

RD
Amb

REVISTA DE
DERECHO
AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Abril - Junio 2023 | 74

ISSN 1851-1198

 **INCLUYE**
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1198
RNPI: 5074815

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de mayo de 2023, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RD
Amb

REVISTA DE
DERECHO
AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Abril - Junio 2023 | 74

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

ÍNDICE

DOCTRINA

Propiedad y ambiente <i>Néstor A. Cafferatta</i>	3
Nuevamente sobre el tema de los "derechos de la naturaleza" y otras cuestiones vinculadas: el derecho ambiental y el destino de Ícaro <i>Juan Martín Siano</i>	10
Derechos humanos y derechos de la naturaleza: diálogo y fertilización cruzada entre ambas visiones <i>Mario Peña Chacón</i>	23

DERECHO PENAL AMBIENTAL

La eficiente tutela del derecho penal al ambiente <i>Carlos Martino Navarro</i>	35
Hacia la incorporación del ecocidio como crimen de competencia de la Corte Penal Internacional <i>Guillermo Chas</i>	47

DERECHO ANIMAL

El interés superior del animal como principio rector del derecho <i>Graciela Regina Adre</i>	57
Reflexiones acerca de la expansión de derechos más allá de la especie humana en Latinoamérica: el caso de los demás animales <i>Israel González Marino</i>	66

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

Jurisprudencia de la Corte en materia de competencia judicial ambiental <i>José Alberto Esain - Federico Zonis</i>	77
Importancia y utilidad de las condenaciones dinerarias para la eficaz protección del bien colectivo ambiente <i>Aníbal J. Falbo</i>	104
La tutela especial de los defensores y las defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales: el conflicto por la autovía de Punilla en la provincia de Córdoba (Argentina) <i>Agustín Filippi</i>	113

CAMBIO CLIMÁTICO

Los "Bonos Verdes" como políticas económicas que propenden al aseguramiento y protección del derecho humano a un ambiente sano <i>Alexis M. Palacios - María José Rueda</i>	127
--	-----

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

El ecocidio como quinto crimen internacional y su relación con el genocidio <i>Bruno Santini</i>	143
La justiciabilidad del clima en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos <i>Yerlin Mejía Lobo</i>	160

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CAMBIO CLIMÁTICO Consecuencias. Avance del mar sobre la zona costera	179
---	-----

DOCTRINA

Propiedad y ambiente

Néstor A. Cafferatta

Sumario: I. Propiedad y ambiente.— II. Concepto de medio ambiente.— III. Pretensión indemnizatoria.— IV. Bibliografía.

I. Propiedad y ambiente

Hay un fallo que resulta relevante de la jurisprudencia ambiental de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. Me refiero a la sentencia recaída en los autos “Coihue SRL c. Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios” (originario CSJ 3162/2004 (40-C)/ CS1, 18/11/2021 - Fallos 344: 3476).

En este caso, la empresa *Coihue SRL* promovió una demanda contra la provincia de Santa Cruz, en la que persigue dos pretensiones: que se declare *la inconstitucionalidad de la ley provincial 2662 y de sus antecesoras, y de la ley 3466 de “Áreas Protegidas,”* por medio de las cuales se había declarado al *Área de la Península de Magallanes, Reserva Provincial y luego, Parque Provincial*, así como de las normas que establecen determinadas prohibiciones limitando su derecho de dominio, por considerarlas *contrarias a los derechos constitucionales de propiedad, de trabajar y ejercer el comercio, como así también por desconocer los principios constitucionales de igualdad y razonabilidad* (art. 1°, 16, 17, 28, 31 y ccds.), y que se condene a la provincia de Santa Cruz a reparar los daños y perjuicios ocasionados a su parte.

Señala que adquirió en la década de 1970 *dos terrenos en la Península de Magallanes*, uno de ellos de *108 hectáreas*, ubicado en el departamento Lago Argentino, por donde a unos escasos 100 metros, *pasa el camino de acceso al glaciar Perito Moreno*, con importantes vistas panorámicas hacia el glaciar, lagos y montañas; el otro predio, de *392 hectáreas*, próximo al anterior. Sostiene que esas tierras son los únicos bienes que posee la sociedad, y que *desde 1993 ha visto severamente cercenado su derecho de propiedad*, a partir de la sanción de la ley que mediante el dictado de normas que incluyeron los

inmuebles dentro del área de Reserva Provincial Península de Magallanes, que luego, en octubre de 2003, con la sanción de la ley 2662, pasaron a integrar el *Parque Provincial Península de Magallanes “Área Natural Protegida,”* lo que agrava las limitaciones a su derecho de propiedad.

Explica que, mediante el dictado de sucesivas leyes, *se impidieron nuevas subdivisiones catastrales, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras y que esas limitaciones quedaron superadas y a la espera del dictado por parte de la provincia de Santa Cruz, de un “Plan de Manejo del Área”* que determinase los usos permitidos y prohibidos. Sin embargo, este instrumento de gestión ambiental *nunca vio la luz*, por lo que las autoridades provinciales mantuvieron indefinidamente *un esquema “transitorio” de prohibiciones, que se exhibe como una afectación ilegítima del derecho de propiedad de la parte actora*. Añade que *hubo un trato desigual* respecto a su parte, toda vez que existen *emprendimientos hoteleros* ubicados en la zona a los cuales se les habría permitido ampliar sus instalaciones y desarrollar su quehacer comercial.

La Corte, luego de declarar su competencia originaria en un pronunciamiento anterior, resolvió, con un voto de los jueces Rosatti y Maqueda, y otro del juez Rosenkrantz (véase la reseña del fallo elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia): i) *hacer lugar a la demanda y declarar la invalidez de las prohibiciones establecidas en las normas locales impugnadas;* ii) *intimar a la provincia de Santa Cruz a fin de que en el plazo de 120 días dictara un Plan de Manejo;* transcurrido ese plazo sin que la provincia lo dictase, no le serían oponibles a la actora las prohibiciones establecidas en las leyes provinciales y; iii) *condenar a la demandada a abonar la indemnización correspondiente en concepto de daño emergente y pérdida de chance.*

Los jueces Rosatti y Maqueda, luego de reseñar las normas locales involucradas en el conflicto, recordaron que, si bien en las *áreas protegidas*, por principio, la actividad humana debe estar restringida y subordinada a la *conservación y queda sujeta a un régimen especial y distinto a los espacios no protegidos, ese indisputable reconocimiento no aminora la manifiesta ilegitimidad de la provincia demandada, al no asumir su deber de determinar en concreto el régimen de usos*, y en caso de considerar que las restricciones impactaran sobre los elementos esenciales del dominio, reparar el sacrificio patrimonial experimentado tal como exige el art. 17 de la CN.

Que las palabras libertad y propiedad, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio y cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende *todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Las normas constitucionales sobre la propiedad y su inviolabilidad en nada obstan para sostener y propugnar que el derecho de propiedad tiene una función social*, y que su cumplimiento es exigible razonablemente por el Estado, tanto a favor del Estado mismo —por ej., en las cargas fiscales— como en numerosas políticas generales de bienestar general y de desarrollo, como en el área de las relaciones entre particulares.

Que ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste carácter de absoluto, toda vez que un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. *Que tampoco lo son las atribuciones de los poderes públicos a la hora de reglamentarlos*, en el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juridicidad y a la razonabilidad constitucional (arts. 1º, 19 y 26 de la CN).

Consideraron que la conducta de la demandada, al impedir de modo prácticamente absoluto el derecho a disponer de la propiedad y de comerciar, supeditado al dictado de un Plan que ella misma debía sancionar y que no había hecho, importaba una alteración esencial a los dere-

chos constitucionales de la actora. Los derechos constitucionales no pueden sufrir un menoscabo que importe aminorar sus atributos nucleares, a punto tal de desnaturalizarlos y dejarlos vacíos de sentido, por lo cual el legislador no puede alterar la sustancia o esencia de los derechos constitucionales de propiedad.

La reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria sino razonable, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella. En relación con ello, explicaron que el principio de razonabilidad repele toda arbitrariedad de las autoridades estatales y exige que sus conductas (en lo que se hace y en lo que se deja de hacer) estén primariamente fundadas en las exigencias constitucionales, antes que en el capricho o el libre arbitrio y la nuda voluntad de las autoridades nacionales, provinciales y municipales.

Indicaron que en el caso la provincia demandada invocaba la tutela medioambiental para justificar las limitaciones al derecho de propiedad cuestionadas por la empresa actora, pero ello no implicaba la automática razonabilidad del conjunto de normas impugnadas.

El juez Rosenkrantz sostuvo, en ese mismo sentido, que corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la parte actora y declarar la invalidez de las prohibiciones establecidas en la ley 2492 de la provincia de Santa Cruz (y sus antecesoras) y la disposición 6/2004 del Consejo Agrario, *pues más allá de la impotencia institucional para dictar la regulación denominada plan de manejo, sobre cuya base los propietarios afectados, como lo es la parte actora, pudieran haber dispuesto de un modo razonable y no ruinoso de sus bienes, omitió adoptar medida alguna para mitigar el daño a los particulares, manteniendo en forma obstinada la prohibición total para realizar actividades económicamente rentables en los inmuebles privados ubicados dentro del área protegida.*

De acuerdo con la Constitución Nacional, las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, reserva que comprende la reglamentación del ejercicio de los derechos

asegurados a los habitantes por la propia Constitución, sin otra limitación que la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo y la medida en que la reglamentación sea solo eso y no la negación del derecho reglamentado ni de otro alguno garantizado por la Constitución.

Aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad.

Las normas y los actos de la provincia demandada que han impedido a la actora explotar sus inmuebles no cumplen con ninguno de los requisitos establecidos por la Corte para predicar la razonabilidad de las leyes y, en general, de la actividad estatal, puesto que no son un medio para el logro de fines legítimos, en tanto la prórroga continua de la prohibición para subdividir los inmuebles y para realizar cualquier tipo de actividad económica en ellos no ha tenido la finalidad de preservar la integridad medioambiental de la Península de Magallanes —que sería la función del omitido plan de manejo del territorio—, sino la de compensar la falla institucional en virtud de la cual el gobierno provincial ha fracasado sistemáticamente en dictar el plan de manejo con el consiguiente régimen de usos permitidos de los terrenos ubicados dentro del área protegida.

Los jueces Rosatti y Maqueda explicaron que la regulación estatal razonable constituye un indispensable instrumento de precisión para que el mercado, en el proceso producción-consumo, internalice al ambiente (el cuidado y uso racional de sus recursos) como un activo antes que como una externalidad negativa y la precisión genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor.

El fallo, en el voto de Rosatti y Maqueda, contiene amplias consideraciones de referencia a la “cuestión ambiental”. Se detienen en señalar

que los constituyentes de 1994, en el art. 41 de la Ley Fundamental, dejaron establecido el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo; ese derecho-deber exige a las autoridades proveer a su protección, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

II. Concepto de medio ambiente

Asimismo, abundan sobre el *concepto de medio ambiente*, que comprende el conjunto de elementos vivos e inertes, naturales y artificiales que, pese a su heterogeneidad, funcionan de modo integrado, conformando un sistema; es un conjunto porque está compuesto por una pluralidad de elementos reconocibles en su individualidad; son heterogéneos ya que algunos tienen vida y otros solo existencia, pueden ser naturales o artificiales; poseen un funcionamiento integrado habida cuenta que los elementos que componen el ambiente se relacionan según pautas de coexistencia y/o convivencia. En la mirada del constituyente se aprecia al ambiente como un sistema en el que el hombre (en su faz individual y colectiva) tiene el deber de asegurar (y/o contribuir) que sus elementos heterogéneos (naturales y culturales) interactúen en equilibrio.

En otro párrafo del voto conjunto, destacan una doctrina que tiene precedentes valiosos en ese mismo sentido, que afirma la idea que *la tutela ambiental no se concentra en una visión antropocéntrica*, pues la Constitución consagra la protección ambiental como un derecho-deber del individuo y de la sociedad en su conjunto y el ser humano, en tanto no es el creador de la naturaleza, tampoco puede ser el justificador intelectual de su protección o desprotección; de modo que, en nombre de cierta calidad de vida humana no podría convalidarse (ni ética ni jurídicamente) el perjuicio al equilibrio medioambiental.

Agregan que el ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal

como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Al ser el ambiente un bien que excede al ser humano y a su tiempo presente, la Constitución impone un deber de solidaridad intergeneracional y de desarrollo sustentable.

Otra temática que aparece en este fallo es la del principio de sustentabilidad.

En el voto de los jueces Rosatti y Maqueda, se pone de resalto que *la sustentabilidad expresa una concepción humanista y antimercantilista que, al preservar el patrimonio ambiental gestado en una continuidad generacional para que subsista en el futuro, no hace sino traducir (en el idioma de la naturaleza y de la cultura) el concepto mismo de Nación.*

También hubo una mención más amplia del deber de cuidado.

El cuidado del medio ambiente (su uso racional) requiere la convergencia de quien produce (internalizando al ambiente como un bien antes que un costo) y de quien consume (racionalizando sus pautas de consumo) y, en ese contexto, las autoridades públicas tienen el indelegable deber de educar en el consumo y de regular —en forma razonable— las actividades productivas en función de la política ambiental (arts. 41 y 42, CN).

Una temática emergente de la distribución de competencias jurisdicción que establece el último párrafo del art. 41 de la CN, y que hace al funcionamiento del federalismo ambiental, es objeto de análisis, por los jueces Rosatti y Maqueda. *En materia ambiental, la Constitución se encarga de realizar un explícito reparto de competencias entre la Nación y las provincias, correspondiendo a la primera el dictado de los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las segundas su complementación; este nivel de regulación complementaria puede ser diferente entre los Estados miembros, quienes tienen como única limitación respetar el nivel básico, uniforme para todos ellos.*

Es sabido que el grueso de la competencia ambiental en el régimen federal argentino es de atribución local, por lo que se dijo que *las limitaciones administrativas a la propiedad privada que se establecen con fines medioambientales*

son —dado su carácter— de índole local y sujetas —por supuesto— al principio de razonabilidad (arts. 5º, 28, 41, 121 y 125, CN). Por lo que toda vez que la Constitución Nacional —y la de la provincia de Santa Cruz— reconocen el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, y el deber de las autoridades de proveer a la protección del patrimonio natural y cultural, como así también a la diversidad biológica, la decisión de la demandada que declara un área de su territorio como Reserva o Parque Provincial se inscribe en el cumplimiento de tal mandato constitucional y, por lo tanto, no resulta jurídicamente reprochable.

Pero, siguiendo este mismo voto conjunto, *el punto de equilibrio entre los derechos de propiedad y de comerciar con el “derecho-deber” a un ambiente sano y equilibrado, exige recordar que en el sistema capitalista contemporáneo, Estado y mercado se necesitan recíprocamente; el Estado demanda del mercado los recursos económicos sin los cuales resultaría inviable para cumplir con sus cometidos fijados por la Constitución y las normas infraconstitucionales con aquella compatible, y el mercado demanda del Estado el sostenimiento de reglas de juego que otorguen previsibilidad a los intercambios.*

Es por ello que, dentro de una sociedad que asume las bases del sistema capitalista (caracterizado por el reconocimiento de la propiedad privada, la iniciativa particular y la competencia), la cuestión ambiental inserta a la industria y el comercio —y por ende al consumo— en un contexto de utilización racional y responsable; por lo cual ello exige la prudente actividad reguladora del Estado para estatuir reglas de juego claras, transparentes e igualitarias entre todos los sectores sociales (y potenciales competidores), como así también generar los incentivos idóneos, proporcionados y eficaces para su acatamiento.

Del voto de los jueces Rosatti y Maqueda surge, asimismo, *la noción de externalidades.* La regulación estatal razonable constituye un indispensable instrumento de precisión para que el mercado, en el proceso producción-consumo, *internalice al ambiente (el cuidado y uso racional de sus recursos) como un activo antes que como una externalidad negativa* y la precisión genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se

sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor.

III. Pretensión indemnizatoria

Por último (1), con relación a la pretensión indemnizatoria, fundada en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, recordaron que esta tiene como presupuestos para su procedencia: i) la ejecución irregular de un servicio, por acción u omisión; ii) la existencia de un daño cierto; y iii) la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión y el daño cuya reparación se persigue.

En cuanto al primer requisito, consideraron que la demandada había incurrido en una “falta de servicio” al prohibir (de modo indefinido) todo tipo de actividad en los terrenos propiedad de la actora y, en paralelo, omitir dictar la normativa que dispusiese el Plan de Manejo, a pesar de que asumió el deber expreso de hacerlo. En cuanto al daño sufrido por la actora y los rubros reclamados expresaron que resultaba procedente la reparación del daño emergente —originado por la realización de estudios y proyectos para emprendimientos que se vieron frustrados— y la pérdida de la chance. Sin embargo, no admitieron los reclamos sobre los rubros lucro cesante, desvalorización de sus tierras, ni daño moral.

El juez Rosenkrantz, por su voto, recordó que la Corte ha reconocido el derecho a reclamar del estado la compensación de los daños causados por el obrar negligente y erróneo de sus organismos, con fundamento en el art. 1112 del Cód. Civil (ley 340), norma que se encontraba vigente en la época de los hechos generadores del perjuicio y en la que los daños reclamados tuvieron consumación.

Indicó que, aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazona-

bles, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad. Señaló que la primera actuación, al menos negligente del estado, había sido la de crear un área protegida que imponía limitaciones categóricas sin aprobar simultáneamente un régimen de usos permitidos en los predios que eran propiedad de particulares cuando no mediaban razones de urgencia que justificasen tal proceder.

Es decir, la severa limitación al ejercicio de los derechos de la parte actora no se había debido a urgencias objetivas vinculadas con la protección del ambiente, sino a falencias en el proceso decisorio de las autoridades provinciales.

Sostuvo que las normas y los actos que habían impedido a la actora explotar sus inmuebles no cumplían con ninguno de los requisitos establecidos por el Tribunal para predicar la razonabilidad de las leyes y, en general, de la actividad estatal, puesto que no eran medio para el logro de fines legítimos.

Explicó que el principio constitucional que manda respetar la propiedad privada no implica en absoluto la imposibilidad de una adecuada reglamentación para que su ejercicio sea compatible con otros fines constitucionales como lo es, por ejemplo, la promoción de un ambiente sano, pero, su debido respeto conlleva una exigencia constitucional de que tales reglamentaciones sean razonables en todo sentido.

En relación con ello, expresó que la razonabilidad supone no solamente la existencia de un fin legítimo, sino también la mayor precisión o definición posible de los usos prohibidos en protección del medio ambiente para, de ese modo, liberar los demás usos a la actividad creadora de riqueza. Señaló que esto último viene exigido por el desempeño que la propiedad está llamada a cumplir en el funcionamiento del sistema económico de la Constitución.

Finalmente, los tres jueces firmantes de los dos votos que concurrieron a formar la sentencia del Tribunal compartieron el mismo juicio sobre la trascendencia del pronunciamiento que dictaron. Destacaron que los hechos del caso habían puesto en evidencia el desapego hacia las formas bajo las cuales, de acuerdo con la Constitución

(1) Véase la Reseña del fallo elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Nacional, debe articularse la defensa del ambiente —cuya importancia ha sido puesta de resalto— con el derecho a usar y disponer de la propiedad. Expresaron que los límites a este derecho establecidos en la Constitución, que van desde la reglamentación razonable hasta la expropiación, abren un campo de posibilidades válidas dentro del cual debe trazarse toda política pública sin alterar el contenido más esencial del derecho de propiedad. Por ello, la provincia era responsable por haber violado de modo ilícito el derecho de propiedad.

El incontrastable hecho de que el Estado provincial tenga atribuciones para establecer restricciones al dominio de los particulares en beneficio del bienestar general no es en modo alguno suficiente para descartar la posibilidad de que las autoridades hayan actuado irregularmente afectando los derechos de los actores.

Corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la parte actora y declarar la invalidez de las prohibiciones establecidas en la ley 2492 de la provincia de Santa Cruz (y sus antecesoras) y la disposición 6/2004 del Consejo Agrario, pues la severa limitación al ejercicio de los derechos de la parte actora no se debió a urgencias objetivas vinculadas con la protección del ambiente, sino a falencias en el proceso decisorio de las autoridades provinciales, máxime cuando la provincia no ha ofrecido justificación alguna para haber postergado recurrentemente y, al cabo, para diferir sine die la obligación de sancionar el Plan de Manejo establecida por los arts. 2° y 3° de la ley 2316 y, al mismo tiempo, mantener la prohibición de realizar cualquier explotación sobre los inmuebles pertenecientes a los particulares situados dentro del área protegida.

La suspensión para aprobar subdivisiones de los inmuebles propiedad de la parte actora dentro del área protegida Península de Magallanes y para aprobar proyectos de desarrollo en dichos inmuebles, establecida en la ley 2492 de la provincia de Santa Cruz y en la disposición 6/2004, dictada por el Consejo Agrario Provincial, son una alteración del derecho de aquella para usar y disponer de su propiedad (arts. 14 y 28 de la Constitución).

Al omitir la provincia demanda la sanción de la regulación de plan de manejo ha frustra-

do y cancelado no solamente la posibilidad de que los dueños llevaran a cabo los proyectos de inversión que ellos estaban en condiciones de realizar, sino que la falta de definición de los proyectos admisibles ha impedido que los inmuebles, mediante la forma jurídica adecuada (venta, locación, asociación, etcétera), pudieran ser utilizados por otros agentes económicos que, llegado el caso, estuvieran en mejores condiciones de llevar a cabo una explotación económica sustentable; de esta manera, la decisión tomada por la provincia de someter los inmuebles a un futuro régimen especial que discrimina entre usos permitidos y prohibidos del suelo, pero, al mismo tiempo, negarse a identificar cuáles serían unos y otros es, por sí misma y con independencia de las suspensiones establecidas de manera expresa, es una agresión a los principios básicos del sistema económico de la Constitución.

IV. Bibliografía

C.3162.XL.ORI. “Coihue SRL c. Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios”, 18/11/2021, Fallos 344:3476.

<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/>.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html>.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7713494&cache=1673881055410>.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7713491&cache=1673880995777>.

ESAÍN, José Alberto, “La Corte y los confines del derecho ambiental”, LA LEY del 09/03/2022, 6. AR/DOC/905/2022.

PERETTI, Enrique, “Ambiente y propiedad”, Rubinzal Culzoni, 2014.

CAFFERATTA, Néstor A. (dir.) en coautoría con LORENZETTI, Pablo - RINALDI, Gustavo - ZONIS, Federico, “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental”, t. I, II y III, LA LEY, 2012.

CAFFERATTA, Néstor A. (dir.), colaboración LORENZETTI, Pablo; RINALDI, Gustavo; ZONIS, Federico, "Summa ambiental", 4 tomos, Abeledo-Perrot, 2011.

LORENZETTI, Pablo; CAFFERATTA, Néstor A., "Hacia la consolidación del Estado de

Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", JA, 2018-IV, 11/07/2018. Cita on line: AP/DOC/509/2018.

LORENZETTI, Pablo; LORENZETTI, Ricardo Luis, "Derecho Ambiental", Rubinzal-Culzoni, 2019.

Nuevamente sobre el tema de los “derechos de la naturaleza” y otras cuestiones vinculadas: el derecho ambiental y el destino de Ícaro

Juan Martín Siano

Sumario: I. Introducción.— II. Sobre los derechos de la naturaleza. Primera cuestión: la trampa intelectual de la calificación de “antropocentrismo”.— III. Sobre los derechos de la naturaleza. Segunda cuestión: el alcance subjetivo activo de los derechos.— IV. Sobre los derechos de la naturaleza. Tercera cuestión: el alcance objetivo de los derechos.— V. Sobre los derechos de la naturaleza. Cuarta cuestión: el hombre como animal, y sus derechos humanos extendidos a todos los animales.— VI. Sobre los derechos de la naturaleza. Quinta cuestión: derechos *contra* el hombre.— VII. Sobre los derechos de la naturaleza. Cuestión final: ¿antropocentrista? ¡Obviamente!— VIII. El derecho ambiental y el destino de Ícaro.

“Creo que podría retornar y vivir con los animales, son tan plácidos y autónomos.

“Me detengo y los observo largamente.

“Ellos no se impacientan, ni se lamentan de su situación.

“No lloran sus pecados en la oscuridad del cuarto.

“No me fastidian con sus discusiones sobre sus deberes hacia Dios.

“Ninguno está descontento. Ninguno padece la manía de poseer objetos.

“Ninguno se arrodilla ante otro ni ante los antepasados que vivieron hace milenios.

“Ninguno es respetable o desdichado en toda la faz de la tierra.

“Así me muestran su relación conmigo y yo la acepto”^().*

Walter WHITMAN, *Canto de mí mismo. Hojas de hierba*. 1855

I. Introducción

Hace un tiempo escribí, y esta prestigiosa Revista aceptó publicar, un artículo sin pretensio-

(*) I think I could turn and live with animals, they are so placid and self-contained, I stand and look at them long and long. They do not sweat and whine about their condition, They do not lie awake in the dark and weep for their sins, They do not make me sick discussing their duty to God, Not one is dissatisfied, not one is demented with the mania of owning things, Not one kneels to another, nor to his kind that lived thousands of years ago, Not one is respectable or unhappy over the whole earth. So they show their relations to me and I accept them. Walter Whitman. *Song of Myself. Leaves of Grass*.

nes, que meramente expusiera mi desazón en relación con los actuales vericuetos, los meandros por los que circula el derecho ambiental, en especial en el continente americano (1). Decía, en aquella oportunidad, que “[l]as expresiones panteístas como aquellas que citamos al abrir este trabajo deben ser, en este contexto, expresiones culturales valiosas, pero carentes de virtualidad jurídica, al menos, en el ámbito de la protección ambiental. Sostenemos, además, que en vistas a normatividad argentina

(1) SIANO, Juan Martín, "Derecho Ambiental: hacia un panteísmo innecesario e inconveniente", *RDAMB*, 54, p. 1.

son innecesarias... Pero, además, sostenemos que son contraproducentes para el desarrollo del derecho ambiental. Un derecho ambiental que desarrolle sus instituciones en derredor de una ética religiosa corre el riesgo de convertirse, rápidamente, en una herramienta de extorsión monumental. No es lo mismo presentar a un contaminador como un infractor, que como un pecador. Las consecuencias esperables, son claramente distintas”.

Aquel artículo me valió críticas variopintas desde muchos sectores ambientales militantes de esos derechos, y algún que otro acompañamiento (2). Algunas con estilo y fundamento, y también de las otras. Lo que comenzó siendo un entretenimiento intelectual se convirtió, para mi sorpresa, en motivo de refutación en diversas publicaciones. Por un lado, me sorprendió, y por otro, me agradó. Pero, más que nada, me justificó. Quienes lean algunas de mis publicaciones sabrán que el campo en cuestión era totalmente ajeno a mis desarrollos (aunque no a mis inquietudes) hasta que publiqué el mentado artículo. Y lo siguió siendo después, salvo por la secuela de aquella publicación, presentada a consideración del lector como “El derecho ambiental en la encrucijada de la ciencia: Entre Viracocha y el Bosón de Higgs” (3). Lo que sí es de mi interés es la influencia de la ciencia en la protección del ambiente, y cómo las teorías jurídicas de raigambre confesional o cuasi confesional (de cualquier religión judeocristiana u otra), conspiran contra la eficacia del derecho ambiental. Nada más; pero tampoco nada menos.

Llovieron las críticas a aquel primer trabajo y quizás pasaron más desapercibidos su secuela,

(2) Ver, por ej. SAGOT RODRÍGUEZ, Álvaro, "Los derechos de la naturaleza, una visión jurídica de un problema paradigmático", Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, nro. 125, ps. 63-102. ISSN 2215-2385 / diciembre 2018. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39465.pdf> (Consultado 14/12/2022); GONZÁLES BALLAR, Rafael, "El derecho ambiental del siglo XXI: reflexiones para reformas necesarias", en PEÑA CHACÓN, Mario, Derecho Ambiental del siglo XXI, San José, 2019, p. 44. PINTO, Mauricio, "Los derechos de la naturaleza y de los animales. De los debates dogmáticos a las anomalías jurisprudenciales", RDAMB., 60, p. 335.

(3) SIANO, Juan Martín, "El derecho ambiental en la encrucijada de la ciencia: Entre Viracocha y el Bosón de Higgs", Revista Gerencia Ambiental, mayo de 2018.

ya mencionada, y una tercera evolución de la saga (al menos parcialmente), publicada en El Dial como “Dos antecedentes que interpelan la interpretación y aplicación del principio precautorio” (4). El hilo conductor de los tres es el mismo: *no al misticismo en el campo del derecho ambiental, si a la ciencia.*

Nunca me propuse debatir ni polemizar sobre este tema con ninguna de las personas que, con mucho más bagaje y formación, vienen opinando sobre él en todo el continente. Sin embargo, muchas veces uno escapa al axioma de Amado Nervo y deja de ser *arquitecto de su propio destino...* el que queda en manos de los demás, de aquellos que recogen un pensamiento, un aporte, para convertirlo en guante, de necesaria refutación. Pues bien; puesto aquí en tal encrucijada, acepto el convite y, como creo que corresponde, lo honro con algunas nuevas ideas al respecto. Y si digo que son “nuevas”, no ha de leerse que son “originales”. Simplemente se me han ocurrido novedosamente a mí, y así las presento.

Pero corresponde, antes, aclarar algunas cosas.

En primer lugar, no me opongo, ya muchos lo saben, a la *protección jurídica* de la naturaleza, sus evoluciones y seres.

No me opongo tampoco a reconocer la importancia de la espiritualidad en nuestra vida cotidiana, ya sea expresada a través de la religión o no.

Reconozco la importante contribución ética que los pueblos indígenas hacen a nuestra sociedad, a propósito de la relación del hombre con su entorno.

Valoro los esfuerzos de los doctrinarios del derecho ambiental que buscan nuevas perspectivas para proteger nuestra casa común, y a todos los individuos que la pueblan.

Sin embargo, todo lo anterior no me impide considerar que las modernas evoluciones del derecho ambiental (al que, probablemente, ya habría que dejar de llamar así según las evolu-

(4) El Dial, Suplemento de Derecho Ambiental. elDial.com - DC29FA. Abril 2020.

ciones que critico y que nos invitan a pensar en un *derecho de la Creación*, o algo así) han tensado demasiado la cuerda, a riesgo de romperla definitivamente, y provocar el riesgo inverso: la retracción de la protección del medio ambiente (5), un campo al que también podríamos aplicar la Ley de la Elasticidad de Hooke: *a mayor fuerza, mayor deformación o desplazamiento*.

Para ejemplificar estas tensiones, acerco algunas reflexiones deshilvanadas, sobre la temática que nos ocupa. En algunos casos, presentadas como preguntas, en otros, como afirmaciones. Ojalá sean ambas, fuente de acicate para aquellos con los que, involuntariamente, me han hecho confrontar. Veremos.

II. Sobre los derechos de la naturaleza. Primera cuestión: la trampa intelectual de la ca- lificación de “antropocentrismo”

Una primera y recurrente crítica que se hace a quienes negamos la personalidad jurídica de todo aquello que no sea humano, o creación de este (las personas jurídicas), es que tenemos una “visión antropocentrista”. *Esta es, quizás, la crítica más sencilla de refutar.*

Baste con decir, aunque parezca obvio, que el derecho es una construcción del *Homo sapiens*. Pero no solo esto, sino que la costumbre, la moral, la ética y la religión (otras potenciales fuentes de regulación de las conductas humanas) son también construcción del homínido más disperso en el orbe. Ergo, *cualquier mecanismo de regulación de las conductas, entre ellos el derecho, no puede NO ser antropocéntrico*. No sabemos (aún) cómo piensan al respecto bonobos, chimpancés, tigres de bengala o hurones (me adelanto aquí ya, en cuentagotas, a la cuestión que trataré más adelante sobre las limitaciones que nuestro sistema de lenguaje impone a nuestra manera de pensar y a nuestras categorías cognitivas, o *hipótesis whorfiana*). Lamentablemente, debemos considerarlo desde la “sesgada” mirada del *Homo sapiens*.

(5) Esta tensión está bien reflejada por Berros en la siguiente pregunta: “¿Por qué en general se piensa que la propuesta de los derechos de la naturaleza necesariamente quiere tener una escala universal, competir con el derecho ambiental, y socavar sus bases?” BERROS, María Valeria, “Tres momentos en la discusión sobre los derechos de la naturaleza”, *RDAMB*, 60, p. 32.

Pero, además, si acaso hubiera una construcción cultural *no humana* que pretendiera regular conductas de su especie (pasando por alto que la “regulación” carecería de efecto alguno sobre el ente “regulado”, que no podría comprenderla por carecer de racionalidad), esa construcción sería —efectivamente— *no antropocéntrica, pero no sería derecho*.

Decir entonces que una postura jurídica es valiosa o disvaliosa (o criticable) por ser “antropocéntrica” no solo es ilógico, sino que, además, *no aporta nada a la causa que pretende defender*. Antes bien, le deja un campo minado. ¿Por qué?

Supongamos que quisiéramos despojarnos de nuestra condición de “antropos” (despejando así nuestra visión antropocentrista) y pretendiéramos crear algún ordenamiento para, de alguna manera, interpretar las “conductas” de los elementos de la naturaleza. ¿Qué haríamos? ¿Qué esquema elegiríamos? ¿El derecho, la moral, la costumbre, la religión, todas construcciones del hombre? Si el guepardo ataca, mata y engulle al antílope, ¿cómo lo juzgaremos? ¿Desde el derecho, la moral, la costumbre, la religión, etcétera?

Obviamente se me dirá que ninguna de estas categorías es aplicable —y no debiéramos juzgar a tal guepardo por sus hábitos alimenticios— porque el guepardo ataca, mata y engulle al antílope porque *está en su naturaleza*. ¿Y quién ha explicado esto? Pues *la ciencia*, otra creación del primate levemente más avanzado, pero muy especial (6). Es decir que, *para excluir la aplicación de una visión antropocentrista, utilizo otra creación del antropos*.

La ciencia no existe en ninguna otra especie que no sea el ser humano, o al menos nadie ha podido demostrar que ello sea así. Nadie ha probado, y mucho menos invocado, que ningún ser vivo no humano haya desarrollado una modalidad de pensamiento siquiera cercano al científico. Es una obviedad. La ciencia es otro producto

(6) HAWKINS, Steven, “Somos solo una raza de monos ligeramente avanzada en un planeta menor que orbita una estrella promedio. Pero podemos entender el universo, y eso nos convierte en algo muy especial”, *Der Spiegel*, 1988.

humano, tal como lo son la ética, la moral, la religión, etc. Y, además, si alguna vez algún estudioso lograra probar que la ciencia existe en otras especies que no sea la humana, esa *sería también una construcción antropocentrista* (a menos que lo viéramos en la obra de Franklin Schaffner, *El planeta de los simios*, o en la más moderna *Avatar* de James Cameron, u otra fantasía donde los *no humanos* (7) razonaran).

Concluyo, entonces, *que todos los autores que critican la visión antropocentrista del derecho, sin excepción, lo hacen desde una visión necesariamente antropocéntrica*, ya sea porque usan el derecho, o porque parten las costumbres de los pueblos indígenas, la moral, la religión, etc., *todos productos de la cocina del Homo sapiens*. Para todos ellos, sin embargo, el “nuevo” derecho ambiental escapa al “paradigma antropocéntrico”. Curioso, como mínimo; impactantemente contradictorio, como máximo.

III. Sobre los derechos de la naturaleza. Segunda cuestión: el alcance subjetivo activo de los derechos

Ya sé... el título incurre en una contradicción... no puedo hablar de “alcance subjetivo” en un tipo de derechos que no recae sobre sujetos. Ya sé... también se me dirá que esta es una mirada “antigua” (los más diplomáticos dirán “tradicional”) de una *categoría jurídica* (es decir, de otra creación antrópica), y que hay que abrir las miras y pensar en un tipo de derechos que no tenga sujetos... Bueno, lo haré. Puesto de esta manera, ¿quiénes son *titulares* de estos derechos? O dicho más simplemente, ¿quiénes *gozan* de ellos?

Nuevamente, alguien podría decirme que el concepto de “goce” es una entelequia antropocéntrica y que, en realidad, debería decir “quiénes son aquellos que son protegidos” por estos derechos... bueno, intentaré este camino. ¿A quién alcanza la protección de los derechos de la naturaleza?

Escapo a una primera tentación bastante evidente, banal acaso, de pretender una disquisición sobre qué es la naturaleza y cual, perdón por el juego de palabras, su naturaleza. Diré,

(7) Aun cuando los Na'vi son humanoides los incluiremos en esta categoría.

solo por esta vez, que nos referimos a *este* entorno natural no humano (8) en el que *hoy* (volveré sobre este tema) nosotros, seres tridimensionales, vivimos.

Sorteada esta valla, vuelvo sobre la pregunta. ¿A quién alcanza la protección de los derechos de la naturaleza? Esta pareciera ser una pregunta quizás banal, según una mirada y, por el contrario, muy rebuscada, según otra. Pareciera que todos entendemos lo que es la naturaleza y sus elementos. ¿Es así?

La percepción que tenemos de la naturaleza está indisolublemente imbricada con nuestra percepción de las cosas, con nuestra percepción del tiempo y el espacio [por qué no del *espacio-tiempo* o espacio de Minkowski (9)]; pero en particular, del *tiempo* [otra creación del hombre (10)].

La naturaleza que pretendemos proteger es la naturaleza *de aquí y ahora*, de nuestro tiempo. O, a lo sumo, lo que queda de aquella naturaleza “original”, intacta, que el hombre encontró en algún lugar, *en un tiempo pretérito, bastante difuso. Restitutio in pristinum*, enuncian algunos autores.

Sin embargo, *ese tiempo al que volver (ad pristinum) no es lo suficientemente pretérito* (ni pristino) como para pretender la protección de la naturaleza —y mucho menos aún, su regresión— *al estado anterior a la aparición del ser humano* [lo que habría ocurrido hace unos

(8) Según Hawkins, el hombre se mueve en un mundo tridimensional, pero existe un Universo multidimensional, que el hombre no puede percibir. ¿Habría allí, acaso, otras “naturalezas”? HAWKINS, Stephen, “Historia del Tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros”, p. 28.

