanca. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, y la reciente C. 117.088 “Cabaleiro, Luis F. c. Papel Prensa SA s/amparo”, 11/2/2016, entre otras. En el mencionado “Rodoni” el Alto Tribunal bonaerense ha dicho: “Ha ex-

presado este Tribunal en relación al tema, que la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), es un procedimiento jurídico administrativo cuyo objeto es identificar, predecir e interpretar los impactos ambientales de un proyecto o actividad sobre el medio ambiente, a los efectos de su aceptación, modificación o rechazo por parte de la autoridad de aplicación. A su turno, el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA): es un elemento parcial de la EIA; consiste en un análisis técnico interdisciplinario destinado a predecir, identificar, ponderar y corregir las consecuencias o efectos ambientales que un proyecto o actividad tiene sobre la calidad de vida del hombre y su entorno. Sería el producto del proceso y a veces se denomina ‘informe de impacto ambiental’ porque es un informe escrito que documenta el proceso del que surgió. En algunas legislaciones aparece también como una ‘manifestación ambiental’ (conf. GRASETTI, Eduardo, ‘Estudios Ambientales’, Ed. Heliasta, Bs. As. 1998, p. 441) (C. 90.020, sent. del 14/XI/2007). Por su parte, la Declaración de Impacto Ambiental constituye un acto administrativo emanado de la autoridad ambiental provincial o municipal -según el caso- de carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización y/o autorización de ciertas obras o actividades, y que -sobre la base de los dictámenes, observaciones realizadas por los interesados, y de la Evaluación de Impacto Ambiental- podrá contener la aprobación de la realización de la obra, su condicionamiento al cumplimiento de instrucciones modificatorias, o bien la oposición a su realización (arts. 12, 18, 19, 20 y concordantes de la ley 11.723). Tal declaración, como acto administrativo mediante el cual la Autoridad de marras se pronuncia acerca de la viabilidad del proyecto, y -en su caso- sobre sus condiciones de ejecución, valorando para ello los reseñados antecedentes colectados en el procedimiento de Evaluación de

Impacto Ambiental, es el antecedente que permite al interesado ejercer el debido control de la actividad estatal a través de los diferentes medios de impugnación a su alcance (conf. MORELLO, Augusto M.; SDBAR, Claudia B., ‘Acción popular y procesos colectivos’, Lajouane, 2007, p. 195; ESAIN, José A., ‘Evaluación de Impacto Ambiental y medida autosatisfactiva... en Derecho Ambiental’, Eduardo P. Jiménez (Coordinador), Ediar 2004, ps. 220-221; MASSA, Héctor R., ‘A propósito de la declaración de impacto ambiental’, APC 2009-1-6). De allí que la eventual inobservancia de este recaudo, cuando resulta exigido por el ordenamiento, constituye un vicio esencial en el procedimiento de formación de la voluntad estatal que conduce a su invalidez” (al respecto se puede consultar MARCHESI, Guillermo H., “El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y la Participación Ciudadana como obligaciones de insoslayable cumplimiento”, Nota al fallo “Rodoni, Juan P. y otros c. Municipalidad de Bahía Blanca s/Amparo. Medida cautelar de no innovar. Recurso de Inaplicabilidad de Ley”).

(20) CTrab. Córdoba, sala II, 8/1/2014, expte. 218019/37, “Club de Derecho (Fundación Club de Derecho Argentina) y otros Quispe, Eduardo-Quispe, Diego Raúl-Quispe Esther Margarita Molina, Celina Laura -Barboza Vaca, Vanina de los Ángeles Oliva, DA c. Municipalidad de Malvinas Argentinas-amparo (ley 4915)”. Hemos comentado esta sentencia en ESAIN, José A., “Saludable resolución de la sala segunda de la Cámara del trabajo de Córdoba en cuanto al emplazamiento de la planta de la empresa Monsanto en Malvinas Argentinas”, *Revista Actualidad Jurídica*, Nuevo Enfoque Jurídico, año 2, vol. 3, ene.-feb., 2014, p. 269.

“Martínez” se da en torno a este último paso. Básicamente porque la DIA hasta la fecha reconoce 3 posibilidades: a) aprobación, b) desaprobar, c) aprobación condicionada. En muchos lugares del país existen normas que prevén el tercer supuesto (c), es decir la *aprobación condicionada*. Explicamos este punto.

Tomamos como ejemplo la norma de la provincia de Buenos Aires, el art. 20, ley 11.723, que dispone: “La declaración de impacto ambiental constituye un acto administrativo de la autoridad ambiental provincial o municipal que podrá contener: a) La aprobación de la realización de la obra o actividad solicitada, b) La aprobación de la realización de la obra o de la actividad solicitada en forma condicionada al cumplimiento de instrucciones modificatorias; c) La oposición a la realización de la obra o actividad solicitada”. Se puede ver que el inciso b) prevé la *aprobación condicionada*.

Un caso diferente es el de la provincia de Córdoba, que en su reciente ley 10.208 general del ambiente local, art. 29, dispone: “Verificado el cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente Ley para el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, y valoradas las opiniones, ponencias, informes técnicos y científicos que surjan del proceso de participación ciudadana, la Autoridad de Aplicación en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días emitirá la respectiva resolución, otorgando o denegando la Licencia Ambiental correspondiente...”. En esta norma no se prevé la aprobación condicionada como sí lo hace el art. 20.b ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires.

En la práctica una enorme cantidad de actividades en la provincia de Buenos Aires se han instalado sobre la base de este tipo de licencias ambientales condicionadas. Muchas dudas surgen al respecto: ¿pueden iniciar la ejecución de los proyectos mientras no hayan cumplido las condiciones? ¿Este tipo de aprobación significa en realidad una aprobación o no? Porque en muchos casos se verifican correcciones de tal entidad que cabría pensar que estamos ante una DIA negativa.