(9) ELDESTEIN, José; GOMBEROFF, Andrés, “Einstein para perplejos”, Ed. Debate, Barcelona, 2018.

(10) Con relación a las unidades para medición del tiempo y el espacio, Eldestein y Gomberoff recuerdan que el segundo estaba definido, hasta 1967, en relación con el tiempo que tarda la tierra en dar una vuelta completa alrededor del sol (año). En tanto, el metro se definía a partir de una barra metálica que se guardaba en las oficinas de Pesas y Medidas en Sévres, cerca de París. Estos autores califican a estas definiciones como demasiado antropocéntricas. (ob. cit., p. 54). Siendo así, a partir de 1967 la definición de segundo se basó en el Tiempo Atómico Universal.

300.000 años, lo que representa un 0,006 % de la edad de la Tierra (11)]. Hawkins (12) recuerda a San Agustín y sus cálculos basados en el Libro del Génesis, que arrojarían que el universo se habría creado hace unos 7000 años (o 5000 años antes de Cristo), e indica que "es interesante comprobar que esta fecha no está muy lejos del final del último período glacial, sobre el 10.000 a.C., que es cuando los arqueólogos suponen que realmente empezó la civilización". Sin embargo, ningún *ecocentrista* o *naturocentrista* nos propone la vuelta a aquella época. ¿No les resulta curioso?

No he leído ni escuchado a nadie propugnar la vuelta a la "naturaleza" anterior al cuaternario tardío o al holoceno, la vuelta a las tormentas de meteoritos, a las temperaturas de millones de grados, a los gases que hacían la atmósfera irrespirable; condiciones, sin embargo, en las que *se verificaban otras formas de vida*, pero no el *Homo sapiens*. Todos pretenden, al contrario, la vuelta a la *naturaleza en la que el hombre pueda vivir y, en lo posible, confortablemente* (¡nada de meteoros ni glaciaciones, por favor!). ¿Pregonan una vuelta a una naturaleza al servicio de un ser (el hombre) que apareció en *los últimos diez minutos de la historia de la Creación* y llaman a los demás antropocéntricos? (13).

Concretando, entonces, lo que estas vertientes entienden como *derechos de la naturaleza* son, en realidad, *derechos de solo un tipo de naturaleza, la naturaleza propicia para el desarrollo humano* (14), en lo que podríamos llamar *ultraantropocentrismo*.

(11) "La Tierra se formó hace aproximadamente 4600 millones de años. En esa época, la tierra era poco más que una gran bola derretida. Como no tenía una atmósfera que la protegía de los objetos que caían del espacio, la Tierra era bombardeada constantemente por grupos de minerales conocidos como meteoritos". ALPER, Matthew, "Dios está en el cerebro", Grupo Editorial Norma, 2008, p. 42.

(12) HAWKINS, Stephen, "Historia del Tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros".

(13) Véase SAGAN, Carl, "Los dragones del Edén: Especulaciones sobre la evolución de la inteligencia humana".

(14) Lo que ya bastaría para cuestionar éticamente la propuesta: una especie que propugna la vuelta sólo a un estadio donde ella pueda supervivir.

Definido esto, volvemos a la pregunta: ¿a quién alcanza la protección de los derechos de la naturaleza? Veamos algunas consideraciones sobre algunos desarrollos de la doctrina en este aspecto.

Algunas visiones radicales del derecho ambiental nos invitan a hablar de los *seres sintientes* (15). Es decir, aquellos seres que pueden experimentar una sensación, producida por la acción de un elemento externo sobre sus *sentidos*. Esta visión extiende la protección, entonces, tanto a los animales como a las plantas, partiendo de la comprensión de que estos pueden "sentir", experimentar una sensación, es decir, una descarga eléctrica en el sistema sensorial central o periférico, producida por un estímulo externo de una cualidad física determinada. Si, por ejemplo, percibo el color celeste es, en realidad, porque he recibido a través de la vista un estímulo lumínico de 400 nm de longitud de onda (16). *Ser sintiente*, en síntesis, es una entelequia que comprende a todos los organismos con sistemas nerviosos capaces de transmitir impulsos eléctricos, y córtex cerebral capaz de recibirlo.

Sin embargo, esta categoría se basa en una *desconstrucción completamente antropomórfica* del concepto de "sensación" para equipararla a *sufrimiento*. Se protege a los animales o plantas porque, a propósito de ciertos estímulos de sus aparatos sensores, *sufren* (17). Ya la mera men-

(15) Algunos desarrollos en este sentido son: FALBO, Aníbal, "El termino habitantes del artículo 41 de la CN excede a los seres humanos", RDAMB., 52, Ed. Thompson Reuters, 2017. BASILIO, Baltazar (coord.), "El derecho de los animales", Cátedra de Estudios de Iberoamericanos Jesús de Polanco, 2015. BERROS, María, HAIDAR, Victoria y GALANZINO, Marianella, "La mirada jurídica sobre los animales: un análisis de su estatuto en el derecho privado argentino", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, nro. 48, 2017. BIGLIA, G., "Los sujetos de derechos, el estatus jurídico de los Animales y la Ley 14.346", Revista del Instituto de Estudios Penales, 7, 2012. BOUMPADRE, Jorge Eduardo, "Derechos de los Animales, Medio Ambiente y Derecho Penal reflexiones para las futuras generaciones", Ed. contexto, Chaco, 2021. ZAFFARONI, Eugenio R., "La Pachamama y el humano", Ed. Colihue, Buenos Aires, 2012.

(16) <https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=1858§ionid=134362856> (último acceso 20/12/22).

(17) Quizás encontramos aquí una influencia darwiniana: "...los animales inferiores, lo propio que el hombre, sienten evidentemente el placer y el dolor, la dicha y

ción al sufrimiento nos indica que la perspectiva asumida es *profundamente antropocéntrica*.

Las “sensaciones” son respuestas a ciertos estímulos. No son ni buenas ni malas. Ni placenteras ni dolorosas. Son mecanismos que los seres vivos poseen para su protección. “El dolor representa una adaptación evolutiva cuyo fin es el de estimular a las formas orgánicas para que eviten todo lo que pueda amenazar su existencia” (18). El dolor, el sufrimiento, no es bueno ni malo, es una reacción (probablemente química) a un estímulo. Y si es algo, es una reacción *buen*na, porque sirve a la preservación de la especie. Sin embargo, cualquier idea de sensaciones “buenas” y “malas”, es una *construcción antrópica*. Que un “ser sintiente” *sufra*, es también una *construcción humana*.

Es más; un ser sintiente, en teoría, y según estas aproximaciones, debería también poder “sentir” otros sentimientos *no negativos*, sino positivos: placer, confort, sosiego, saciedad, etc. Sin embargo, nada nos dicen los teóricos de estas corrientes sobre estos sentimientos positivos. ¿O será acaso que los *seres sintientes* solo son relevantes para el derecho cuando *sufren* y no cuando sienten placer? Por ejemplo: si los *seres sintientes* perciben también las sensaciones placenteras, ¿podría un músico cobrar derechos de autor a un perro que escuchara su música, es decir, que percibiera (recibiera un impulso eléctrico), a través del sentido del oído su música y sintiera un efecto placentero (si la música es buena, en términos perrunos)?

Más aún; el ser humano *antropiza* de tal manera su acercamiento a estos temas que lo expresa claramente: “no puedo ver sufrir a un animal”; “no puedo consumir carne de un animal que ha sufrido”. En realidad, no hablan del ser sintiente: hablan de ellos mismos. Son *ellos* los

la desventura... Tan parecido me parece el hecho de que los animales pueden ser excitados por las mismas emociones que nosotros ... Obra sobre ellos el terror como sobre nosotros.... La desconfianza, producto del miedo, caracteriza eminentemente a los animales salvajes... la mayor parte de las emociones más complejas son comunes a los animales superiores y al hombre". DARWIN, Chales, "El origen del hombre", Ediciones Selectas Sela, Buenos Aires, 1958, p. 23.

(18) ALPER, Matthew, "Dios está en el cerebro", ob. cit., p. 113.

que no pueden ver a un animal sufrir, *porque ellos también sufren*. No pueden consumir carne de un determinado animal porque *su conciencia sufre*. Nada más antropizante que esto (19).

Dejando entonces de lado la categoría global de los *seres sintientes* (selectivamente sintientes), abordaremos las categorías de los minerales, los vegetales y los animales.

Los minerales no caben en la categoría de “seres sintientes”. Al menos, por ahora, la ciencia no ha determinado que puedan sentir. Nos preguntamos entonces: ¿el derecho debería discriminarlos por ese motivo? No parecería justo. Entonces, si *tener o usar los sentidos* (en eso consiste sentir) no es el motivo de su protección jurídica, ¿cuál lo sería? ¿Tiene, por ejemplo, una mina de cobre un *derecho a preservarse* sin ser explotada? ¿La “piedra movediza” de Tandil (20) tiene “derecho” a seguir moviéndose, o a estarse quieta? ¿Los metales preciosos tienen “derecho” a no ser alterados? No recorro aquí a exageraciones... una montaña (por ejemplo, el volcán Lanín) es un conjunto de minerales, vegetales, animales, etc. ¿Por qué predicar derechos de un “conjunto” y no de los elementos del conjunto? (21) Algo cruje en la lógica que sustenta estas visiones.

Sin los problemas que nos presenta el reino mineral, parece en cambio indiscutido que podemos predicar “derechos” de los animales, y

(19) Quizás se me diga aquí, que nos encontramos frente a un caso de empatía interespecie. Puede ser, pero a aquellos que quieran ir por este camino, recuerdo, que la “empatía” es una creación humana y que no conocemos aún sus acepciones interespecíficas. Al respecto ver <https://psicologiyamente.com/psicologia/existe-empatia-anim/>.

(20) Que dejó de ser tal en 1912, pero que hoy se “representa” en el Parque Lítico de la Piedra movediza.

(21) Recordemos aquí la polémica generada a raíz de la declaración de la Administración de Parques Nacionales del volcán Lanín como sitio sagrado mapuche, luego revertida. Ver al respecto: <https://www.pagina12.com.ar/446926-parques-nacionales-declaro-sitio-sagrado-natural-mapuche-al-#:~:text=La%20Administraci%C3%B3n%20de%20Parques%20Nacionales,la%20Confederaci%C3%B3n%20Mapuche%20de%20Neuqu%C3%A9n; y https://www.cronista.com/economia-politica/volcan-lanin-el-gobierno-revirio-su-declaracion-como-sitio-sagrado-mapuche/>.

hasta algunos autores lo hacen de los vegetales. Veamos.

Cuando hablamos de “animales”, en realidad estamos hablando de una categoría filosófica a la que el hombre también pertenece: como *Homo sapiens*, es miembro del reino animal. Desde esta perspectiva entonces, ¿quién atribuyó autoridad a una especie animal —el *Homo sapiens*— para reconocer ciertos derechos a los animales y negarles otros? Volveremos sobre este aspecto cuando debatamos el alcance objetivo de los derechos de los animales. Por ahora, solo dejaremos planteada la cuestión.

Volviendo al alcance subjetivo, y habiendo superado la categoría de seres sintientes, nos preguntaremos ahora hasta dónde se extiende la categoría de animales a los que otros animales (los altaneros *Homo sapiens*) le reconocen derechos. Dicho de otra manera, ¿a qué desarrollos de la taxonomía extenderemos tal protección y cuáles dejaremos afuera? Mas simplemente, ¿son tan susceptibles de tener derechos los paramecios como los antílopes? Se me dirá, con razón, que el paramecio no es un animal, ni una planta: *por eso lo he elegido...* ¿Quién determina que los individuos de ciertos reinos de la naturaleza (el reino animal, el reino vegetal) tienen derechos y otros individuos de otros reinos tan o más importantes que los primeros (el reino protista —al que pertenece el paramecio—), no los tienen? ¿Podrían los paramecios presentar un amparo por discriminación? ¿Y las procariontas y eucariontas, de las que desciende todo tipo de vida, podrían hacerlo? ¿No resulta una flagrante injusticia, como mínimo, que un miembro de un reino (*el animal*) determine los derechos de otro reino (*el vegetal*)?

Más aún. Recientemente la humanidad ha sufrido la pandemia más extendida que se conozca (22), superando tanto a la peste negra o a la gripe española. Esta pandemia fue causada por el virus SARS-CoV-2 (23); uno de los más

de 5000 tipos de virus existentes. Los virus son las entidades biológicas más abundantes. Como entidad biológica, integrante de la naturaleza, ¿no merecen protección? ¿Y no son, acaso, objeto de un ataque constante por parte de las despiadadas vacunas y los perversos antibióticos (24)? Nuevamente, ¿por qué el hombre elige qué entidades bióticas merecen tener derechos y cuáles no? Y no solo esto, sino que se solaza y festeja como un “avance” cuando se descubre un nuevo medicamento que mata a un agente viral, generalmente invocando la salud humana como fundamento. Para mí, desde la visión antropocentrista que tanto se ha criticado, la razón es muy evidente. Pero, para los no antropocentristas, ¿cuál es el fundamento no antropocéntrico de esta falsa faz que presenta la humanidad?

IV. Sobre los derechos de la naturaleza. Tercera cuestión: el alcance objetivo de los derechos

Sentado el tono de estas líneas, iré aquí directamente a la cuestión de fondo analizando el alcance objetivo de los derechos de la naturaleza. ¿Cuáles son los derechos que tendrían los animales? Y, si contestamos esta pregunta, ¿por qué esos y no otros? Porque resulta que los animales no humanos (y los seres sintientes en general) solo tienen aquellos derechos que otros animales (los humanos) les reconocen.

Por ejemplo. ¿Podría un animal interponer un amparo (no por sí, sino a través de, por ejemplo, una ONG) para recibir cierto tipo de entrenamiento, de educación, y no cierto otro? ¿Podría pensar un perro, por ejemplo, “no quiero ser lazarillo, quiero ser entrenado (educado) para perro pastor o sabueso policía”, y que eso fuera admitido por la justicia como violatorio al derecho de la educación de los perros (25)? O mejor aún: ¿podría una mascota reivindicar su derecho a autosustentarse a través de su trabajo —otro concepto humano—? (La reivindicación se podría articular como “no quiero que otro

(22) Véase “Grandes Pandemias de la Historia”, en National Geographic. https://historia.nationalgeographic.com.es/a/grandes-pandemias-historia_15178.

(23) Nombre que obedece a una percepción antropocentrista del mismo: sus siglas significan Síndrome severo agudo respiratorio, es decir que se describe un virus con relación a la función del cuerpo receptor que ataca - entre ellos, el humano.

(24) El propio nombre (anti - en contra; biótico - de la vida), me exime de todo comentario.

(25) Paso por alto, a efectos de no interrumpir el análisis, que la idea de que “educar”, “entrenar”, “domesticar” o como quiera que se llame a cambiar las conductas de un animal mediante el entrenamiento, es una concepción profundamente antropocéntrica.

animal (el hombre) me alimente; tengo dignidad y quiero obtener mi propio sustento, como lo haría en la naturaleza”).

¿Podría, por ejemplo, una mascota interponer un amparo para no ser confinada en una guardería —o lo contrario, no ser arrastrada a las vacaciones humanas— cuando sus propietarios (no encuentro otro término adecuado) se van de vacaciones? ¿Por qué no? ¿Por qué ciertos derechos sí, y ciertos otros derechos no? ¿Acaso porque no nos conviene a nosotros, los otros animales que los usamos para satisfacer nuestras necesidades?

De lo que se lee de los autores que propenden esta categoría, parecería que los animales *solo tienen los derechos que el hombre quiere reconocerles* y, además, y muy llamativamente, *estos son aquellos que hacen al goce, solaz, o satisfacción ética o espiritual de los humanos*. ¿Por qué ninguna ONG interpone un amparo que permita a los perros alimentarse de carne humana como lo harían en estado no domesticado, como hacían sus antepasados *vulpex*? ¿Por qué ningún tratadista sostiene el derecho de los leones a comerse a las cebras, independientemente de si se encuentran en cautiverio o no? Nada de esto encontramos. *La naturaleza permanece ausente en el análisis de estas corrientes de derecho. Todas apelan a una visión incommoviblemente antropocentrista de los derechos de los animales*. Los animales *solo deben tener aquellos derechos cuyo ejercicio favorezca al humano. No otros*. Nuevamente, el *antropocentrismo a ultranza*. Si en el pasado decíamos *Homo imago dei*, hoy debiéramos decir *Natura imago hominis*.

Finalmente, los autores que responden a estas corrientes *solo imaginan para los animales derechos antrópicos*; es decir que solo predicán de los animales y vegetales aquellos derechos que son propios de la naturaleza humana (presentarse a los tribunales, peticionar, ser protegidos mediante el derecho, etc.). *No encontramos ni un caso en el que estos autores puedan identificar un solo derecho propio, exclusivo, de ese reino (animal o vegetal)*. ¿Derecho a la vida? ¿Derecho a la salud? ¿Derecho a vivir en sociedad con sus semejantes? ¿Derecho a la libertad? *Son todos derechos de los que gozan, también, los antropos*. ¿Cuáles son los derechos *exclusivos*, pro-

pios de estos reinos, no antropizados de los que gozan estas especies como tales? *Ninguno*.

Por ejemplo, es sabido que los gorilas (26) machos tienen varias parejas hembras reproductoras simultáneamente. Sin embargo, cuando están en cautiverio los hombres le imponen, con suerte, un celibato o monogamia ajeno a su naturaleza. ¿Hay alguien que se haya presentado ante los tribunales para que se ampare el derecho de los gorilas en cautiverio a la poligamia? Otro ejemplo: es sabido que la *viuda negra* (27) mata y engulle al macho luego de la copulación. ¿Dónde están los amparos en favor de esta práctica reproductiva despiadada de las viudas negras mantenidas en cautiverio? ¿O los amparos que protejan la vida de los exterminados machos? Finalmente, ¿por qué ninguna ONG se presenta para salvaguardar los *derechos caníbales* de ciertas especies, de engullir a sus propias crías (28)?

El ser humano reconoce derechos a los animales solo y en cuanto: a) esos derechos *se parecen a los derechos de los que el propio ser humano goza*; y b) en la medida en que ese reconocimiento *favorece al ser humano* o no es *manifiestamente contrario a las creencias, principios y morales del propio ser humano*. Otra vez, el antropomorfismo a ultranza.

V. Sobre los derechos de la naturaleza. Cuarta cuestión: el hombre como animal, y sus derechos humanos extendidos a todos los animales

Como ya hemos visto en varias oportunidades, despojándonos de toda visión antropocentrista, hemos examinado al hombre como *especie dentro del reino animal*, como *Homo sapiens*, del orden de los primates y la familia de los homínidos.

Sin embargo, el hombre, ser racional, se ha autorreconocido ciertos derechos que son aje-

(26) <https://www.gorillas-world.com/es/gorila-oriental/#:~:text=Es%20pol%C3%ADgamo%2C%20pero%20solo%20el,hembras%20que%20en%20los%20machos>.

(27) https://animaldiversity.org/accounts/Latrodecus_hesperus/.

(28) <https://www.discoverwildlife.com/animal-facts/cannibal-animals-creatures-that-eat-their-own-kind/>.

nos y escapan, en mucho, a su naturaleza *animal*. El hombre se *ha autorreconocido más que mero primate*, y en consonancia, se ha atribuido a sí mismo, como especie, un conjunto de ciertos derechos que hoy unánimemente se reputan indispensables para su vida y desarrollo en plenitud. Son los *derechos humanos*.

Los derechos humanos son aquellos *derechos esenciales del hombre* (que) *no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana* (29) o *los derechos y libertades básicas que pertenecen a cada persona en el mundo, desde el nacimiento y hasta su muerte* (30). Se pueden dividir en los *derechos políticos*, los *derechos de igualdad material* y los *derechos económicos, sociales y culturales* (los DESC).

Con relación a los primeros, podemos encontrar derechos que responden a la naturaleza del ser humano como *ser vivo*, y que podrían también predicarse de otros primates (y otros miembros del reino animal asimismo), aun cuando no fueran *Homo sapiens*: el derecho a la vida (art. 4° de la Convención Americana), el derecho a no ser sometido a tratos crueles (31) (art. 5°), el derecho de igualdad ante la ley [en principio, pareciera que cualquier ser vivo podría gozar del derecho de ser tratado en igualdad a otros seres vivos, o, al menos, igual que otros seres vivos de su misma especie (32)] (art. 7°), el derecho a tener un nivel de vida adecuado (art. 25), etc.

Un derecho que ha crecido paulatinamente en el ejercicio es, como ya hemos visto anteriormente, el *derecho a la representación legal* (art. 8°), el que, como vemos, comienza a perder su categoría de *derecho humano* para convertirse en un *derecho de los seres vivos*, de conformidad con las teorías que venimos ventilando en estas líneas.

(29) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 1969. Preámbulo.

(30) <https://www.equalityhumanrights.com/en/human-rights/what-are-human-rights>.

(31) El concepto de tortura también incluido en este artículo es, indudablemente, antropocentrista.

(32) Sin embargo, los virus, las bacterias y ciertas clases de alimañas no parecen tener este derecho.

Sin embargo, a modo de ejercicio, proponemos imaginar un mundo en el que cada uno de los derechos reconocidos al ser humano como tal (de allí su caracterización como *humanos*), *de acuerdo con estas nuevas perspectivas no antropocentristas, podrían también ser reconocidos a cualquier otro animal no humano, en la misma medida, y bajo el mismo rigor jurídico con que les hemos reconocido derecho a la personalidad jurídica*.

Veamos, por ejemplo: qué ocurriría si una jurisdicción, una ciudad, impusiera a los canes que allí habitasen (33) la obligación de ser vacunados contra la rabia; caso contrario, no podrían salir a la calle. Esta “obligación” impuesta sobre los propietarios/tenedores/acompañantes/etc. de los canes, ¿podría ser *violatoria de los derechos “animales”*, tanto de su derecho a *circular libremente*, como de su derecho a la *libre autodeterminación* sobre su salud (que es lo que el can hace *naturalmente* cuando no es domesticado por el hombre), y de su derecho a libremente determinar el *destino de su vida* y su *grado de desarrollo*? Por el contrario, otras especies animales no alcanzadas por la vacuna antirrábica, pero que también son afectadas por esta enfermedad (roedores, por ejemplo) podrían *resultar discriminados por el ser humano*, que solo habría “favorecido” a los perros con la vacuna antirrábica. ¿Podría una ONG presentar un amparo en representación de esta especie discriminada por la *no vacunación*?

Como todos concluirán, nada de esto podría ocurrir lógicamente en el mundo del *derecho antropocéntrico*. Pero ¿sería acaso ajeno al mundo que nos proponen los *no antropocéntricos*? Si, además, conjugamos esto con la *amplia legitimación* que también impulsan, ¿podría siquiera existir una sociedad así?

VI. Sobre los derechos de la naturaleza. Quinta cuestión: derechos *contra* el hombre

Cuando predicamos derechos, en cualquier ámbito, debemos también pensar en el alcance subjetivo *pasivo* de dichos derechos; es decir, *contra quién* o *quiénes* pueden ser invocados/ ejercidos esos derechos. Somos conscientes que

(33) ¿Cómo debería decir?

recorremos el camino de la obviedad cuando sostenemos que *los derechos solo pueden ser ejercidos contra seres humanos, o contra creaciones jurídicas del ser humano: personas jurídicas en cualquiera de sus dimensiones* (personas jurídicas de derecho público o privado).

Esta afirmación puede resultar tanto obvia como curiosa. En principio, resulta obvio que los derechos solo pueden ejercerse frente a *personas*, y en particular, *frente a un determinado tipo de personas*: las personas jurídicamente capaces. Una acción que pretendiera ejercer derechos frente a quien no tiene una obligación equiparable, ¿qué efectos tendría? En tren de poner a prueba el instituto, ¿se podría iniciar un amparo en contra de una ONG que defienda los derechos de las ballenas, invocando la representación de los cardúmenes de krill consumidos por esas ballenas (para tocar el fuero íntimo de los tribunales, diríamos *¿detengan ya el genocidio (34) del krill!*)?

Como todos podemos apreciar, una acción de este tipo *no funcionaría, no solo porque el universo representado no tiene* (a la luz del derecho antropocéntrico) *obligaciones* sino porque, además, curiosamente (o no) las ONG habitualmente solo encarnan los *derechos* de una universalidad animal o vegetal.

Los derechos, y los derechos de los animales no escapan a esta regla, solo pueden ser ejercidos frente a quienes *tienen obligaciones*, que son la contracara de aquellos. Es decir, frente a los hombres.

Estamos —entonces— curiosamente, frente a un tipo particular de derechos *que se reconoce a toda rama de la Creación, pero que solo puede ser ejercida frente a una ínfima especie (35) de ella (el Homo sapiens)*. No escapará al lector que esto es un *desbalance ético* bastante evidente.

(34) Dejando de lado que la palabra genocidio es típicamente antropocentrista, ya que sólo aplica a la matanza de seres humanos.

(35) Según el sitio de Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad de México, existen entre 1,5 y 2 millones de especies. (<https://www.biodiversidad.gob.mx/especies/cuantasesp>).

VII. Sobre los derechos de la naturaleza. Cuestión final: ¿antropocentrista? ¡Obviamente!

Si bien, como hemos visto hasta ahora, aquellos que reniegan *in voce* de la visión antropocentrista la aplican *in factum* (y la atesoran *in pectore*), hay que reconocer que el *antropocentrismo* goza de mala fama en estos días. Esa mala fama pareciera muy influida por las cosmovisiones indigenistas, y vinculada a las visiones *confesionales* que han predominado en los últimos cinco siglos.

Sin embargo, hemos ya visto, todas las visiones *pretendidamente no antropocéntricas* son contradictoras, claudicantes en sus principios y, en definitiva, insostenibles. *Pero ello no habla mal de ellas, sino todo lo contrario.*

Las limitaciones evidentes aquí señaladas *solo son producto de la naturaleza forzada de las concepciones no antropocéntricas*. Hablando de la filosofía y la religión, dice Unamuno: “Y de nada sirve querer suprimir ese proceso mitopéico o antropomórfico y racionalizar nuestro pensamiento, como si se pensara solo para pensar y conocer, y no para vivir. La lengua misma, con la que pensamos, nos lo impide. La lengua, sustancia del pensamiento, es un sistema de metáforas a base mítica y antropomórfica” (36). Mucho después de Unamuno, esto se conoció como *hipótesis whorfiana, o determinismo lingüístico (37)*.

Dicho de otra manera, ¿cómo *hablar* (es decir, *usar un sistema de metáforas profundamente antropomórfico*) o *pensar* (una actividad *exclusivamente* antrópica) de *derecho* (una invención humana), sin una perspectiva antropocéntrica? ¿Cómo hablar de *conductas jurídicamente relevantes* sin hablar desde una perspectiva antropocéntrica? ¿Cómo hablar de ética, moral, religión, justicia, sin hablar del hombre? *Nada de ello es posible*. Con Publio Terencio Africano diríamos: “Soy un hombre, nada humano me es

(36) UNAMUNO, Miguel de, "Del Sentimiento Trágico de la Vida", p. 113.

(37) Véase, entre otros, <http://sociolinguista.blogspot.com/p/relativismo-linguistico.html> (última consulta 14/12/2022).

ajeno” (38). Si soy persona de derecho, *debo ser antropocéntrico*, sintiendo, diríamos con Carmen Fernández (y con Borges) *la servidumbre y la grandeza de la condición humana* (39). ¿Puedo *no ser antropocéntrico*? Claro que sí; abdicando del derecho.

Pero para no ceder a la calificación descalificatoria (perdonando el *oxímoron*), diremos que quienes sostenemos esta perspectiva somos, por ejemplo, humanistas, de acuerdo con los principios de la Declaración de Ámsterdam de 2022 (40). Allí podemos leer: “Reconocemos que somos parte de la naturaleza y aceptamos nuestra responsabilidad por el impacto que tenemos en el resto del mundo natural”.

Como se ve, no hace falta estresar el derecho con creaciones que, ya hemos visto, no se sostienen ante los primeros embates de la lógica. Pero que, además, *son innecesarias* a la luz de los modernos desarrollos de casi todas las legislaciones en el mundo. Hoy ya casi no queda lugar del orbe en el cual el ambiente y sus elementos (la *Creación*) no sea objeto de protección, de una manera u otra, por parte del sistema jurídico. Podrá cuestionarse la eficiencia de estas modalidades; por supuesto, como se cuestiona la eficiencia de muchas otras normas, sin necesidad de crear categorías extrajurídicas.

Pero no que quedo aquí. Voy un paso más allá. Estas visiones *no antropocéntricas* someten al derecho (en este caso al derecho ambiental) a un estrés que lo pone al borde del abismo. Veremos por qué.

VIII. El derecho ambiental y el destino de Ícaro

Finalizando estas reflexiones, acometeré la cuestión que decanta naturalmente de lo hasta aquí visto: las teorías *no antropocéntricas no solo son erradas, sino que, además conspiran contra el derecho ambiental y, ergo, contra la protección del ambiente*.

(38) Citado por UNAMUNO, Miguel de, “Del Sentimiento Trágico de la vida”, cap. I.

(39) FERNÁNDEZ, Carmen, “Borges y Yo”. Disponible en https://www.academia.edu/10928102/Borges_y_y1.

(40) <https://ssh.org.pe/declaracion-de-amsterdam-2022-2/>.

No puede existir mucho debate acerca de la historia del derecho ambiental y su grado de desarrollo. Con mayores o menores alabanzas o ditirambos, todos los autores nos hablan de un derecho ambiental que ronda el cincuentenario, tomando como referencia la Conferencia de Estocolmo de 1972. Demasiado joven para una rama del derecho. Demasiado joven para que sus propios cimientos sean puestos en crisis a la luz de ciertas “evoluciones”.

Hablando en particular de mi país, la Argentina, un país en el que resulta un *adelanto* una ley para educar a los agentes públicos sobre el derecho ambiental (la ley 27.592 conocida como “Ley Yolanda”); donde los legisladores nacionales siguen dictando leyes “de presupuestos mínimos” que “invitan” a las provincias a adherir (haciendo a ese instituto constitucional inútil); donde no hay tribunales ambientales especializados; donde siguen conviviendo las leyes 24.051 y 25.662, ambas regulando el universo de los residuos “peligrosos” o “especiales” como si se tratara de entidades independientes; ciertas corrientes doctrinarias nos proponen abandonar la mirada antropocéntrica (lo que, ya vimos, ni ellos mismos hacen) y crear una perspectiva “ecocéntrica” o “naturocéntrica”. *Ese estrés al que el joven derecho ambiental argentino es sometido no aventura más que nuevas tormentas y decepciones*.

En lugar de proponer consolidar la base legal, en lugar de proponer resolver definitivamente en el plano judicial, pero también en el legislativo, la cuestión de la distribución de competencias en materia ambiental (41); en lugar de impulsar la creación de fueros especializados, con presupuestos acordes a la tarea que acometen; esta corriente del derecho ambiental moderno nos propone “des-antropizarnos”. Más allá de que la propuesta nos indica una más que cuestionable ponderación de las urgencias ambientales de la patria (42) y —como señalara en otra

(41) Un ejemplo del estado de la cuestión nos lo ha dado recientemente el tratamiento de la ley de humedales.

(42) Baste como lamentable ejemplo de nuestro estado el Informe del Observatorio de la Deuda Social Argentina: “Informe de Avance. Crisis del empleo, pobreza de ingreso y privaciones sociales estructurales. Argentina urbana 2010-2021”.

oportunidad— corre el riesgo de reservar el derecho ambiental para un ejercicio de cierta intelectualidad ilustrada y no en una herramienta para resolver los problemas ambientales de nuestra sociedad (43) indicaré, además, que la propuesta es contraria a la protección del ambiente.

Pareciera, según esta corriente de pensamiento, que el derecho ambiental debe cuestionar sus institutos, deconstruirse, abandonar rápidamente los escasos edificios construidos en su cortísima historia, y dar un salto cuántico, no exento de esoterismo, hacia el mundo *no antropológico*. Esto, en mi visión, lleva al derecho ambiental al borde de la extinción.

Quizás influidos por una realidad en la que el populismo ha impuesto una agenda de derechos sin la correspondiente agenda de obligaciones, los doctrinarios que abogan por una *desantropización* del derecho ambiental no hacen más que *relevar al principal causante del estado actual del ambiente (el Homo sapiens, ya sea por sí o por medio de las instituciones por él creadas) de sus responsabilidades: proteger el medio ambiente*.

Hemos dicho ya en otra oportunidad que, al menos bajo la legislación argentina, el hombre *tiene la obligación de preservar el ambiente*. Abordaremos brevemente esta cuestión y cómo la agenda *antiantropocéntrica* conspira contra ella.

Como señaláramos entonces, la Constitución Nacional Argentina declara, en su art. 41: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”. Más allá de ciertas expresiones doctrinarias que identifican en la palabra “habitante” un universo que se extiende mucho más allá del hombre (pero que nada dicen de la parte final de la misma oración), es claro que, de acuerdo con la Carta Magna argen-

(43) SIANO, Juan Martín, "El desarrollo humano como objetivo de la Constitución Nacional y fundamento de la eficacia del derecho ambiental", ED Constitucional, 2022-05-mayo.

tina, la obligación de preservar el ambiente recae sobre todo *Homo sapiens* que habite el suelo nacional.

Como personas de derecho, solemos pensar en esquemas en los que la “obligación” de una parte es “el derecho” de la otra. Nuestra Constitución asume también esta posición. En la misma frase que establece el *derecho al ambiente sano*, consagra *el deber de preservarlo* y ambos, con los mismos sujetos.

Ahora, ese *deber de preservación* tiene, al menos, dos modalidades. Una *activa* y otra *pasiva*. Con relación a la segunda, recae sobre todo habitante del suelo patrio un *deber general* de preservación del ambiente, a través de su *no lesión* [una suerte de *natura non laedere* (44)]. En relación con la primera, recae sobre todo gestor de la cosa pública la obligación de integrar la visión de la preservación ambiental a los procesos de toma de decisión sobre cuestiones vinculadas a esa cosa pública.

Estamos hablando tanto de las *herramientas ambientales* ahora tradicionales, como la Evaluación de Impacto Ambiental, la Evaluación Ambiental Estratégica, el Ordenamiento Territorial, etc., como también de algo más intangible como la incorporación de la *visión ambiental compleja* (45), una nueva forma de acercarse a las cuestiones cotidianas con una *visión no reduccionista y no simplificante* de la problemática ambiental.

(44) Sobre el significado de esta expresión véase DI PIETRO, Alfredo, "Sobre el principio alterum non laedere". En abogados.com. <https://abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508> (consultado 14/2012).

(45) "La visión ambiental compleja de la realidad se fundamenta en lo que se ha venido llamando el paradigma de la complejidad o el pensamiento complejo, la aproximación filosófica y científica que insiste en afrontar con la mayor valentía posible una visión no reduccionista y no simplificante, explícita y consciente, en la que se acepta que vivimos en un mundo pleno de variables e interrelaciones, que nuestra visión no es nada diferente a una percepción subjetiva, y que lo que llamamos causa es siempre el efecto de algo más que a su vez está interrelacionado con otras variables", CARRIZOSA UMAÑA, Julio, ¿Qué es el ambientalismo? La visión ambiental compleja", Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre de 2000, 1ª ed. Disponible en <http://www.pnuma.org/educamb/documentos/PDF/PAL1.pdf>.

Las ideas reduccionistas, simplificadoras, facilistas, arropadas en un envoltorio *no antropomórfico* nos proponen una versión del derecho ambiental muy cercana al *populismo ambiental*: un estado de desarrollo del derecho ambiental en el que el derecho ambiental *parece* en manos de todos, pero en realidad, *queda* en manos de unos pocos aventajados, en general ONG de marcados perfiles ideológicos.

Pero, además, nos proponen una versión del derecho ambiental que, a fuerza de rechazar al fantasma del antropomorfismo, pareciera que *prescindiera del mismo hombre* para, por su intermedio, regular las conductas humanas que atenten contra el ambiente. Para estas concepciones, pareciera, el ser humano es innecesario, cuando no, molesto. Saliendo el ser humano de

la escena (en un fantasmagórico *mutis*), tampoco tienen lugar sus creaciones: el derecho y la ética, entre otras.

El derecho ambiental, entonces, desprovisto de razón de ser (regular las conductas humanas) y sin la guía de la ética, es un barrilete, una cometa, sujeto a los vaivenes de los vientos de las ideologías. Demasiado arriesgado para un derecho tan joven.

Abogamos por un derecho ambiental sólido, austero en sus principios y severo en sus fundamentaciones, y que rehúya la tentación de Ícaro: volar tan cerca del sol, que la cera de sus principios se derrita y se precipite al mar, quedando solo sus plumas como ofrendas a su efímera existencia.

Derechos humanos y derechos de la naturaleza: diálogo y fertilización cruzada entre ambas visiones

Mario Peña Chacón (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Derechos de la naturaleza.— III. Enverdecimiento de los derechos humanos.— IV. Diálogo y fertilización cruzada entre miradas emergentes.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía complementaria.

“La idea de Antropoceno exige una reconfiguración de la relación entre la humanidad y la naturaleza en un sentido más armónico y con límites más fuertes a la potencialidad de las personas humanas para operar sobre los ecosistemas”

Gonzalo SOZZO

I. Introducción

La región latinoamericana se ha convertido en la cuna y laboratorio mundial de miradas y visiones emergentes que pretenden dar un giro al paradigma jurídico que rige al ser humano y la naturaleza (1).

Por una parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la Opinión Con-

sultiva 23/17 del 15 de noviembre de 2017 y de la sentencia del caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” del 6 de febrero de 2020, ecologizó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través del enverdecimiento del derecho humano a un ambiente sano, generando un efecto dominó en las altas cortes de la región (2). Por otra, la Constitución de Ecuador (2008), leyes en Bolivia (2010 y 2012) y Panamá (2022), así como varias sentencias colombianas, reconocieron derechos propios a la naturaleza o a ecosistemas específicos otorgándoles estatus de sujetos de derechos (3).

(*) Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Abogado litigante, consultor, investigador y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE).

(1) SOZZO, Gonzalo. "La naturaleza como objeto constitucional: ¿o cómo constitucionalizar la relación con la naturaleza según América del Sur?", Estudios Constitucionales, número especial 2021-2022. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002022000300418&script=sci_arttext&tlng=es (Consultado 16 diciembre de 2022).

(2) PEÑA CHACÓN, Mario, "Enverdecimiento de las cortes latinoamericanas, últimos avances jurisprudenciales", Revista Monfragüe Desarrollo Resiliente, vol. XII, España, 2020. Disponible en <https://www.eweb.unex.es/eweb/monfragueresiliente/numero23/Art8.pdf> (Consultado 16/12/2022).

(3) PEÑA CHACÓN, Mario, "Revolución de los derechos humanos ambientales y derechos de la naturaleza", Revista del Programa en Derecho de la Universidad de Costa Rica, mayo, 2018. Disponible en <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/la-revolucion-de-los-derechos-humanos-ambientales-y-de-los-de>

Si bien en un inicio ambas miradas se presentaban como antagónicas, en los últimos años se ha venido gestando un proceso de diálogo y fertilización cruzada, que podría culminar, a mediano plazo, con una fusión entre ellas.

II. Derechos de la naturaleza

Algunos sistemas jurídicos han reconocido a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, los denominados *derechos de la naturaleza*, otorgándole personalidad jurídica propia y estatus de sujetos de derecho a la naturaleza como un todo, o bien, a ecosistemas específicos como ríos, lagos, bosques, montañas y páramos.

Estos incipientes derechos reconocen el valor intrínseco de la naturaleza y buscan un cambio de paradigma en la relación hombre-ambiente, migrando de una visión antropocéntrica a una eco/bio/geocéntrica.

Son planteados como solución jurídica a los graves problemas de ineffectividad que caracterizan al derecho en general y al derecho ambiental en específico, que no han logrado detener la triple crisis planetaria que enfrentamos como civilización por la alteración del clima, pérdida de biodiversidad y contaminación y residuos, que amenazan el bienestar y la supervivencia de millones de personas y de las demás especies con las que compartimos el planeta.

El camino hacia el reconocimiento de estos derechos inició con la Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982 (4), la cual estableció que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales; señala además que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera sea su utilidad para el ser humano.

También encuentran sustento en el Principio 2 de la *Declaración Mundial de la Unión Interna-*

rechos-de-la-naturaleza/ (Consultado 16 diciembre de 2022).

(4) Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 28 de octubre de 1982. Disponible en https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Ultima-Tanda/Medio%20Ambiente/7.%20CartaMundial-delaNaturaleza.pdf (Consultado 16 de diciembre de 2022).

cional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de derecho en materia ambiental del 2016 (5), que al efecto dispone:

“Derecho a la Naturaleza y Derechos de la Naturaleza. Cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar”.

El Marco mundial Kunming-Montreal de la diversidad biológica de la Conferencia de las Partes 15 del Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado en Montreal en diciembre de 2022, en su apartado número 9 dispuso (6):

“La naturaleza representa los diferentes conceptos de las distintas personas, incluidos la biodiversidad, los ecosistemas, la Madre Tierra, y los sistemas de vida. Las contribuciones de la naturaleza a las personas también representan diferentes conceptos, tales como los bienes y servicios de los ecosistemas y los dones de la naturaleza. Tanto esta última como sus contribuciones a las personas son primordiales para la existencia del ser humano y la calidad de vida, entre otras cosas, para el bienestar humano, para vivir en armonía con la naturaleza y para vivir bien y en armonía con la Madre Tierra. El Marco reconoce y tiene en cuenta esos diversos sistemas de valores y conceptos, en particular los de aquellos países que los reconocen, los derechos de la naturaleza y los derechos de la Madre Tierra, como parte su implementación satisfactoria”.

(5) Adoptada durante el 1er. Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, coorganizado por la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN (WCEL, por sus siglas en inglés, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Organización de Estados Americanos, la Asociación Internacional de Jueces y otros socios, en abril de 2016 en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil. Fue concluida por el Comité Directivo de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental el 12 de febrero de 2017. Disponible en https://www.iucncongress2020.org/sites/www.iucncongress2020.org/files/sessions/uploads/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf (Consultado 16 de diciembre de 2022).

(6) <https://www.cbd.int/doc/c/2c37/244c/133052cdb1ff4d5556ffac94/cop-15-l-25-es.pdf> (Consultado 29/12/2022).

A nivel constitucional, la carta magna de Ecuador del 2008 (7) es la primera a nivel global en reconocer, de forma expresa, a la naturaleza como sujeto de derechos, admitiendo su valor intrínseco independientemente de su utilidad para el ser humano.

A nivel legislativo, el Parlamento de Nueva Zelanda reconoció como sujeto de derechos al río Whanganui (8); en Australia se han reconocido como entidades vivientes indivisibles que tienen derechos a los ecosistemas Great Ocean Road y río Yarra; en Bolivia, las leyes 71 del 2010 y 300 de 2012 otorgaron estatus a la naturaleza como sujeto de derechos; mientras que en Panamá, la ley 287 del 24 de febrero de 2022 reconoce derechos a la naturaleza, así como las obligaciones que tienen el Estado y todas las personas, ya sean naturales o jurídicas, para garantizar el respeto y protección de estos derechos.

Por su parte, en España, la municipalidad de Los Alcázares de Murcia adoptó la iniciativa legislativa popular para reconocer al mar Menor y toda su cuenca como sujeto de derechos, la cual fue aprobada por el Senado el 21 de setiembre de 2022 (9).

A nivel jurisprudencial, en Colombia, la Corte Constitucional, Sección Sexta de Revisión, en la sentencia T-622 del 2016, reconoció al río Atrato, su cuenca y sus afluentes el estatus de una

(7) El art. 71 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema".

(8) Te Urewera Act 2014. Disponible en <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html> (Consultado 16 de diciembre de 2022).

(9) Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. https://www.boe.es/boe/dias/2022/10/03/pdfs/BOE-A-2022-16019.pdf?fbclid=IwAR24dmT5RrVPlrvXv6tCAGjNNmaceIw2v58_70d_FpDxZaEsSrAidKkywBU (Consultado 14 de diciembre de 2022).

entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración. Esa misma línea siguió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC-4360 del 2018, al otorgar derechos a la Amazonía colombiana y con ello, estatus de sujeto de derecho. A la vez, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la sentencia de acción de tutela del 29 de mayo de 2018, otorgó ese estatus al páramo de Pisba; mientras que el Tribunal Administrativo de Tolima hizo lo mismo con los ríos Combeima, Cocora y Coello; el Tribunal Superior de Medellín al río Cauca; el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al río Pance; el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira al río Otún; el Juzgado Único Civil Municipal de la Plata - Huila al río La Plata y el Juzgado Primero Penal de Neiva al río Magdalena (10).

En India, en 2017, una Corte Superior otorgó estatus de sujeto de derecho a los ríos Ganges y Yamuna, (11) mientras que, en Ecuador, su Corte Constitucional en la sentencia 1149-19-JP/21 revisión de acción de protección, tuteló los derechos de la naturaleza del Bosque Protector Los Cedros (12) y en la res. 253-20-JH/22 del 27 de enero de 2022, caso *habeas corpus* "Estrellita" (13), reconoció que los animales silvestres

(10) AMAYA ARIAS, Ángela, "Declaratoria de un ecosistema como sujeto de derechos. Análisis del caso del Páramo de Pisba en Colombia", Revista IUS vol. 16 no. 49, Puebla ene./jun. 2022, Epub 06-Jun-2022. Disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472022000100155&script=sci_arttext&tlng=es (Consultado 16 de diciembre de 2022).

(11) Corte Superior de Uttarakhand, sentencia del 20 de marzo de 2017. Disponible en https://elaw.org/system/files/attachments/publicresource/in_Salim__riverpersonhood_2017.pdf (Consultado 16 de diciembre de 2022).

(12) <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/wp-content/uploads/2019/08/SENTENCIA-LOS-CEDROS-CORTE-CONSTITUCIONAL.pdf> (Consultado 29 diciembre de 2022).

(13) <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/boletines-de-prensa/item/1372-caso-nro-253-20-jh-acci%C3%B3n-de-h%C3%A1beas-corporus.html#:~:text=253%2D20%2DJH%20Acci%C3%B3n%20de%20h%C3%A1beas%20corpus,-Media&text=En%20sesi%C3%B3n%20del%2027%20de,mona%20chorongo%20llamada%20E2%80%9CEstrellita%E2%80%9D>. (Consultado 29 diciembre de 2022).

son sujetos de derecho al formar parte de la naturaleza.

El núcleo duro de estos nóveles derechos es el valor intrínseco de la naturaleza y su común denominador es el reconocimiento a la naturaleza en su totalidad o bien de ciertos sistemas ecológicos de los derechos a su existencia; mantenimiento y regeneración de ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos y a su restauración.

Procesalmente sus principales implicaciones son el reconocimiento del derecho a su representación adecuada mediante la ampliación de la legitimación activa para su defensa, así como en algunos casos, el nombramiento de representantes o guardianes a aquellos ecosistemas con estatus de sujeto de derechos.

Las autoras Consuelo Juárez Mendoza y Alejandra Rabasa Salinas (14) recopilaron las principales críticas que se le hacen desde la doctrina a los derechos de la naturaleza. Al efecto, exponen que no logran concretar un objeto real y definido de protección que pueda reivindicarse en los sistemas de justicia, que es demasiado vaga y que presenta importantes contradicciones.

A la vez, manifiestan que no tienen una respuesta clara sobre si los derechos solo deberían garantizarse a los seres sintientes o a todos los organismos vivos; o si debiese protegerse a todos los ecosistemas —incluyendo a los que han sido transformados por actividades humanas, como los agroecosistemas— o únicamente a los ecosistemas originales o algunos que se consideren más valiosos que otros, como los hábitats de especies en riesgo, o los bosques y selvas tropicales (15).

Explican que se ha criticado de esta doctrina que los derechos de la naturaleza se formulan desde la misma visión antropocéntrica que se intenta combatir, porque finalmente depende

de los sistemas de justicia humanos decidir cuáles elementos naturales tienen derechos, cuáles son y cómo podrían protegerse (16).

Por último, manifiestan que algunos autores piensan también que esta construcción jurídica no tiene suficiente sustento, pues no puede explicar cómo es que la sola declaración de personalidad jurídica para los elementos naturales puede detonar los cambios necesarios en los sistemas de justicia para enfrentar los grandes problemas ambientales y climáticos (17).

Por su parte, los autores Milkes, Pimiento y Baena exponen que la categoría de sujeto de derecho otorgada a entes naturales no ha logrado obtener los efectos útiles esperados hasta el momento, respecto a la creación de mecanismos o herramientas diferentes a las ya existentes en el sistema jurídico colombiano en materia de medio ambiente, por más deseos y objetivos que se tuviesen sobre esta. Concluyen que el uso de categorías, la adjudicación de derechos y caracteres propios de la personalidad jurídica a entes naturales, en términos prácticos, podría hacer del proceso de conservación, protección y recuperación medioambiental una tarea más compleja de lo que actualmente comporta (18).

A pesar de lo anterior, rescatan el poder simbólico que la categoría trae consigo. Al respecto manifiestan que el reconocimiento como sujeto de derecho a diversos entes naturales ha provocado el replanteamiento de una visión general del grupo social en cuanto a los modos de relacionarse con la naturaleza, así como también su afán de hacer frente a diversas problemáticas ambientales como el cambio climático y la protección de intereses de las generaciones futuras. A su parecer, el poder simbólico de lo que la categoría comporta podría ser más útil respecto a la integración de diversos conocimientos científicos, ancestrales, sociales respecto al cuidado

(16) Ibidem.

(17) Ibidem.

(18) MILKIS, Irit, PIMIENTO, Julián y BAENA, Samuel, "Más allá del reconocimiento como 'sujeto de derechos' a la Naturaleza: Un análisis práctico para una comprensión semántica", Revista de Derecho Administrativo Económico, nro. 36, julio-diciembre 2022. Disponible en <https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/issue/view/2705> (Consultado 29 diciembre de 2022).

(14) Manual sobre adjudicación de derechos fundamentales y medio ambiente, 2022. Disponible en https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-11/MANUAL%20ADJUDICACION%20MEDIO%20AMBIENTE_DIGITAL.pdf (Consultado 16 de diciembre de 2022).

(15) Ibidem.

de esta que la creación de herramientas jurídicas para su protección (19).

En este sentido, en el voto 2022-1622 del 19 de enero del 2022 (20), la Sala Constitucional de Costa Rica se pronunció sobre la imposibilidad constitucional de otorgar personalidad jurídica a un ecosistema específico —río Grande de Térraba—. Al efecto, expuso que un abordaje de este tipo deja abierta gran cantidad de cuestionamientos que el régimen legal en Costa Rica no puede responder afirmativamente, sin que el legislador haya intervenido, pues se requiere de la modificación del ordenamiento jurídico para que ello pueda suceder. También enfatizó en la amplia legitimación, casi irrestricta, que poseen las personas que abogan por la defensa de la naturaleza ofrecidas por los arts. 50 y 89 constitucionales y en diversas leyes y reglamentos, siendo que a su criterio “las formas de tutela del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado son abundantes y efectivas, incluidas la de la jurisdicción constitucional que admite la legitimación directa”.

III. Enverdecimiento de los derechos humanos

En los últimos años, la temática medio ambiente y derechos humanos ha experimentado una evolución y desarrollo vertiginoso en el Sistema Universal de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como a nivel constitucional y jurisprudencial (21), teniendo como consecuencia que el enfoque de derechos humanos cada vez se acerca más y se asemeja —*mutatis mutandis*— a la

(19) *Ibidem*.

(20) Acción de inconstitucionalidad declarada con lugar contra el dec. 34.312 "Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad". Disponible en https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1099832?fbclid=IwAR3VFKiK_M7VU8XqHy-9xY_CCGF3fyf9nf1TxT7SDCFZHb2t366tSMopl8jw (Consultado el 16 de diciembre de 2022).

(21) PEÑA CHACÓN, Mario, "Derechos Humanos y Medio Ambiente", Programa de Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2021. Disponible en <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/74769> (Consultado 16 diciembre de 2022).

doctrina de los derechos de la naturaleza o jurisprudencia de la Tierra.

En ese sentido, cabe destacar el reciente e histórico reconocimiento universal del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible a nivel del Sistema de Naciones Unidas, a través del Consejo de Derechos Humanos en la res. A/HRC/48/L.23 del 08 de octubre de 2021 y de la Asamblea General en la res. A/76/300 del 28 de julio de 2022.

El parteaguas regional del enverdecimiento de los derechos humanos se da gracias al impulso y desarrollo dado al derecho humano al ambiente sano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la Opinión Consultiva 23/17 del 15 de noviembre de 2017 y la sentencia del caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” del 6 de febrero de 2020.

En ambos casos, la Corte Interamericana reconoció expresamente el valor intrínseco de la naturaleza, disponiendo que, a diferencia de otros derechos humanos, el derecho humano al ambiente sano —contenido en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— protege al ambiente y sus componentes como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales, y no solamente por su utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación puede causar en otros derechos humanos, sino por la importancia para los demás organismos vivos, también merecedores de protección en sí mismos.

Con lo anterior, la Corte Interamericana se alejó del enfoque tradicional antropocéntrico que caracterizaba a los derechos humanos, ampliando de forma conjunta y sinérgica, el elenco de destinatarios de protección del derecho humano al ambiente sano, con el fin de incluir, además de las generaciones presentes y futuras, a todas aquellas especies con las cuales el ser humano comparte el planeta, merecedoras de tutela por su importancia intrínseca e independiente de su valoración humana, reconociendo con ello, tácitamente, su derecho a existir, prosperar y evolucionar.

A partir de la Opinión Consultiva 23/17 y la sentencia caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, se generó un diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y las altas cortes latinoamericanas, teniendo como consecuencia un efecto dominó a nivel regional, lo cual se ve reflejado en múltiples sentencias ambientales de reciente data y gran relevancia, que tienen como denominador común la tutela del derecho humano a un ambiente sano, modificando con ello, el paradigma jurídico que rige la relación hombre-naturaleza en la región (22).

Prueba de ello son las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-045-19 del 06 de febrero de 2019 y C-148-2022 del 02 de mayo de 2022, que declararon respectivamente la inconstitucionalidad de las prácticas de la caza deportiva y pesca deportiva; de la Sala Constitucional de Costa Rica 2019-24513 del 06 de diciembre de 2019 y 2021-24807 del 5 de noviembre de 2021, respecto a la protección constitucional de las abejas y la sentencia 2022-26657 del 11 de noviembre de 2022, que tuteló de forma directa el acuífero de Moín como un interés jurídico en sí mismo, así como de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 1754-2021 del 12 de octubre de 2021, sobre el estatus de ser sintiente del león en cautiverio llamado Kivú; de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, sentencias: “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 01/12/2017 (AR/JUR/84781/2017), “Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, 11/07/2019 (AR/JUR/22384/2019) y “Barrick Exploraciones Argentina SA y c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 04/06/2019, que desarrollaron y aplicaron el paradigma jurídico ecocéntrico/sistémico; del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, resolución de fecha 21 de marzo de 2019 (proceso REsp 1.797.175/SP), que reconoció la dimensión ecológica del principio de dignidad de la persona humana a partir de un nuevo marco jurídico biocéntrico; y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, resoluciones de su Primera Sala de fecha 14 de noviembre de

2018, amparo en revisión 307/2016 sobre afectaciones ambientales al ecosistema de humedal denominado Laguna del Carpintero y amparo en revisión 54/2021 del 09 de febrero de 2022, que tuteló el sistema arrecifal veracruzano y de la Segunda Sala, amparo en revisión 610/2018 del 15 de enero de 2020, sobre el incremento en los niveles de etanol en los combustibles y sus posibles implicaciones sobre el derecho a un ambiente sano y el cambio climático (23).

En esta misma línea, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú, en vigor desde el 22 de abril del 2021, aplicando el enfoque de derechos humanos, también incorporó una nueva racionalidad jurídica que pretende cambiar, armonizar y mejorar la relación ser humano - naturaleza (24).

Un ejemplo de ello es su art. 5.6 sobre el derecho al acceso a la información ambiental, el cual distingue claramente entre los posibles riesgos y efectos adversos que, en casos excepcionales, el acceso a la información ambiental puede generar sobre la vida, seguridad o salud humana; de aquellos riesgos y afectaciones que pudieren impactar negativamente al medio ambiente (25).

En esa misma línea, puede también citarse el art. 7.2 del Acuerdo, el cual dispone que cada Parte debe garantizar mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud (26).

(23) Ibidem.

(24) PEÑA CHACÓN, Mario, "El Acuerdo de Escazú y el cambio en el paradigma de la relación humano - naturaleza". Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90274-acuerdo-escazu-y-cambio-paradigma-relacion-humano-naturaleza> (Consultado 16 diciembre de 2022).

(25) Ibidem.

(26) Ibidem.

(22) PEÑA CHACÓN, Mario, "Sentencias en la era del Antropoceno: análisis del amparo en revisión 54/2021 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México", RDAMB, 71, julio-setiembre 2022.

A la vez, del art. 8.3.g pueden distinguirse claramente mecanismos de reparación concebidos exclusivamente para la naturaleza (restitución al estado previo, restauración, compensación), mecanismos de reparación cuyo destinatario son los seres humanos (atención a las personas afectadas, satisfacción, garantía de no repetición) y mecanismos aplicables tanto a la naturaleza como a los humanos (instrumentos financieros) (27).

IV. Diálogo y fertilización cruzada entre miradas emergentes

Por todo lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que actualmente se está dando un proceso de diálogo y fertilización cruzada entre ambas visiones o miradas jurídicas emergentes.

Los derechos humanos han tomado de los derechos de la naturaleza el enfoque eco/bio/geocéntrico junto con el reconocimiento del valor intrínseco del ambiente y sus componentes. Por su parte, los derechos de la naturaleza se nutren de los institutos jurídicos y principios generales del derecho ambiental y los derechos humanos, tales como: función ecológica de la propiedad (28), eco abuso del derecho (29), responsabilidad *propter rem* (30), legitimación activa amplia (31) y los principios precautorio, *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*.

(27) Ibidem.

(28) PEÑA CHACÓN, Mario, "Ecologización de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional costarricense", Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, nro. 38-39, diciembre 2021. Disponible en <https://huespedes.cica.es/gimadus/> (Consultado 29 diciembre de 2022).

(29) PEÑA CHACÓN, Mario, "Responsabilidad ambiental derivada de las relaciones de vecindad", Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, nro. 10, noviembre 2013. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=pubicacion&idpublicacion=19&idicion=301> (Consultado 29 diciembre de 2022).

(30) PEÑA CHACÓN, Mario, "Régimen especial de responsabilidad de sitios contaminados", Innovare, Revista de ciencia y tecnología, vol. 4, nro. 2, julio 2016. Disponible en <https://www.lamjol.info/index.php/INNOVARE/article/view/2745> (Consultado 29 diciembre de 2022).

(31) PEÑA CHACÓN, Mario, "La legitimación procesal en el derecho ambiental, el caso de Costa Rica", Revista de Direito Ambiental, año 8, nro. 29, enero-marzo 2003.

A la vez, ambas miradas jurídicas se valen de las vías jurisdiccionales (ambiental, constitucional, contencioso-administrativo, penal, agraria y civil) y mecanismos procesales existentes (*habeas corpus*, acciones de tutela, acciones de protección, acciones colectivas, recursos de amparo, acciones de inconstitucionalidad, etc.) para tratar de adaptarlos a las necesidades propias de la cuestión ambiental. En este sentido, es importante resaltar el exponencial desarrollo que ha experimentado en los últimos años el derecho procesal ambiental (32).

De esta forma, tanto el abordaje de derechos de la naturaleza como el de derechos humanos reconocen el valor intrínseco de la naturaleza y aplican un enfoque eco/bio/geocéntrico, donde las especies y ecosistemas son destinatarios directos y autónomos de protección, junto con las generaciones humanas actuales y futuras.

En ambas visiones, el ambiente y sus componentes pueden formar parte del dominio público o del dominio privado, se les aplica las limitaciones y restricciones propias de la función ecológica de la propiedad, y con ello, la prohibición de abuso del derecho o eco abuso del derecho y la responsabilidad *propter rem* (33).

A nivel procesal, las dos visiones jurídico-ecológicas buscan una representación adecuada del ambiente por medio del ensanchamiento de los esquemas de legitimación activa acudiendo a los intereses supraindividuales (difusos, colectivos e individuales homogéneos), e incluso, a las acciones populares o colectivas. A la vez, las dos otorgan prelación o prioridad al ambiente respecto a otros intereses, bienes y valores jurídicos, y ante la duda científica, aplican el principio precautorio, mientras que, tratándose

(32) GONZÁLEZ BALLAR, Rafael y PEÑA CHACÓN, Mario, "El proceso ambiental en Costa Rica", Ed. Isolma SA, 2015, 1ª ed. Disponible en https://escuelajudicial.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/derechoAmbiental/ambiental_mario_pena/El%20Proceso%20Ambiental%20en%20Costa%20Rica.pdf (Consultado 16 diciembre de 2022).

(33) PEÑA CHACÓN, Mario, "Estatus jurídico del ambiente en Costa Rica", Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, nro. 43, agosto 2022. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=0a70f66c3c69bd3a255320a870438ce6> (Consultado 16 diciembre de 2022).

de duda jurídica, emerge el criterio de interpretación y aplicación de las normas a favor de la naturaleza, a través del principio *in dubio pro natura* y su derivación *in dubio pro aqua*.

A través de sentencias, en ambas visiones, cada vez es más común la creación de mecanismos de gobernanza para la protección y gestión de ecosistemas que incluyen la participación activa de la sociedad civil, tales como: comités, consejos, comisiones, representantes o guardianes, encargados de cumplir los mandatos emitidos por los jueces y de tutelar los intereses de los ecosistemas y de las poblaciones aledañas, especialmente de aquellas en situación de vulnerabilidad. Ejemplo de ello son la causa “Mendoza” en Argentina (34) y las sentencias colombianas de los ríos Bogotá (35) y Atrato, así como la de la Amazonía.

Además, los dos abordajes jurídicos conllevan la obligación estatal de preservar, conservar, restaurar y administrar la naturaleza y sus componentes de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa, y la de los particulares de conservarlos, aprovecharlos de forma sostenible y restaurarlos.

A la vez, ambas miradas adolecen los mismos problemas congénitos de efectividad, al depender de la institucionalidad y sistemas de justicia existentes, los que, en su mayoría, no fueron diseñados, ni han sido adaptados adecuadamente para solventar la problemática ambiental.

En esta línea de intercambio y fusión de visiones y abordajes jurídicos es posible citar las sentencias colombianas del río Atrato y la Amazonía, que además de reconocer los distintos ecosistemas como sujetos de derecho, tutelaron conjunta y sinérgicamente los derechos humanos ambientales.

Lo mismo es posible afirmar de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Ecua-

(34) <https://www.acumar.gob.ar/causa-mendoza/> (Consultado el 15 de diciembre de 2022).

(35) <http://www.ideam.gov.co/web/ocga/sentencia#:~:text=La%20sentencia%20declara%20responsables%20a,descontaminarlo%20y%20prevenir%20su%20contaminaci%C3%B3n>. (Consultado 29 diciembre de 2022).

do, que tanto en la sentencia 1149-19-JP/21 del caso sobre Bosque Protector Los Cedros, como en el dictamen constitucional nro. 2-22-CP/22 del 21 de setiembre de 2022 respecto a la consulta popular —plebiscito— para prohibir la modificación de uso de suelo para aquellas zonas categorizadas como protección ecológica, recursos naturales no renovables, protección arqueológica y parques metropolitanos en el casco urbano del Distrito Metropolitano de Quito (36), expuso:

“En el contenido del derecho a un ambiente sano convergen los derechos humanos y los derechos de la naturaleza. En esencia, se hace evidente la necesaria interrelación y complementariedad entre estos derechos sin perder su autonomía, pues la preservación del entorno natural permite que los seres humanos ejerzan otros derechos. Como se ha indicado en párrafos anteriores, el derecho al ambiente sano, no solo se encuentra en función de los seres humanos, sino también, alcanza a los elementos de la naturaleza, como tales”.

El párr. 124 del Dictamen constitucional 22-CP/22 antes citado reza:

“De ahí que, la Constitución consagra una concepción biocéntrica del derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, con respecto a los derechos de la naturaleza, pues la considera como valiosa en sí misma, independientemente de la utilidad que pueda representar para la especie humana”.

Por último, es relevante destacar que la propia Corte Interamericana en la Opinión Jurídica OC-23/17, párr. 62, advierte respecto a la tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.

V. Conclusiones

Ante la mezcla de abordajes y miradas jurídicas que está experimentando la región latinoamericana, así como una posible fusión entre ellas,

(36) https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=2-22-CP%2F22&fbclid=IwAR0dGfyQwL-_DMV1D0_GabrgSrzkTXKOYc1s-6rIhN2-kh9NdojXYR_rkiK8 (Consultado 29 diciembre de 2022).

cabe citar al connotado juez argentino Ricardo Luis Lorenzetti cuando, al referirse al estatus de sujeto de derecho que algunos sistemas jurídicos otorgan a la naturaleza, expuso: “Es un modo de proteger, pero que tal vez no sea necesario alterar todo el sistema jurídico para hacerlo, porque, en definitiva, los efectos jurídicos son similares a los que se logran por otras vías” (37).

Del diálogo e intercambio entre ambas visiones emergentes debe surgir una nueva racionalidad jurídica de índole planetaria, un derecho ambiental reforzado o derecho ecológico (38), donde el derecho a la dignidad humana y el valor intrínseco de la naturaleza se constituyan en el núcleo esencial de la Justicia Ecológica del siglo XXI.

(37) "Derechos fundamentales y normas institucionales", Ed. LA LEY, año LXXXVI, nro. 69, 14/03/2022.

(38) PEÑA CHACÓN, Mario, "Del Derecho al Ambiente al Derecho Ecológico, el caso de Costa Rica", RDAMB., 67, julio-septiembre 2021.

VI. Bibliografía complementaria

BEDÓN GARZÓN, R., “Contenido y aplicación de los derechos de la naturaleza”, *Ius Humani, Revista de Derecho*, vol. 5, 2016.

BOSSELMANN, K., “Grounding the rule of law”, in VOIGHT, Christina (ed.), *Rule of Law for Nature: new dimensions and ideas in environmental law*, Cambridge University Press, New York, 2013, 1ª ed.

BOYD, D., “The rights of nature: a legal revolution that could save the world”, ECW, 2017.

CAVEDON-CAPEDEVILLE, F., “Jurisprudência Ecológica nas Cortes de Direitos Humanos: Contribuições para a Ecologização dos Direitos Humanos. A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias”, Morato Leite, J. R. (coordenador), Lumen Juris, 2018.

DERECHO PENAL AMBIENTAL

La eficiente tutela del derecho penal al ambiente

Carlos Martino Navarro^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. El ambiente como bien jurídico protegido.— III. El tipo penal y las conductas punibles en el delito ambiental.— IV. El derecho penal y el derecho administrativo en su rol de tutela ambiental.— V. Síntesis a modo de reflexión.

I. Introducción

“El derecho ambiental es descodificante, herético, mutante: 'se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia, abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características” (1).

Conceptualización que enseña el profesor Ricardo Lorenzetti sobre el derecho ambiental en sus clases magistrales que me ha motivado a estudiar sobre la temática, específicamente sobre el derecho penal y su incidencia para tutelar eficientemente al ambiente en un marco de distintos proyectos de ley que procuran reformar el Cód. Penal.

Por ello, nos proponemos estudiar cómo el derecho penal debe adaptarse desde su estructura sustancial como procesal para satisfacer las necesidades de la sociedad de otorgarle tutela penal al ambiente.

Sin dudas que los grandes avances tecnológicos, el uso y abuso de los recursos naturales, el crecimiento de la producción industrial, así como la exigencia de los mercados, conllevan un menoscabo del ambiente que nos obliga como

sociedad a analizar o, por lo menos, a pensar el problema con atención y procurar alternativas de solución, no solo para nosotros, sino para las generaciones futuras.

En esa lógica de análisis debemos en primer lugar replantearnos qué bienes jurídicos deseamos proteger, qué efectos evitar y en qué mundo queremos vivir. Podríamos afirmar que en los últimos 25 años la doctrina viene debatiendo como proteger el ambiente ante los efectos del cambio climático, sin embargo, recién en los últimos años se comenzó a tomar mayor conciencia por parte de las sociedades, exigiendo una mayor protección e intervención por parte del estado que procure la resguardar de manera eficiente al ambiente.

En esa línea, se ha puesto el ojo en el derecho penal como herramienta legal que satisfaga esa necesidad de tutela que viene fallando o incumpliendo el resto del ordenamiento jurídico.

A partir de allí trataremos de elaborar un trabajo en el intentaremos abordar dicha exigencia y analizar si el derecho penal no solo puede cumplir con el rol de tutelar el ambiente, sino de manera eficiente.

II. El ambiente como bien jurídico protegido

Podemos afirmar a esta altura que el cambio climático ha modificado exponencialmente la forma de vida en las sociedades, fenómeno que desconoce límites geográficos.

Es por ello por lo que nuestro país ha firmado distintos tratados y acuerdos internacionales,

(*) Abogado (UNC), especialista en derecho penal (UNR) y derecho laboral (UNL).

(1) CAFFERATTA, Néstor (dir.), CAFFERATTA, N. A., LORENZETTI, P. R., RINALDI, G., & ZONIS, F. G. (coautores), "Tratado jurisprudencial y doctrinario - Derecho Ambiental", La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 278.

como son el Acuerdo de Escazú, el Convenio de Minamata, el Protocolo de Nagoya, el Acuerdo de París, el Convenio de Estocolmo, el Protocolo de Kioto, para nombrar algunos, en los cuales se obliga, entre otras medidas, a efectuar acciones positivas de carácter preventivas, disuasivas, reparativas y educativas sobre el ambiente.

Mas allá de la relevancia del tema para nuestro país, todavía no contamos con una regulación que tutele penalmente de manera eficiente al ambiente.

Distinta es la suerte de aquella normativa específica de la materia ambiental, como es la ley 25.675 (General del Ambiente), la ley 25.743 (Protección Patrimonio Arqueológico), la ley 26.331 (Protección de los Bosques Nativos), la ley 26.639 (Protección de los Glaciares), la ley 26.815 (Ley del Manejo del Fuego), la ley 27.037 (Protección Áreas Marinas), la ley 27.520 (Presupuestos Mínimos), la ley 27.621 (Educación Ambiental), etc., que no solo tutelan al ambiente sino han logrado cierta eficiencia que no ha podido brindar la ciencia penal.

Entendemos que uno de los motivos de esa *deuda* surge ante la inexistencia de un paradigma *geocéntrico* que ayude a legislar de manera autónoma al bien jurídico protegido *ambiente*.

Como enseña Cafferatta citando al profesor Ricardo Lorenzetti, “una primera diferencia que hay que efectuar es entre el derecho al medio ambiente adecuado, que es un derecho subjetivo que tienen las personas y la tutela del ambiente, que se concentra en el bien colectivo. La primera es una idea antropocéntrica y previa al paradigma ambiental, porque mira la totalidad desde el sujeto; la segunda es una noción geocéntrica concentrada en el bien colectivo y típica del ambientalismo” (2). Es importante a los fines didácticos resaltar, en apretada síntesis, que la doctrina traza tres paradigmas al respecto: “antropocéntrico”, que propone que se tutela al ambiente de manera indirecta por necesidad del ser humano, “ecologista o eco-céntrico”, que procura la protección directa del ambiente sin tener en cuenta la relación con el ser humano, y “dualista”, en donde se combinan las dos posiciones anteriores.

(2) *Ibidem*, p. 3.

La CS ha mantenido en sus fallos el cambio de paradigma: “La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; esta visión ha cambiado: ahora el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente” (3).

Por ello, el primer escollo que debemos atravesar en el presente trabajo es determinar el bien jurídico protegido como objeto de tutela penal eficiente.

Cabe recordar que nuestra ciencia penal desde la doctrina clásica entendió que se le otorga tutela a los bienes individuales y no los colectivos, por considerar a estos últimos *indefinidos* con la posibilidad cierta de violar el principio constitucional de legalidad como así también el de mínima intervención penal.

El tema se encuentra en pleno debate y desarrollado por distintos autores que profundizan la discusión doctrinaria, la cual omitimos ampliar a los fines de la brevedad, pero sí adelantamos que tomamos la posición de la autonomía del bien jurídico protegido medio ambiente, básicamente porque, por un lado, entendemos que es un mandato constitucional (art. 41 de la CN) que conlleva obligaciones internacionales; por otro lado, la existencia de una defectuosa legislación administrativo-penal que tutela de manera deficiente al ambiente; y por último, en razón de la importancia que tiene para la sociedad lo cual se debe proteger con relevancia. Hay que remarcar que por “bien jurídico protegido” se entiende un particular interés que otorga la sociedad a determinados bienes (individuales o colectivos) de la sociedad para que a través del orden jurídico penal se los proteja de conductas por parte de personas humanas o jurídicas que los pongan en peligro o los lesionen.

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

Este bien jurídico medio ambiente se conforma de manera amplia teniendo en cuenta al ser humano dentro de él, siguiendo la conceptualización de Catalano y Borinsky "(...) el medio ambiente como bien jurídico amparado es el conformado por elementos de orden natural, vivos y no vivos" (4).

Esta idea es central en el nuevo paradigma ambiental, en el cual pasamos de una idea antropocéntrica al de una geocéntrica, teniendo en cuenta la totalidad del ambiente, incluido al hombre, procurando regular conductas que no pongan en peligro ni lesionen al ambiente de manera sistemática.

Sin dudas que las consecuencias que ha producido el cambio climático producto de las conductas desmedidas e irresponsables del hombre conllevan a las sociedades modernas a otorgarle al ambiente ese interés relevante que procuran proteger ratificando lo ordenado por nuestra Constitución Nacional y que obliga a un cambio de paradigma desde lo normativa en procura de esa tutela eficiente.

III. El tipo penal y las conductas punibles en el delito ambiental

Es simple de advertir que la ley como reguladora de conductas sociales se va modificando y adaptando a la realidad histórica. Si bien muchas veces esos cambios fueron de manera tempestiva ante los embates de la presión política y social, la realidad enseña que el legislador procura de alguna manera otorgar herramientas que tutelen los bienes jurídicos que la sociedad demande proteger en un momento histórico determinado.

Ello tiene sentido en razón de que la realidad va generando necesidades que conllevan a las sociedades a adaptarse y a darles respuestas.

La modernización, la desigualdad estructural social y económica, como la escasez de recursos llevan a generar nuevos conflictos en las sociedades que muchos de ellos al no poder ser resueltos por la normativa existente se debieron

(4) CATALANO, Mariana y BORINSKY, Mariano, "Protección penal del ambiente y patrimonio cultural", Ediciones Didot, 2021, p. 34.

recurrir a distintas soluciones prácticas en un primer momento mediante la jurisprudencia, para luego legislar al respecto.

Ante esa necesidad de dar respuesta a los "nuevos conflictos sociales", como siempre, se coloca la mirada en el derecho penal. Pareciera este último que actuara como *ultima ratio* ante la deficiente actuación de todas las ramas del derecho: privado, administrativo, tributario, aduanero, ambiental, defensa del consumidor, laboral, etc.

Claramente, en la actualidad los delitos regulados en nuestro código no pueden dar respuesta a los "nuevos conflictos sociales" como pueden ser el ambiente, la biogenética, las monedas digitales, el comercio electrónico (*e-commerce*), para dar algunos ejemplos. En parte por la complejidad de dichos temas y otra por el déficit técnico legislativo existente.

Profundizando en los conflictos ambientales, como hemos venido mencionado anteriormente, partimos de la idea que en la Argentina no contamos con normativa penal que proteja al ambiente en sí mismo de manera autónoma.