En el caso “Martínez” la cuestión radica en que la demandada ha sido licenciada mediante resolución 35/2009 de la Secretaría de Estado en Minería de Catamarca que contiene una DIA condicionada y debemos cavilar acerca de si esta categoría de DIA puede existir en nuestro sistema ambiental y para ello debemos analizar qué disponen los presupuestos mínimos de protección ambiental nacionales, indagar sobre la obligatoriedad de ellos para con las normas provinciales. Cabe preguntarse si existe entre las normas de PMPA la posibilidad de una declaración de impacto ambiental condicionada. Esto porque -siendo los PMPA obligatorios para las provincias por ser el piso inderogable- las provincias estarían impedidas de ampliar los supuestos de licenciamiento ambiental si ello va en detrimento del ambiente. Y una categoría como las DIA condicionadas consiente acciones que pueden tener consecuencias sobre el ambiente. Por ello, si la Corte considera que los PMPA no la prevén expresamente, los órdenes locales no pueden “crearla” porque ello no sería complementario sino proteger menos, o relativizar el piso normativo nacional.

III.3.- La Corte hace gala del principio de congruencia (art. 4, LGA) e interpreta como imperativos obligatorios y disciplinantes (invalidantes) los PMPA respecto a los contenidos

normativos de los ámbitos locales. La Corte emprende su tarea hermenéutica en el consid. 6 cuando analiza si existe esa categoría de *declaraciones de impacto ambiental condicionadas*. Explicamos la idea. Pues bien, en el consid. 6 la Corte somete a todas las normas, sectoriales y provinciales al contenido que surge del art. 12, ley 25.675. Para la Corte la EIA se edifica primero desde la ley marco nacional, con una interpretación directa de las pautas allí contenidas. Dice el art. 12, LGA, que la declaración de impacto ambiental emitida por la autoridad competente es la que manifiesta “la aprobación o rechazo de los estudios presentados”. De la letra de la norma el Alto Tribunal desprende que no hay grises. O se aprueba o se rechaza, pero no puede haber aprobación con condicionamientos porque ello no está previsto en el art. 12 que es PMPA.

De allí que surge esta hermenéutica del tribunal cimero donde los ámbitos locales tienen vedado *por el poder imperativo de este PMPA* el dictado de licenciamientos ambientales condicionados. Esto trae enormes efectos prácticos porque significa que de aquí en más se deberán descartar los *licenciamientos ambientales condicionados*. La Corte interpreta que la LGA no los permite.

El fundamento que la Corte no expresa pero que implícitamente utiliza para dotar de fuerza derogatoria al PMPA respecto a normas locales que los contradigan es el *principio de congruencia* que dispone el art. 4, LGA. El mismo es regulado del siguiente modo: “Principio de congruencia: la legislación provincial, municipal referida a lo ambiental *deberá ser adecuada* a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que asó no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga” (art. 4 *in fine*, LGA). Néstor Cafferata comenta la norma y dice que “en términos de armonizar, como asimismo de integrar la normativa legal, la congruencia es consagrada en el ámbito regional supranacional, en el artículo 1 del Tratado de Asunción del MERCOSUR, Ley 23.981. Por lo demás, juega por las diversas relaciones que, conforme n/ régimen de organización constitucional, existe entre el Estado Federal y los Estados miembros (de supra subordinación, de inordinación y de coordinación). El principio de congruencia guarda familiaridad, analogía o similitud con el denominado principio de regulación jurídica integral, que en síntesis, exigen del legislador en primer término y del intérprete en la fase de aplicación, tener una perspectiva macroscópica e integradora. Este principio se inserta en la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales, y con especial atención ha sido declarado en el Primer Programa de Acción Comunitaria en materia de ambiente, así como igualmente en la Recomendación N° 70 del Plan de Acción adoptado en la Conferencia de Estocolmo” (21).

Hemos dicho que *congruencia* significa en términos del legislador que el complemento legislativo provincial (al que agrega el municipal) -deberán ser “adecuados”- a los principios y normas que establece la LGA. “Adecuar” significa en buen español “acomodar una cosa con otra”. Con ello lo que se quiere decir es que las normas que pertenezcan a los órdenes provinciales y municipales se deberán amoldar a las de presupuestos mínimos nacionales (consecuencia directa del principio de supremacía federal del art. 31, CN), pero *desarrollándolas o maximizándolas* en la protección. Esto implica la plena operatividad del principio de *complementariedad*

y *optimización en la protección ambiental* (principio que desarrollaremos a continuación. En todas las relaciones de presupuestos mínimos y complemento provincial que se generen por leyes sectoriales o específicas se presentará este *principio de congruencia* que implicará la *plena adecuación de las normas inferiores respecto a las superiores*” (22). La Corte hace esto con el análisis del art. 12, LGA, y las normas inferiores: verifica en el PMPA la presencia de sólo 2 modalidades de DIA: estimativa y desestimativa. A partir de allí considera inadecuados los complementos que prevean expresa o que consientan por los operadores locales DIA condicionadas, porque es una tipología no está prevista en la norma de superior jerarquía.

Avancemos en el laboratorio interpretativo de la Corte operando desde la *congruencia*. Lo que se hace en “Martínez” es vedar al operador local la interpretación de silencios o vacilaciones en el texto nacional. Otro aspecto a resaltar en esta operación hermenéutica resulta ser que, como con cualquier norma de competencia ella se interpreta de modo restrictivo. La regla de interpretación será como ante cualquier norma de competencia restrictiva.

El mismo procedimiento se sigue para la relación LGA y leyes sectoriales (horizontal) La Corte lo ejecuta en este caso cuando sopea el contenido de la EIA que se desprende del CM, en sus arts. 249 y 250.

La conclusión que se puede extraer de esta parte del fallo es que la Corte impone una interpretación rigurosa de los PMPA, como reglas operativas, obligatorias, mínimos inderogables y disciplinantes para las provincias vía el principio de congruencia, las que no pueden desconocerlos y deberán adaptar sus normas locales a ellos. Pensamos por ejemplo la exigibilidad de mecanismos de participación ciudadana en los licenciamientos ambientales que surgen como obligatorios en los artículos 19/21 LGA, y que muchas normas provinciales los prevén de manera facultativa (art. 18, ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires por ejemplo (23)) y que deberán desde 2002 readaptar sus normas. Con esta hermenéutica derivada de “Martínez”, las normas locales no pueden desoír el mandato de los PMPA y deberían reacondicionar sus contenidos a ellos.

Esta forma de cavilar es la que ha llevado a que la Corte obligue a readaptar las normas locales que prevén la DIA condicionada y la consideren alejada de los PMPA y por lo tanto nula cualquier autorización que utilice dicha modalidad.

Por ello, la resolución 35/2009 de la autoridad salteña licenciando el emprendimiento minero, para la Corte en el caso “Martínez” es inconstitucional.

IV. El procedimiento de amparo como vía idónea para la suspensión de actividades clandestinas en curso o de ejecución en ciernes

Hemos tratado en su momento la cuestión de la idoneidad de la vía del amparo para alojar pretensiones de suspensión de actividades carentes de licenciamiento ambiental cuando se inicien en su ejecución por clandestinas. Lo hacíamos con motivo de la sentencia en autos “Comunidad Wichí” de la Corte federal allá por el año 2002 (24).

Nos parecía en aquel trabajo que la doctrina del Alto Tribunal acertaba cuando con-

sideraba estos casos como de puro derecho porque lo único para indagar en ellos son tres cuestiones:

1. *Obligatoriedad de DIA*, porque hay que indagar si la actividad objeto de conflicto debe -conforme al ordenamiento vigentetratar el procedimiento de EIA y obtener el licenciamiento ambiental mediante declaración de impacto ambiental. Para ello se considerarán las normas generales y sectoriales en materia de EIA. Por ejemplo en la provincia de Buenos Aires se ha llevado adelante una auspiciosa jurisprudencia de la SCBA respecto a las actividades sometidas a EIA en el citado *leading case* “Rodoni” o el reciente “Cabaleiro c. Papel Prensa” (25) entre otros.

2. *Falta de DIA* dado que el segundo elemento que debe estar presente en este tipo de causas es la falta de licenciamiento, que tiñe de clandestina la actividad.

3. *Principio de ejecución* desde que estamos ante una actividad que se ha comenzado a ejecutar o esté en ciernes de hacerlo.

Con estos tres elementos el que casi resultan de puro derecho en todos los casos, procede la acción de amparo. No es necesario saber si la actividad contamina o no, si ocasiona un daño al ambiente. Lo único que se necesita es saber si la misma posee o no licencia ambiental porque los aspectos técnicos, el control sobre la contaminación se da en el ámbito administrativo de EIA. Es el EIA el mejor procedimiento para conocer los impactos de la actividad, ponderarlos, analizar sus fórmulas de mitigación y, aprobar o desechar el proyecto. En el proceso judicial nada de esto debe probarse decíamos en el año 2002 cuando escribimos aquellas reflexiones. Hoy la Corte las considera en “Martínez”.

Lo hace porque dice que la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la resolución 35/09 —en cuanto aprobó el informe de impacto ambiental en forma condicionada- era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde su descalificación (Fallos: 325:1744).

V. Reflexiones finales

Estamos en días en que los conflictos por la minería —nos resistimos a utilizar el término megaminería cuando dicha categoría no existe en nuestra legislación que clasifica en tres tipologías los yacimientos (arts. 3, 4 y 5, Cód. Minería)- se suceden constantemente por todo el país. Como muestra de los constantes rumores, conflictos y fantasmas sobre este tema, basta con ver la resolución CS 121/2009 (45-F)/CSI originario “Fundación Ciudadanos Independientes c. San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/incidente de medida cautelar” del 16/2/2016 en la que la Corte resuelve llamar severamente la atención a la parte actora en la causa y hacerle saber que deberá abstenerse en lo sucesivo de asumir conductas semejantes, bajo aper-

{ NOTAS }

(21) CAFFERATA, Néstor, “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, DJ 2002-3-1133.

(22) ESAIN, José A., “Competencias...”, cit., p. 257/258.

(23) ESAIN, José A. – GARCÍA MINELLA, Gabriela, “Derecho ambiental en la Provincia de Buenos Aires”, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013.

(24) ESAIN, José A., “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”, Nota a fallo CS, “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek Toi en la causa Comuni-

dad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek Toi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo sostenible”, LA LEY, Sup. Constitucional, 2/4/2004, 8.

(25) SCBA, 11/2/2016, C. 117.088, “Cabaleiro, Luis F. c. Papel Prensa SA s/amparo”.

● VIENE DE PÁGINA 9

cibimiento de aplicarle sanciones. Es que los conflictos se suceden desde hace años. Existen movimientos locales, fuertemente arraigados en comunidades que resisten al desembarco de las empresas, y por otra parte existen provincias donde la minería posee un fuerte consenso social fundado en las posibilidades económicas que pue-

de traer aparejado. Aparecen normativas que intentan ordenar la actividad reglando mediante el ordenamiento ambiental del territorio los espacios territoriales donde podría alojarse la actividad y donde no. En otras provincias aparecen normas prohibitivas.

La Corte ha ingresado desde hace tiempo en el tema de diferentes modos: con definiciones respecto de la Ley de Glaciares, juicios

por daños interjurisdiccionales, y ahora con esta resolución por la licencia ambiental de un proyecto alojado en la provincia de Catamarca.

Pero no sólo por este motivo la sentencia es tan importante. La cuestión respecto a la imperatividad de los PMPA (por virtud del principio de congruencia del art. 4, LGA) y el poder disciplinante que se le otorga a las normas nacionales respecto a las locales resulta

ser quizá lo más trascendente de este *leading case* "Martínez".

Finalmente el segundo efecto práctico: queda desterrada de nuestro sistema normativo la categoría de las declaraciones de impacto ambiental condicionadas, en cualquier ámbito. ●

Cita online: AR/DOC/779/2016

Explotación minera...