Sin meternos en política criminal ni a discutir sobre filosofía del derecho, podemos afirmar que la ciencia penal es utilizada como una herramienta que intenta dar respuesta a los distintos conflictos sociales que no encuentran una solución legal inmediata en otros estratos normativos confundiendo con el principio *ultima ratio*.

Ello sin perder de vista que existe un contexto mundial en donde los distintos países se van orientando desde sus legislaciones hacia la despenalización de muchas conductas, lo que podríamos advertir rápidamente cierta contradicción en materia de política criminal.

Sin embargo, lo afirmado no es tan lineal en la práctica, si bien muchas conductas que históricamente fueron ilícitas que se encuentran en pleno proceso de despenalización (ej. aborto, consumo de ciertas drogas, etc.), al mismo tiempo la sociedad demanda que se penalice otras conductas como son en materia ambiental, que llevan a sostener al ambiente como un bien jurídico protegido.

Al respecto no podemos dejar de recordar lo afirmado por la CIDH en una opinión consultiva: “Existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. (...) Varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales” (5). Ahora bien, teniendo en claro la necesidad de protección del bien jurídico ambiente por parte del derecho penal, debemos avanzar en el tipo de conductas que deben ser tipificadas y que materializan las amenazas o lesiones al bien jurídico. Podríamos adelantar que el ataque al ambiente normalmente acontece a través de conductas de peligro sobre bienes colectivos. Dos cuestiones muy debatidas en el derecho penal clásico, esto es, las conductas de peligro y los bienes colectivos.

La punibilidad de los delitos ambientales con relación al resultado ha llevado a uno de los puntos más sensibles en la discusión sobre la temática. Es por ello por lo que podemos observar que mayoritariamente las conductas tipificadas en materia ambiental tanto en las normas administrativas como penales son de omisión y dentro de estas lo que se denomina comúnmente omisión impropia o comisión por omisión, instituto no regulado y discutido además por parte de la doctrina.

Pero antes de profundizar en las conductas del tipo penal, recordemos brevemente el tema, a fin de proseguir con una mejor exposición. Cada tipo penal describe el comportamiento o conducta (verbo) que el legislador quiere prohibir u ordenar y el resultado o lesión que se procura evitar. La doctrina los agrupa en tres categorías según la afectación al bien jurídico: delitos de lesión, de mera actividad y de peligro. Estos últimos en peligro abstracto y concreto. Asimismo, respecto de las conductas, estas pueden ser activas, omisivas y de comisión por omisión (o de omisión impropia).

(5) Opinión Consultiva 23/2017 sobre Medioambiente y Derechos Humanos del 15/11/2017. Parágrafos 47 y 49.

Por otro lado, como veremos más adelante, la tutela penal debiera surgir como consecuencia de haberse vulnerado la primera “valla de protección” como son las normas administrativas que intervienen de manera “primaria” dentro de la esfera del poder de policía de las provincias, las cuales regulan las distintas actividades y/o conductas que configuran un riesgo no permitido sobre el ambiente.

III.1. El tipo penal ambiental

Ahora bien, sumergiéndonos en los tipos penales ambientales, hay un acuerdo casi unánime en la doctrina que los delitos de resultado como los de mera actividad no aplicarían. Ello en razón de entender que la tutela debe ser anterior al daño por la magnitud de este y la naturaleza jurídica del bien protegido.

Además, se debe tener en cuenta que dicha tutela se encuentra enmarcada en principios ambientales (preventiva y precautoria), que deben coexistir o convivir con los principios del derecho penal (culpabilidad, legalidad y mínima intervención).

Así lo ha afirmado la CS en distintos fallos en donde ha resaltado la importancia de estos principios que tienen su fuente en nuestra Constitución Nacional (art. 41), como son el principio de “prevención” (evitar daños futuros) y el “precautorio” [cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente (6)].

Pareciera que doctrina mayoritaria entiende que la técnica legislativa en principio más acertada para tipificar los delitos ambientales son los de “peligro abstracto”.

Existen varios fundamentos que sostienen dicha posición; uno de los más relevantes es la prueba en materia procesal.

El profesor Gentile Bersano se ha explayado sobre dicho punto: “Como principal argumento para esta decisión se sostiene que al no integrar

(6) CAFFERATA, Néstor (dir.), ob. cit., p. 232.

el peligro el tipo objetivo, la acreditación de la tipicidad de la conducta no requerirá la prueba de la puesta en peligro concreta del bien jurídico. En efecto, no siendo el peligro un elemento del tipo, no será necesaria la constatación de dicho elemento a fin de determinar la tipicidad, pues el mismo se presume, lo cual allana la labor procesal” (7). Claramente la cuestión procesal juega su partido sobre lo sustancial al momento de evaluar y analizar la técnica legislativa más viable para los delitos ambientales. Como hemos venido diciendo la problemática de estos tipos penales son la colectividad de los bienes y su indeterminación en la puesta en peligro o lesión, lo que conlleva la dificultad probatoria por un lado y la determinación de la norma (principio de legalidad) por el otro.

Un claro ejemplo de lo que venimos mencionando es la redacción de nuestro art. 200 del Cód. Penal, cuando describe el tipo “de un modo peligroso”. Claramente el legislador tuvo la intención de legislar un delito de “peligro concreto”, en el cual debe acreditarse el peligro, no de la conducta sino sobre el bien jurídico protegido dentro del tipo objetivo lo que dificulta hasta podríamos decir limita la posibilidad de tipificar un delito de esa índole.

Lo afirmado surge de los casos que llegan a los procesos judiciales, en donde los fiscales se encuentran con la gran dificultad de probar ese “peligro concreto”, de las cuales muchas veces observamos ingenierías legales y doctrinarias de los jueces para arribar a condenas.

Por ese motivo, parte de la doctrina plantea al delito ambiental dentro de los delitos de peligro abstracto priorizando la prueba en materia procesal a los fines de la efectividad de la tutela penal. Ello significa que se debe priorizar la conducta activa u omisiva que ponga en riesgo cierto al bien jurídico ambiente antes que el resultado.

Sin embargo, esta última posición también fue impugnada por parte de la doctrina al entender que se estaría violando el principio de

lesividad y culpabilidad necesario para tipificar una conducta penal.

Al respecto Hirsch refiere a lo anteriormente afirmado: “(...) concluyendo que la diferencia entre delitos de peligro concreto y abstracto no consiste en la prueba del peligro de la conducta para el bien jurídico, tal como se sostenía tradicionalmente, ya que los delitos de peligro abstracto así entendidos se encuentran reñidos con las bases del sistema de responsabilidad penal, toda vez que pueden existir acciones peligrosas en sí mismas que no logren colocar en riesgo al bien en el caso concreto, de modo que el injusto se transformaría en una mera desobediencia normativa” (8). Como se podrá advertir, el tema del tipo penal de “peligro” que estamos tratando ha provocado en la doctrina profundizar su estudio, no solo para su aplicabilidad en materia ambiental sino también para otros delitos que presentan la misma complejidad en la actualidad.

Al respecto, Hirsch, en su afán de profundizar en la cuestión, hace una definición de los delitos de peligro con implicancias prácticas que es interesante destacar: “El peligro es un estado en el que encontraría el bien jurídico que surge de las circunstancias en las que se encuentra un determinado bien de modo que la tipicidad requeriría la constatación de que el bien ha entrado en ese estado. En tanto que la peligrosidad es una cualidad de la acción en virtud de la cual la misma produce la posibilidad de lesión del bien jurídico, esta diferenciación dará sustento a la subclasificación de los denominados delitos de peligro abstracto” (9). Necesariamente debemos inmiscuirnos en ellos a los fines de lograr encasillar a los delitos ambientales dentro de un tipo penal que sea respetuoso de los principios procesales como sustantivos en materia ambiental como penal. Ahora bien, siguiendo a Hirsch tendríamos 2 tipos de delitos de peligro con dos subespecies. Por un lado, delitos de puesta en peligro (equiparables al peligro concreto) y delitos de peligrosidad (equiparables al peligro abstracto). Estos últimos se subdividen

(7) GENTILE BERSANO, Fernando Marcelo, "Tutela penal Ambiental. Lineamientos Dogmáticos y Técnicos legislativos aplicados al Régimen contravencional Santafesino", p. 51.

(8) GENTILE BERSANO, Fernando Marcelo, ob. cit., p. 53.

(9) GENTILE BERSANO, Fernando Marcelo, ob. cit., p. 52.

en delitos de peligrosidad concreta (delitos de idoneidad) y abstracta (mera desobediencia a la norma).

“En consecuencia, la diferenciación principal no es la diferenciación entre puesta en peligro concreta y abstracta, algo transitivo, sino entre puesta en peligro de un determinado bien y (mera) peligrosidad de una acción (la cual también puede consistir en la creación de una situación de riesgo). Por tanto, los delitos de peligro corresponden diferenciar objetivamente entre delitos de puesta en peligro y delitos de peligrosidad. Los delitos de puesta en peligro son de resultado, los delitos de peligrosidad son meros delitos de acción (los cuales eventualmente pueden tener una relación con una situación permanente de riesgo)” (10).

La diferencia entre los delitos de puesta en peligro y los de peligrosidad radica en que los primeros existen una puesta en peligro para el bien jurídico tutelado que representa un resultado, en cambio en los segundos se trata de una creación de riesgo, valorando *ex ante* dónde se encuentra este dentro de los parámetros permitidos o no.

Continuando con Hirsch, al respecto señala: “Lo mejor sería si el termino dogmático de peligro se reservará para las situaciones que se refiera al estado en el que se encuentra un bien, esto es, el entorno conceptual que precede a un daño (lesión) y que aparece como situación de peligro en el estado de necesidad y como resultado en los delitos de peligro concreto. El término peligrosidad debería, contrariamente, aparecer solo en el sentido de implicación de riesgo de una conducta o también como peligrosidad de una predisposición, de donde se desprende que consiste en un juicio *ex ante* desde la perspectiva considerada y no en el comienzo de un peligro” (11).

Ante las objeciones que ha padecido desde la doctrina como desde la jurisprudencia los delitos de “peligro abstracto”, la clasificación

del autor anteriormente citado que hemos desarrollado, ha procurado una subespecie de “peligrosidad concreta” o, como también los denominó Roxin, “delitos de aptitud abstracta”, que encontraría una respuesta satisfactoria con relación a las garantías procesales como penales, poseyendo un contenido antijurídico, entendiendo a la acción como creadora de un riesgo concreto de lesión para el bien jurídicamente tutelado.

Asimismo, esta técnica legislativa trata de respetar las garantías procesales como las sustanciales, encontrando una respuesta o solución a la acreditación de los delitos ambientales sin caer en un mero incumplimiento de una norma administrativa (mera desobediencia a una infracción) logrando la antijurídica que lo califique como un delito penal y así la eficiencia en la tutela penal como son los delitos de resultado. Recordemos, como hemos afirmado en distintos pasajes, que en estos tipos de delitos no podemos regular sobre los resultados de lesión en razón de las graves consecuencias irreparables que conllevan los daños provocados. “Independientemente de mayores profundizaciones en relación a las diversas propuestas doctrinarias, lo cierto es que los delitos de peligro hipotético, idoneidad o aptitud presenta evidentes ventajas: en relación a los de peligro concreto en lo que respeta a la prueba de peligro y en relación a los de peligro abstracto pues permiten distinguir el injusto penal del administrativo y evitar sancionar conductas que normalmente son idóneas para afectar el interés protegido pero que en el caso concreto resultan inocuas. (...) El legislador tipifica conductas que generalmente resultan idóneas para colocar en riesgo el bien jurídico, de modo que la conducta que de acuerdo a un juicio *ex ante* en el momento de su desarrollo aparezca como apta para colocar en riesgo el bien jurídico resultará típica pero la gran diferencia con los tradicionalmente denominados delitos de peligro abstracto es que el imputado podrá en el proceso demostrar la absoluta inidoneidad en el caso concreto. (...) la tutela del ambiente debe prestarse especial atención a la categoría de peligro abstracto-concreto o de idoneidad, la cual no conculca garantía alguna toda vez que en el proceso podrá demostrarse la inidoneidad de la conducta típicamente pe-

(10) HIRSCH, Hans Joachim, "Sistemática y límites de los delitos de peligro", Revista Latinoamericana de Derecho, año V, nros. 9 y 10, enero-diciembre 2008, p. 161.

(11) HIRSCH, Hans Joachim, "Derecho Penal. Obras Completas", Ed. Rubinzal Culzoni, t. I, ps. 72 y 73.

ligrosa para afectar el bien jurídico protegido en el caso concreto (...)” (12). Podríamos decir si en los delitos de peligro concreto el riesgo es parte del tipo objetivo, lo cual conlleva la debida acreditación de este para la configuración del delito, la mera dificultad práctica justifica el uso de los delitos de peligro abstracto idóneos.

Lo afirmado trae su respaldo no solo en gran parte de la doctrina moderna, sino que también se encuentra plasmado en distintas legislaciones en el mundo; ejemplo de ello es el Cód. Penal español en su art. 325 o el Convenio de Basilea aprobado por nuestro país. La jurisprudencia más moderna en nuestro país se encuentra haciendo eco de dicho criterio aplicando e interpretando dicha línea normativa como es el caso Res. 421 - año 2015 - T° 11 - F° 3032-3085 - Expte. 2403217 - “Gabrielli, Jorge Alberto-Pancello, Edgardo Jorge-Parra, Francisco Rafael P.SS.AA. Infracción ley 24.051 s/ recurso de casación”, Sala Penal-TSJ de Córdoba, al cual nos remitimos a los fines de la brevedad.

En síntesis, podríamos afirmar que la mejor técnica legislativa para regular los tipos penales sobre delitos ambientales es mediante los delitos de peligro abstracto idóneos. Ello, permitiría eliminar la dificultad procesal que conlleva probar un daño o peligro concreto en un proceso judicial y por otro lado no caer en la mera inobservancia de una norma administrativa que no tenga entidad de delito.

Esta última situación ha sido muy común en la jurisprudencia de nuestra provincia de Santa Fe, en donde se representó la dificultad técnica de tener por probado el “peligro concreto” al momento de fallar; Res. F. VIII, Res. I, F 139 de Cámara de Apelaciones Penal de Rafaela “Expte. 226/99 Armando, J. C y otro s/ infra. Arts. 59, 125 y 126 incs. a y b del Cód. de Faltas de Santa Fe”; Res. T. II, res. 063, fs. 403 vto. De Cámara de Apelaciones Penal de Rafaela “Expte. 232/05 Perotti, H. H. s/ incumpliendo de los mandatos legales, emisión de ases y sustancias nocivas, atentados contra los ecosistemas”; Res. 111, t. I, fs. 144/148 del Juzgado de Faltas de la 2ª Nom. Rosario - Expte.

78/98 “N. A. D. s/ Inf. Arts. 123 y 125 del Cód. de Faltas - Res.” (13).

En todos esos casos, se había acreditado la existencia de conductas prohibidas por la norma administrativa, pero al no quedar acreditado el daño o el peligro concreto en el medio ambiente las causas concluían con sobreseimientos o absoluciones. Se puede concluir que el denominador común en los ejemplos jurisprudenciales no solo fue la omisión de condena sino la falta de una tutela penal efectiva sobre el ambiente.

No se nos escapa advertir, como lo plantea gran parte de la doctrina, la fina línea entre los delitos de peligro abstracto idóneos y concretos y su constitucionalidad, pero en materia ambiental si queremos una tutela penal eficiente necesitamos colocarnos de manera *ex ante*, concretamente en la conducta, ya que el daño ambiental puede ser inmenso e irreparable lo que tornaría ilusoria la pena ante una condena.

En síntesis, entendemos importante a los fines prácticos tener una técnica legislativa distinta a la que contamos en la actualidad, incorporando al delito ambiental como un bien jurídico protegido autónomo dentro del Cód. Penal, bajo un tipo penal de peligro abstracto idóneo que permita cumplir con la tutela penal efectiva conforme los fundamentos y parámetros desarrollados anteriormente.

III.2. Las conductas punibles

Otra cuestión que debemos abordar son las conductas que hacen al injusto en los delitos ambientales, máxime la complejidad que conlleva el tipo subjetivo como objetivo.

Recordemos, como ya lo hemos manifestado, que en lo delitos ambientales es muy común que la conducta ilícita sea de omisión como así también de omisión impropia (comisión por omisión), no solo de personas físicas sino también de personas jurídicas a través de los representantes de estas. Ejemplo de ello es lo regulado por el art. 57 de la ley 24.051.

(12) GENTILE BERSANO, Fernando Marcelo, ob. cit., ps. 56 y 57.

(13) GENTILE BERSANO, Fernando Marcelo, ob. cit., p. 64.

Si analizamos tanto la jurisprudencia nacional como la provincial, podríamos decir que la comisión por omisión es la conducta que más se reprocha en los delitos bajo estudio. Siempre teniendo en cuenta que al no estar legislada en nuestro país su aplicación es a través de los mismos parámetros de las legislaciones extranjeras que importamos desde la doctrina, como es el caso de la alemana, la cual regula en su parágrafo 13 del Cód. Penal la omisión impropia mediante dos categorías: la posición de garante y la cláusula de equivalencia.

La posición de garante referencia a la posición del autor ante un mandato prohibido, igual que en los tipos penales activos. La diferencia con respecto a estos últimos es que dicho mandato está dirigido a un grupo determinado de personas que están obligados actuar de determinada manera, fuere por la ley, un contrato o una conducta precedente, para evitar la causación de una lesión al bien jurídico protegido.

Esa posición de garante muchas veces es la que utiliza la jurisprudencia para fundar una imputación o condena en los delitos ambientales.

Al respecto, el profesor Jakobs sostiene que no hay diferencias entre acción y omisión, ya que es una cuestión de naturaleza (no sustancial).

Sin embargo, contrariando lo afirmado anteriormente, el Dr. Marco Antonio Terragni entiende que son conceptos distintos y de asimilarlos se podría violar el principio de legalidad, tomando a modo ejemplificativo el art. 79 de nuestro Cód. Penal, sostiene que entre los comportamientos fácticos “matar” y “no hacer nada para evitar la muerte”, no existe correspondencia alguna. En consecuencia, si se castigase el segundo caso a la luz de lo previsto por dicha norma, se vulneraría el principio contenido en el art. 18 de la CN, ya que el Cód. Penal Argentino alude expresamente al que “matara a otro”. Texto que de ningún modo, según este autor, puede ser entendido literalmente como comprensivo de “no impedir la muerte” (14).

(14) TERRAGNI, Marco Antonio, "Omisión impropia y posición de garante", Ed. Centro de Publicaciones UNL, Santa Fe, Argentina, 1997, p. 15.

Al respecto el profesor Enrique Bacigalupo opina: “los delitos impropios de omisión son delitos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión; este mandato y las condiciones que determinan su equivalencia con la acción positiva de producir el resultado prohibido no están expresados en la ley” (15).

Otros autores aceptan la omisión impropia solo en su condición dolosa (cuando el sujeto activo tiene conocimiento del tipo objetivo y realiza su conducta conforme dicho fin). Al respecto, el distinguido profesor Sebastián Soler enseña: “...en los delitos de comisión por omisión solamente está en cuestión la responsabilidad en forma dolosa”; “como no puede haber una figura culposa de tentativa, porque tal forma de comisión requiere el fin de cometer un delito, tampoco puede haber comisión por omisión culposa, porque esta figura requiere que se omita con el fin de cometer” (16).

Hay que recordar que en nuestro ordenamiento jurídico el “principio de legalidad” se encuentra mencionado de modo genérico en el art. 19, segunda parte, de la CN (17). La ley penal debe ser escrita, precisa y clara, excluyéndose así a la analogía, o a criterios amplios o vagos de incriminación y/o a la costumbre como fuentes del derecho punitivo.

Es interesante el debate existente en la doctrina sobre los delitos de omisión impropia porque entendemos humildemente que, si bien no están regulados en nuestro código y comprendemos los fundamentos que sostienen su rechazo, también resultan útiles para resolver cuestiones

(15) BACIGALUPO, Enrique, "Manual de Derecho Penal. Parte General", Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, 3ª reimp., p. 226.

(16) SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1963, 3ª ed., t. I, ps. 312/313.

(17) Art. 19 CN: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

prácticas en delitos complejos como son los ambientales.

Ahora bien, siguiendo a la doctrina mayoritaria, el instituto de la omisión impropia no vulneraría el principio de legalidad, sino además juega su papel de remisión a la norma administrativa con las leyes penales en blanco como ya expusieramos líneas más arriba.

Al respecto, el Cód. Penal español tiene una técnica legislativa interesante al regular los delitos ambientales en su art. 325: "(...) el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente (...)".

"(...) Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (...)" (18).

De la redacción de la norma española se podrá advertir que, para tipificar la conducta ilícita, esta comienza con el proceso de ejecución sin materializarlo en la etapa preparatoria, pero generando una situación que analizada concretamente puede considerarse peligrosa (exceso de riesgo permitido según las normas generales protectoras del ambiente) determinando una conducta idónea para lograr un resultado hipotético y previsible de daño. Que en estos casos no interesa llegar a dicho estadio sino con corroborar que la conducta es de peligro idóneo en términos de Hirsch para tipificarla penalmente y dar tutela al bien jurídico ambiente.

No podemos dejar de reconocer tampoco a las conductas culposas. Conforme lo que hemos venido afirmando sobre las conductas omisivas y en particular sobre la omisión impropia, estas solo permiten la existencia del dolo. Conceptualmente podríamos decir que el sujeto activo en la figura culposa equivoca el medio seleccionado para un fin, violando el deber objetivo de cuidado de una actividad determinada riesgosa, con o sin conciencia del que el resultado pueda

o no acontecer (culpa con o sin representación). La falta de intención y voluntad de un resultado es manifiesta.

En cambio, los dolosos eligen los medios para lograr el resultado prohibido, demostrando conocimiento y voluntad de querer concretar el tipo penal objetivo utilizando dichos medios para tal fin.

La ley 24.051 de Residuos Peligrosos regula el tipo culposo en el art. 56, como así también lo hace la legislación española, quien lo regula de manera genérica aplicable a todos los delitos culposos del capítulo cometidos por "imprudencia grave".

Debemos señalar que, a los fines de una técnica legislativa correcta, entendemos que las conductas culposas deben ser tipificadas. Ello sin caer en una mera desobediencia a las normas administrativas propias del poder de policía del estado, diferenciándolas con las de imprudencia grave que darían lugar a la tutela penal. En conclusión, las conductas típicas en los delitos ambientales conforme la experiencia jurisprudencial puede ser activas, de omisión y de omisión impropia, realizadas por personas físicas o jurídicas que violen el nivel de riesgo permitido establecido por las normas administrativas, generando una situación idónea de peligro hacia el bien jurídico protegido ambiente.

IV. El derecho penal y el derecho administrativo en su rol de tutela ambiental

Conforme venimos desarrollando el tema de cómo tutelar penalmente el ambiente de manera eficiente, hemos afirmado de manera reiterada la importancia del rol de las normas administrativas y su relación directa con la ley penal.

Recordemos que el derecho penal es de *ultima ratio*, lo que significa que su actuación es frente al resultado de lesión y no de manera preventiva. Sin embargo, creemos que estas cumplen un rol mixto o dual en los delitos ambientales. Por un lado, deben actuar en los casos graves que superan el riesgo permitido y lesionan o colocan en riesgo idóneo al bien jurídicamente protegido y por otro lado desalentando conductas ilícitas como así también concientizando la protección del bien jurídico ambiente, lo que sería,

(18) Cód. Penal Español-actualizado 2022.- La última versión de este Código en PDF y ePUB está disponible para su descarga gratuita en: www.boe.es/biblioteca_juridica/.

si se me permite la analogía en términos de los fines de la pena, una prevención general mixta; negativa y positiva.

Llegamos a dicha conclusión porque, si queremos un derecho penal que tutele al ambiente de manera satisfactoria, este debe ser respetuoso de los principios y garantías del derecho ambiental, como son el *preventivo* y *precautorio*, y los del derecho penal, como son la legalidad, *lesividad*, *culpabilidad* y *mínima intervención*. En esa lógica funciona el art. 32 de la ley 25.675, donde juegan y se relacionan de manera sistemática los principios del derecho ambiental con el derecho administrativo y la prevención general mixta del derecho penal.

Asimismo, como hemos afirmamos en los títulos precedentes, en la actualidad no contamos con un tipo penal que tutele al ambiente de manera autónoma, pero si existe distintas normas, entre ellas especiales, que tutelan al ambiente de forma parcial o con relación a otros bienes jurídicos protegidos como puede ser la salud. Estas últimas fueron reguladas, por un lado, bajo un paradigma “antropocéntrico”, teniendo en cuenta al hombre como objeto de tutela, que entendemos ha quedado vetusto dejando lugar al nuevo paradigma “ecocéntrico” y por el otro conforme la competencia otorgada por el poder de policía de las provincias a través de normas administrativas.

Entendiendo la necesidad de una tutela penal del ambiente autónoma y efectiva, el punto neurálgico de discusión es definir la relación entre el derecho administrativo y el derecho penal, ya sea como una dependencia absoluta o una desconexión total e independiente entre ambas o también la posibilidad de una relación parcial como son los tipos especiales.

Existen distintas clasificaciones por parte de los autores que tratan el tema; creemos que las opciones de técnica legislativa serían cuatro: (i) legislar tipos penales dentro del Cód. Penal, (ii) legislar tipos penal dentro de cada norma administrativa, (iii) legislar una norma especial del ambiente con tipos penales, (iv) legislar normas penales (en blanco) en el Cód. Penal que actúan cuando violan la normativa administrativa en casos graves.

Entendemos humildemente que esta última opción es la más respetuosa de las garantías constitucionales de carácter sustancial como procesal y da respuesta a la necesidad de una tutela penal efectiva por sobre todas las cosas. Técnicamente deberíamos contar con un título dentro del Cód. Penal que regule y tutele al ambiente de manera autónoma con las normas que describan los distintos comportamientos ilícitos y se complete el tipo objetivo con una remisión a la norma administrativa (ley penal en blanco) que actuaría no solo con una función preventiva sino específica determinando la conducta específica que se quiera incriminar.

La norma administrativa operaría en primer orden plasmando los límites conforme los deberes y obligaciones en materia ambiental que recaen sobre la persona (humana o jurídica) estableciendo el riesgo permitido para cada actividad, dejando la normativa penal a partir de aquellos casos en donde la conducta peligrosa es idónea para genera un daño al ambiente.

Mas allá de nuestra posición, existe una aceptación de la ley penal en blanco por parte de la doctrina como de la jurisprudencia para dar respuesta a delitos complejos como son los ambientales, desde lo sustancial como desde lo procesal.

Ello es así porque la tutela del bien jurídico ambiente, además de estar conformado por bienes colectivos, se encuentra en constante evolución y cambio, siendo necesaria que la administración pública fije los límites de riesgo permitido conforme su política ambiental según su constante control. Dejando la posibilidad que la norma penal pueda contener una descripción clara y completa de la conducta ilícita. Dicho razonamiento es el que viene expresando la CS, como lo hizo recientemente en el fallo de “Edenor”, en donde se afirma el principio de la “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva”: “(...) La pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central o Estados miembros), tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica. Tal pluralidad puede ser obligatoria, en la medida en que todas las jurisdicciones concernidas deban intervenir (...)”; “(...) Este tipo de complementación es el pre-

visto en el art. 41 de la CN para la materia ambiental, que resulta aplicable al presente caso (...)” (19).

En dicho fallo, la Corte Nacional afirma la potestad que tienen las provincias de regular y controlar sobre el ambiente ejerciendo su poder de policía (arts. 121 y 124 de la CN), pero siempre y cuando sea por encima del umbral mínimo que establezca la Nación conforme la política ambiental que le otorga la “cláusula jurisdiccional ambiental” (tercer párrafo del art. 41 de la CN).

Hay parte de la doctrina que, ante la remisión que realizan los tipos penales en blanco hacia el derecho administrativo, diferencia si lo hace sobre la norma o el acto administrativo. En el primer caso sería una conducta contraria a derecho que puede caer dentro de las infracciones locales, en cambio las segundas demuestran dolo en la conducta que conlleva una interpretación que enfatiza en la ilegitimidad de la conducta encuadrándola dentro de lo que sería un delito.

Más allá de dicha clasificación, la clave respecto de las leyes penales en blanco es el estricto control interpretativo que deben hacer los jueces respecto de los actos administrativos para que de manera razonable y sistémica guarde respeto a nuestra Constitución Nacional y torne eficiente la tutela penal del ambiente.

Es importante resaltar que la ley penal no viene a complementar o asegurar la eficiencia de la norma administrativa, sino que esta última cumple un rol preventivo, regulador y sancionador de pequeñas infracciones dejando al derecho penal actuar ante una violación grave del riesgo no permitido.

Al respecto, la doctrina ha discutido sobre la relación entre el derecho administrativo y el derecho penal: “Reduciendo, pues, la problemática a la dicotomía Cód. Penal-ley especial, ambas cuentan con ventajas e inconvenientes. Se trata, simplemente de valorarlos y optar por una u otra solución. A favor de la inclusión en el Cód. Penal se ha destacado por los autores,

fundamentalmente, una razón: la colocación en el Código puede incrementar el grado de conocimiento de la norma tuteladora del ambiente y, en consecuencia, hacer crecer en la conciencia de los individuos y de la colectividad el significado de la protección de los recursos naturales. A esta afirmación coadyuva el hecho de que las normas penales incluidas en las leyes especiales tienden a convertirse en un derecho penal de escasa trascendencia, ignorado por la doctrina (...). Por último, la experiencia parece demostrar que las normas penales especiales están expuestas a técnicas defectuosas de regulación”; “En el campo contrario existe un argumento fundamental que hace que no pocos autores se inclinen a favor de la ley especial. Este argumento deriva de la interconexión existente entre Derecho Penal y Derecho Administrativo en una materia, como la medio-ambiental, en la que la norma administrativa debe cumplir el papel de primera barrera de protección, a la que se une, en segundo lugar, el precepto penal; es por ello aconsejable la proximidad entre ambos tipos de normas” (20).

Claramente entendemos que la eficacia de la tutela del ambiente viene de la mano de una relación armónica entre las normas administrativas y las penales. Llevar la cuestión a los extremos, una independencia de la normativa penal desconectada de la administrativa o leyes especiales que regulen ciertas conductas con sanciones penales ha quedado demostrado en la actualidad su ineficiencia total.

V. Síntesis a modo de reflexión

Hemos llegado al final de este recorrido, en el que hemos intentado abordar de la mejor manera posible la clara necesidad de otorgarle tutela penal eficiente al ambiente como consecuencia de la incapacidad de la legislación actual, aportando una opinión más en un contexto de proyectos de reforma.

Para ello, entendemos que una herramienta fundamental para lograr la eficiencia es una reforma del Cód. Penal que incluya un título que regule al ambiente de manera autónoma con

(19) CS, "Edenor SA y otro c. Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad", 20/10/2022, Fallos 345:951.

(20) RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateo, "Derecho Penal y Protección del Ambiente", Ed. Colex, ps. 83, 84 y 85.

varios capítulos dedicados a los delitos ambientales procurando una sistematización normativa coherente con las normas administrativas, leyes especiales y la Constitución Nacional.

De esta manera el Cód. Penal actuaría de manera subsidiaria en aquellos casos de relevancia que superen la “primera barrera” administrativa imponiendo penas más severas y por otro lado jugando un rol clave en concientizar a la sociedad de internalizar la protección del ambiente conforme la jerarquía que otorga un Código de fondo.

El presente trabajo no es ajeno al debate existente sobre la regulación penal del ambiente, más aún cuando existen varios proyectos de reforma incluido el último del año 2022 del diputado Ritondo, donde a diferencia de los anteriores anteproyectos: “Slokar 2006”, “Zaffaroni 2012” y “Borinsky 2019”, no tiene en cuenta a los delitos ambientales, lo que consideramos humildemente un claro retroceso legislativo.

Recordemos que la Argentina ha suscripto varios compromisos internacionales que, acompañados con nuestra manda constitucional, no nos permitirían tener un Cód. Penal sin regulación específica sobre el ambiente.

Es por ello que, más allá de la técnica legislativa, si no tutelamos eficientemente el ambiente de manera autónoma, como hemos desarrollado en los títulos precedentes, estaríamos permitiendo que este se continúe deteriorando, con los riesgos que ello implica, como así también permitiendo el avance del crimen organizado en cual nuestro país se encuentra combatiendo.

De modo reflexivo, hemos desarrollado una temática que se encuentra en pleno debate legislativo, aportando nuestro humilde punto de vista sobre la mejor forma de lograr la eficiente tutela penal del ambiente, no solo por nosotros sino por las generaciones futuras.

Hacia la incorporación del ecocidio como crimen de competencia de la Corte Penal Internacional

Guillermo Chas (*)

Sumario: I. Surgimiento y evolución del concepto de ecocidio: breve reseña histórica.— II. El proyecto de la SEF y el camino hacia la tipificación del ecocidio como crimen internacional.— III. El ecocidio en el derecho interno comparado: antecedentes que contribuyen al debate supranacional.— IV. Conclusión.

I. Surgimiento y evolución del concepto de ecocidio: breve reseña histórica

El neologismo ecocidio, que etimológicamente proviene de la conjunción del prefijo *eco* —en su acepción griega originaria “casa” o “morada” y, contextualmente, medio ambiente— y el sufijo *cida* —en latín, “matar”—, es definido por la Real Academia Española como “la destrucción del medio ambiente, en especial de forma intencionada” (1).

En el ámbito del derecho, este concepto surgió originalmente entre los autores de habla inglesa (2), que a través del término *ecocide* pretendían describir un delito o crimen materializado en la acción de “destruir el sostén del

sistema de vida de nuestra nave planetaria, la muerte de nuestro entorno” (3).

En 1972, cuando el daño ambiental acaecido en Vietnam a consecuencia de la guerra aún estaba latente, el por entonces primer ministro de Suecia, Olof Palme, utilizó el vocablo *ecocidio* durante su intervención en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente llevada a cabo en Estocolmo, refiriéndose con él a los actos destructivos de la ecología propiciados por diversas acciones del hombre, incluyendo desde bombardeos hasta el uso de maquinarias y químicos que propenden a la destrucción ambiental (4).

En paralelo al evento oficial de las Naciones Unidas, la discusión en torno al asunto también fue receptada por los círculos académicos y políticos, al punto que la International Fellowship of Reconciliation —organización fundada en 1914 en respuesta a los horrores de la Primera Guerra Mundial— promo-

(*) Abogado (UCA, Diploma de Honor), posgraduado en Derecho Constitucional Judicial (UBA) y Derecho Penal Empresario (UCA). Realizó una Maestría en Administración de Justicia (Universidad de Roma, tesis en curso) y es Maestrando en Derecho Penal y Justicia Internacional (UK-UNICRI). Fue profesor de Derecho Constitucional (USAL). Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

(1) RAE, Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed.

(2) CHIARINI, G., "Ecocide: From the Vietnam War to International Criminal Jurisdiction? Procedural Issues In-Between Environmental Science, Climate Change, and Law", *Cork Online Law Review*, nro. 21, enero de 2022. Disponible en: <https://ie.vlex.com/vid/ecocide-from-the-vietnam-900320739>.

(3) NEIRA, H., "Ecocidio", *Revista de Filosofía de la Universidad de Chile*, nro. 76, 2019, p. 128. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-4360201900200127>.

(4) BJÖRK, T., "The emergence of popular participation in world politics: United Nations Conference on Human Environment 1972", *University of Stockholm*, 1996. Disponible en: <http://www.folkrorelser.org/johannesburg/stockholm72.pdf>.

vió una Convención sobre la Guerra Ecocida (CEW, por sus siglas en inglés), que también tuvo lugar en la capital sueca tan solo un año después, en 1973. Allí, se impulsó la definición del ecocidio como un crimen internacional equiparable a los crímenes de guerra e, incluso, se propició un proyecto de Convención sobre el Crimen de Ecocidio (5).

Un lustro más adelante, en 1978, el ecocidio fue tangencialmente abordado en el ámbito del Consejo Económico y Social de la ONU, en un estudio presentado ante la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías. Allí, se lo caracterizó como un crimen equiparable al genocidio y a los crímenes de guerra, propiciando la prohibición de acciones militares o de otro carácter que afectaran al medioambiente y el clima (6).

La cuestión volvería a ser abordada en ese mismo ámbito a mediados de la década del 80, con una conceptualización más acabada del ecocidio como crimen, contemplando las alteraciones nocivas e irreparables del medio ambiente ocasionadas tanto por actos bélicos como no, que ponen en riesgo la existencia de poblaciones enteras, ya sea de manera deliberada o a consecuencia de negligencia culposa (7).

Asimismo, la temática fue objeto de debate en el marco de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas, durante el proceso de elaboración del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, si bien los crímenes contra el ambiente no llegarían a estar incluidos en los textos de las versiones preliminares de 1991 y 1996, ni tampoco en la letra del Estatuto de Roma de 1998 (8).

(5) FALK, R., "Environmental Warfare and Ecocide: facts, appraisal, and proposals", *Bulletin of Peace Proposals*, nro. 1, Oslo, 1973, p. 80.

(6) ONU-ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. E/CN.4/SUB.2/416.

(7) MONTAÑO SANDOVAL, X., "El debate internacional sobre el ecocidio". Disponible en <https://fundacion-solon.org/2021/02/11/el-debate-internacional-sobre-el-ecocidio>.

(8) JARAMILLO PAZ Y MIÑO, F., "Elementos controvertidos del crimen de ecocidio", *Cosmópolis Revue*, nro.

Sin perjuicio del frustrado resultado, las discusiones allí planteadas sirvieron de antecedente para el ulterior impulso de la cuestión, que tendría lugar —con particular énfasis— a partir de la segunda década del Siglo XXI.

La difusión masiva del término ecocidio —y su expansión hacia fuera de los círculos académicos, técnicos y políticos estrechamente vinculados con el abordaje de las cuestiones medioambientales— puede ubicarse cronológicamente a partir del año 2010, siendo una de sus más notables evangelizadoras la abogada escocesa Pauline "Polly" Higgins, quien en 2017 fundó la fundación Stop Ecocidio Internacional (SEI), luego de abocarse durante varios años al estudio y presentación de la cuestión de los crímenes contra el ambiente y a su difusión a nivel global (9).