● VIENE DE PÁGINA 6

dejarán un *pasivo ambiental*(4) que quedará por generaciones, advirtiendo por último una grave afectación a la salud para la comunidad.

Acá es donde debemos preguntarnos con sinceridad: ¿Cuál es el verdadero costo de llevar adelante un emprendimiento económico que involucre de alguna manera perturbar o modificar el medioambiente? Es decir, no cabe duda de que los recursos naturales son una fuente valiosa de divisas para un país, pero así también lo es la salud de los pobladores y los ecosistemas naturales, fuente de vida y sustento de la zona donde se ubican.

Por lo tanto, a la hora de evaluar las posibles ventajas financieras de una determinada explotación, es válido y necesario que las autoridades (de todos las divisiones del Estado), evalúen las ganancias y las pérdidas a corto, mediano y largo plazo.

Si bien es cierto que no todos los metales son nocivos para la salud (todo depende de la concentración y del tiempo de la exposición), muchos de ellos sí lo son(5).

Y no sólo afectan a las personas expuestas directamente a ellos, sino que muchas veces se manifiestan en las futuras generaciones porque estos elementos pasan, sobre todo, de la madre al feto(6). Por otro lado, la salud se va deteriorando en algunos casos lentamente, o con síntomas que no son identificados a tiempo.

No olvidemos que muchas de las víctimas de estos efectos contaminantes son justamente las personas con mayor vulnerabilidad social (ya sea por la falta de recursos económicos o educacionales).

Otro de los efectos que están impactando en nuestras sociedades, y que se relaciona directamente con el problema de contaminación ambiental, es el tema del desplazamiento (voluntario o involuntario) de las personas que viven en las zonas afectadas por la contaminación, llamados actualmente "desplazados o refugiados ambientales".

No es difícil prever que en el tema del desplazamiento poblacional por cuestiones ambientales son afectados no sólo los pobladores de las zonas con problemas de contaminación, sino los vecinos a esas localidades quienes son en principio los que reciben el

flujo extra de pobladores, contando siempre con las condiciones sociales que se necesitan para que todos puedan encontrar y mantener una calidad de vida. Este es un costo social extra que deberá tenido en cuenta a corto, mediano y largo plazo(7).

Parecería ser que hablar sobre esta problemática ambiental está fuera de nuestra realidad social, y que es un problema que puede aquejar a un lejano e ignoto (para nosotros) país africano, pero lamentablemente ya es una realidad que está golpeando nuestras puertas, dentro de nuestro propio territorio nacional. Así lo explica Ángeles Pereira, directora ejecutiva de la Fundación Proteger y del Centro de Derechos Humanos y Ambiente: "Tenemos que entender que la crisis ambiental y climática que enfrentamos necesita una respuesta social, porque no se trata simplemente de fenómenos climáticos sino de gente. Debemos comprender que detrás de este fenómeno hay un reclamo de supervivencia: estas personas que están siendo afectadas no tienen futuro ni posibilidades de sobrevivir en sus lugares de origen, por lo que es indispensable reconocer el estatus de refugiado ambiental, prever su protección, desarrollar los mecanismos y diseñar las políticas públicas que respondan acabadamente a la problemática"(8).

Todo esto tiene un costo social, que debe ser tenido en cuenta. Porque no cabe ninguna duda de que el Estado debe responder siempre, pero el Estado debe también prever en sus contrataciones seguros ambientales idóneos para que los derechos de la población no caigan en abstracto.

Quizá sea la hora de que los legisladores comiencen a pensar la manera de reglamentar la reparación el daño, pensando en incluir de alguna manera la categoría de "desplazado/refugiado ambiental", para poder sumar a favor de los perjudicados un ítem indemnizatorio(9).

Sabido es que muchas empresas extranjeras, ante la certeza de la contaminación ambiental que producen sus explotaciones, buscan realizar sus emprendimientos en los países en vías de desarrollo, no sólo porque generalmente cuentan con una legislación ambiental precaria, sino porque lamentablemente también les resulta más económico "contaminar y pagar" en estos lugares, que en sus propios países(10).

Hasta ahora sólo hemos analizado el tema del costo social, pero no el costo que puede llegar a tener en cuanto a la biodiversidad, y si se pone en peligro o no la supervivencia

de alguna especie autóctona. En este sentido debemos ser conscientes de nuestra postura filosófica respecto del entendimiento del hombre en el rol que cumple dentro del medioambiente, o para decirlo de otro modo: ¿Qué lugar ocupa el hombre dentro del vasto (y único) ecosistema que es el Planeta Tierra y qué derechos tiene sobre el uso de los recursos que en él se encuentran?

Es cierto que no podemos decir que la extinción de todas las especies animales o vegetales en el planeta ha sido causada por el accionar humano. La Tierra misma tiene, por llamarlos de algún modo, "mecanismos de gestión y de evolución".

Lo que debemos es ser conscientes de hasta qué punto la ignorancia o la codicia del hombre (o para ser más justos, de alguna parte de la humanidad, que "curiosamente" son quienes manejan los hilos del poder político y económico) perturban este equilibrio tan delicado que sostiene la vida, tal y como la conocemos en nuestro planeta.

Muchas veces también sucede que los cambios ambientales son difíciles de detectar en sus inicios, o la responsabilidad de pequeños cambios no se detecta hasta que se relaciona con otros, que cuando se juntan forman una sinergia negativa para el ambiente.

Así, en este tema tenemos que comenzar a tomar conciencia de que hay ciertos ambientes que son más "vulnerables" que otros, y que modificar uno de sus componentes generará con el tiempo el deterioro o la pérdida (económica o biológica) del mismo.

Uno de los mecanismos que podría utilizar el Estado para monitorear y proteger los recursos naturales, en especial las zonas más vulnerables, es establecer a tiempo lo que se conoce como *bioindicadores ambientales*, que son "aquellos organismos que pueden aportar información sobre las condiciones ambientales de su hábitat mediante, presencia, ausencia y comportamiento"(11). Detectar a tiempo cuál es el bioindicador ambiental en una determinada zona permitirá monitorear posibles alteraciones ambientales.

En un futuro cercano sería una gran ayuda para los jueces contar con una legislación específica sobre el tema, que les permita trabajar con mayor precisión al tener que resolver los temas puntuales que se les presenten.

Permítaseme, en este punto, hacer una "analogía ambiental" de cómo pequeños cambios en un ambiente vulnerable repercuten en el mismo.

Para ello citaré lo que ocurre con los arrecifes coralinos.

Estos ecosistemas están formados por distintas especies de cnidarios y una diversidad de especies marinas (peces y algas) que necesitan para que el mismo permanezca y crezca de ciertas características físicas y climatológicas: como la localización física (entre los 30°N y 30°S), la temperatura y la claridad del agua (alrededor de 23°-25°C y hasta los 60 metros de profundidad), donde el sol puede llegar hasta ellos favoreciendo el ciclo ecológico con los animales asociados a su sistema; otro factor importante lo constituye la salinidad del agua del mar(12).

Por otro lado, otro factor a tener en cuenta en estos lugares son los elementos necesarios en el proceso de calcificación de los corales (tanto de aguas frías como templadas), ya que ellos (los cnidarios) son el eje central del ecosistema. Así sabemos que para su crecimiento necesitan de un ambiente estable y en equilibrio.

Las alteraciones en el mismo interrumpen su crecimiento y origina organismos débiles que puede traer aparejado como consecuencia la extinción de las especies(13).

En nuestro país, gracias a la investigación llevada adelante por el Dr. Mauricio Zamponi (Investigador del CONICET y Docente de la UNMdP), realizada por pedido expreso del Consejo Federal Pesquero, se logró elaborar un relevamiento a tiempo, que tuvo en cuenta el conjunto de especies del área del Banco Burwood (cercano a la zona de Malvinas), lo que permitió clasificar dicha área como un "Ecosistema vulnerable, frágil o sensible" (conforme al Informe Tratado y Aprobado en el ACTA CFP N° 18/2008, del Consejo Federal Pesquero, basado en el informe Banco Burwood Cnidaria, redactado por el Investigador mencionado *ut supra*).

Los emprendimientos de naturaleza minera tienen un impacto ambiental mucho mayor que el que se produce por la desalinización del agua del mar o por la suba de la temperatura (que ya está comprobado que está produciendo el blanqueamiento de los corales(14), por lo que su aprobación y monitoreo exige de las autoridades un análisis muy profundo al momento de aprobarlos.

Esto ha sido tenido en cuenta en el fallo de análisis al recordarnos puntualmente la Corte que "en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio, presentando una revalorización de

{ NOTAS }

(4) Se entiende por pasivo ambiental "aquellos sitios contaminados por la liberación de materiales o residuos peligrosos, que no fueron remediados oportunamente para impedir la dispersión de contaminantes, pero que implican una obligación de remediación" (<http://www.semarnat.gob.mx/archivosanteriores/temas/gestionambiental/Materiales%20y%20Actividades%20Riesgosas/sitioscontaminados/pasivos/pasivos.pdf>).

(5) [http://www.ecured.cu/Anexo:Efecto_de_los_meta-](http://www.ecured.cu/Anexo:Efecto_de_los_metales_pesados_en_la_salud_humana)

[les_pesados_en_la_salud_humana.](http://www.fmed.uba.ar/depto/toxicol/articulos/21.pdf)

(6) <http://www.fmed.uba.ar/depto/toxicol/articulos/21.pdf>.

(7) <http://www.fmreview.org/es/prevencion/zetter.html>.

(8) <http://www.informedigital.com.ar/secciones/memios/nota.php?id=36753>.

(9) http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000200004&script=sci_arttext.

(10) TESTA, Graciela, "Medio ambiente y MERCOSUR. Fray Bentos: Cuando las aguas bajan turbias", en SLAVIN, Pablo (comp.), *Anales de las 6^{as} Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Suárez, 2006.

(11) Van GESTEL C. - Van BRUMMELEN, T., "Incorporation of the biomarker concept in ecotoxicology calls for a redefinition of terms", *Ecotoxicology* 5, 1996, ps. 217-215.

(12) ZAMPONI, M. O., "Cnidaria", en CAMACHO,

Horacio (ed.), *Los invertebrados fósiles*, Vázquez Mazzini, Edit. 2008.

(13) ZAMPONI, M. O., "La Corriente de Malvinas: ¿Una vía de dispersión para cnidarios bentónicos de aguas frías?", *Revista de la Real Academia Gallega de Ciencias*, Vol. XXVII, 2008, p.197.

(14) Sobre el tema consultar: http://www.ecured.cu/Blanqueamiento_Coralino.

las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos: 329:3493)", haciendo hincapié en el dictamen bajo análisis que en estos temas los jueces "cuentan con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos 329:3493)".

III. Conclusiones

Haciendo un repaso final al fallo que nos presentan a considerar, podemos sacar varias conclusiones: la primera es comprobar con orgullo que el municipio de Andalgalá, en la provincia de Catamarca, República Argentina, cuenta con ciudadanos preocupados en cuidar su ambiente, su salud y su economía.

Valoramos en este fallo la importancia dada a los resultados del informe presentado por la Universidad Nacional de Tucumán: el Estado argentino sostiene el derecho a la enseñanza gratuita en todos sus

niveles. En casos como éstos, cuando los recursos técnicos y humanos de las universidades son llamados a tiempo para opinar y dictaminar sobre un tema específico, no sólo benefician a los protagonistas directos, sino que ayudan a transmitir el conocimiento y sirven también como guías de consulta para futuros conflictos.

Rescatamos, asimismo, el valor de la colaboración del mundo académico con el jurídico, y relacionándolo directamente con un tema planteado en este estudio, podemos mencionar el trabajo realizado por la abogada Claudia Oviedo (Instituto de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados de Mar del Plata), en su presentación "Indicadores Ambientales y su aporte al Seguro Ambiental" en ocasión de su participación en la Jornada de Derecho Ambiental llevada adelante en Bahía Blanca en el mes de febrero de 2016.