Previo a ello, en el año 2010, esta activista —fallecida en 2019, y a quien le fuera atribuido el mote de "abogada de la Tierra" por su labor en la materia—, había presentado un trabajo técnico ante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en el marco del cual se establecía una definición jurídica del ecocidio con el tenor de un tipo penal: "La pérdida, el daño o la destrucción extensa del ecosistema o ecosistemas de un territorio determinado, ya sea por la acción humana o por otras causas, hasta un punto tal que el disfrute pacífico de los habitantes de ese territorio se vea —o se verá— gravemente menoscabado" (10).

II. El proyecto de la SEF y el camino hacia la tipificación del ecocidio como crimen internacional

La labor de la Fundación Stop Ecocidio (SEF, según sus siglas en inglés) constituye —sin lu-

1-2-2018, 2018, p. 14. Disponible en: <https://www.cosmopolis-rev.org/articles-2/elementos-controvertidos-del-crimen-de-ecocidio>.

(9) Diario El País (España), "La abogada que abandonó una prometedor carrera para defender el planeta", 21/03/2019. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/03/11/eps/1552322725_151705.html.

(10) HIGGINS, P., "Ecocide: the 5th crime against peace", ponencia brindada en la Conferencia TEDxExeter 2012. Transcripción disponible en: <https://ethical.net/ethical/polly-higgins-ecocide-the-5th-crime-against-peace-transcript/>.

gar a duda— un aporte central en el marco de los esfuerzos realizados por los distintos actores que, desde hace décadas, vienen abogando por la tipificación de esta figura como delito perseguible en el ámbito del derecho penal internacional, al punto que la doctrina ha considerado expresamente que “el ecocidio es el perdido quinto crimen contra la paz” (11).

Durante el primer semestre del año 2021, un panel de expertos que fueron convocados por la aludida asociación se reunió en cinco oportunidades abocándose a trabajar en la elaboración de una propuesta concreta, con el objetivo de presentarla para su consideración como reforma al Estatuto de Roma, a los efectos de incorporarlo como el quinto crimen internacional de competencia de la Corte Penal Internacional, sumándose a la lista que actualmente integran el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de agresión —incorporado en 2010— que son, sin hesitación, las conductas consideradas como de mayor aberración a nivel global.

Sucede que, como bien advirtiera el Dr. Miguel Ángel Asturias, especialista argentino en derecho ambiental y director de la Asociación de Investigadores de Derecho Penal Ambiental y Climático (AIDPAC), en la actualidad “no existe un marco legal para abordar el ecocidio a escala internacional (como ejemplo de crimen ambiental internacional o ecocidio, podemos contemplar el incendio en la Amazonía) y, por lo tanto, no existe un sistema para responsabilizar a quienes toman las decisiones en las corporaciones y en los gobiernos que causan daños y abusos ambientales, tales como los derrames de petróleo, la deforestación masiva, los daños a los océanos o la contaminación grave del agua y el ambiente en general” (12).

(11) GAUGER, A., “Ecocide is the missing fifth crime against peace”, London University, 2012. Disponible en: https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf.

(12) ASTURIAS, M., “El ecocidio y su posible incorporación a la competencia de la Corte Penal Internacional”, 03/08/2021, Diario Perfil. Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/opinion/miguel-angel-asturias-el-ecocidio-y-su-posible-incorporacion-a-la-competencia-de-la-corte-penal-internacional.phtml>.

Frente a ese panorama, la doctrina especializada en la materia ha considerado erradicación del ecocidio indefectiblemente requiere de la introducción de un cambio legislativo concreto que permita perseguir penalmente y sancionar a los responsables de ocasionar daños graves y prolongados al medioambiente (13).

En ese sentido, la propuesta elaborada por los doce juristas convocados por la Fundación Stop Ecocidio —entre quienes se encontraban la ex Fiscal Internacional Dior Fall Sow, el Director Ejecutivo del Climate Counsel Richard Rogers, el ex Juez de la Corte Penal Internacional Tuiloma Neroni Slade, el ex Coordinador de la Fiscalía de la CPI Alex Whiting y otros académicos y profesionales de reconocimiento mundial— definió al ecocidio como “cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medioambiente”.

De este modo, los especialistas impulsaron la incorporación del art. 8 *ter* al Estatuto de Roma, el que estaría compuesto por dos incisos: el primero de ellos, con la definición precitada y el segundo con una serie de definiciones complementarias para delimitar el alcance, extensión y contenido de los términos centrales del tipo legal en cuestión.

Con relación al concepto de “arbitrario” se hace referencia al “acto temerario de hacer caso omiso de unos daños que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja social o económica prevista”.

En lo que respecta al condicionante “grave”, se reputa por tal a aquel que “cause cambios muy adversos, perturbaciones o daños notorios para cualquier elemento del medioambiente, incluidos los efectos serios para la vida humana o los recursos naturales, culturales o económicos”.

Por su parte, en lo relativo al carácter de “extenso”, se entiende que lo es cuando va “más allá de una zona geográfica limitada, rebase las fronteras estatales o afecte a la totalidad de un

(13) HIGGINS, P., “Erradicating ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet”, Ed. Shephard-Walwyn, 2015, p. 10.

ecosistema o una especie o a un gran número de seres humanos”.

La condición de “duradero”, en tanto, alude a que el daño ocasionado al ambiente sea “irreversible o que no se pueda reparar mediante su regeneración natural en un plazo razonable”, estableciendo de este modo un parámetro para valorar la naturaleza del daño ambiental desde el punto de vista de su temporalidad que estará sujeto a la valoración de las circunstancias específicas de cada caso concreto, dada la laxitud propia del concepto de “plazo razonable”.

Finalmente, por “medioambiente”, se entiende a “la Tierra, su biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera y atmósfera, así como el espacio ultraterrestre”, lo que resulta especialmente relevante porque elimina toda duda sobre el alcance del bien jurídico protegido por el tipo.

En paralelo, la propuesta de reforma del Estatuto de Roma incluyó también un punto relacionado a la ampliación de su preámbulo —para que lo allí declarado concuerde con los objetivos perseguidos mediante la inclusión del art. 8° *ter* que reprime al ecocidio— incorporando el párr. 2 *bis* cuyo texto sugerido, inspirado en la Opinión Consultiva de la CIJ del 08/07/1996, con elocuencia reza: “Preocupados por la amenaza constante a la que el medioambiente está siendo sometido como resultado de su grave destrucción y degradación que ponen en serio peligro los sistemas naturales y humanos en todo el mundo”.

Así las cosas, puede sostenerse que, tras prácticamente medio siglo de esfuerzos para criminalizar al ecocidio a nivel global, la propuesta de la SEF constituye no solo el resultado más tangible alcanzado hasta la fecha sino también el más difundido, independientemente de los desafíos y dificultades que aún deberán ser enfrentados y superados para que la efectiva concreción del proyecto se convierta en realidad (14).

En ese contexto, es dable destacar que la mayoría de esos obstáculos no son de carácter

(14) SCARPELLO, A., “Ecocidio y responsabilidad corporativa: el vínculo necesario para alcanzar la justicia ambiental”, Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo, Universidad Nacional de La Plata, 03/11/2021.

jurídico —por lo que no ahondaremos en ellos en el presente trabajo— sino que se encuentran directamente relacionados con razones de economía y política internacional (15).

De tal forma, queda en claro que, para que la tipificación del ecocidio como quinto crimen de competencia de la Corte Penal Internacional se haga efectiva, el esfuerzo restante no recaerá sobre los ámbitos académicos ni jurídicos sino sobre los políticos, que son, en definitiva, a quienes les compete materializar tan significativa decisión valiéndose de los aportes técnicos realizados a lo largo de este tiempo por los sectores primeramente mencionados.

Dicho esto, el estado de situación actual puede ser calificado como esperanzador, no solo si se tiene en cuenta tanto la difusión como la conciencia global generada en torno a la cuestión, sino especialmente al valorar hechos concretos y visibles de apoyo político de importante dimensión entre los que pueden mencionarse desde la resolución adoptada en mayo de 2021 por la Unión Interparlamentaria (IPU, por sus siglas en inglés) que reúne a los parlamentos de 179 países de la comunidad internacional y el pronunciamiento del Parlamento Europeo en similar sentido en enero del mismo año, hasta el abordaje de la cuestión por líderes globales como el Secretario General de la ONU Antonio Guterres en una elocuente entrevista de julio de 2021 (16) o el propio Papa Francisco que, tras su encíclica ambientalista *Laudato si'* del año 2015, se manifestó expresamente sobre el ecocidio en el año 2019 (17).

Sin perjuicio de ello, sería ilusorio ignorar que el proceso institucional para consagrar al ecocidio como crimen de competencia de la Corte Penal Internacional demandará, amén del mencionado esfuerzo político, un tiem-

(15) TOUSSAINT, M., “Ecocide: towards international recognition”, Green European Journal, 21/12/2020. Disponible en <https://www.greeneuropeanjournal.eu/ecocide-towards-international-recognition/>.

(16) <https://efeverde.com/guterres-seria-interesante-incorporar-el-ecocidio-como-delito-en-la-corte-penal-internacional/>.

(17) <https://confilegal.com/20191124-el-papa-apoya-que-el-ecocidio-sea-considera-un-nuevo-crimen-contrala-paz-y-la-humanidad/>.

po considerable (18): una vez introducida la propuesta de reforma al Estatuto de Roma por cualquiera de los Estados parte, la enmienda deberá ser aprobada por al menos dos tercios del total de los signatarios —82 países sobre el total actual de 123— y, finalmente, restará la etapa de ratificación.

Una vez que esto suceda, los responsables del crimen de ecocidio quedarán sujetos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (19), en tanto que los Estados signatarios deberán adoptar los mecanismos necesarios para asegurar la operatividad del tratado —en caso de carecer de ellos— so pena de poder incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones asumidas (20).

Además, como bien advierten los responsables de la SEF, “los Estados que no ratifiquen la enmienda adoptada se verán de todas formas afectados de manera significativa por ella ya que sus ciudadanos no podrán realizar actividades ecodidas en países que la hayan ratificado y, bajo los principios de la jurisdicción universal, podrán ser arrestados en cualquier país ratificante. Esto creará una rápida marginalidad de los Estados y corporaciones responsables de ecocidio, de conformidad con el nuevo marco legal internacional” (21).

III. El ecocidio en el derecho interno comparado: antecedentes que contribuyen al debate supranacional

Llegados a este punto, va de suyo que, hasta tanto se concrete la mentada reforma del Esta-

(18) DAWES, J., "It is time to make ecocide an international crime", 12/01/2022, <https://www.openglobal-rights.org/it-is-time-to-make-ecocide-an-international-crime/>.

(19) LESCANO, P., "La irrupción del ecocidio en el Derecho Penal Internacional: hacia un posible reconocimiento jurídico del instituto en el Estatuto de Roma", Anuario en Relaciones Internacionales del Departamento de Derecho Internacional del Instituto de Relaciones Internacionales, 2021, p. 8.

(20) LABORÍAS, A., "Implementación en la Argentina del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", Revista Lecciones y Ensayos de la Universidad de Buenos Aires, nro. 88, 2010, ps. 47-48.

(21) <https://stopecocidio.org/convirtiendo-el-ecocidio-en-crimen>.

tuto de Roma, los actos susceptibles de ocasionar daños graves y duraderos al medioambiente de todas formas podrán ser perseguidos penalmente en aquellos países cuyo ordenamiento jurídico interno prevea el reproche pertinente, aunque —claro está— con las limitaciones propias que toda legislación de carácter nacional adolece en lo que respecta a su ámbito de validez espacial y personal.

Ahora bien, desde otro punto de vista, las regulaciones de los Estados también pueden ser consideradas como antecedentes valiosos para el debate que eventualmente se suscitara en el ámbito de la Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional, donde si bien la propuesta de la SEF puede operar como punto de partida, nada puede asegurar que se convierta en el texto final de la tipificación del ecocidio en su jurisdicción.

Actualmente, son varios los países que han incorporado la figura del ecocidio —o una equivalente— en sus ordenamientos penales. Entre ellos puede mencionarse a Francia, Bielorrusia, Ucrania, Georgia, Rusia y Vietnam; en tanto que hay propuestas de similar tenor en España, Bélgica e incluso Argentina (22).

El primero de estos antecedentes fue justamente el vietnamita, que incorporó la figura del ecocidio a su ordenamiento criminal en 1990, estableciendo sanciones de diez a veinte años de cárcel, cadena perpetua o pena de muerte para quienes “cometen actos de aniquilación masiva de poblaciones en un área, destruyendo la fuente de sus medios de vida, socavando la vida cultural y espiritual de una región, trastornando los cimientos de una sociedad con miras a socavar dicha sociedad, así como otros actos de genocidio o actos de ecocidio o de destrucción del medio natural” (23).

En 1996 fue el turno de la Federación Rusa que decidió penar con doce a veinte años de prisión “la destrucción masiva de los reinos animal o vegetal, la contaminación de la atmósfera o de los recursos hídricos, así como la perpetración

(22) <https://www.erreius.com/actualidad/12/penal-y-procesal-penal/Nota/1682/presentan-proyecto-para-incorporar-el-delito-de-ecocidio-al-codigo-penal>.

(23) Cód. Penal de Vietnam, art. 342.

de otras acciones capaces de provocar una catástrofe ecológica” (24).

Tres años más tarde, en 1999, la República de Georgia estableció pena privativa de libertad —de ocho a veinte años— para quienes cometieran el delito de ecocidio, definido como la “contaminación de la atmósfera, la tierra y los recursos hídricos, destrucción masiva de flora y fauna o cualquier otra acción que pueda haber causado un desastre ecológico” (25).

Con penas de cuantía equiparable, y conductas prohibidas similarmente descriptas, el ecocidio también fue reprimido por el art. 441 del Cód. Penal Ucraniano, el art. 136 del Cód. Penal de Moldavia y el art. 169 del Cód. Penal de Kazajistán.

El antecedente más reciente, por su parte, es el de la Quinta República Francesa que lo receptó en 2020, a través de la Ley de Clima y Resiliencia que, mediante su art. 231 inc. 1, establece hasta diez años de prisión para quienes incurran en el delito de ecocidio.

En nuestro país el Anteproyecto de Cód. Penal redactado por la Comisión presidida por Mariano Borinsky (creada por dec. 103/2017 del Poder Ejecutivo Nacional) tipificó —en su Título XXIII— diversos delitos contra el ambiente, aunque sin referirse expresamente al concepto de ecocidio (26), que tampoco se encuentra incluido en el texto vigente desde 1921 ni en sus numerosas leyes complementarias (27).

De hecho, recién en 2022 la AIDPAC impulsó la incorporación de la figura bajo el mismo nombre y análogo contenido al propuesto por la SEF para el Estatuto de Roma, y que, concretamente, pretende reprimir con prisión de tres

años y seis meses a diez años a quien cometa “cualquier acto ilícito o arbitrario que pueda causar daño grave, extenso o duradero al ambiente”, y de ocho a veinte años si dicho daño finalmente se efectiviza (28).

En España, por su parte, a fines de 2020 fue pasada por el Congreso de los Diputados una proposición de no ley —equiparable a la figura de declaración en nuestro derecho parlamentario— que instó al Gobierno a proponer la inclusión del delito de ecocidio en el Cód. Penal, como así también a proponer enmiendas al Estatuto de Roma para incluir el delito de ecocidio en el ámbito de la Corte Penal Internacional (29).

A la luz de lo reseñado en los párrafos que anteceden, queda claro que la definición de ecocidio propuesta por la SEF para la reforma del Estatuto de Roma —de igual forma que la sugerida por la AIDPAC para la modificación del Cód. Penal Argentino— se ha visto influenciada no solo por el desarrollo técnico-jurídico planteado en los foros internacionales y en los ámbitos académicos, sino también por los tipos penales vigentes en diversos Estados europeos y asiáticos.

Los conceptos de “destrucción masiva” —o, de mínima, afectación— a la “flora, fauna, recursos hídricos, atmósfera” o directamente al “ambiente” o la “ecología” son recurrentes en los distintos textos legales internos de los países que se han adelantado en la criminalización del ecocidio dentro de los límites de sus fronteras.

De todos modos, la propuesta de la SEF puede parecer poco específica o laxa, especialmente cuando se la confronta con los tipos penales antes aludidos.

Esa diferencia, que posiblemente sea atribuible a la necesidad de contentar a un número suficiente de decisores como para alcanzar los consensos que exige una modificación del Estatuto de Roma, no ha sido esquivada por los expertos encargados de delinear la definición,

(24) Cód. Penal de Rusia, art. 358.

(25) Cód. Penal de Georgia, art. 409.

(26) Proyecto de Reforma al Código Penal de la Nación. Disponible en <http://www.saij.gov.ar/proyecto-reforma-codigo-penal-proyecto-reforma-codigo-penal-nv21339-2019-03-26/123456789-0abc-933-12ti-lpssedadevon>.

(27) CAU CATTÁN, M., “Inclusión de los delitos ambientales en el Código Penal Argentino”, Revista Omnia de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, año 4, nro. 4, septiembre de 2021, ps. 55-77.

(28) <https://www.ambito.com/informacion-general/propuesta/proponen-incorporar-el-delito-ecocidio-al-codigo-penal-n5491814>.

(29) Boletín Oficial de las Cortes Generales de España, serie D, nro. 192, 11/12/2020, p. 12.

quienes han resaltado que si bien hay quienes podían pretender que fuera más profunda, esto hubiese minado el apoyo de los Estados; razón que ha llevado a buscar un equilibrio entre lo querido y lo posible (30).

IV. Conclusión

A mérito de todo lo expuesto, puede sostenerse que, luego de más de medio siglo de debates —con las luces y sombras que siempre pueden encontrarse a lo largo de un proceso tan extenso—, el camino hacia la incorporación del ecocidio como un crimen internacional de máxima gravedad, que pueda ser sometido a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional junto a los crímenes de guerra, los crímenes de agresión, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio.

La amplia difusión de la cuestión medioambiental y el consecuente alcance que ha capitalizado el tema en variados ámbitos sociales y políticos, sin dejar de lado el efecto amplificador de una sostenida repercusión mediática a nivel

global, permiten augurar un futuro prometedor en lo que refiere a su discusión en el marco de la Asamblea de los Estados Parte de la CPI para su posterior incorporación al texto del Estatuto en forma de enmienda.

En esa línea, el aporte realizado por la Fundación Stop Ecocidio a través de su labor general —y, particularmente, mediante la propuesta elaborada por el panel de expertos— constituye un punto de máxima relevancia, no solo por su destacable contenido técnico-jurídico sino también por los apoyos que ha recibido a lo largo y a lo ancho del globo, generando una fuerte tendencia a favor de la criminalización de este tipo de actos.

Si bien es cierto que la regulación interna de este delito en el ordenamiento de algunos Estados puede ser incluso superadora a la que podría introducirse en el Estatuto de Roma, no es menos cierto que la amplia mayoría de los países aún no han tipificado la conducta en sus leyes penales, por lo que una eventual incorporación en el referido instrumento supranacional también podrá servir como disparador de ese tipo de modificaciones legislativas hacia dentro de las fronteras de los Estados parte.

(30) <https://www.lavanguardia.com/vida/20210708/7588149/ecocidio-sancionara-delitos-ambientales-afecten-futuro-jovenes.html>.

DERECHO ANIMAL

El interés superior del animal como principio rector del derecho

Graciela Regina Adre (*)

Sumario: I. Resumen.— II. El interés superior del niño.— III. El interés superior del animal.— IV. Cuando *sed lex es dura lex*.— V. Cuando se “crea derecho”.— VI. Ecuador. Proyecto legislativo.— VII. Conclusión.

“Tras un tiempo de decadencia llega el punto crucial. Retorna la poderosa claridad olvidada. Existe un movimiento, pero no se pone de manifiesto a través de la fuerza... El movimiento es natural, elevándose espontáneamente. Esa es la razón por la cual la transformación de lo viejo deviene fácil y simple. Lo viejo se descarta y lo nuevo se introduce. Y en ambos casos de acuerdo con el tiempo, por lo que no se darán resultados perjudiciales”

I CHING.

I. Resumen

En el presente artículo se pretende introducir, como principio legislativo-jurídico-administrativo rector, el interés superior del animal. El mencionado concepto está comenzando a permear resoluciones judiciales (aunque sin ser expresamente referido ni definido) y proyectos legislativos. Esto se manifiesta a nivel nacional e internacional.

La consideración del interés superior del niño, como manda supraconstitucional, tiene su basamento primordial en el carácter de “sujetos vulnerables” de niños y adolescentes. Se pondrá en evidencia que esa singular característica es común también a los otros animales. Valerio Pocar afirma que las situaciones análogas deber ser tratadas de manera análoga (1). Por lo tanto, y coincidiendo con el jurista italiano, juzgo que dicha particularidad compartida amerita un tratamiento similar.

Conlleva un gran desafío para el derecho positivo la incorporación de esta idea sustancial

como un “deber ser ideal”, de aplicación imprescindible en todos aquellos casos en que un animal no humano (2) (AnH) sea parte.

II. El interés superior del niño

El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de la Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN). Esta fue el resultado de un largo proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños y adolescentes que se desarrolló y afianzó durante el siglo XX.

El devenir histórico nos revela la estrecha vinculación entre este referido reconocimiento de los derechos de los niños y el de los derechos humanos en general. Esta íntima relación ha conducido a un perfeccionamiento de los instrumentos para garantizar el pleno ejercicio de tales derechos y la protección que estos “sujetos vulnerables” merecen y deben obtener.

(*) Abogada dedicada el Derecho Animal. Directora del Instituto de Estudios de Derecho Animal del Colegio de Abogados de Bahía Blanca. Coordinadora de la Cátedra de Derecho Animal del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur.

(1) POCAR, Valerio, "Los animales no humanos. Por una sociología de los Derechos", Ed. Ad Hoc, 2013.

(2) El sintagma "animal no humano" se utiliza para establecer la diferencia con el "animal humano". Sin embargo, concuerdo con Ana María Aboglio (ABOGLIO, 2022) que definir por la negativa continúa siendo una postura antropocéntrica. Asimismo, denominarlos "demás animales" también acarrea la dificultad de considerarlos "de más", la parte "restante del todo". Quizás la más adecuada sería "otros animales".

Uno de los principios fundamentales establecido en la mencionada Convención es el interés superior del niño, instituido en su art. 3°. Mucho se ha debatido en cuanto a las implicancias y los alcances de una noción tan amplia y susceptible de múltiples y variadas interpretaciones. Sin embargo, más allá de la controversia provocada, podemos afirmar que, con independencia del lugar, la cultura y/o el sistema jurídico de que se trate, refiere a cuestiones esenciales. Ellas son *los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos* (3).

En otras palabras, es prioritario considerar los intereses de ese "sujeto de derechos" que es el niño/adolescente para la resolución de cualquier conflicto. Ello le exige al juez o a cualquier otra autoridad interpretar cada caso y la normativa aplicable teniendo en cuenta todo el sistema jurídico establecido para la infancia, pero ponderando especialmente aquellos que benefician y le otorgan máxima satisfacción de intereses a esta, la parte más débil de la relación.

Por lo expuesto podemos afirmar que, en esa unidad gramatical convertida en norma *supra* constitucional, se procura garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales (integridad psicofísica y espiritual, desarrollo integral, dignidad, ambiente sano, etc.) de los niños y adolescentes. Toda disputa jurídica que tenga como protagonista a uno de los mencionados debe entenderse y resolverse a la luz de esta manda convencional. Tanto los padres, tutores y/o responsables del niño, como el Estado, en todas sus funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) al implementar políticas públicas, deben operar bajo esta directriz.

(3) CIRRELO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", disponible en http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf.

III. El interés superior del animal

Ahora, los invito a insertar "animal" donde dice "niño" (4). Veremos que la totalidad de lo referido a los niños con relación a dicho mandato es susceptible de ser trasladado y adaptado a los otros animales. Por lo tanto, esa concepción puede convertirse en precepto rector aplicable a toda pugna jurídica en que sean parte *cetera animalia*.

Sujetos vulnerables: a pesar de la polisemia del término "vulnerable", todos sus significados refieren a un denominador común: el daño. El daño puede ser entendido de muy diversos modos, el más evidente es la herida, el dolor. No en vano, desde lo etimológico, su origen es el término latino *vulnus* que significa herida, golpe, punzada y también desgracia o aflicción. El sufixo *-abilis*, *-able*, indica posibilidad.

Vulnerabilidad: calidad de poder ser dañado. En otras palabras, tiene que ver con la posibilidad de sufrir, con la enfermedad, con el dolor, con la fragilidad, con la limitación, con la finitud y con la muerte. El daño padecido puede ser en el cuerpo, la mente o el espíritu. Asimismo, se vincula con la merma o inexistencia de capacidades, ya sean físicas o mentales. Esas carencias hacen a esos seres susceptibles de ser perjudicados con mayor facilidad. Por todo lo antedicho no caben dudas que *alia animalia* comparten con los niños y adolescentes esas debilidades e insuficiencias. Pertenecen entonces al grupo de "sujetos (5) vulnerables".

Necesidad de garantías especiales, representatividad y mayor protección: al igual que a los niños y adolescentes, se les deben garantizar sus derechos fundamentales (a la vida, libertad, salud, dignidad, hábitat, etc.). No tienen posibilidad de defensa y actuación propia en ningún

(4) CARRERA AIZPITARTE, Luciana; ANZOÁTEGUI, Micaela; DOMÍNGUEZ, Agustina, "Inserte 'Animal' donde dice 'Mujer' y viceversa: analogías entre la dominación sobre las mujeres y la dominación sobre los animales en el sistema capitalista heteropatriarcal", Actas IV Jornadas CINIG, 2015.

(5) No expongo ni analizo la consideración de los otros animales como "sujetos" ya que excede este trabajo. Parto de la base que, a pesar de su retrógrada calificación en nuestro Cód. Civ. y Com., ellos, NO son "cosas", NO son objetos, son "sujetos" con toda su implicancia.

ámbito social y/o jurídico humano, por lo cual precisan un “representante y/o responsable legal” para poder ejercer esos derechos referidos. De igual forma requieren una mayor y específica protección dependiendo de cada individuo y/o especie determinada. Como así también de sus circunstancias particulares.

En su teoría de los derechos fundamentales, Robert Alexy, plantea que los principios, son *mandatos de optimización*. En otras palabras, normas según las cuales *algo debe ser realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades físicas y jurídicas* y pueden ser cumplidos en diferentes grados. Se diferencian de las reglas, que *contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible*, las cuales, si son normas válidas, deben ser acatadas (6). Por lo tanto, considerar (y establecer) al interés superior del animal como un principio rector impulsa, faculta y exhorta a las autoridades judiciales y/o administrativas a incorporarlo, siempre que la ocasión lo permita y amerite, en todas sus decisiones.

Será bajo el paraguas de este precepto que las diferentes instituciones estatales podrán/deberán *integrar e interpretar* las normas vigentes. De esta manera resolverán los litigios que se les presenten, en pos del mayor provecho para el/los animal/es involucrado/s y en la máxima atención de su/s interés/es.

IV. Cuando *sed lex es dura lex*

Al margen de la nacionalidad y la ocurrencia temporal, la secuencia de la exposición de los casos se plantea como una esperanzadora mirada hacia el futuro.

En esta primera instancia se exhiben algunos precedentes en que se aplicó, con rigidez e indiferencia, la legislación existente sin reparar en lo más mínimo en la salud, el bienestar y la vida de esos Otros. Se verá que no se analizaron ni valoraron las circunstancias particulares de los

(6) ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", BERNAL PULIDO, Carlos (trad.), en SPECTOR, Ezequiel, Algunas reflexiones en torno a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 2ª ed., ps. 67-68, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinterres/2015-robert-alexey-spector-castellano.pdf>.

individuos involucrados ni se previeron las trágicas consecuencias que para estos ocasionaría el cumplimiento estricto de *dura lex*.

IV.1. Ecuador

El caso “Estrellita”: Estrellita, mona chorongó (*Lagothrix lagotricha*), fue extraída de su hábitat al mes de nacida. Vivió en Ambato por 18 años con Ana Beatriz Burbano, mujer que se percibía como su madre, formando parte de esa familia multiespecie desde aquel entonces. Estrellita usaba ropa de humanos, comía con cubiertos y dormía en una cama. Sonreía, se comunicaba a través de sonidos y gestos. Pero su vida cambiaría drásticamente. Las autoridades del Ministerio de Ambiente ecuatorianas se enteraron de las condiciones de vida de Estrellita a través de una denuncia anónima realizada el 28 de septiembre de 2018. En un operativo policial allanaron la casa de Ana el 11 de septiembre de 2019 y “secuestraron” (7) a Estrellita. Los funcionarios decidieron que un animal silvestre no podía continuar conviviendo con una familia en una casa de un centro urbano del país. Se llevaron a Estrellita al Eco Zoológico San Martín en Baños, un cantón cercano a Ambato, pese a la oposición de las dos mujeres con las que vivía. El 9 de octubre de 2019, Estrellita murió, por un paro cardio-respiratorio provocado por una insuficiencia respiratoria, problemas renales y hepáticos. Veintitrés días después de haber sido apartada de lo que ella consideraba “su familia”.

Al margen de afirmar y reafirmar que NUNCA debió haber sido arrancada de su hábitat natural, el daño estaba hecho y era irreversible. Desgraciadamente, consecuencia de una rígida decisión administrativa, tan grave perjuicio sufrido al inicio de su vida, se “compensó” con un quebranto aún más grande para la desventurada Estrellita.

La mona chorongó que se sentía “hija”, porque así era tratada, en una “familia” humana, fue “encarcelada” en un zoo (siendo inocente de toda culpa) y manipulada como “cosa”, un

(7) Se entrecorren estas palabras de la jerga penal que hacen referencia a las cosas porque, a pesar de lo ya manifestado respecto a que los otros animales NO son cosas, lamentablemente, con muy raras excepciones, el lenguaje jurídico los sigue así aludiendo.

“objeto” transportable y disponible. No es difícil imaginar lo que ese ser sintiente y consciente padeció durante esos veintitrés días. El dolor espiritual provocado agravó los que podrían haber sido problemas físicos preexistentes. Ante la aparente inacción e indiferencia de los funcionarios a cargo, Estrellita, muy pronto, falleció. Cruel y lamentable camino de liberación encontró.

El calvario y la muerte de Estrellita dieron origen a un gran avance jurisprudencial en Ecuador. Más allá de su pérdida irreparable, nos dejó un legado trascendental para la justicia ecuatoriana e internacional con relación a la consideración de *alia animalia* (8). Recomiendo la lectura de esa sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador (9). El caso “Estrellita” fue patrocinado por el equipo legal de la fundación independiente Victoria Animal. Este está compuesto por los abogados Luis Ávila, Tatiana Rivadeneira y Verónica Aillón.

IV.2. Argentina

El caso “Bahía Blanca - Dirección de Flora y Fauna Provincial”: Una ONG de la ciudad de Bahía Blanca se ocupaba de atender, curar, rehabilitar y liberar aves rescatadas de diferentes especies y tipos. El 27 de febrero de 2021, inspectores de la Dirección de Fauna y Flora del Ministerio de Desarrollo Agrario de la Provincia de Buenos Aires, informados por publicaciones en redes sociales de la existencia de animales silvestres (aves) en sus instalaciones, las allana-

(8) El 06/12/2019 (dos meses después de la muerte de Estrellita y desconociéndola), se interpuso acción de habeas corpus en contra del Ministerio del Ambiente, el propietario del Eco zoológico y la Procuraduría General del Estado. El resultado fue negativo en primera y segunda instancia. El 03/7/2020, se presentó una acción extraordinaria de protección signada con el No. 810-20-EP.48. La Corte Constitucional del Ecuador revocó las sentencias dictadas en el proceso de habeas corpus y emitió una sentencia de revisión. Declaró que habían sido vulnerados los derechos de la naturaleza, principalmente por los hechos que terminaron en la muerte de la mona Estrellita.

(9) Corte Constitucional del Ecuador Quito, D. M., 27 de enero de 2022. Caso N° 253-20-JH, Sentencia N° 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos) Caso “Mona Estrellita”. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez. Disponible en <https://vlex.ec/vid/253-20-jh-22-906734199>.

ron. Se destaca que el procedimiento, estrictamente administrativo, se llevó a cabo sin ninguna manda judicial de juez competente que lo ordenara (10). Los funcionarios “secuestraron” todos los animales que se encontraban recuperándose en el establecimiento. Algunas de esas aves serían liberadas por la ONG tan pronto como su condición lo permitiera. En caso de que el daño sufrido hubiera sido irremediable, la misma organización que los salvó de un triste y, seguramente, fatal final, resolvería su permanencia en un lugar confortable y seguro (11). Los miembros del ente provincial alegaron que: a) el lugar no reunía todos los requisitos materiales de habilitación suficientes y b) la ONG no cumplía con los recaudos formales de registración debida para la actividad que estaba llevando a cabo (12). Las desdichadas aves fueron introducidas en pequeños receptáculos y retiradas del sitio en que estaban siendo atendidas, curadas y bien tratadas. Esos animales enfermos y/o convalecientes soportaron un traslado de más de 500 km con temperaturas extremas de calor (más de 36 °C en el mes de febrero en Bahía Blanca) y fueron derivados a dos lugares de habitual recepción de animales “incautados” por el organismo, entre ellos, un zoológico municipal.

(10) EX-2021-04664904-GDEBA-DSTAMDAGP.

(11) Es de destacar que la ONG venía desarrollando de manera pública, notoria y gratuita desde hace muchos años la actividad descripta, con el beneplácito y agradecimiento de los ciudadanos de Bahía Blanca que tenían con quien contar en caso de encontrarse con un ave en situación comprometida. Es de amplio conocimiento, y no solo en nuestro país, que las ONG animalistas, protectionistas, rescatistas de todo tipo de animales, suplen, en su gran mayoría, la ineficiencia y la falta de cumplimiento del Estado de sus responsabilidades con relación a los mismos; ya sea por falta de recursos o de interés.

(12) Quedó configurada la infracción de “tenencia” de especies protegidas sin la documentación que acredite su legitimidad (eran rescatados no comprados), en violación a lo dispuesto por el art. 287 del dec.-ley 10.081/1983 —Código Rural de la provincia de Buenos Aires— y, la falta de inscripción en el Registro Provincial para ejercer el rescate y rehabilitación de la fauna silvestre, tal como lo exige la res. 120/2015 en su art. 3°. Se deja constancia que la ONG llevaba registros detallados de todos los ingresos y egresos de animales que atendía, siempre derivados por los simples ciudadanos que los encontraban en situaciones de indefensión y/o heridos. Como así también de sus liberaciones. Videos incluidos. La ONG recibió una fuerte multa pecuniaria.

La ONG estaba muy preocupada por la salud y bienestar de los rescatados que se encontraban bajo su cuidado al momento de ser “decomisados”. Por esto solicitó a la autoridad respectiva un reporte de la situación de las aves, del progreso en su recuperación y, en su caso, de su posterior liberación. Sin embargo, no pudo acceder a dicha información. Se inició una causa por infracción a la ley penal especial 14.346 de Maltrato y Crueldad a los Animales (13), como consecuencia del accionar de los inspectores del organismo provincial referido. No se tiene conocimiento del estado y localización de las aves en la actualidad. La causa penal continúa en trámite.

En estos procedimientos administrativos queda en evidencia que no fue atendido, por parte de la fría maquinaria estatal y los funcionarios responsables, el interés superior de los animales involucrados. Sin perjuicio de las infracciones y/o ilícitos cometidos por los humanos implicados, es de recalcar que en ambos casos existía una alternativa jurídico-administrativa mucho más beneficiosa y conveniente para esos sujetos vulnerables. Las autoridades podrían (deberían) haber designado a las personas que ya convivían con ellos como “guardadores” (14) de esos animales. Una medida existente dentro del sistema estatal que podría haber sido temporal o definitiva. Y que, sin lugar a duda, hubiera favorecido la salud, el bienestar y protegido la vida de los individuos no humanos afectados.

Infortunadamente, para esos Otros, prevalecieron las duras y estrictas normativas “de oficina”, a la imprescindible y compasiva flexibilidad interpretativa “de campo”.

Sin embargo, ya hay estrellas en la noche.

V. Cuando se “crea derecho”

El derecho, describe Gilles Deleuze, trata de situaciones que evolucionan, y se CREA a través

(13) IPP-02-004804-21/00 "T., P. A. (dte.) s/ infracción ley 14.346".

(14) La palabra "depositario" utilizada en lo jurídico alude a las cosas, por lo cual "guardador" o "cuidador" se adapta mejor para referirnos a los otros animales, en su condición de seres sintientes.

de la jurisprudencia (15). La jurisprudencia es la herramienta que nos permite impulsar a los magistrados a comprometerse y aceptar el reto de convertirse en los grandes protagonistas de la incorporación de nuevos derechos. A *partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática* (16) aún más allá de la *lege data*.

Nuestro nuevo Cód. Civ. y Com. es, al decir de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci “un código de casos” (17). Lo que nos lleva a lo expresado por el constitucionalista Andrés Gil Domínguez: “...el neoconstitucionalismo y el neoconvencionalismo configuran una teoría general y una práctica jurídica que intenta desarrollar a pleno el sistema de derechos de un Estado constitucional y convencional de derecho, intentando dar respuestas... aunque no medie ninguna ley, decreto o contrato” (18). Siguiendo al Código mencionado en su art. 3°: “...El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente

(15) DELEUZE, G., "Entrevista de Claire Parnet al filósofo francés Gilles Deleuze, Abecedario", 1988/89 ¡La Justicia no existe, los derechos humanos no existen! Lo que cuenta es la jurisprudencia: esa es la invención del Derecho... ¡Se trata de crear,...! No se trata del derecho de esto o aquello, se trata de situaciones, y de situaciones que evolucionan, y luchar por la libertad es realmente hacer jurisprudencia... En el derecho, la creación es la jurisprudencia: no existe otra cosa...