Esto no sólo es sostenido desde el pensamiento del mundo del derecho, sino tam-

bién desde el pensamiento del mundo científico de la biología. Así fue sostenido por la Dra. Asunción Romanelli (investigadora del CONICET) en su tesis doctoral (15) al decir que "toda problemática ambiental lleva implícita una interacción entre aspectos biofísicos y sociales, por ello, el análisis de actores sociales (AAS) es una herramienta útil y de considerable potencial en el análisis y desarrollo de programas y políticas de manejo de los recursos naturales, y en la articulación entre los tomadores de decisiones y otros actores de menor influencia e interés en el sistema".

Compartimos el criterio cada día más sostenido de la Corte Suprema de Justicia, no sólo en valorar y defender el ambiente, sino en su exhortación a los jueces de instancias inferiores, a ser precavidos y hasta creativos al momento de resolver sobre cuestiones ambientales, tomando un rol activo y no cayendo en viejos criterios meramente reglamentarios y ritualistas, que si bien son importantes en ciertos momentos y áreas del Derecho, en esta temática, el derecho debe aggiornarse más rápidamente de lo que posiblemente esté acostumbrado el Poder Judicial y Legislativo.

Hoy es el momento de ser prudentes respecto del cuidado y la preservación

del medioambiente, recordando uno de los pilares básicos del Derecho Ambiental que nos enseña que "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente" (16).

Lamentarse por la pérdida de la biodiversidad, la contaminación, el deterioro de la salud humana y las consecuencias económicas y sociales negativas, cuando los hechos consumados demuestran que hasta la más alta de las sentencias pecuniarias no repararán los daños, tampoco servirá.

Por todo esto es que podemos sostener con satisfacción, analizando los fallos de la justicia argentina, que se está tomando conciencia y obrando en consecuencia del cuidado ambiental, entendiéndose que se debe armonizar y fomentar el crecimiento económico conjugado al cuidado del medioambiente. ●

{ NOTAS }

(15) ROMANELLI, Asunción, "Evaluación ambiental de lagunas pampásicas del Sudeste Bonaerense. Diagnóstico y perspectivas de gestión sustentable", tesis doctoral UNMdP. 09/2007-03/2012, CONEAU

719/06C4269.

(16) Art. 4, Principio tercero (Precautorio) de la Ley general de Medioambiente, 25.675, <http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/marco/ley25675.htm>.

Obligación en moneda extranjera

Cumplimiento de la obligación en la moneda pactada. Condición esencial del convenio. Normas supletorias en el Código Civil y Comercial

Hechos: La sentencia hizo lugar a una demanda que perseguía el cobro de una deuda en dólares derivada de la compraventa de un lote y rechazó la consignación intentada por el demandado. La Cámara confirmó el pronunciamiento.

1.- Si en el boleto de compraventa cuya moneda de pago era en dólares las partes previeron diversos mecanismos que permitieran hacerse de esa divisa ante el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran o dificultasen su adquisición, corresponde rechazar el planteo del deudor de cancelar la obligación abonando pesos al cambio oficial que fija el Banco Central, pues surge evidente que aquella fue una condición esencial del convenio y, cumplida la condición suspensiva mediante el dictado de la comunicación A 5313 del BCRA, debe estarse a las alternativas previstas para calcular la paridad de esa moneda.

2.- Conforme a lo establecido en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulten de carácter indisponible; y de acuerdo con lo previsto en el art. 7 del referido cuerpo normativo, cuando la norma es supletoria, no se aplica a los contratos en curso de ejecución, sino que corresponde la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato.

119.085— CNCiv., sala H, 03/12/2015. – Desarrolladora Terravista SA c. Verna, Emiliano S. s/daños y perjuicios.

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 3 de 2015.

El doctor Kiper dijo: Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 230/4), que hizo lugar a la demanda que perseguía el cobro de una deuda en dólares, y rechazó la consignación intentada por el demandado, este último expresa agravios (fs. 251/7), cuyo traslado es contestado a fs. 260/4.

Se agravia el recurrente de que se haya rechazado la consignación. Sostiene que la otra parte no cumplió con sus obligaciones, por lo que, de acuerdo a la excepción de incumplimiento contractual, no tenía derecho a exigirle el cumplimiento de la suyas. Por otro lado, sostiene que pagó la suma adeudada, ya que tomó la cotización del dólar de acuerdo a lo que determina el Banco Central.

Es un hecho no controvertido en esta instancia que el 27 de octubre de 2009 la actora le vendió al demandado un lote identificado como N° 22 del emprendimiento conocido como Barrio Cerrado Terravista, en forma conjunta con una "Acción" ordinaria escritural clase B la cual resulta inescindible con la titularidad del lote, todo ello en virtud de las características propias del emprendimiento y de acuerdo a la Ley 8912 de la Pcia. de Bs. As. Sobre el referido lote el demandado ya ha construido una vivienda unifamiliar.

La operación se realizó en el precio de U\$S 133.900 dejándose expresamente aclarado en la cláusula V que la moneda de pago era la determinada. Puntualmente se estableció en la cláusula V.2 que si por cualquier causa ajena al comprador este éste se viere imposibilitado de efectuar el pago en dólares estadounidenses billetes, deberá entregar a la vendedora la cantidad de pesos en cantidad necesaria para adquirir los dólares billetes adeudados en el Mercado Libre de Cambios o de no existir este para adquirir cualquier título público en dólares estadounidenses, a opción de aquella, que negociando en el mercado financiero de Montevideo o de Nueva York, a opción de la vendedora, permitan con su producido neto obtener los dólares estadounidenses adeudados utilizando al efecto la información que publiquen los diarios *Ámbito Financiero*, *El Cronista Comercial* o *La Nación*, a opción de la vendedora. Finalmente en la cláusula V.3 las partes voluntariamente se apartaron y renunciaron a invocar la teoría de la imprevisión.