(16) CFed. Cas. Penal, Sala II, "Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ hábeas corpus", 18/12/2014, Sup. Penal 2015 (febrero), 31; LA LEY, 2015-A, 339; DFyP 2015 (marzo), 211; AR/JUR/63931/2014.

(17) Cód. Civ. y Com., art. 1.- Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. Art. 2.- "...La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

(18) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado constitucional y convencional de derecho argentino y sus proyecciones", www.dpicuatico.com-2014/05-doctrina19.5.141.pdf.

te fundada” (19). Por lo tanto, es deber de los jueces integrar e interpretar la norma a la luz de todo el ordenamiento jurídico y con una *mirada constituvencional* (20) arribar a fallos no solo fundados sino, en determinadas situaciones, fundacionales.

Mencionaré brevemente solo algunos casos, hay por supuesto muchos más, en que se evidencia la aplicación del concepto “el interés superior del animal” como principio rector en las decisiones judiciales y/o administrativas a las que se arribó.

V.1. EE. UU.

El caso “Lovey” (21): Lovey era un gato que convivía con dos mujeres en la ciudad de Nueva York. En 1995 dejaron de vivir juntas. Después de más de 3 años, en enero de 1998, una de ellas demandó a la otra por la “propiedad” del felino. Si bien un tribunal de primera instancia, en principio, otorgó un régimen de visitas para la demandante, *a posteriori* consideró que no era lo mejor para un gato anciano ser trasladado de un lugar a otro. Finalmente, la Corte de Nueva York en 1999 sentenció: “creemos que es mejor para todos los involucrados que, dada su limitada esperanza de vida, Lovey, que ahora tiene casi diez años, permanezca donde ha vivido, prosperado, amado y sido amado durante los últimos cuatro años”. Al margen de quien fuera su “propietaria”, el tribunal de apelación determinó que lo mejor para Lovey era permanecer con la parte “poseedora” debido a su edad y al tiempo transcurrido en ese, “su” hogar.

Uno de los primeros casos en que se expresó de manera clara y precisa la necesidad de considerar lo más ventajoso y adecuado para el animal. Este fallo sienta un precedente muy impor-

(19) Cód. Civ. y Com. - 2015.

(20) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y HERRERA, Marisa, “La familia interespecie”, cita: RC D 680/2022.

(21) United States. Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York 695 N.Y.S.2d 308 (N.Y. App. Div. 1999). New York, August 19, 1999, “Susan Raymond v. Suzanne Lachmann”. Disponible en www.animallaw.info/case/raymond-v-lachmann citado en Rosa, María Elisa, “Socioafectividad, Autonomía de la Voluntad y Familias Multiespecie” Cita: MJ-DOC-16857-AR||MJD16857

tante y trascendente a la hora de resolver litigios que involucren el destino de *cetera animalia*.

V.2. Argentina

El caso “Sidney” (22): Sidney, una perra de raza labrador, era parte de una familia multiespecie conformada por una pareja de concubinos, quienes después de 7 años de convivencia decidieron separarse. Sin otros miembros de la familia y sin bienes a repartirse, solo quedaba la disputa por Sidney. La perrita se encontraba conviniendo con la parte posteriormente demandada y, atento no haberse llegado a un acuerdo con el régimen comunicacional para la otra parte, esta acudió a una abogada. Habiendo fracasado la etapa de mediación, la letrada llevó el caso a los Juzgados de Familia de la Justicia Ordinaria de la Capital Federal. La jueza de primera instancia rechazó la acción. Se apeló a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. El 14 de febrero de 2019, la sala A, donde recayó el expediente, llamó a las partes interesadas a una audiencia. Luego de más de 5 horas de conversación, se acordó implementar un régimen comunicacional. Se establecieron las fechas, días y semanas, vacaciones y fiestas en que Sidney podía pasar tiempo con la parte demandante, como así también los gastos (alimentos) que la labradora requiriese. El acuerdo fue homologado.

Primer caso, en nuestro país, en ser recepcionado y desarrollado en el ámbito de la Justicia de Familia, considerando a un perro miembro de una. Pionero además en buscar y priorizar el mayor bien para el Otro animal. El paso inicial estaba dado.

Y se continúa por ese sendero. El Juzgado de Familia N° 6 de San Isidro homologó, en setiembre del 2022, un acuerdo en un juicio de divorcio en el que se consideró la situación de dos perros, Popeye y Kiara, parte de la familia. Merece valorarse la reflexión de la jueza Diana V. Sica en sus considerandos (23).

(22) GONZÁLEZ SILVANO, M. de las Victorias, “Doctrina Frente al divorcio ¿qué sucede con los animales de compañía?”, 02/08/2021. Cita: MJ-DOC-16069-AR | MJD16069.

(23) ...Segundo) Que, si bien nuestro sistema legal aún no ha avanzado de manera tal que pueda prever y/o re-

El caso “Coco”: Coco, un perro mestizo, arribó al Aeropuerto Internacional de Ezeiza con su familiar Franco Gavidia, procedente de Hungría el 25 de mayo del 2021. Al llegar, las autoridades aeronáuticas se dieron cuenta de que el pequeño no contaba con su Certificado Veterinario Internacional (CVI). Tenía, además, la vacuna antirrábica vencida por 8 días. El SENASA (24) decidió regresar el animal al país de origen, es decir, deportarlo. Sin nadie que lo esperara en Hungría, Coco se enfrentaba a un incierto y muy peligroso destino. Las autoridades, finalmente, por la inmensa y notoria presión de los medios y la sociedad, resolvieron vacunar al perro y dejarlo en cuarentena en la zona Primaria de Aduana del aeropuerto. El 2 de junio Coco fue liberado y pudo viajar a Córdoba con su familia (25).

Otro caso en que se logró el reconocimiento, en lo administrativo, de un animal como un individuo con intereses y derechos fundamentales a respetar. Es de resaltar cómo se involucró el colectivo social en su conjunto y de qué manera lo reflejaron los medios de comunicación y

gular en qué situación quedarán, luego del quiebre de la unión, aquéllos miembros que también integran la familia y se han incorporado a ella —para el caso dos perros; Popeye y Kiara—, esto importa una realidad que no puede ser negada y que debe encontrar solución en quienes tenemos la obligación de brindar una respuesta pues, sabido es, que todo aquello que no está prohibido por la ley, es permitido, aun en la ausencia de normas específicas que así lo establezcan. El principio de ello es el de la igualdad (art. 16 CN) y su límite será la no vulneración de los derechos ajenos. Así, podemos decir que es sabido que los animales, en especial los domésticos, son seres sensibles, que sienten, que extrañan, que se regocijan, que sufren y que adquieren costumbres, por lo que resulta indudable que el cambio que producirá la separación de los cónyuges, los afectará también y serán sus dueños entonces, quienes se encuentren en mejor posición, para velar por sus intereses. Tal entendimiento ha sido receptado en algunos países como España, de igual modo que en nuestra jurisprudencia, tal como lo han citado los litigantes en la especie y, a cuyas referencias se remitirá, en honor a la brevedad... Diana V. Sica Juez - Juzgado de Familia N° 6, Departamento Judicial San Isidro, Pcia. de Buenos Aires. "M. E. R. c. B. A. B. D. C. s/ divorcio por presentación conjunta", Expte. N° SI-29770-2022

(24) Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria.

(25) <https://www.infobae.com/sociedad/2022/06/02/liberaron-a-coco-el-perro-que-quedo-demorado-enezeiza-volvio-con-su-dueno-tras-cumplir-diez-dias-de-cuarentena/>.

las redes, todos congregados y aunados en por y para “salvar a Coco”.

V.3. España

El caso “Tuco” (26): En 2018 Alejandro Cofiño se fue a México por una beca de pocos meses que, por propia decisión, lo alejó de España por años. Al partir dejó a Tuco, un pastor belga cruza con pitbull, “su” perro, al cuidado de Oumaima Laamar. Durante ese tiempo no se preocupó ni ocupó de Tuco. En 2020 volvió y “reclamó su propiedad”. Empero Oumaima se negó a separarse de quien ya consideraba parte de su familia. Alejandro la demandó penalmente por apropiación indebida en febrero del 2021. La demandada fue sobreseída y la sentencia describió al demandante como “una persona irresponsable” y lo acusó de “abandono continuado”. Alejandro acudió al ámbito civil. El Juzgado Civil de Oviedo dictaminó, en octubre del 2021, que el perro debía volver a su “legítimo dueño”. Oumaima apeló y esta vez el juez estuvo de su lado. Se debe tener en cuenta que en diciembre del 2021 se sancionó en España la ley 17/2021 (27), que modificó el Cód. Civil en cuanto al régimen jurídico de los animales y para la cual “[l]os animales son seres vivos dotados de sensibilidad” (28). Es en cumplimiento de esta que las autoridades judiciales deben “entregar el cuidado del animal atendiendo a su bienestar”. Gracias a esta norma se resolvió el 13 de enero del 2021 que Tuco permaneciera con Oumaima hasta que una sentencia firme decida la “titularidad” definitiva del animal.

Es evidente que se ha decidido lo más conveniente para Tuco, al no separarlo de quien se comporta y lo trata como familia.

(26) <https://www.lavanguardia.com/mascotas/20220127/8012788/tuco-perro-oviedo-oumaima-ley-animal-nbs.html>.

(27) Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Cód. Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Ver texto consolidado Publicado en BOE nro. 300, de 16 de diciembre de 2021, ps. 154134 a 154143 (10 págs.) <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/12/15/17>

(28) Art. 333 bis. 1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección. Ley 17/2021 España.

VI. Ecuador. Proyecto legislativo

El interés superior del animal como directriz obligada debe ser jurídicamente protegido. Es primordial e indispensable que sea integrado en el derecho positivo. A esta poderosa *idea ya le ha llegado su tiempo...*

El Defensor del Pueblo de Ecuador presentó, el 19 de agosto del 2022, a la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley Orgánica para la Promoción, Protección y Defensa de los Derechos de los Animales No Humanos (LOA). Este proyecto es consecuencia directa de la sentencia que dictó la Corte Constitucional del Ecuador en el caso Estrellita referido. En ella, además de reconocer a los animales no humanos como sujetos de derechos, se estableció que la Defensoría del Pueblo debía: a) elaborar un Proyecto de Ley Orgánica acorde a lo que en ella se resolvió, b) hacerlo en articulación y conjuntamente con la sociedad civil, c) presentarlo en un plazo de 6 meses.

Sin referirme ni analizar el texto en particular destaco que en el Capítulo II Principios y Enfoques, art. 4º: Principios, reza: "La aplicación de la presente ley se regirá por los siguientes principios, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales:... b) Interés superior del animal. Está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de animales no humanos y exige a todas las autoridades administrativas y judiciales, y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones en la forma que mejor convenga para el ejercicio de los derechos y garantías de los animales no humanos. El interés superior del animal es un principio de interpretación que comprende el análisis de las circunstancias particulares del animal no humano respecto de sus derechos y el goce de los dominios del bienestar animal, previo al dictamen de medidas de protección;..." (29).

Definido con total precisión e incorporado de manera expresa como principio de interpreta-

(29) Proyecto de Ley Orgánica de Protección Animal a la Asamblea Nacional, en cumplimiento a la sentencia 253-20-JH/22 de la Corte Constitucional - Defensoría del Pueblo - Ecuador. Disponible en <https://manimalistas.org/wp-content/uploads/2022/12/LOA-proyecto.pdf>.

ción, el interés superior del animal, en un proyecto legislativo nacional.

VII. Conclusión

El derecho, según señala Ricardo Rabinovich-Berkman, es un constructo cultural. Para el catedrático los derechos de los animales no se reconocen, se construyen, dependiendo de la voluntad comunitaria que se concreten (30). El incorporar principios rectores del derecho, como es el interés superior del animal, forma parte de esa dinámica constructora. Las resoluciones que autoridades judiciales y administrativas convierten en precedentes son el reflejo de lo que una sociedad paulatina e insistentemente demanda. Opino que nuestra sociedad ya está lista para comenzar a cimentar y asentar las bases de esa edificación.

Continuando con la perspectiva de Alexy, los principios como mandatos de optimización deben ser considerados *prima facie*. Teniendo en cuenta que se trata de "...establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto..." (31) podemos apreciar que, en los casos expuestos en segunda instancia, ha sido reconocido el "mayor peso" del interés del animal involucrado y se ha decidido en favor de su satisfacción y provecho.

Que el derecho haya reconocido, garantizado y protegido los derechos de los niños y adolescentes tan cerca en el tiempo, a finales del siglo XX, nos habilita a ser positivos. Hace muchos años que se plantean desde lo legislativo y jurisprudencial los llamados "derechos de los animales" (DD. AA.) pero circunscribiéndolos, en su mayoría, a la mera salvaguarda del "maltrato". Sin ir muy lejos, cabe resaltar que nuestra ley penal especial 14.346 de Maltrato y Crueldad a los Animales, es de 1954.

Sin embargo, en los últimos 20, 30, 50 años están proponiendo diversos actores, con firme convicción y marcado empeño, y desde diferentes perspectivas (filosóficas, científicas, jurídicas, legislativas, activistas, académicas en

(30) RABINOVICH-BERKMAN, R. D., "Cetera animalia. A partir del fallo Sandra", TR LALEY AR/DOC/1595/2015.

(31) Ibidem.

general, etc.), la incorporación de derechos de los otros animales que exceden esa simple y limitada defensa. Está cambiando la mirada y la relación que tiene el sapiens con los demás seres con los que comparte el planeta y un destino común.

Desde esa óptica, debemos insistir en que se piense y considere al viviente animal como un Otro, diferenciado e individual, aunque aceptando, asimismo, su pluralidad y multiplicidad. Como consecuencia ciertas puertas se abrirán, algunos muros se sacudirán y hasta podrán claudicar.

El derecho no puede ser indiferente a estos cambios. El interés superior del animal debe ser aplicado como máxima regente por las autoridades e instituciones, públicas o privadas, en todos los casos en que un AnH sea parte. Cons-

tituir un requisito de interpretación imprescindible en cualquier toma de decisión que lo/s afecte. Exhortar a los responsables a analizar y atender todas las particulares circunstancias de cada sujeto y situación. Es condición *sine qua non* que encuentre cabida en los ámbitos normativos y no normativos de un sistema jurídico que pretenda ser un ordenamiento justo.

Como anuncié, mi mirada es optimista. Estimo es el inicio de un muy largo y escabroso camino que, parafraseando al poeta Antonio Machado, "estamos haciendo al andar". Y "al volver la vista atrás veremos la senda que NUNCA *deberemos* volver a pisar" (32). En síntesis: principios de progresividad y no regresión obligatoriamente aplicados.

(32) MACHADO, Antonio, "Caminante no hay camino", Proverbios y Cantares - Campos de Castilla, 1912.

Reflexiones acerca de la expansión de derechos más allá de la especie humana en Latinoamérica: el caso de los demás animales

Israel González Marino (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El problema de la insatisfacción de derechos humanos.— III. ¿Es prematuro preocuparse por los demás animales?— IV. Conclusiones.

I. Introducción

La creciente preocupación por la situación de los demás animales —los no humanos— ha impulsado una serie de cambios en el ámbito jurídico latinoamericano. Tales innovaciones se han manifestado en leyes de protección animal (1) y en sentencias vanguardistas que los reconocen como sujetos de derechos (2)

(*) Máster en Derecho Animal y Sociedad por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Magíster en Desarrollo Curricular y Proyectos Educativos por la Universidad Andrés Bello, Chile. Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Chile. Académico de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile, Región de Coquimbo.

(1) Véase: Ley 20.380 sobre protección de animales, Chile, 2009; Ley 1774, Colombia, 2016; Ley 21.020 sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, Chile, 2017; Ley de protección a los animales de la Ciudad de México, México, etc.

(2) Véase: CFed. Cas. Penal, Segunda Sala, Causa N° CCC 68831 2014 CFCL, "Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ habeas corpus", 18/12/2014. Recuperado de: <http://www.saij.gov.ar/descarga-archivo?guid=uvwnovedades-oran-guta-nasandra3pdf&name=orangutanasandra3.pdf>; Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza, Expediente P-72254/15, "Asociación de funcionarios y abogados por los derechos de los animales y otros c. GCBA s/ amparo", 03/11/2016. Recuperado de: <http://www.saij.gov.ar/3er-juzgado-garantias-local-mendoza-presentacion-efectuada-afadarespecto-chimpance-cecilia-sujeto-humano-fa16190011-2016-11-03/123456789-110-0916-1ots-eupmocsollaf>; Corte Suprema de Islamabad, WP N° 1155/2019, "Islamabad Wildlife Management Board through its Chair-

man vs. Metropolitan Corporation Islamabad through its Mayor & 4 others", Pakistán, 25/04/2020. Recuperado de: <https://aldf.org/wp-content/uploads/2021/01/Islamabad-Wildlife-Management-Board-v-MCI-WP-No-1155-of-2019.pdf>; Corte Constitucional de Ecuador, Caso N° 253-20-JH, Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos - Caso "Mona Estrellita", Ecuador, 27/01/2022. Recuperado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW-1pdGUnLCB1dWlkOic3ZmMxMjVmMi1iMzZkLlRkZ-DQYtYTM2NC1kOGNiMWIwYVYwViMWMucGRmJ30=.

(3) Véase: Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, Radicación 2020-0047, Ibagué, Colombia, 26/06/2020; Juzgado Civil del Circuito, Radicación 2020-00006, Gachetá-Cundinamarca, Colombia, 16/07/2020; Juez Penal de la Provincia del Chubut, carpeta judicial N° 7311, legajo fiscal N° 21.466, N° de registro digital 41/2021, Argentina, 10/06/2021.

(4) GONZÁLEZ MARINO, Israel, "Animales no humanos como sujetos ante el Derecho y limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales: algunos desafíos a propósito de la jurisprudencia reciente", en *Discusiones y desafíos en torno al Derecho Animal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2018.

(5) DE LA TORRE TORRES, Rosa María, "El bienestar animal como límite constitucional a las expresiones culturales en México. Comentarios a la tesis 163/2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", dA. *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 11, nro. 4, 2020. Recuperado de: <https://doi.org/10.5565/rev/da.523>.

su estatus jurídico (6), a prohibir actividades en que se suelen utilizar (7) o darles mayor protección en el contexto familiar (8), entre otras.

En el marco del proceso constituyente chileno, la fallida propuesta de nueva Constitución (9), de forma inédita en el concierto mundial, pretendía reconocer a los demás animales como sujetos de especial protección, reconociendo su sintiencia, asegurándoles el derecho a vivir una vida libre de maltrato y estableciendo deberes estatales en la materia, entre los que se encontraba el de promover una educación ba-

(6) Véase: Boletín N° 10830-07, Chile, 2016. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11274&prmBOLETIN=10830-07>; Boletín N° 12581-07, Chile, 2019. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13116&prmBOLETIN=12581-07enlace>; Boletín N° 13961-12, Chile, 2020. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14529&prmBOLETIN=13961-12>.

(7) Véase: Boletín N° 12113-12, Chile, 2018. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12636&prmBOLETIN=12113-12>; Boletín N° 12995-12, Chile, 2019. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13539&prmBOLETIN=12995-12>; y Boletín N° 12794-12, Chile, 2019. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13337&prmBOLETIN=12794-12>; Boletín N° 14193-11, Chile, 2021. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14760&prmBOLETIN=14193-11>; y Boletín N° 14180-11, Chile, 2021. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14771&prmBOLETIN=14180-11>.

(8) Véase: Proyecto N° 581/2021C, Cámara de Representantes, Congreso de la República de Colombia, Colombia, 2021. Recuperado de: <https://www.camara.gov.co/animales-de-compania>; Boletín N° 14.956-07, Chile, 2020. Recuperado de: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14956-07; Proyecto de Ley 62/2019, Brasil, 2019. Recuperado de: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1706878&filename=Tramitacao-PL+62/2019; Proyecto de Ley Orgánica para la Promoción, Protección y Defensa de los Animales No Humanos (Cod. AN-2022-2388/424167), Asamblea Nacional, República del Ecuador, Ecuador, 2020. Recuperado de: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ac72085b-958e-4953-92c7-72835fc428f3/pp-animales-424167-defensoria.pdf>.

(9) Véase: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf>.

sada en el respeto y la empatía hacia estos seres vivos (10). Si bien la propuesta completa de texto constitucional no fue aprobada en el plebiscito del pasado 04 de septiembre de 2022, las organizaciones animalistas que trabajaron arduamente para alcanzar el articulado que finalmente se incluyó en ella, actualmente trabajan en conjunto al alero de lo que han denominado "Plataforma Constitucional por los Animales" (11), con el propósito de que los elementos que contenía la fallida propuesta sean plasmados en una próxima propuesta, cuyo mecanismo de redacción está aún en discusión.

Cambios e iniciativas como los descritos responden a dos procesos claramente identificados en la doctrina: la *descosificación* (12) de los demás animales y la *constitucionalización* (13) de su protección. Así, por una parte, el estatus jurídico de estos individuos transita hacia uno distinto al de cosas u objetos, mientras que su protección se eleva a rango constitucional. Lo anterior puede ser identificado con un proceso que ha sido caracterizado como la expansión de la ciudadanía a partir de la consagración de nuevos derechos, cuestión que contrasta con un

(10) La propuesta disponía: "Art. 23. De los Animales. Los animales son sujetos de especial protección. El Estado los protegerá, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato. El Estado y sus organismos promoverán una educación basada en la empatía y en el respeto hacia los animales".

(11) Véase: <https://www.elciudadano.com/animal/organizaciones-levantan-plataforma-constitucional-por-los-animales-su-incorporacion-y-proteccion-al-nuevo-texto-ha-sido-ampiamente-respaldata/09/24/>.

(12) GIMÉNEZ-CANDELA, Marita, "La descosificación de los Animales (I)", dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies), vol. 8, nro. 2, 2017. Recuperado de: <https://doi.org/10.5565/rev/da.318>; GIMÉNEZ-CANDELA, Marita, "La descosificación de los Animales (II)", dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies), vol. 8, nro. 3, 2017. Recuperado de: <https://doi.org/10.5565/rev/da.250>; GIMÉNEZ-CANDELA, Marita, "Descosificación de los animales en el CC. Español", dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies), vol. 9, nro. 3, 2018. Recuperado de: <https://doi.org/10.5565/rev/da.361>.

(13) LE BOT, Olivier, "Les Grandes Évolutions du Régime Juridique de l'Animal en Europe: Constitutionnalisation et Déréalisation", Revue Québécoise de Droit International, vol. 24, nro. 1, 2011. Recuperado de: <https://doi.org/10.7202/1068304ar>.

proceso paralelo de descuidanización (14). Este último se da a partir de una lógica dual de incluidos/excluidos, que impone una estratificación exclusiva —expulsiva— del sistema para aquellos individuos humanos con escasa calificación laboral y pobre formación educativa (15). Así, el amplio y creciente catálogo de derechos en expansión, incluidos en las constituciones y, por ello, operativos y exigibles jurídicamente para todos los ciudadanos, se produce mientras amplios sectores y colectivos sociales aún no gozan, con estabilidad y consistencia, de los derechos de primera y segunda generación (16). En definitiva, se presenta una paradoja dada por la expansión de derechos más allá de la especie, frente a la falta de ejercicio efectivo de derechos básicos en la comunidad humana.

A partir del contexto descrito, el objetivo de este trabajo es presentar algunas reflexiones en torno al fenómeno de expansión de derechos más allá de las fronteras de la especie humana, en el contexto latinoamericano, marcado por la falta de ejercicio efectivo de derechos humanos. Para ello, en el siguiente apartado se revisa el problema de la insatisfacción de derechos humanos, para luego plantear algunas reflexiones ante la interrogante de si resulta prematuro preocuparse por los demás animales. Finalmente, se presentan algunas conclusiones.

II. El problema de la insatisfacción de derechos humanos

De acuerdo con Naciones Unidas (17), la pandemia por COVID-19 podría incrementar la

pobreza a nivel mundial llegando a afectar a 500 millones de personas más, aumentándola así en un 8%. A ello se suma que es probable que la seguridad alimentaria y el estado nutricional de la población más vulnerable se deteriore aún más debido a las repercusiones socioeconómicas y sanitarias de la pandemia. Por su parte, aun cuando en la actualidad hay suficiente agua dulce para todo el mundo, debido a la mala situación de la economía o a una infraestructura deficiente, millones de personas —la mayoría niños— mueren a causa de enfermedades relacionadas con un abastecimiento de agua, higiene o saneamiento inadecuados. En tanto, el cambio climático constituye hoy uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo, amenazando la producción de alimentos y la ocurrencia de desastres naturales, generando múltiples efectos a una escala sin precedentes. A todo ello se deben sumar las brechas de género, los problemas de la migración y los refugiados, así como la preservación de la paz —basta mirar el conflicto armado que actualmente se desarrolla en Ucrania—, entre tantas otras problemáticas urgentes.

En el ámbito jurídico, y particularmente de los derechos humanos, asistimos a un proceso de consagración de nuevas generaciones de derechos que van mucho más allá de los de primera y segunda generación. Bercholz enuncia aquellos que se preocupan por garantizar en su fase de tercera generación, esto es, la diversidad cultural, la protección del medio ambiente y derecho a un desarrollo sustentable, la conservación del patrimonio cultural de la humanidad, y calidad de vida; en su fase de cuarta generación, el derecho a la información y a su libre circulación, el derecho a la paz y a la intervención de poder legítimo supranacional en los conflictos armados, el derecho a crear un tribunal internacional en casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, el derecho a un mundo multicultural que respete minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, el derecho a la libre circulación de las personas, la igualdad en las condiciones de acceso a las nuevas tecnologías, y el derecho a las telecomunicaciones para el ejercicio de la libertad de expresión e información. A su vez —indica—, ya se debate en universidades, institutos de investigación y foros académicos acerca de los derechos de quinta y sexta generación, como el derecho a la libertad informática y al control

(14) BERCHOLC, Jorge O., "La emergencia permanente del Estado democrático y el control parlamentario: el Parlamento frente a la crisis de la representación política, el decisionismo y la delegación legislativa permanente", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 35, 2009. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3215870.pdf>; BERCHOLC, Jorge O., "Temas de Teoría del Estado", *LA LEY*, 2014, 2ª ed.; BERCHOLC, Jorge O., "Nuevas tecnologías de la información y comunicación: Partidos políticos y sistemas electorales", *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 2021.

(15) BERCHOLC, 2009, ob. cit., p. 428.

(16) BERCHOLC, 2021, ob. cit., p. 12.

(17) Para más detalle, véase: NACIONES UNIDAS, "Desafíos globales", en línea. Recuperado de: <https://www.un.org/es/global-issues/>.

sobre internet y redes sociales, el derecho de acceso a la inteligencia artificial, el derecho a la protección contra la inteligencia artificial, así como la consagración de derechos de las personas no humanas —los demás animales— (18).

Este catálogo —indica Bercholz— amplio y creciente de derechos en expansión, incluidos en las constituciones, se produce contemporáneamente a la pauperización de amplios sectores y colectivos sociales que aún no gozan, con estabilidad y consistencia, de los derechos de primera y segunda generación (19). Esa disfunción —explica—, ocurre en los estados regidos por los mismos sistemas jurídicos e institucionales que abarcan a sujetos colectivos sociales que conviven en disparidad de ejercicio material de esas generaciones de derechos. Así, la situación de exclusión se profundiza ante la falta de recursos de múltiples colectivos sociales, quienes tienen dificultades para insertarse eficazmente en un mercado laboral, cada vez más exigente y competitivo, en materia de demanda de mano obra sofisticada y preparada para las tareas complejas de los sectores posindustriales, de servicios informáticos, financieros y otros emergentes (20).

III. ¿Es prematuro preocuparse por los demás animales?

El fenómeno descrito en el apartado anterior lleva a que quienes luchan por la consagración de derechos en favor de los demás animales sean comúnmente interpelados bajo el argumento de que sería prematuro preocuparse por individuos de otras especies, en un escenario en que aún los derechos humanos se violan sistemática y gravemente. Tales críticas provienen, incluso, por parte de quienes no niegan, en principio, la atribución de derechos en su favor (21). Por ejemplo, Carman se pregunta si “la instauración de siempre renovadas —y cada vez más sofis-

ticadas— fachadas de inclusión de colectivos postergados ¿no ha de ser funcional, una vez más, a la demora *ad infinitum* de la afiliación de los sectores más desfavorecidos de nuestras sociedades aún profundamente desiguales?” (22). En tal sentido, precisa la autora que su principal reparo a la aspiración de extender derechos a los demás animales se resume en la siguiente cuestión: que ello termine legitimando nuevos rounds de opresiones, desigualdad y neocolonialismo hacia los humanos (23).

Preocupaciones como las presentadas, aunque legítimas hasta cierto punto, corren el riesgo de erosionar el carácter indivisible e interdependiente de aquello que entendemos por derechos humanos (24), cuestión que permite descartar la idea de la existencia de jerarquías de derechos. Pero particularmente con relación a la cuestión animal, parecen configurar una especie de prelación entre la tutela de los intereses de los humanos respecto de los demás animales. En otras palabras, dan por sentada la preeminencia de los intereses de la especie humana por sobre todas las otras, a partir de una cosmovisión antropocéntrica. Lo señalado permite comprender por qué en la mayoría de las sociedades actuales los demás animales son considerados como un medio para satisfacer intereses humanos, en otras palabras, no son vistos como miembros de la comunidad moral (25).

(22) CARMAN, María, "El caballito de Boedo y el cartonero sin nombre: un abordaje crítico de los derechos animales", Revista THEOMAI, Estudios críticos sobre Sociedad y Desarrollo, vol. 32, 2015, p. 206. Recuperado de: [http://revista-theomai.unq.edu.ar/NUMERO_32/10_Carman_\(theo32\).pdf](http://revista-theomai.unq.edu.ar/NUMERO_32/10_Carman_(theo32).pdf).

(23) Ibidem.

(24) De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Esto significa que un conjunto de derechos no puede disfrutarse plenamente sin los otros. Por ejemplo, avanzar en los derechos civiles y políticos facilita el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. De igual modo, la violación de los derechos económicos, sociales y culturales puede redundar negativamente en muchos otros derechos. Véase: <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>.

(25) LARA, Francisco & CAMPOS, Olga, "Sufre, luego importa: Reflexiones éticas sobre los animales", Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2015, p. 21.

(18) BERCHOLC, 2021, ob. cit., p. 12.

(19) Ibidem.

(20) Ibidem, p. 13.

(21) POCAR, Valerio, "Derechos de los animales y derechos humanos", Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico, nro. 6, 2009, p. 21. Recuperado de: <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/259/256>.

Pocar explica que la concepción antropocéntrica del mundo —aquella que pone a los humanos en el centro del universo y los considera la medida y fin de toda realidad— pretendió partir el mundo de los seres vivos en dos, al separar a los humanos de una parte y todas las otras especies animales y vegetales de la otra (26). Así, el antropocentrismo es el resultado ideológico del hecho que la especie humana, en cuanto “la más fuerte”, ha sabido dominar a todas las otras. De esta manera, en palabras del autor: “la relación entre humanos y no humanos no es tanto una relación de diferencia natural, sino más bien una relación de poder dirigida inicialmente a la opresión y a la explotación” (27). Es por ello que, para Gómez Francisco, esta separación “humano-no humano” no representa un capricho jurídico ni intelectual, sino más bien la autoconstatación de poder (28). Esto, de acuerdo con Warren, responde a una “lógica de dominación”, es decir, una estructura argumentativa que justifica la subordinación a través del principio de que la superioridad justifica la dominación (29).

El sometimiento de los demás animales encuentra sus raíces en el denominado especismo. Este concepto, acuñado por Ryder (30) y popularizado por Singer en *Animal Liberation* (31), se utiliza para designar el desprecio moral a las especies ajenas y la restricción de la consideración moral y la compasión a la especie propia, la humana (32). En términos simples, el especis-

mo es la discriminación a quienes no pertenecen a una cierta especie (33). De acuerdo con la Real Academia Española (34), el especismo se define como una “discriminación de los animales por considerarlos especies inferiores”, y como la “creencia según la cual el ser humano es superior al resto de los animales, y por ello puede utilizarlos en beneficio propio”.

El especismo y la dominación de la que siguen siendo objeto los demás animales no resulta trivial al ponernos en su lugar. En efecto, múltiples estudios científicos han demostrado contundentemente su sintiencia, así como sus capacidades sensitivas, intelectuales y emocionales (35). Esto nos lleva a la necesidad de reconsiderar drásticamente la forma como actualmente los tratamos en los más diversos ámbitos. A estas alturas ya no es necesario reiterar las denuncias de múltiples investigaciones que muestran el horrendo trato al que miles de millones de animales son sometidos a diario. Basta decir que, para muchos autores, la situación de los demás animales explotados por el ser humano es un infierno (36) o un verdadero Holocausto (37).

Para Ferrajoli, todas las posturas discriminatorias, como el racismo, el clasismo o el sexismo, han sido siempre, antes que la causa, el efecto de persecuciones, opresiones, explotaciones, violaciones y privaciones que se han sustentado

les”, en BALTASAR, Basilio (coord.), *El Derecho de los animales*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 47-65.

(33) HORTA, Oscar, “Un paso adelante en defensa de los animales”, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2017, p. 22.

(34) Véase: <https://dle.rae.es/especismo>.

(35) BROOM, Donald M., “Sentience and Animal Welfare”, CABI, 2014, p. 122; LAMBERT, Helen, CARDER, Gemma & D’CRUZE, Neil, “Given the Cold Shoulder: A Review of the Scientific Literature for Evidence of Reptile Sentience”, *Animals*, vol. 9, nro. 10, 2019. Recuperado de: <https://doi.org/10.3390/ani9100821>.

(36) HORTA, 2017, ob. cit.

(37) PATTERSON, Charles, “¿Por qué maltratamos tanto a los animales? Un modelo para la masacre de personas en los campos de exterminio nazis”, Ed. Milenio, Lleida, 2008; MARTÍN MELERO, Alicia, “Modernidad, humanos y animales. Reflexiones en torno al concepto de Holocausto”, en GONZÁLEZ, Marta I., RIECHMANN, Jorge, RODRÍGUEZ CARREÑO, Jimena & TAFALLA, Marta (coords.), *Razonar y actuar en defensa de los animales*, Catarata, Madrid, 2008, pp. 31-57.

(26) POCAR, Valerio, “Los animales no humanos: por una sociología de los derechos”, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2013, p. 24.

(27) *Ibidem*, p. 138.

(28) GÓMEZ FRANCISCO, Taeli, “Una reflexión crítica sobre la dualidad sujeto-objeto y las consecuencias para los no-humanos”, en GONZÁLEZ MARINO, Israel (coord.), *Aproximaciones Filosóficas y Jurídicas al Derecho Animal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, pp. 17-34.

(29) WARREN, Karen J., “Feminism and ecology: Making connections”, *Environmental ethics*, vol. 1, nro. 9, 1987.

(30) RYDER, Richard D., “Speciesism again: The Original Leaflet”, *Critical Society*, nro. 2, 2010 [1970].

(31) SINGER, Peter, *Animal Liberation: a new ethics for our treatment of animals*, HarperCollins, 1975.

(32) MOSTERÍN, Jesús, “Los derechos de los anima-

en la idea de considerar a ciertos grupos como naturalmente inferiores (38). Al respecto, Foy Valencia explica que el antiespecismo postula que, así como se debe rechazar el racismo o el sexismo —por proclamar la prevalencia de razas o de género— igualmente hay que cuestionar la hegemonía de una especie —la humana— por encima de otras (39).

Lo planteado cobra sentido al recordar que, como el mismo Ferrajoli afirma, “[t]odo el Derecho, en realidad, es ley del más débil, y como tal ha ido avanzando siempre” (40). Esto es así pues los derechos fundamentales se han afirmado siempre como leyes del más débil frente a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia (41). Sin embargo, para los demás animales la “ley del más fuerte” sigue vigente cada vez que por la fuerza los sometemos a nuestra voluntad. En efecto, González Marino y Becerra Valdivia han afirmado que los demás animales siguen siendo víctimas de la violencia estructural creada por los humanos, que están en una posición de ser “los más fuertes” en la relación. En este sentido —indican—, aunque el derecho sea una creación netamente humana, su aplicación y efectos alcanzan a millones de individuos que coexisten con nosotros, justamente porque son sintientes. De ahí que —afirman— la paz, en tanto fin último del derecho, sigue sin alcanzar a los demás animales, sin razones que justifiquen tal exclusión (42).

Pezzetta ha denunciado que, a pesar de la existencia de una enorme bibliografía especializada en ética, teoría política y filosofía del derecho,

(38) FERRAJOLI, Luigi, "Razones jurídicas del pacifismo", Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 134.

(39) FOY VALENCIA, Pierre, "La constitución y el animal: aproximación a un estudio comparado", Foro Jurídico, nro. 13, 2014. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13784>.

(40) FERRAJOLI, 2004, ob. cit., p. 103.

(41) Ibidem.

(42) GONZÁLEZ MARINO, Israel & BECERRA VALDIVIA, Katherine, "Los demás animales como miembros de la comunidad política: superando el antropocentrismo constitucional a través de la paz como fin del Derecho", dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies), vol. 12, nro. 3, 2021, pp. 43-56. Recuperado de: <https://doi.org/10.5565/rev/da.587>.

que fundamentan los derechos para los demás animales, en el campo jurídico su recepción ha sido más bien acotada (43). En efecto, como explica De la Torre Torres, las justificaciones que se esgrimen para negar la reconsideración jurídica de los demás animales son exactamente las mismas que en su momento se esgrimían para intentar impedir el reconocimiento de los derechos de las comunidades afrodescendientes, de las mujeres, de las personas homosexuales, entre otros (44). Es por esto por lo que Pezzetta ha hecho un llamado a desarrollar bibliografía y ofrecer herramientas teóricas que ayuden a interpretar el derecho y crear otro nuevo en favor de los demás animales sintientes. Indica la autora que tenemos una larga tradición de lucha por la igualdad en nuestra región, y que el especismo es la última barrera legal a derribar para construir sociedades más justas (45). Frente a esto, cobran sentido las palabras de Ferrajoli, quien explica que cada conquista de derechos se ha producido siempre como consecuencia de la revelación de una discriminación o de una opresión de sujetos débiles o diferentes, reputada en cierto punto intolerable gracias a luchas y reivindicaciones (46). Este último, es un proceso aún en desarrollo con relación a la problemática animal.

Son múltiples los autores que han fundamentado sólidamente la necesidad de consagrar derechos en favor de los demás animales —por mencionar algunos: Regan (47), Fran-

(43) PEZZETTA, Silvina, "Derechos fundamentales para los demás animales. Especismo, igualdad y justicia interespecies", Lecciones y Ensayos, vol. 100, 2018. pp. 100-101. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/100/derechos-fundamentales-para-los-demas-animales.pdf>.

(44) DE LA TORRE TORRES, Rosa María, "Los fundamentos de los derechos de los animales", Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2021, p. 126.

(45) PEZZETTA, Silvina, "El giro animal: impacto y desafíos para el Derecho Latinoamericano", Revista Chilena de Derecho Animal, nro. 1, 2020, p. 36. Recuperado de: <http://revistaderechoanimal.cl/wp-content/uploads/2020/11/Silvina-Pezzetta-1.pdf>.

(46) FERRAJOLI, 2004, ob. cit., pp. 103-104.

(47) REGAN, Tom, "The Case for Animal Rights", University of California Press, 2004.

cione (48), Rowlands (49), Pezzetta (50), De la Torre Torres (51), entre muchos otros y otras—. Pocar, a partir de una definición de derecho subjetivo como pretensión de satisfacer un interés que expresa una necesidad o un deseo, alimentada por una fuerza suficiente para que sea reconocida y ratificada como un precepto jurídico, considerado vinculante por los miembros de una colectividad, y que se traduce en comportamientos efectivos, aborda la cuestión de los derechos de los demás animales. Al respecto, plantea que para aplicar esta definición a los derechos de los animales hay que comparar dos supuestos, uno teórico y otro empírico. El teórico se relaciona con aceptar el principio de semejanza, en virtud del cual es razonable e incluso preciso que situaciones semejantes se traten de una forma similar: la llamada regla áurea. La aceptación de este principio conlleva que cada vez que un sujeto plantea una determinada pretensión relacionada con una determinada característica suya, y esta se le reconoce y se legitima social y jurídicamente, no se puede razonablemente negar que esa misma pretensión pueda ser planteada por cualquier otro sujeto que posea esa misma característica. Por su parte, el supuesto empírico se relaciona con que tanto los humanos como los demás animales poseen la capacidad de disfrutar y, por sobre todo, de sufrir —la sintiencia—. Por consiguiente —afirma—, si reconocemos la pretensión de los humanos de que sus sufrimientos sean limitados o que puedan justificarse solo en determinadas circunstancias, debemos reconocerles esa pretensión también a los demás animales. Esto vale, ante todo, precisamente para los llamados “derechos humanos” (52).

En esta línea, Lara y Campos explican que cuando se reclaman derechos para alguien se está exigiendo que se le trate con respeto; de esta manera, el propósito de los derechos es salva-

guardar el respeto de los individuos y evitar que sean considerados como recursos. El concepto de derechos está íntimamente ligado al de intereses; así, decir que alguien tiene un derecho es admitir que posee intereses que podrían resultar perjudicados si, por consideraciones de utilidad general, se viola tal derecho. Y para poder tener intereses, cuyo respeto ajeno exigen los derechos, el titular de estos ha de poseer ciertas capacidades cognitivas, sensitivas y racionales con las que determinar si algo satisface o no sus intereses. De esta manera, dado que todos los animales sintientes rehúyen radicalmente el dolor físico y la angustia, parece inexcusable reconocerles un derecho a no sufrir, el cual a su vez puede descomponerse en los derechos más específicos a no ser tratados cruelmente o a no ser confinados en reducidos y estresantes espacios cerrados (53). Esto, sin duda, tiene importantes implicancias prácticas: si los demás animales importan por sí mismos, parece lógico entonces concederles derechos para que sus intereses básicos de no sufrir y/o de vivir predominen sobre deseos tan banales como degustar la carne, vestir con ostentosas pieles, practicar la puntería o disponer en el mercado de geles de baño con nuevos colores y olores (54).

En definitiva, la superación del especismo en tanto forma de discriminación nos lleva a asumir que la protección de los demás animales, así como la consagración de sus derechos, conforman una exigencia tan legítima y necesaria como la tutela de los intereses humanos. Cabe preguntarse entonces si tal exigencia resulta o no prioritaria, al considerar los múltiples derechos humanos aún insatisfechos en la actualidad. Al respecto, Pocar afirma categóricamente que, si de derechos se trata, su reconocimiento no se puede postergar y, en efecto, aplazar el reconocimiento de los derechos significa sencillamente negarlos (55).

IV. Conclusiones

La consideración y trato que damos a los demás animales es una cuestión que remece las bases de nuestras valoraciones éticas. La cons-

(48) FRANCIONE, Gary, "Animals: Property or Persons?", Rutgers Law School (Newark) Faculty Papers, working paper 21, 2004.

(49) ROWLANDS, Mark, "Animal Rights: a defense", Pelgrave Macmillan, 2009.

(50) PEZZETTA, 2018, ob. cit.

(51) DE LA TORRE TORRES, 2021, ob. cit.

(52) POCAR, 2009, ob. cit., pp. 22-23.

(53) LARA & CAMPOS, 2015, ob. cit., pp. 68-69.

(54) Ibidem, p. 74.

(55) POCAR, 2009, ob. cit., p. 21.

tatación de la sintiencia animal, así como de las múltiples capacidades sensitivas, intelectuales y emocionales en formas de vida distintas a la humana han llevado a replantear el estatus jurídico atribuido a los demás animales. Así, lentamente son descosificados y se acercan cada vez más al reconocimiento de su subjetividad.

El progresivo interés por la protección de los demás animales actualmente alcanza incluso la esfera constitucional, por medio de disposiciones que buscan darle una relevancia que tensiona los límites de nuestros propios derechos fundamentales en tanto seres humanos. Así, lentamente, tomamos conciencia de la visión sesgada que implica la cosmovisión antropocéntrica, y empezamos a reconocer a los demás animales como un *otro* que también importa.

Sin embargo, las múltiples, sistemáticas y graves violaciones a derechos humanos que aún persisten —y que atentan incluso contra la vida de millones de congéneres—, nos enfrentan a

la paradoja de avanzar o no en la protección y respeto por las vidas de los demás animales. Al respecto, y desde una mirada no antropocéntrica, los intereses de todos los seres sintientes —humanos o no— son valiosos y, por tanto, establecer jerarquías u órdenes de prelación sería arbitrario e injusto, sobre todo al considerar que en la mayoría de los casos se trata de intereses tan básicos como el de evitar el sufrimiento y la muerte. Así, la respuesta ante la problemática no puede ser elegir a unos por sobre otros, sino, al contrario, avanzar en la búsqueda de nuevas cosmovisiones, paradigmas, enfoques, modelos, formas de vida y maneras de hacer realidad un mundo justo para todos. Esto es así pues “el momento para la justicia, el momento para la libertad, y el momento para la igualdad es siempre, siempre ahora mismo” (56).

(56) Frase del personaje Samantha Booke en: WASHINGTON, Denzel (dir.), "The Great Debaters" [película], The Weinstein Company, 2007.

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

Jurisprudencia de la Corte en materia de competencia judicial ambiental

José Alberto Esain (*)

Federico Zonis (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Metodología.— III. Marco teórico: la teoría del precedente.— IV. Importancia de una teoría de la competencia judicial ambiental.— V. La competencia judicial ambiental.— VI. La interpretación de la Corte sobre el segundo párrafo del art. 7º, Ley General del Ambiente (25.675). Tendencias: centralizante (centrípeta) y descentralizante (centrífuga).— VII. La tesis intermedia.— VIII. Conclusiones.

“Ser bueno es fácil; lo difícil es ser justo”.

Víctor HUGO

I. Introducción

El presente trabajo pretende analizar la actual doctrina de la Corte Suprema en materia de competencia judicial ambiental.

Consideramos que los conflictos de competencia son un factor fundamental de la demora en los procesos judiciales ambientales y en esto radica la importancia de su estudio.

Existen antecedentes de sistemas de protección del ambiente hasta en el siglo XIX, pero se puede decir que en 1994 ha nacido formalmente —con la introducción de la cláusula ambiental constitucional— la materia en la Argentina. El sistema se consolida en 2002 con la sanción de la ley 25.675 General del Ambiente (1) (LGA en adelante).

(*) Máster en derecho ambiental (Univ. del País Vasco). Titular Cátedra Derecho Ambiental (Univ. Fasta Mar del Plata).

(**) Abogado. Especialista en Derecho Ambiental (UBA). Especialista en Derecho Ambiental y Globalización (Univ. de Castilla La Mancha - Toledo [España]). Doctorando (UBA).

(1) Para un comentario de la ley 25.675 se puede consultar ESAIN, José Alberto, "Ley 25.675 General del

Ricardo Lorenzetti afirma que, cuando analizamos a nivel macro lo que ha pasado desde la Revolución Industrial hasta ahora, hay tendencias que son dramáticas. Estamos evolucionando desde el equilibrio al desequilibrio. Es decir, la naturaleza es un sistema muy delicado y debido a la acción humana constante, ha perdido su equilibrio. Y esto tiene un impacto muy directo en todo (2).

La competencia judicial ambiental no es una temática menor, pues se refiere a conocer el órgano judicial con jurisdicción y competencia para resolver conflictos en la materia. Podríamos decir que existe un subsistema de la competencia judicial que se ve atravesado por la necesidad de mayor celeridad en estos litigios.

Intentaremos desarrollar y clarificar cual es la teoría actual en aplicación por la Corte Suprema con relación a la competencia judicial de los casos ambientales.

Ambiente, comentada concordada y anotada", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

(2) LORENZETTI, Ricardo. Discurso "El Nuevo Enemigo", Universidad de Buenos Aires, 2022.

II. Metodología

Consideraremos en primer lugar el marco teórico representado por la doctrina del precedente, dado que estamos ante un aporte enfocado en verificar, acopiar, ordenar y clasificar sentencias de la Corte vinculadas al tema.

En un segundo apartado analizaremos las normas referidas a la competencia judicial ambiental. En tercer lugar, acometeremos las sentencias, comenzando por los antecedentes hasta lo que consideramos el desembarco de la “doctrina intermedia” (que balancea niveles de descentralización y centralización en nuestro federalismo).

El foco lo pondremos en la evolución temporal de dicha tesis, su origen, adolescencia y consolidación desde el año 2019 con la sentencia “Fernández” y el advenimiento del elemento cuencas hídricas.

Se trabajará con base en un método de análisis jurídico, desde la perspectiva de las ciencias sociales, cualitativo, basado en la tradición de la dogmática jurídica. El método científico —en la concepción que nos sirve— es el procedimiento a través del cual ponemos a prueba las hipótesis, examinando la mejor evidencia disponible a favor o en contra de ellas (3).

Aplicaremos al presente el método de caso adaptado a un sistema como el nuestro. Recordemos que el método del caso se planteó —en su origen— en el sistema anglosajón. En nuestro país se enfoca en el estudio del derecho positivo y no de nuestra jurisprudencia. Nuestros jueces no crean derecho, solamente lo interpretan (4).

III. Marco teórico: la teoría del precedente

Emprenderemos un estudio breve pero orientado a describir y analizar —de modo estructu-

(3) CONDOMÍ, Alfredo Mario, "La cuestión metodológica acerca del derecho como objeto de conocimiento", en Sistema Argentino de Información Jurídica el 16 de abril de 2020 en www.saij.gob.ar.

(4) CASTAÑOS CASTRO, Paula, "El método del caso aplicado a las ciencias jurídicas", Universidad de Málaga, 2015.

ral— una serie de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas a un tema específico —competencia judicial ambiental— para establecer pautas básicas comunes. Entendemos que desde aquellas podemos predecir cómo se resolverán en el futuro casos que se presenten con esta misma configuración fáctica y jurídica. El marco teórico que permite dotarnos de lógica es el de la *fuerza jurisprudencial*, con especial relevancia de la *doctrina del precedente*.

Dice Cueto Rúa que son fuentes del derecho aquellos datos sociales perceptibles, a los que se acude para encontrar en ellos criterios de inspiración o de corroboración que permitan una actuación objetiva de los órganos de aplicación. Los órganos de la comunidad buscan apoyo para sus determinaciones subjetivas. Necesitan convencerse de que la conclusión lograda no solamente es satisfactoria para ellos, sino que ha de resultar satisfactoria para los integrantes del grupo social (5).

Como explica Alf Ross: “Se puede dar por sentado, con certeza, que los precedentes, esto es, las decisiones anteriores, han desempeñado siempre un papel importante en la decisión de una controversia ante un tribunal. El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. Aparte de que proceder así le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad, este motivo está estrechamente relacionado con la idea de justicia formal, que en todos los tiempos parece haber sido un elemento esencial de la administración de justicia: la exigencia de que los casos análogos reciban similar tratamiento, o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general. Por otra parte, pueden darse razones de peso para romper con prácticas anteriores. Particularmente bajo condiciones sociales cambiantes y en relación con áreas del derecho en que la legislación no ha interferido todavía para actualizar las normas. En tales circunstancias, atribuir demasiado valor al precedente será considerado como formalismo, como un énfasis excesivo en las

(5) CUETO RUA, Julio César, "Fuentes del derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 123.

exigencias de justicia formal a expensas de la 'equidad' material" (6).

Analiza Galgano que el juez ya no puede ser, como lo había pensado Montesquieu, *la bouche qui prononce les paroles de la loi*; la sociedad moderna, se ha escrito, "debido a su complejidad tiene necesidad de un derecho positivo estructuralmente variable", y "deben crearse presupuestos institucionales". Continúa diciendo que los jueces del *civil law* suelen repetir que ellos no hacen más que aplicar la ley, excluyendo así toda "función creativa" del derecho. Si bien en el ámbito de un sistema de derecho legislativo el juez, en rigor, está vinculado a la ley; la jurisdicción es *función creativa* del derecho, y no solamente *aplicación* del derecho producido por ley (creación del derecho no en el sentido kelseniano) (7).

Como explica el autor italiano, estamos en una crisis de la ley, pero de calidad, no de cantidad. Se está produciendo un fenómeno de descodificación con la creación de microsistemas.

Finalmente, el derecho de creación judicial es, por su naturaleza, un *case law*, que difiere del derecho de creación legislativa debido a que es derecho creado a partir de un caso concreto, como *ratio decidendi* de una específica controversia. Una vez que se ha formado con la repetición de decisiones análogas una orientación jurisprudencial constante sobre el examen y sobre el debate procesal de casos concretos, estos repetidos pronunciamientos valdrán como precedentes que ejercen una eficacia preceptiva con relación a los jueces que serán posteriormente llamados a pronunciarse, sin importar si es por defecto de un vínculo formal, como en el *common law*, o por su fuerza persuasiva, como en el *civil law* (8).

III.1. La teoría del precedente

El aporte que proponemos se afina en la doctrina del precedente, pues intenta ordenar

(6) ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Eudeba, Buenos Aires, 2006, p. 82.

(7) GALGANO, Francesco, "La Globalización en el espejo del derecho", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

(8) GALGANO, Francesco, ob. cit.

sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionadas a competencia judicial en materia ambiental.

Como explica Florencia Ratti, "la 'doctrina del precedente' se forma por el conjunto de reglas que especifican qué valor tiene y cómo debe ser aplicado el precedente judicial en un ordenamiento jurídico determinado. Incluye los criterios necesarios tanto para el reconocimiento y la invocación de los precedentes como para su modificación o abandono. Con frecuencia, también señala cómo deben resolverse las posibles contradicciones (9)" (10).

La regla del precedente puede ser horizontal o vertical. La primera se refiere —en términos generales— a definir si el órgano judicial (en nuestro caso la Corte) está obligado o no a seguir sus sentencias, en qué casos puede modificarlas y en qué condiciones o requisitos. En el segundo caso se considera el seguimiento o no de las sentencias por los tribunales inferiores de los superiores, en nuestro caso la Corte.

En el caso del Alto Tribunal, Alberto Garay resume el esquema del siguiente modo: "la Corte Suprema fue desarrollando un modo de justificar sus decisiones que pondrá especial énfasis en: (i) el análisis de las semejanzas o diferencias de los hechos que caracterizan al precedente y al caso a resolver; (ii) distinguir lo resuelto en un caso o varios anteriores (*holding* o *ratio decidendi*) de lo dicho en él o ellos al pasar, sin mayor elaboración o de manera genérica o sobreabundante (*obiter dictum*); (iii) si ella y los tribunales inferiores deben obediencia a la regla del precedente (*stare decisis*) y, eventualmente, en qué situaciones se autorizaría su abandono (*overruling*); (iv) si una sentencia que inaugura un apartamiento jurisprudencial o una novedosa declaración de inconstitucionalidad puede limitar su aplicación retroactiva (*prospective overruling*)" (11).

(9) NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, "Precedente en materia de hechos", en Revista de Derecho, XXXI, Valdivia, 2018, p. 55.

(10) RATTI, Florencia, "El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", en Revista Jurídica Austral, Vol. 1, N 2 (diciembre de 2020), p. 586.

(11) GARAY, Alberto F., "La Corte Suprema y el uso de sus precedentes", LA LEY, 2019-F, 772.

Daremos utilidad a ambas versiones de la doctrina del precedente. En primer lugar, porque consideraremos importante acumular una serie para desde ella hilvanar una jurisprudencia, descubriendo aspectos comunes, interpretándolos. Esto, siguiendo la *tendencia horizontal*, nos permitirá predecir la actuación de la propia Corte en casos futuros en este tema.

La utilidad práctica *vertical* se desperdigará mediante la doctrina del *stare decisis*. Recordemos que, ante la ausencia de normas expresas, la doctrina del precedente se ha ido delineando a través de la jurisprudencia de la Corte. Ella nunca reconoció una obligación *estricta* de seguimiento de sus precedentes por parte de los tribunales inferiores, al modo del *stare decisis* vertical en el *common law* (12). En aquellos casos en los que asumió una postura más cercana al seguimiento de sus precedentes, esto fue sobre la base del reconocimiento de un deber moral o del respeto de su autoridad institucional, dejando abierta la posibilidad de que los tribunales inferiores se apartasen (ante determinadas circunstancias) (13).

Hemos dicho que “en materia ambiental esta doctrina no cambia demasiado por influencia del bien jurídico, y ella significará que los criterios de la Corte obligan al seguimiento y los jueces inferiores solo pueden apartarse de un precedente ambiental aportando nuevos elementos” (14).

Dicho ello, nos parece importante señalar que en los casos ambientales —principalmente los resueltos por nuestra Corte Suprema— se podría aplicar un sistema cercano al inglés, donde existe una “naturaleza fuertemente coercitiva” que proviene de la práctica judicial según la cual este derecho “se basa principal-

mente en el *case law* o derecho de origen jurisprudencial” (15).

III.2. Teoría de la decisión judicial

Ricardo Lorenzetti entiende que debe existir un orden en el razonamiento judicial, y este debe ser sucesivo: primero aplicar la deducción de reglas válidas; segundo controlar ese resultado conforme a los precedentes, al resto del sistema legal y, a las consecuencias; tercero —y si quedan problemas, porque estamos ante un caso difícil— se debe aplicar la solución basada en principios; cuarto, si hubiere paradigmas que definen la solución, deben ser explicados y se debe procurar su armonización (16).

Explica que luego de haber encontrado la solución de un caso derivada de la deducción de una regla, cabe preguntarse si la tarea está concluida, o si hay que dar un segundo paso; que sería mirar hacia atrás (elemento de consistencia), el que obliga a mirar hacia atrás, hacia los precedentes judiciales que establecieron reglas jurídicas para casos con elementos de hecho similares. Luego mirar hacia arriba (elemento de coherencia), con el resto del sistema jurídico. Por último, mirar hacia delante (elemento consecuencialista), consecuencias generales jurídicas o económico sociales que puede producir la decisión en el futuro (17).

El juez crea la norma del caso, y en ese acto conecta el caso al sistema, y se elabora una norma jurídica individualizada, cuyas reglas de producción deben ser respetadas; hermenéutica de *concretización*. Como afirma dicho autor, el paradigma ambiental es el más novedoso, ya que aún está en proceso de maduración, pero tal vez sea la más profunda transformación que se produzca en los próximos años (18).

III.3. Justicia social ambiental

En el marco del Congreso Mundial sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibili-

(15) CROSS, Rupert - HARRIS J. W., "El precedente en el Derecho inglés", Marcial Pons, Madrid, 2012.

(16) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.

(17) *Ibidem*.

(18) *Ibidem*.

(12) El *stare decisis* vertical implica, en el *common law*, que solo la Corte puede dejar de lado sus propios precedentes, mientras que los tribunales inferiores están siempre obligados a seguirlos. Cfr. Ramos v. Louisiana, 590 U.S. (2020), nota al pie 5 del voto del Justice Kavanaugh en la *slip opinion*.

(13) RATTI, Florencia, "El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", *ob. cit.*, p. 589.

(14) ESAIN, José Alberto, "Ley 25.675 General del ambiente, comentada, concordada y anotada", *ob. cit.*, p. 694.

lidad Ambiental celebrado en Brasil en el año 2013 se trabajó el concepto de *justicia ambiental* que podríamos resumir como “la existencia de un nexo de interdependencia entre la sostenibilidad, la justicia social, la gobernabilidad y el derecho”. La *justicia social ambiental* trata de la distribución de los impactos de la degradación ambiental y del peso de la mitigación entre varios sectores de la sociedad (19).

Afirmaron en este marco que la relación entre *justicia* y *sostenibilidad* se da, pues esta última trata sobre la búsqueda del bienestar humano ahora y en el futuro; y este bienestar no es posible cuando falta un sentido dominante de justicia y equidad. Es fundamental remarcar la importancia del factor social en estos casos, por lo que la *justicia social ambiental* requiere que los efectos de la degradación ambiental no sean soportados desproporcionadamente y que los beneficios de la regulación no sean solo beneficios para algunos sectores de la población.

Se propuso en el marco de ese Congreso Mundial que para aumentar la efectividad de los sistemas de gobernanza ambiental debemos tener presente que “la ley es tan buena como lo es el juez o las instituciones encargadas de hacerlas cumplir” (documento, *Reunión preparatoria de justicia ambiental*, Buenos Aires, 2011). Una efectiva *gobernanza ambiental* reposa en instituciones justas, equitativas y transparentes; asimismo de oportunidades adecuadas para el acceso a la justicia y la participación pública en el proceso de toma de decisiones.

Finalmente, fue en la Declaración Sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental Presentada a la Conferencia RÍO+20 se remarcó la necesidad de contar con una judicatura e instancias judiciales independientes. Se expuso acerca de cómo la justicia ambiental cumple un rol fundamental para la sostenibilidad, cuando las decisiones se adoptan de manera participativa y protege a los grupos más vulnerables frente a repercusiones desproporcionadas.

(19) Congreso Mundial sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental; Brasil 17-20 de junio, 2013.

IV. Importancia de una teoría de la competencia judicial ambiental

Entendemos que la importancia de la construcción de una jurisprudencia en materia de competencia judicial ambiental radica principalmente en la conformación de una teoría clarificadora, cuyo efecto principalmente se verá reflejado en la menor duración de los procesos judiciales en dicha materia.

Analizaremos esto en un contexto de *estado de derecho procesal ambiental*, como forma de interpretación de todas estas cuestiones vinculadas a la competencia judicial y el acceso a la justicia.

Hemos dicho que “es necesario ir más allá del Estado social de derecho, para alcanzar objetivos universales, mundiales, globales, intergeneracionales. Esto sumará al modelo social la tesis de las obligaciones positivas, prestacionales, un modelo que pretende mejorar las condiciones existenciales”. “Es que el ambiente, a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales clásicos (DESC, en adelante), es un derecho con otra silueta. Por un lado, obliga al Estado a una serie de actividades promotoras del goce de este bien colectivo, pero además muchas de las medidas de protección terminan reflejando límites a actividades u otros intereses jurídicamente relevantes, como el derecho al trabajo, a la industria” (20). “La calidad de la democracia debe medirse no solo en el efectivo goce de los derechos civiles y políticos, sino también en la totalidad de los derechos del ciudadano y en general de aquellos que corresponden a los habitantes de la Nación”. “La eficacia ambiental de un Estado está dada por el efectivo y real dere-

(20) ESAIN José Alberto "El Estado ambiental de derecho", Revista Juris Plenum Direito Administrativo, Agustín Flávio (Editor), Editora Plenum, Año IV, n. 13 (jan./mar. 2017), Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2017; ESAIN, José Alberto, "El Estado ambiental de derecho" en CAFFERATTA Néstor (dir.), IRDA, Abeledo Perrot; ESAIN, José Alberto, Ponencia "Estado ambiental de derecho" del 6 de octubre de 2016 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (organizada por el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales; y la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Secretaría de Extensión) y conferencia en el Foro de Abogados de San Juan, "El Estado ambiental de derecho" organizado por el Instituto de Derecho Constitucional y el Instituto de Derecho Internacional.

cho de los ciudadanos a gozar de un ambiente sano y equilibrado". La forma en que se protege el ambiente a través de las diferentes expresiones del Estado de derecho serán componentes esenciales del sistema (21).

Ricardo y Pablo Lorenzetti describen al estado de derecho ambiental como la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental (22). Gonzalo Sozzo agrega la preocupación por la falta de eficacia del derecho ambiental y su debilidad vinculada directamente con la dificultad para cruzar el umbral del derecho privado (23). Conghos lo analiza respecto a la armonización de los derechos de primera con los de tercera generación (24); Marchesi —en un sesudo aporte— lo hace poniendo foco en la implementación y el desarrollo de los instrumentos de gestión ambiental (25). Son todas diversas caras de la misma moneda.

Como hemos estudiado en la causa "Majul" y en relación a los casos complejos, no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (26).

(21) ZONIS, Federico, "La calidad de las democracias y la eficacia del derecho ambiental", SJA 09/02/2011, también en CAFFERATTA, Néstor, "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", Tomo II: textos completos, La Ley, 2012, ps. 625/634.

(22) LORENZETTI, Ricardo Luis, LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", Rubinzal Culzoni. 2018.

(23) SOZZO, Gonzalo, "Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado", Rubinzal Culzoni. Año 2019.

(24) CONGHOS, Eduardo, "Ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes y derechos de incidencia colectiva ambiental. armonización", IRDA nro. 43, ps. 179 y ss.

(25) MARCHESI, Guillermo, "Instrumentos de política y gestión ambiental: estado actual a 20 años de la ley general del ambiente", en ESAIN José Alberto (dir.), LA LEY, 2022-F, 419.

(26) ZONIS, Federico, "El fallo 'Majul': Hacia una Justicia Ecológica", TR LALEY AR/DOC/104/2020; comentando la sentencia CS, Fallos 329:3493.

Esto nos plantea el desafío de estudiar este tópico bajo un prisma que moldeará y adaptará cuestiones de derecho procesal a los principios más modernos.

V. La competencia judicial ambiental

La Argentina adopta para sí la forma federal de Estado en el art. 1° de su Constitución Nacional, lo que implica —como lo describían los americanos— "doble plano constitucional; por un lado, la Constitución de la Unión y por el otro la Constitución de los Estados", es decir, una "doble acción de gobierno", con normas centrales válidas para todo el territorio nacional y normas locales, solamente válidas para partes de este, los Estados miembros (27).

Para esa estructura paralela o gobierno dual, los constituyentes argentinos pergeñaron —siguiendo el modelo americano— dos órdenes judiciales: federal y locales. Como dice Ricardo Haro, "si existe un Estado federal con un derecho federal que lo configura y un gobierno federal que lo conduce, es imposible pensar que este gobierno federal pueda manifestarse en los poderes ejecutivo y legislativo federales, careciendo mutiladamente de un poder judicial federal que, como tal, es precisamente la garantía última, que asegura la vigencia y supremacía del derecho federal y con él, tanto de los derechos deberes y garantías de las personas y grupos sociales, como de las atribuciones que por delegación de las provincias, ejerce el Estado federal a través de su gobierno" (28).

En cuanto a la forma en que se dividen la intervención de uno y otro orden en materia ambiental, lo que sucede es que, con la reforma de 1994 se ha adoptado un novedoso sistema tripartito, pues el Constituyente recepta para las tres funciones de nuestro Estado, diferentes niveles de descentralización. Para la *función de legislar la concurrencia complementaria*, lo que implica que ambos órdenes regular la misma materia —"protección del ambiente"— el nacional con normas de presupuestos mínimos (básicas) y los provinciales con normas com-

(27) ESAIN, José Alberto, "Competencias ambientales", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 712/713.

(28) HARO, Ricardo, "La competencia federal", Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 26.

plementarias. Para la *función de administrar* la competencia es *local*, siendo la autoridad nacional competente solo en cuestiones interjurisdiccionales (29).

Para la *función judicial* el constituyente histórico ha seguido la pauta del art. 121 CN siendo una materia de las delegadas a los órdenes locales. En desarrollo de estas pautas, la Corte dictó sentencias históricas en el siglo XIX: "Plaza de Toros" (13/4/1869) (30), "Saladeristas Podestá" (14/5/1887) (31) en donde se resuelve que el ejercicio del poder de policía de uso de animales en espectáculos públicos o de salud pública ambiental es de competencia de la justicia local. La otra fase de esta doctrina, la excepción, tiene correlato en materia de pesca marítima —bien entrado el siglo XX— en "Harengus SA" (19/4/1994) (32) donde se sienta el principio de la intervención de la justicia federal en cuestiones interjurisdiccionales ("Resulta impropio segmentar la jurisdicción, toda vez que la actividad pesquera, por su naturaleza y por el ámbito en que se ejerce, no tolera un limitado continente geográfico como podrían ser los límites interprovinciales").

V.1. La cláusula ambiental constitucional (art. 41 CN) y su influencia en la competencia judicial

Con la reforma de 1994 aparece la cláusula ambiental y la nueva competencia en materia legislativa que hemos mencionado, que dispone para la función judicial una pauta similar a

(29) Para profundizar la competencia administrativa resulta altamente recomendable la lectura de CAFFERATTA, Néstor (dir.), CAFFERATTA, Néstor - LORENZETTI, Pablo - RINALDI, Gustavo - ZONIS, Federico, "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", La Ley, Buenos Aires, 2012 ps. 65/130; ESAIN, José Alberto, "La teoría de la autoridad de aplicación de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental", LA LEY 06/04/2021, 1/11; ROSATTI, Horacio D., "Derecho ambiental constitucional", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 99/140.

(30) CS, "Empresa Plaza de Toros c/ Gobierno de Buenos Aires", 29/01/1869, Fallos 7:150.

(31) CS, "Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y Otros c. Provincia de Buenos Aires", 14/05/1887, Fallos 31: 273.

(32) CS, "Harengus SA c/ Santa Cruz, Provincia de s/ Inconstitucionalidad (Ley Pro. 2144)", 19/04/1994, Fallos: 317:397.

la de los códigos de fondo (art. 75.12 CN), es decir, competencia local y, excepcionalmente federal, en los casos reglados por el art. 116 CN. Esto significa que, a pesar de que el origen de las normas de *presupuestos mínimos es nacional*, dichos cuerpos serán aplicados —junto a las normas complementarias provinciales— por los *jueces locales*. Solo intervendrán los jueces nacionales, en *razón de la materia*, si el caso está directamente referido a la Constitución, los tratados, las leyes de la Nación (excepto los Códigos de Fondo y ahora agregamos los PMPA), las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; en razón de las personas (si es parte la Nación, o si existe algún supuesto por vecindad de los enumerados en el art. 116 CN) o por razón del lugar si el conflicto se suscita en lugares sometidos a intervención del Gobierno Nacional como los establecimientos de utilidad nacional (art. 75.30 CN).

La jurisprudencia galvaniza estas pautas en el *leading case* "Roca Magdalena" (33) donde se dice: "Que ello trae aparejado que sean las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la provincia de Buenos Aires las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente. En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación 'dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección', reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (artículo 41, tercer párrafo, Constitución Nacional)" (consid. 7). Este caso, "Roca Magdalena", posee un *factum* con varios ingredientes interjurisdiccionales e internacionales (34), pero, sin embargo, la resolu-

(33) R 13 XXVIII "Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/inconstitucionalidad", sentencia del 16.05.1995, Fallos: 318:992

(34) En ella se solicitaba la inconstitucionalidad de la

ción decide la intervención de la justicia provincial, en un criterio descentralizador.

V.2. Subtema: persecución de delitos de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos

Otro expediente en esta materia lo comporta la jurisprudencia por la persecución de los delitos incluidos en la ley 24.051 de residuos peligrosos. Recordemos dicho cuerpo normativo, con relación a sus normas penales (arts. 55 y 56) dispone la competencia federal (art. 58). El interés federal que da base a dicha norma se justifica en el debate parlamentario de la ley, por cuestiones de salud pública.

La Corte en una primera etapa allá por el año 1993 dicta una serie de sentencias que consideraban las causas derivadas de los arts. 55 y 56 de la ley como de competencia federal por influencia del art. 58, sin más (35). Dicha doctrina cambia en una segunda etapa, el 15 de febrero

ley provincial 11.366, por medio de la cual la demandada homologó un convenio celebrado entre el entonces gobernador de la Provincia y la empresa "Corporación Defensa Costera -Codeco-", con el fin de que se construyese una muralla de 30 kilómetros sobre el Río de la Plata desde el arroyo Sarandí hasta la divisoria de los Partidos de Berazategui y Ensenada. El objetivo era detener las inundaciones por las crecidas en los partidos de Berisso, Ensenada en épocas de sudestada. Estamos ante un caso en que podrían afectarse aspectos del Tratado del Frente del Río de la Plata, entre otros temas interjurisdiccionales.

(35) CS, "Inhibitoria planteada al Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora", 19/10/1993, Fallos: 316:2374; CS, "Carabajal, Apolinar s/ denuncia infracción a la ley 24.051", 10/05/1994, Fallos: 317:496; CS, "Forbat SRL. c/ SENASA s/ apelación resolución n° 1014/92", 10/05/1994, Fallos: 317:486; CS, "Sumario averiguación presunta infracción ley 24.051 - denunciante APESUP. expte: n° 445/93", 13/10/1994, Fallos: 317:1332; CS, "Gradín, Jorge Vicente s/ inhibitoria", 28/02/1995, Fallos: 318:244; CS, "Zamora, Federico s/ denuncia infr. a la ley 24.051", 18/07/1995, Fallos: 318:1369; CS, "Melazo, César Ricardo s/ denuncia infracción a la ley 24.051", 31/10/1995, Fallos: 318:2118; CS, "Guzmán, Florencio Hilario y Núñez, José Rodolfo s/ denuncia infr. ley 24.051", 10/10/1996, Fallos: 319:2383; CS, "Petrofer SA s/ infr. ley 24.051", 10/02/1998, Fallos: 321:167; CS, "Contaminación Arroyo Sarabdi s/LEY 24051 -CAUSA N° 125/98", 02/12/1999, Fallos: 322:2996. Para un análisis de estas sentencias ver ANDORNO, Luis - CAPELLA, José Luis - CAFFERATTA, Néstor, "Jurisdicción provincial, nacional y compartida - Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia Ambiental", en ED 24.8.2001, p. 5.

del 2000 con la sentencia "Lubricentro Belgrano" (36), donde se interpreta que no ha quedado probado que se hubieran afectado bienes, personas, o ambiente fuera de los límites de la provincia, supuestos en los que excepcionalmente intervendría la justicia federal, por lo tanto, la causa es de competencia provincial. El cambio de criterio obedece a la influencia que provoca la reforma de 1994 y al tercer párrafo del art. 41 CN que regla la necesidad de no alterar las jurisdicciones locales (37). A dicha resolución le siguieron otras (38). En este segundo período la Corte sigue el precedente "Lubricentro Belgrano" en la persecución penal de los delitos de la ley 24.051 decidiendo que la regla general es la competencia provincial y solo excepcionalmente corresponde la competencia federal en los casos en que el conflicto tenga efectos más allá de una sola jurisdicción (en estos últimos casos con cita del art. 58 ley 24.051) (39) (40).

(36) CS, "Lubricentro Belgrano s/ infr. ley 24.051", 15/02/2000, Fallos: 323:163.

(37) Dice el dictamen de la Procuración: "La intención del legislador, puesta de manifiesto en el debate parlamentario de la ley 24.051 a través de los senadores Saadi de Dentone, Vaca y Brasesco, fue la de respetar las atribuciones de las provincias para dictar normas de igual naturaleza, intención que quedó plasmada en la redacción final del artículo 67 de la ley (ver antecedentes parlamentarios de la ley 24.051, La Ley, 1996, pág. 1864/67). A partir de estas consideraciones y en función de un análisis armónico de las normas que rigen la cuestión con el artículo 41 de la Constitución Nacional, que atribuye a la Nación la facultad 'de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales', opino que corresponde declarar la competencia de la justicia provincial para entender en esta causa."

(38) CS, "Fiscalía N° 1 - Octavio A. Sequeiros s/ denuncia", 13/05/2003, Fallos: 326:1598. Otras sentencias son: CS, "Da Rocha s/ denuncia ley 24.051 - ATANOR SA", 19/12/2000, Fallos: 323:4092; CS, "Costa, Ricardo J. s/ instrucción - c/68.736", 26/02/2002, Fallos: 325:269.

(39) CS, "Gutiérrez, María Beatriz s/ dcia. infr. art. 202 C.P. e infr. ley 24.051 art. 55", 20/03/2003, Fallos: 326:915.

(40) Para analizar la evolución jurisprudencial ver PAYÁ, Horacio, "La competencia judicial para entender en los delitos previstos en la ley 24051", en Suplemento de Derecho Ambiental Lexis Nexis, número 2, Buenos Aires, 2005, ps. 137/142; JARQUE, Gabriel Darío, "Competencia Federal en Materia Penal Ambiental, Fundamentos, legislación y jurisprudencia", en Supl. LA LEY Derecho Ambiental, del 26 de diciembre de 2003, ps. 11/12.