Transcurridos 14 meses, el demandado no pagó, y solicitó un plazo de espera, por lo que se suscribió el convenio del 17 de agosto de 2011, que tampoco fue cumplido. El juez de primera instancia lo condenó a abonar lo adeudado en la forma pactada, esto es, con pesos que sean suficientes para adquirir alguno de los mencionados bonos.

El apelante plantea que la actora no tiene derecho a exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, por no haber cumplido las suyas.

Tal como señala la actora al responder el traslado, fuera de que el recurrente no indica cuáles son las obligaciones no cumplidas que justificaría la *exceptio non adimpleti contractus*, lo cierto es que esta cuestión no fue planteada al contestar la demanda y reconvenir (ver fs. 94/102).

Al ser así, no puede ahora en la Cámara introducirse. Ha expresado Carnelutti, que hay nueva demanda cuando se pide al juez de la apelación "la constitución o la declaración de una situación jurídica distinta de la deducida en la demanda de primer grado o bien, de la misma situación jurídica cuando se modifique su objeto, o de la misma situación jurídica cuando se modifique el título en relación con el alegado ante el primer juez en las conclusiones de la demanda" ("Instituciones", pág. 445).

De ahí que el art. 277 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto a los poderes del tribunal, dispone que "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia". No se puede fallar, extra, ultra o *infra petita*. Ocurre que la apelación no es un nuevo juicio, sino que la Cámara debe controlar la legalidad de la sentencia apelada.

Por ende, se trata de un planteo extemporáneo.

El segundo tema que propone el apelante es la forma de cancelar la deuda, pues no se encuentra en discusión que adeuda a la actora la suma de U\$S 79.563, lo que ha admitido expresamente al contestar la demanda.

Conforme a lo establecido en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulten de carácter indisponible y de acuerdo con

lo previsto en el art. 7º del referido cuerpo normativo, cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, se debe aplicar la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato.

Propone el demandado cancelar la obligación pesos al cambio oficial que fija el Banco Central. Sin embargo, ello se aparta notoriamente de lo expresamente pactado por las partes, como antes señalé. En efecto, son muy claras las cláusulas del boleto de compraventa (ver especialmente cláusula V, fs. 41).

Además, no hay imposibilidad de obtener moneda extranjera en virtud de las disposiciones dictadas por el poder público, ya que existen otras operaciones de tipo cambiario y bursátil que habilitan a los particulares, a adquirir los dólares estadounidenses, necesarios para cancelar la obligación asumida, a través de la adquisición y el posterior canje de determinados bonos.

Si en el convenio de reconocimiento de deuda en dólares estadounidenses las partes previeron diversos mecanismos de pago que permitieran a la acreedora hacerse de aquella moneda ante el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran o dificultasen la adquisición en billetes de la mentada divisa extranjera es a ellos a los que deben ceñirse, pues surge evidente que la moneda de pago fue una condición esencial del convenio y cumplida la condición suspensiva, mediante el dictado de la Comunicación A 5313 del BCRA, debe estarse a las alternativas previstas en favor del acreedor para calcular la paridad de dicha moneda.

Para que el pago posea efecto cancelatorio debe ser exacto, debe responder a los principios de identidad e integridad (conf. Borda, G. "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", I, p. 545; Trigo Represas, F., "Obligaciones en general", en Reformas al Cód. Civil, N° 2, 1994, ps. 118/20). Asimismo, el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales (arts. 673 y 742).

Admitido ello, es inatendible el planteo del apelante consistente en que la falta de pago es imputable a la actora, quien se negó a recibir su pago.

Cita online: AR/JUR/70872/2015

COSTAS

Se imponen al apelante vencido.

VIENE DE PÁGINA 11

Por las razones expuestas, propongo que se confirme la sentencia apelada, con costas de esta instancia al apelante vencido.

El doctor *Fajre* dijo:

Adhiero a las consideraciones expuestas por el doctor *Kiper* en su voto, proponiendo la solución allí indicada.

La doctora *Begher* dijo:

Adhiero a las consideraciones expuestas por el doctor *Kiper* en su voto, proponiendo la solución allí indicada.

Con lo que se dio por finalizado el acto, firmando los señores jueces por ante mí de lo que doy fe. Y visto, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad, el tribunal decide confirmar la sentencia recurrida en todas las cuestiones que decide y han sido materia de agravios. Con costas de la presen-

te instancia al apelante vencido. Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y oportunamente, devuélvase. — *José B. Fajre.* — *Liliana E. Abreut de Begher.* — *Claudio M. Kiper.*

Bien de familia

Desafectación del inmueble del régimen de bien de familia. Existencia de otro bien afectado. Contravención a la normativa del Código Civil y Comercial

Hechos: *La ejecutante interpuso recurso de apelación contra la sentencia que rechazó el pedido de desafectación del régimen de bien de familia de dos inmuebles pertenecientes a la ejecutada. La Cámara modificó parcialmente el pronunciamiento recurrido.*

Dado que en el caso se afectó más de un inmueble al régimen de bien de familia en contravención al art.244, Cód. Civ. y Com.,

y al derogado art. 45, ley 14.394, corresponde proceder a su desafectación y cancelación de la inscripción —art. 255, Cód. Civ. y Com.—, en tanto no se mantuvieron los recaudos exigidos por la normativa legal aplicable para la permanencia de un inmueble en el marco de ese régimen protectorio [1].

119.086 — CNCCom., sala D, 18/02/2016. — “Corte, Graciela M. c. Bertolone, Julia s/ejecutivo s/incidente de inoponibilidad de bien de familia”.

Cita online: AR/JUR/280/2016

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

MESQUIDA, Silvina M. - KOON, María Lucila, “La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2014 (nov.), 61, AR/DOC/3856/2014

COSTAS

Sin costas de segunda instancia, atento a la inexistencia de contradictorio.

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 18 de 2016.

1. La ejecutante apeló la resolución de fs.183/186, mediante la cual el juez de primera instancia rechazó el pedido de desafectación del régimen de bien de familia de dos inmuebles pertenecientes a la ejecutada (fs.8/12).

Su recurso de fs.187 fue concedido en fs.188 y mantenido con el incontestado memorial de fs.192/195.

2. En prieta síntesis, la recurrente se agrava porque -a su criterio- el magistrado *a quo*: (a) analizó su planteo de “desafectación” del bien de familia como si se tratara de un pedido de declaración de “inoponibilidad”, (b) soslayó constancias relevantes del expediente, (c) no abordó planteos expresamente formulados por su parte y, (d) le impuso las costas de manera infundada.

3. La Fiscal General ante esta Cámara dictaminó en fs.211/216, aconsejando admitir parcialmente la apelación interpuesta.

4. La Sala comparte los fundamentos expuestos en el dictamen fiscal que antecede a este pronunciamiento, pues se ajustan a las constancias de la causa y propician una solución adecuada al *casus*.

Por ende, y atendiendo a elementales razones de brevedad discursiva, cabe remitirse a

su contenido, no sin antes efectuar unas breves apreciaciones que conducirán -igualmente- a las conclusiones allí

(a) Según el art. 244 del Cód. Civ. y Com., un inmueble destinado a vivienda puede ser afectado al régimen de bien de familia por su totalidad o hasta una parte de su valor. No es posible, en cambio (como aconteció en la especie, en contravención incluso al derogado art. 45 de la ley 14.394) afectar más de un inmueble a ese régimen.

Asimismo, el art. 247 de ese mismo ordenamiento legal, exige que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble, bastando, a los fines de que subsistan sus efectos, que uno de ellos permanezca en él. Igual obligación establecía el art. 41 de la Ley 14.394, sin que las manifestaciones de la interesada reflejadas en fs.143 den cuenta de un incumplimiento meramente temporario frente al cual podría aplicarse un criterio de excepción (Conf. Areán, B., “Bien de Familia”, Buenos Aires, 2007, pág.264, N°290).

En tales condiciones, no habiéndose mantenido los recaudos exigidos por la normativa legal aplicable para la mantención de un inmueble en el marco del régimen protectorio de que se trata, a instancia de cualquier interesado o de oficio, puede procederse a su desafectación y a la cancelación de la inscripción (art. 255, Cód. Civ. y Com.).

(b) En ese contexto, y de acuerdo con lo propiciado por la Representante del Ministerio Público, cabe admitir parcialmente la pretensión recursiva de fs.192/195.

Sólo se añade, en cuanto al último agravio de la ejecutante -relativo al régimen de costas-, que atendiendo a la naturaleza de la cuestión resuelta y al escenario fáctico en que se asienta la litis, los gastos causídicos deben ser soportados en el orden causado (arts. 68:2º y 69, Cpr.).

5. Por lo anterior, y de conformidad con lo propiciado por la señora Fiscal General ante esta Cámara, se resuelve: (*) Modificar el pronunciamiento de fs. 183/186 con el alcance expresado en el dictamen que antecede, sin costas de segunda instancia, atento a la inexistencia de contradictorio. (**) Distribuir las costas de primera instancia en el orden causado.

6. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema (ley 26.856 y Acordadas 15 y 24/13), notifíquese a la Fiscal General en su despacho y devuélvase sin más trámite la causa, confiándose al juez de primer grado las diligencias ulteriores (art.36:1º, Cpr.) y las restantes notificaciones. — *Juan J. Dieuzeide.* — *Gerardo G. Vassallo.* — *Pablo D. Heredia.*

EDICTOS

El Juz. Fed. Civ. y Com. N°1, Sedc. N°1 de la Cap. Fed. hace saber que YONAIRA VILLAR ASENSIO de nacionalidad dominicana, DNI 95.470.426 ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LALEY.

Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LALEY.

Buenos Aires, 17 de marzo de 2016
Ana Laura Bruno, sec.
LALEY: I. 06/04/16 V. 06/04/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que JANE MIRYAM CAHUAYME LIZARZABURU, nacida en Ica - Perú, el 19 de noviembre de 1963, con D.N.I. N° 93.272.259, ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados

hagan saber a este juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LALEY.

Buenos Aires, 1 de marzo de 2016
José Luis Cassinero, sec.
LALEY: I. 06/04/16 V. 06/04/16

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 69, Secretaría única de Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ. El presente deberá publicarse por tres días en el Diario “LALEY”.

María Laura Prada Errecart, sec. int.
LALEY: I. 04/04/16 V. 06/04/16

THOMSON REUTERS
LA LEY



SISTEMA DE INFORMACIÓN LEGAL

El resultado de una unión que es mucho más que la suma de las partes.

Thomson Reuters unió a **La Ley** y a **AbeledoPerrot** para configurar la base de información jurídica más importante de la Argentina.

DOCTRINA
Los juristas más prestigiosos de nuestro país **aportan soluciones para los profesionales.**

ESPECIALIZACIÓN
Thomson Reuters ofrece **profundidad en los contenidos específicos** en las distintas áreas del derecho.

JURISPRUDENCIA
Los **fallos que usted necesita** son seleccionados por nuestro equipo editorial con el valor agregado que distingue a los contenidos de Thomson Reuters.

DONDE QUIERA Y COMO QUIERA
Encuentre **contenido al instante desde cualquier dispositivo** a través de su desktop, tablet y notebook. ¿En papel? Las revistas y los libros de siempre.

LEGISLACIÓN
La seguridad de trabajar con **textos vigentes de legislación nacional y provincial**, analizados y relacionados con el conocimiento de La Ley y de Abeledo Perrot.

CONOCIMIENTO LOCAL, TECNOLOGÍA GLOBAL
Jurisprudencia, doctrina, legislación nacional y provincial, con la **tecnología de Thomson Reuters** y el acceso a los libros del Fondo Editorial.

sistemalegalonline.com | 0810 222 5253

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™
THOMSON REUTERS®