Durante un largo período de tiempo el sistema de la ley 24.051 funcionó independiente del genérico de causas ambientales, incluso luego del año 2002 cuando comienza a regirse por el art. 7° LGA.

V.3. El art. 7°, ley 25.675 General del Ambiente

Tomaremos como base del presente análisis un trabajo anterior que no citaremos entre comillas para hacer la lectura más cómoda (41). Allí decíamos que la ley 25.675 General del Ambiente, mediante el art. 7° como norma de coordinación, crea un supuesto de competencia federal para los casos de contaminación de recursos naturales interjurisdiccionales. Dice el art. 7° LGA: "*Competencia judicial*: La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal".

Se crea un supuesto de intervención de la justicia federal en razón de la materia: casos de efectiva degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales. Es un supuesto creado por el legislador que debe interpretarse de modo restrictivo, fundado en la existencia de un interés federal directo en la materia legislada, que tiene que ver con la competencia del Gobierno Nacional en materia de comercio interjurisdiccional.

La fuente y base del art. 7° LGA resulta ser el tercer párrafo del art. 41 CN que sigue el sistema que la propia Constitución preveía históricamente para los Códigos de fondo (art. 75 inc. 12 CN) desde la reforma de 1860. Como consecuencia de ello el principio general es atribuir competencia a los tribunales provinciales como sucede con los códigos (por aplicación de la voz "sin alterar las jurisdicciones locales").

(41) Tomamos como base del análisis del art. 7° LGA el trabajo ESAIN, José Alberto, "La competencia judicial ambiental en el artículo 7 de la ley general del ambiente", en IRDA, Abeledo Perrot, número 31, Buenos Aires, julio - noviembre 2012 y ESAIN, José Alberto, "Ley 25.675 General del Ambiente, comentada concordada y anotada", ob. cit., t. I, comentario al art. 7.

La justicia federal actuará en materia *interjurisdiccional*, también como consecuencia directa del sistema pergeñado por el constituyente en la llamada cláusula de comercio (art. 75.13 CN). El meollo de la competencia federal estará en la presencia de este *interés federal suficiente*.

Podemos esquematizar el espacio normativo diciendo que desde la sanción de la ley general del ambiente y a partir de lo reglado por su art. 7° LGA la competencia judicial en materia ambiental tendrá una doble intervención:

a. *en la generalidad* de los casos será llamada a intervenir la *justicia provincial*;

b. *excepcionalmente*, en los supuestos de *efectiva degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales*, será el fuero *federal* el que entenderá.

Si la regla general —como sucede siempre en materia de competencia judicial— es la intervención de la justicia provincial (arts. 7° LGA, 121 y 116 CN), debemos prestar atención a los elementos que activan la competencia federal judicial ambiental (art. 116 CN y segundo párrafo art. 7° LGA) y particularmente la derivada de este art. 7° LGA. Lo problemático estará allí, ya que todo aquello que no sea alcanzado por esa parcela será provincial. El meollo del asunto es la interpretación de ese segundo párrafo. A ello se ha dedicado la jurisprudencia que analizaremos.

La activación del segundo párrafo del art. 7° LGA y de la competencia federal judicial ambiental, se compone de dos elementos:

- dinámico, activo: la efectiva degradación o contaminación;

- estático, pasivo: el recurso ambiental interjurisdiccional.

Respecto al primero de los dos elementos, la intervención del fuero federal no se da —según el art. 7° LGA— en cualquier caso, sino cuando exista *efectiva degradación o contaminación*. *A contrario sensu*, podríamos decir que no se activa la competencia federal ante una *posible o potencial* contaminación, sino que se exige que ella se dé en un grado más importante: la *efec-*

tividad, una concretización del elemento fáctico que resulta mucho más consolidada que la mera *posibilidad potencial*.

Al estudiar la jurisprudencia de nuestra Corte, observaremos que existe divergencia respecto a esa *efectividad* y su *modo de acreditación*. Siguiendo con el primer elemento (el dinámico), este exige la *degradación* o *contaminación*. En cuanto a la *degradación* se debe considerar que ella importa la “transformación de una sustancia compleja en otra de estructura más sencilla”; mientras que la *contaminación* es la acción de “alterar nocivamente la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos” (42). De los dos conceptos surge un elemento común: ambos implican cambiar una sustancia por otra, “transformación” dice el primero, “alteración” el segundo. La diferencia radica en que mientras la *degradación* pone énfasis en que la nueva sustancia será una versión de estructura más sencilla, en cambio, en la contaminación, la alteración es calificada como *nociva*, con pérdida de sus condiciones “normales” o de “pureza”. Ambos elementos son alcanzados por el art. 7° LGA.

El segundo elemento —el estático— lo representa el *recurso ambiental interjurisdiccional* que debe ser objeto de la *efectiva degradación* o *contaminación*. Será el factor determinante del *interés federal suficiente* que hace *obligatoria e inderogable* la intervención de la justicia federal. Mientras esto no suceda, la competencia quedará sellada en la justicia provincial.

La interjurisdiccionalidad implica pluralidad estatal; y ella puede surgir, porque la contaminación a) *se emplaza* o b) *traspasa*, más de una jurisdicción (43). Es decir, existen dos tipologías de interjurisdiccionalidad:

a) *Por la localización*: el espacio *directamente* ocupado por la contaminación es compartido por más de una jurisdicción.

b) *Por los efectos*: el espacio ocupado por la contaminación pertenece a un solo Estado, pero

luego se produce el traslado de los elementos nocivos más allá de los límites de la jurisdicción.

Para saber si existe alteración de sistemas ambientales y luego analizar si ellos se extienden más allá de una provincia o más allá de las fronteras del territorio nacional, se deberán realizar una serie de pruebas. Esto implica que el supuesto reglado por el legislador nos obligará a poner foco en abonar: a) si existió *contaminación*, y además si ella es *efectiva*, no *potencial* o *presuncional*, aunque podemos aceptar que sea futura, pero de consecución cierta; b) cuál es la pluma o el área geográfica afectada, c) saber si esta cruza algún límite. No podemos soslayar que, en los casos de competencia federal en razón de la materia, la vinculación con el tema o punto de interés federal deberá ser *directa*. Las pretensiones jurídicas en litigio deben encontrar *apoyatura inmediata en dicho plexo jurídico*. En nuestro caso, no puede pensarse que por una potencial hipótesis de afección de un *recurso natural interjurisdiccional* el caso sea de competencia federal. Es importante considerar la *efectiva degradación*.

La atribución de competencia federal que tiene base en lo dispuesto en el art. 116 CN, que establece su intervención en los casos regidos por leyes de la Nación, se justifica y funda en nuestro caso por la competencia exclusiva del gobierno federal para reglar el comercio interprovincial e internacional (art. 75 inc. 13 CN), lo que se extiende al intercambio de cosas o recursos más allá de los límites provinciales o nacionales. De allí que sea el fuero federal el llamado a resolver en este tipo de cuestiones. Ese es el tenor que sigue la LGA al sustraer del conocimiento de los jueces provinciales los casos en que la contaminación tenga efectos más allá de los límites. La *naturaleza del recurso afectado importa una pluralidad de jurisdicciones locales con intereses en el pleito*. Se habilita la competencia federal para garantizar entre otras cosas, la igualdad entre los Estados miembros de la federación. Se sigue la lógica de la sentencia histórica de la Corte de los Estados Unidos en *Gibbons vs. Ogden* (44).

(42) Diccionario de la Real Academia Española, disponible on line en www.rae.es

(43) Tomamos el criterio del artículo 19 del Proyecto S-1882/19 sobre evaluación de impacto ambiental.

(44) Recordemos que *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824) es la base de la doctrina de la Corte americana con respecto a la llamada cláusula de comercio. En dicha decisión el juez Marshall dejó sentado

Pensemos en los casos de ríos o cuencas que bañan las tierras de más de una provincia. Si en un sector de su recorrido surge una actividad que afecta su potabilidad está claro que el juez que resuelva el conflicto no puede pertenecer a la provincia donde se produce el inconveniente pues se estaría colocando en un lugar desigual a las restantes provincias que tienen dominio sobre ese recurso que es compartido. La LGA trata de un modo particular las políticas que se ciñen sobre *sistemas ecológicos compartidos* mediante los principios de *solidaridad* —abocado a la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos— y *cooperación* —que pone el foco sobre la utilización equitativa, racional, pero sobre todo *conjunta*—.

VI. La interpretación de la Corte sobre el segundo párrafo del art. 7º, Ley General del Ambiente (25.675). Tendencias: centralizante (centrípeta) y descentralizante (centrífuga)

Debemos ahora analizar las tendencias de la Corte interpretando este segundo párrafo del art. 7º LGA.

Tomemos la tesis clásica newtoniana de las fuerzas centrípetas y centrífugas. Así, para teatralizar la lucha entre los varios centros territoriales de distribución del poder en un federalismo como el argentino, nunca de más recordar la imagen que identifica por un lado la fuerza *centrípeta* como aquella que impone a hombres o comunidades a agruparse de modo de formar parte de una sola organización política que realice todas las funciones de ordenación. Del otro lado la fuerza *centrífuga* que lleva al ciudadano a dispersarse y agruparse en comunidades alejadas del centro de imputación de poder, más allá de la unicidad o multiplicidad de órdenes internos que puedan existir. Así el sujeto aparece en algunos casos posado sobre el centro del orden jurídico y con la tendencia a que cada vez

que el comercio interestatal es cualquier actividad que se mueve entre dos estados y que cada vez que un negocio pasa entre dos estados, automáticamente se trata de comercio interestatal durante todo el viaje (el caso trataba sobre una empresa de barcos que cruzaba varios estados miembros), desde que comenzó hasta que terminó. Como resultado, Marshall concluyó que esto implicaba que el gobierno federal tenía el derecho de regular todas las carreteras, vías férreas y vías fluviales que conectan entre dos estados.

más funciones se agrupan en ese sector; o bien en la periferia y con la tendencia al alejamiento y reagrupamiento en esos lares apartados. Queda claro que, para lograr poseer un orden jurídico uniforme por lo menos en algún contenido, el Estado debe poseer algún grado de *centralización*. Luego las formas de descentralización o centralización pueden estar presentes en diferentes grados, en tanto que ellas se anulen o acrecienten.

Estas dos tendencias las encontramos en la interpretación de la Corte del art. 7º LGA. Ellas se expresan como:

- Tesis centrífuga – “localista”, que fortalece el vector *descentralización*. Son resoluciones que, a pesar de los elementos interjurisdiccionales del caso, se definen por la de competencia local. Prima el respecto a la autonomía provincial.

- Tesis centrípeta – “centralista”: que interpreta de modo generoso la activación del segundo párrafo del art. 7º LGA y la competencia federal, desde que presume la degradación interjurisdiccional por los efectos sin necesidad de pruebas. Prima la noción de ambiente como bien complejo y el potencial de cada agente degradante de afectar lugares alejados de su localización.

- Tesis intermedia – “estudio científico ambiental”: que activa la competencia federal solo si se verifica mediante un estudio ambiental la pluralidad de estados afectados por la contaminación.

La *tesis centrífuga localista* la encontramos en el precedente “Roca Magdalena”, un caso con evidentes elementos interjurisdiccionales (el caso podría implicar aspectos del Tratado del Río de la Plata), y de todos modos, la Corte considera que prima la competencia provincial en materia ambiental.

La *tesis centrípeta centralista* la encontramos en “Fundación Medam” (45) del 21 de septiembre de 2004, donde la Corte dice: “En cuanto a la materia, se advierte que, según surge de los tér-

(45) CS, “Fundación Medam c/ Estado Nacional Argentino y otro s/ daños y perjuicios”, 21/09/2004, Fallos: 327:3880.

minos de la demanda, los procesos contaminantes *‘afectan fuertemente la composición química del acuífero freático y del lindero Río Paraná’*, circunstancia que habilita a entender que, en principio, se hallaría configurada la interjurisdiccionalidad que requiere el art. 7º, segundo párrafo, de la ley 25.675” (el destacado nos pertenece). En esta sentencia la Corte minimiza la “efectividad” del segundo párrafo del art. 7º LGA incorporando un criterio hipotético y abstracto, similar al de “aptitud suficiente e interjurisdiccional” en materia de navegación. Esto se repite en “Rodríguez, Ramona V. c. Central Dock Sud SA y otro s/ daños y perjuicios” del 14 de septiembre de 2004 y “Confederación General del Trabajo (CGT) - Consejo Directivo de la CGT Regional Santiago del Estero c. Tucumán, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo” del 20 de septiembre de 2005 (46).

Cronológicamente, la tesis intermedia nace en el año 2006 como veremos a continuación. Hasta esa fecha, teníamos ya varias resoluciones por competencia y las podemos agrupar en las dos primeras posiciones. Tomando —a efectos de clasificar el material— como grandes hitos normativos la sanción del art. 41 CN en 1994 y la aprobación de la ley 25.675 General del Ambiente en 2002, desgranamos las sentencias del siguiente modo.

Pre-1994	“Plaza de Toros” (centrífuga). “Saladeristas” (centrífuga). “Harengus” (centrípeta).
Pos-1994 (41 CN)	“Roca Magdalena” (centrífuga).
Pos-2002 (LGA)	“Fundación Medam” (centrípeta). “CGT Santiago” (centrípeta). “Provincia de Neuquén c. YPF” (centrífuga).

VII. La tesis intermedia

El aspecto distintivo de la tesis intermedia resulta ser la introducción —por adición— de un elemento nuevo al segundo párrafo del art. 7º LGA para disparar la competencia federal ambiental: el estudio ambiental.

Hemos analizado en detalle el punto en un trabajo específico sobre esta norma (47). Aquí solo haremos una semblanza para ubicar al lector y poder acometer sobre los nuevos aspectos de esta tesis intermedia, sobre todo a partir del año 2019 con la introducción del precedente “Fernández”.

Dado que la “efectiva degradación interjurisdiccional” surge por la *localización* o por los *efectos*; en el segundo caso, depende de la traslación de la contaminación más allá de los límites territoriales de un estado miembro de la federación. El elemento distintivo de esta tesis es la exigencia de un informe científico —al que se llama estudio ambiental— que aporte razonabilidad y seriedad a la invocación de interjurisdiccionalidad para atribuir la competencia federal por activación del segundo párrafo del art. 7º LGA.

Los elementos distintivos de la tesis intermedia son:

- Estrictez en el análisis de la competencia federal.

(46) CS, “Confederación General del Trabajo (C.G.T.) - Consejo Directivo de la C.G.T. Regional Santiago del Estero c/ Tucumán, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo”, 20/09/2005, TR LALEY AR/JUR/8809/2005.

(47) ESAIN, José Alberto, “La Competencia Judicial Ambiental en el artículo 7 de la Ley General del Ambiente”, ob. cit.

- Estudio ambiental para fundar la traslación de la contaminación en el caso de interjurisdiccionalidad por los efectos.

- Presunción de interjurisdiccionalidad por localización, e innecesidad de estudio ambiental cuando la contaminación se da *directamente* sobre un sistema ecológico compartido con pluralidad de estados afectados.

- Concepto de cuenca hídrica indivisible y su influencia sobre la interjurisdiccionalidad.

- Integración de principios de la LGA a la competencia judicial.

- Unificación del sistema de la ley 24.051 de residuos peligrosos con el del art. 7° LGA

Desarrollaremos estos apartados, profundizaremos el nacimiento y evolución de esta tesis que es la que está consolidada hoy en la jurisprudencia de la Corte. Para ordenar el discurso, queremos establecer tres etapas en su evolución:

1. Origen (junio de 2006) - caso "Asociación Civil" (48): con la exigencia de estudio ambiental para abonar la interjurisdiccionalidad por los efectos.

2. Senderos que se bifurcan (2011) - "Rivarola" (49): con distinción (en la tesis Lorenzetti) entre interjurisdiccionalidad *por localización* donde no se requeriría estudio científico e *indirecta*.

3. Cuencas hídricas y unificación del sistema (2019) "Fernández" (50): Ingresa el elemento cuencas hídricas y se unifican las tendencias de la ley 24051 con la del art. 7° LGA.

VII.1. Origen de la tesis intermedia ("Asociación Civil", 04/07/2006)

La antesala del alumbramiento la tenemos con el despacho del 20 de junio de 2006 en autos

(48) CS, "Asociación Civil Para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida c/ San Luis, Provincia de y otros s/Amparo (Daño Ambiental)", 04/07/2006 Fallos: 329:2469.

(49) CS, "Rivarola, Martín Ramón c/ Rutilex Hidrocarburos Argentinos SA s/Cese y Recomposición Daño Ambiental", 17/05/2011, Fallos: 334:476.

(50) CS, "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051", 22/08/2019, Fallos: 342:1327.

"Mendoza, Beatriz" (51) por la contaminación del Riachuelo, donde la Corte inicia este viaje alertando que el análisis sobre el tema debe ser estricto y considerando la activación del segundo párrafo del art. 7° LGA como excepcional por la potencial violación para no detraer las causas de los jueces locales.

El nacimiento de la tesis intermedia se da el 4 de julio del año 2006 con la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida" (52). Este despacho ha pasado desapercibido, pero es allí donde el Alto Tribunal agrega un elemento no previsto hasta ese momento entre sus precedentes, para activar el segundo párrafo del art. 7° LGA: el estudio ambiental. Repasemos el caso.

El dictamen del procurador Ricardo O. Bausset describe —el 31 de octubre de 2005— los hechos que son importantes. La "Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida" —Organización no Gubernamental (ONG)—, con domicilio en la provincia de San Luis, promueve acción de recomposición ambiental, en los términos de los arts. 30, 32 LGA y de los arts. 41, 43 LGA contra la provincia de San Luis, contra la municipalidad de Villa Mercedes y contra varias empresas que cita (todas con domicilio en dicho Estado local), a fin de obtener la restauración de los predios de disposición de residuos, uno en uso y el otro actualmente cerrado, ubicados en el ejido urbano de la ciudad de Villa Mercedes y, subsidiariamente, el pago de la correspondiente "indemnización sustitutiva". Solicita, además, la clausura del que está en uso.

Respecto a la competencia judicial, el Procurador primero recuerda una tesis clásica de la Corte que indica: "Cabe recordar que, a fin de dilucidar las cuestiones de competencia, es

(51) CS, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", 20/06/2006, Fallos: 329:2316.

(52) CS, "Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida v. Provincia de San Luis y otros s/amparo (daño ambiental)", 04/07/2006, Fallos: 329:2469.

preciso considerar, de manera principal, la exposición de los hechos que el actor efectúa en la demanda”. Luego describe los elementos que la actora incluye para calificar la interjurisdiccionalidad: “Indica (la actora) que, si bien la contaminación se origina en la ciudad de Villa Mercedes, sus efectos se expanden hacia otras jurisdicciones a través de las aguas subterráneas y superficiales y cursos de aguas (corrientas) del río Quinto, como lo son las provincias de La Pampa, Córdoba y Buenos Aires. En el *sub lite*, la actora responsabiliza a la provincia de San Luis por la contaminación que se produce en un recurso ambiental interjurisdiccional —el río Quinto—, y, al respecto, el art. 7º, segundo párrafo, de la ley 25.675, de Política Ambiental Nacional...”. La línea que sigue el Procurador es: ceñido a los elementos fácticos descritos en la demanda, se abona la interjurisdiccionalidad, se activa el segundo párrafo art. 7º LGA y la competencia es federal y originaria por ser demandada una provincia. Estamos ante la *lógica centripeta, federal*, tomando como base el precedente “Fundación Medam”. Casi que se presume la interjurisdiccionalidad por traslación de la contaminación.

La Corte, el 4 de julio de 2006, con los votos de Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Lorenzetti, Argibay, apartándose del dictamen del Procurador, decide la competencia local, fundando la tesis intermedia. Lo hace a menos de un mes de haber dado el histórico primer despacho en autos “Mendoza, Beatriz”, el 20 de junio de 2006.

Dice el consid. 2: “Que para la procedencia de la competencia invocada debe determinarse si la cuestión traída a debate es de naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario considerar el ámbito territorial afectado por los *procesos contaminantes* habida cuenta la interjurisdiccionalidad que requiere el art. 7º, segundo párrafo, de la ley 25.675” (el destacado nos pertenece).

Es en el consid. 3 donde se “crea” el requisito del *estudio ambiental*: “Ello es así, pues *no se ha aportado ningún estudio ambiental que permita afirmar ese extremo*, y las *manifestaciones* con relación al punto que realiza la *actora* en su escrito inicial *no permiten generar la correspondiente convicción*” (el destacado nos pertenece).

Luego se descalifica la argumentación de la actora sobre la interjurisdiccionalidad, cuando dice: “En efecto, el desarrollo argumentativo de la peticionaria es inconsistente para acreditar el presupuesto enfatizado, pues se construye mediante una expresión dogmática por la cual se especula que ‘La migración por los cursos de aguas tiene en principio, un efecto localizado pero en lo que se refiere a las exportaciones agrícolas, el efecto es insospechado, debido a que los productos locales son comercializados en centros urbanos alejados, siendo este aspecto uno de los modos de migración (federalización) de la contaminación’ (ver fs. 33 vta., el énfasis es original de la cita), de modo que si se sigue el núcleo de esta exposición debería considerarse ubicua —por ‘insospechada’— la afectación que se denuncia, quedando asegurado —con prescindencia de toda prueba y rigor— el carácter interjurisdiccional que se persigue”.

En esta descripción queda claro que la interjurisdiccionalidad se daría por los efectos, pues el punto inicial del caso se focaliza en la localidad de Villa Mercedes, a varios kilómetros de los límites con otras provincias. Por este motivo, la Corte dispone la necesidad de dotar de razonabilidad mediante estudio científico en supuestos donde la pluralidad de estados no surge *indubitable* de la descripción de los hechos de la demanda.

Para la Corte desde “Asociación Civil” los casos que mestizan elementos locales y federales, por respeto a las autonomías locales serán de competencia de la justicia provincial y mediante recurso extraordinario se garantiza la interpretación de los elementos federales.

Nace la tesis intermedia: la competencia federal depende de la presentación de un estudio ambiental que dote de razonabilidad la alegada interjurisdiccionalidad que emerge de los hechos de la demanda.

La cuestión conflictiva pasa por el grado con que la norma exige esa contaminación o degradación: la “efectividad”. El *Diccionario* de la Real Academia Española nos ayuda a saber qué significa la palabra “efectivo/va”, primero recordando que la palabra proviene del latín *effectivus* y significa “1. adj. Real y verdadero, en oposición a químérico, dudoso o nominal;

2. adj. eficaz”. De todos modos, no debemos perder el punto temporal en que esta cuestión surge, porque este aparece a poco de iniciado el proceso, cuando la actividad cognoscitiva es incipiente. Esto obliga a considerar que en este estadio es casi imposible saber si en realidad estos supuestos de hecho se dan o no. Por lo tanto, no se puede llevar al extremo el requisito de la *efectiva degradación*, pues de lo contrario en la mayoría de los casos resultaría imposible resolver la competencia federal, cuando principia el proceso.

¿Qué significa ese grado de *efectividad*? Nos parece atractiva la clasificación que hace Cafferrata Nores (53) sobre los “estados intelectuales del juez respecto de la verdad” (54) como disparador —a pesar de aplicarse al proceso penal—, pues nos puede auxiliar en la averiguación del estado que el segundo párrafo del art. 7° LGA exige para la activación de la competencia federal por degradación o contaminación de un recurso interjurisdiccional. El mencionado penalista dice que hay *probabilidad* “cuando los motivos convergentes hacia la afirmación son superiores a los divergentes de la afirmación” (55). Será *negativa* cuando predominen los motivos que permiten inclinarse por la inexistencia de un hecho, estado que desde el punto de vista positivo equivale a la *improbabilidad*. Nos parece interesante la noción de probabilidad negativa o positiva respecto a la contaminación o degradación como equivalentes a la efectividad, aunque no podemos dejar de advertir al respecto dos cosas: que la norma (art. 7° GLA) exige efectividad y no probabilidad y que la exigencia en realidad sirve para que la invocación que se haga

(53) CAFFERATA NORES, José, “La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la ley 23.984”, Depalma, Buenos Aires, 1998, 3ª ed. actualizada y ampliada, p. 20 y ss.

(54) Explica el autor que el proceso penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico ni legal que el de la prueba. En virtud de ella, el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su investigación. La prueba va impactando en su conciencia, generando distintos estados de conocimiento, cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances.

(55) CAFFERATA NORES, José, cit., p. 8 con cita de Framarino, p. 67.

del interés federal cumpla —en definitiva— con el estándar de razonabilidad (art. 28 CN).

La solicitud de estudio ambiental característica de la tesis intermedia se repite en varias resoluciones de la Corte. Para citar uno de ellos, “ASSUPA c. San Juan” (56), resolución del 25 de septiembre de 2007 con la firma de I. Highton De Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Argibay. Dice la Corte en su considerando 13: “Que cabe poner de resalto que en el *sub lite* ‘no se ha aportado ningún estudio ambiental que permita afirmar que se ha logrado acreditar ese extremo’. Dicha exigencia no surge tampoco del resumen ejecutivo del ‘Informe de impacto ambiental etapa de explotación-Proyecto Veladero’, que habría sido presentado por la empresa Barrick a las autoridades sanjuaninas, al que se hace referencia a fs. 113/119 del escrito inicial” (el destacado nos pertenece).

Esta etapa inicial de la tesis intermedia que se extiende hasta el año 2011, se caracteriza, porque en ella aún no se advierten los dos supuestos de interjurisdiccionalidad (por la localización y por los efectos). En consecuencia, la Corte solicita para todos los casos en que se pretenda activar el segundo párrafo del art. 7° LGA la presentación de estudio ambiental.

VII.2. Segunda etapa: los senderos que se bifurcan (“Rivarola”, 17/05/2011)

La segunda etapa de esta tesis intermedia surge con la resolución en autos “Rivarola” (57), que es el momento en que la Corte advierte (en la disidencia de Lorenzetti) que existen dos tipos de casos de *efectiva degradación interjurisdiccional*, uno donde no se requiere de estudio ambiental porque la *pluralidad estatal* surge por la propia *localización* de la *contaminación*.

En el caso “Rivarola” los hechos emergen del considerando 1: “En la demanda, la actora describió los tipos de agresiones que sufre el río (Paraná), los cuales podrían atribuirse a la de-

(56) CS, “ASSUPA c/ San Juan, Provincia de y otros s/ Daños y Perjuicios (Daño Ambiental)”, 25/09/2007, Fallos: 330:4234

(57) CS, “Rivarola Martin Ramón c/ Rutilex Hidrocarburos Argentinos SA s/Cese y Recomposición Daño Ambiental”, 17/05/2011, Fallos: 334:476.

mandada. Hizo referencia a la contaminación de las aguas con sustancias tóxicas provenientes de aguas residuales, desechos industriales, petróleo y sus derivados, así como también de la contaminación de las aguas con residuos orgánicos. Esto a través del proceso de lixiviado —que, en el aspecto técnico, explica— participaría activamente en la contaminación de los cuerpos de agua. Este proceso se produciría en *forma directa* por el vuelco por las demandadas de los contaminantes en las aguas, por lavado, por descargas de remanentes y deficiente control en su proceso de producción y transporte. Asimismo, sería igualmente importante la *contribución indirecta* por lixiviación (infiltración) de productos, caída por desniveles y por contaminación de suelos.” Se enumeran los dos supuestos asimilándolos uno al otro: contaminación directa sobre el recurso interjurisdiccional (localización) e indirecta —por traslación— (indirecta).

Lorenzetti advierte que sería injusto en los casos en que la contaminación se da de modo *directo* por vuelco sobre un *espacio* que pertenece a una *pluralidad de Estados*, exigir un estudio científico. La pregunta que cabe en estos casos es ¿no será necesario un estudio ambiental de todos modos, para evaluar la *aptitud* de la acción para alterar *ese espacio interjurisdiccional*? Entendemos quizá el informe se requiere también, aunque enfocado en dos elementos: el medio receptor (sistema ecológico compartido, art. 4° LGA) y la acción contaminante (aptitud para alterarlo). No buscará justificar la traslación, la interjurisdiccionalidad por los efectos, pero sí la capacidad de la acción para degradar la pluralidad de estados.

El segundo supuesto es el voto mayoritario en el caso “Rivarola” (Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Carmen M. Argibay). Estos ministros adhieren al dictamen de la Procuradora Laura Monti del 14.4.2010 que dice: “...*el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción*, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, *máxime cuando no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción* (Fallos: 330:4234; 332:1136)” (el destacado nos pertenece). Y más adelante se ex-

plica que “*debe delimitarse el ámbito territorial afectado*, pues, como lo ha previsto el legislador nacional, debe tratarse de un *recurso ambiental interjurisdiccional* (Fallos: 327:3880 y 329:2316) o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial. Es decir, *que abarque a más de una jurisdicción estatal*, provincial, de la ciudad de Buenos Aires o internacional, puesto que debe tratarse de un *asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción* (Fallos: 330:4234; 331: 1679)” (el destacado nos pertenece).

En el punto IV la mayoría de la Corte adhiriendo a la Procuración exige el *estudio ambiental* cuando dice: “Asimismo, y como la determinación de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, es preciso demostrar, *con alguna evaluación científica*, la *efectiva contaminación o degradación* —según los términos de la Ley General del Ambiente— de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción al respecto debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá afirmar la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, de alguna otra evidencia que demuestre la verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469 y 330:4234). En el *sub lite*, el actor *no ha aportado prueba o estudio ambiental* que permita afirmar ese extremo y las manifestaciones que realiza en el escrito de demanda no permiten generar la correspondiente convicción” (el destacado nos pertenece).

Son caminos que se bifurcan en la doctrina de la Corte, por un lado, Lorenzetti, por el otro el resto del Tribunal. Tiempo después —sabidamente— se sintetizarán.

El criterio de la mayoría en “Rivarola” se repite en “Asociación de Abogados Ambientalistas” (58) del 01/11/2011 una causa por el uso del Glifosato en varias provincias y la Corte dispuso la competencia local por falta de estudio ambiental que acredite la interjurisdiccionalidad. El criterio se repite en “ASSUPA c. Alianza Petrolera Argentina SA y otros s/ daño ambien-

(58) CS, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 01/11/2011, Fallos: 334:1143.

tal" (59), del 20/03/2012, donde se declara la incompetencia de la justicia federal porque solo se alega una potencial contaminación en áreas hidrocarburíferas en la "Cuenca del Golfo San Jorge" en la provincia de Chubut y no aparece en la causa *responsabilidad directa de ningún estado local*, como para que sean parte —en sentido *sustancial* no solo *formal*— del proceso (conf. art. 117 CN).

La unificación de senderos que se habían bifurcado en "Rivarola" sucede en el caso "ASSUPA c. YPF" (60) demanda por daño ambiental colectivo contra YPP SA, ENAP Sipetrol Argentina SA en su carácter de concesionarias de la exploración y explotación de hidrocarburos en el Área Magallanes. La Corte adhiere a la Procuradora Monti que sostiene que el mencionado yacimiento "está situado en la boca oriental del Estrecho de Magallanes, es decir, en el mar territorial argentino, zona que es compartida por las provincias de Santa Cruz y de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, motivo por el cual ambas resultan acreedoras de regalías hidrocarburíferas. En consecuencia, a mi modo de ver, la causa reviste un *manifiesto carácter federal*, toda vez que se encuentra afectado un *recurso ambiental interjurisdiccional*" (el destacado nos pertenece). Es decir, el pleno de la Corte pasa a admitir la existencia de casos de interjurisdiccionalidad por el emplazamiento, siempre que de la información del expediente surja indubitable la pluralidad de estados involucrados en el área territorial y la capacidad de la acción para afectarla. No hace falta estudio ambiental en estos excepcionales casos.

La unificación se consolida en "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c. Catamarca, Provincia de s/ amparo ambiental" (61) sentencia del 17.4.2012. La mayoría de la Corte continúa los precedentes "Rivarola", "ASSUPA c. YPF" "ASSUPA c. Alianza Petrolera" pero sobre todo el precedente "Asociación de Abogados Am-

(59) CS, "ASSUPA c/ Alianza Petrolera Argentina SA y otros s/Daño Ambiental", 20/03/2012, Fallos: 335:277.

(60) CS, "ASSUPA c/ Y.P.F. SA y otros s/ daño ambiental", 20/03/2012, TR LALEY AR/JUR/5126/2012.

(61) CS, "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/Catamarca, Provincia de s/ amparo ambiental", 17/04/2012, Fallos: 335:387.

bientalistas", también llamado "caso Glifosato", donde la Corte había introducido el elemento "divisibilidad" del proyecto o actividad de la que proviene la contaminación. En estos casos la Corte no admite abonar la interjurisdiccionalidad sumando segmentos de la producción que se ejecutan en diferentes Estados. Si la actividad objeto de pleito puede dividirse, diseccionarse en etapas; serán competentes los jueces de cada uno de esos espacios locales. Para la Corte el análisis estricto desecha la llamada "acumulación subjetiva de pretensiones" (62).

VII.3. Tercera etapa: la zaga por cuencas hídricas (autos "Fernández", 22/08/2019)

El 22 de agosto de 2019 este recorrido cambia. En el caso "Fernández" (63) la Corte refrenda el criterio intermedio agregando el elemento "cuenca hídrica" como aspecto de trascendencia para resolver la competencia judicial ambiental (64).

Lo primero para señalar de este caso es que es uno de aquellos vinculados a la aplicación de la ley 24.051 de residuos peligrosos. Recordemos —porque lo hemos señalado en el inicio— que este segmento de los casos de competencia ambiental conformó un microsistema con una lógica propia que no se conectaba con el sistema general inclusive luego del dictado del art. 7° LGA el que se mantenía ajeno a las resoluciones en este espacio —a pesar de que el texto de la norma no hace diferencia—. Esta es la primera

(62) El germen de esta forma de razonar la encontramos en "Mendoza Beatriz" autos del 20.6.06 en el consid. 12, último párrafo, donde se dice "acumulación subjetiva de pretensiones como la promovida por los demandantes, en ejercicio de una facultad de carácter discrecional por la cual, mediante una respetable estrategia procesal, han optado por agrupar en un solo proceso a todos los estados que consideran responsables comunes de los daños cuyo resarcimiento persiguen y, de este modo, generar un supuesto de competencia originaria" (CS, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", TR LALEY AR/JUR/81950/2020.

(63) CS, "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051", 22/08/2019, TR LALEY AR/JUR/27268/2019.

(64) ESAIN, José Alberto, "La Corte renueva su doctrina en materia de competencia judicial ambiental", LA LEY 08/09/2020, 4.

novedad de “Fernández”: de aquí en más la Corte unifica las normas, y aplica al sistema de la ley 24.051 el art. 7° LGA y la noción de cuenca hídrica.

El segundo aspecto novedoso de “Fernández” es la forma en que se interpreta la *territorialidad* y la *interjurisdiccionalidad* que exige el segundo párrafo del art. 7° LGA de un modo diferente en los casos vinculados a *aguas*. Dice esta sentencia: “las características del curso de agua receptor de la contaminación, su influencia directa en el Río de la Plata, las características del elemento contaminante y la escasa distancia a recorrer”; “en consecuencia, cabe sostener *prima facie* que los hechos denunciados, tienen o pueden llegar a tener consecuencias *interjurisdiccionales*, fuera de los límites de la Provincia de Buenos Aires o afectar la salud de las personas o el ambiente más allá de las fronteras locales”.

Se toma la noción de cuenca hídrica interjurisdiccional, interpretando al Río de la Plata como un estuario de carácter interjurisdiccional. No solo ello, pues agrega que “la concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un ambiente en particular” (65).

El segundo caso vinculado a cuencas es “Gahan” del 4 de junio de 2020 (66). Es interesante, porque es un caso ajeno a la ley 24.051 de residuos peligrosos, pero donde se aplican los mismos elementos de cuencas hídricas, para arribar a un resultado diametralmente opuesto a “Fernández”: se decide que no hay interjurisdiccionalidad y la competencia es local.

En el fondo, “Gahan” no representa un cambio sustancial de la doctrina de la Corte. Se repite la tesis de “Asociación Civil”, y “Rivarola” en cuanto a la necesidad de estudio técnico. La variable *cuencas hídricas* está presente, pero de todos modos se decide que no hay interjurisdiccionalidad. El punto es que desde los informes aportados no se abona la pluralidad de jurisdicciones implicadas.

Entonces la competencia federal no se activa. Se descarta la citación como terceros de la provincia de Santa Fe, e incluso la intervención del área ambiental nacional.

El considerando 3 del voto de mayoría —citando el estudio técnico que da base a la decisión— enumera tres niveles regionales. Dice: “No obsta a lo expuesto, lo sostenido en el informe técnico acompañado a fs. 224/350 por los demandantes, pues de sus términos tampoco puede inferirse la efectiva degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 70, ley 25.675), en tanto los supuestos y eventuales daños son descriptos en modo potencial y condicional. En efecto, allí se explica que la zona de estudio se distinguió en tres niveles o escalas: Área de afectación regional: comprendiendo el sudeste de la Provincia de Córdoba y sudoeste de la Provincia de Santa Fe; Área de afectación local: en torno a los tres tramos de la obra, en jurisdicción solo de Córdoba; Área de afectación puntual: Propiedades de los herederos de la Sucesión Tomás P. Moore, en torno al Tramo II de la obra...” (fs. 227). Respecto del ‘Área de afectación regional’, se dice, con relación a la eventual afectación de recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7° Ley General del Ambiente), que ‘...según el informe técnico sobre los avances de la obra (de enero de 2018), realizado para el Ministerio de Infraestructura y Transporte de Santa Fe, (se) advirtió que en determinados puntos a lo largo de la traza se identificaron zonas con riesgo de desbordes e inundación que podrían afectar tierras santafesinas, si los avances no fueran bien coordinados (tanto en los distintos tramos como entre ambos gobiernos provinciales) y se conectarán bajo lagunares importantes...’ (v. fs. 248). Asimismo, se expresa que en el largo plazo (entre 20 y 50 o 60 años desde la puesta en funcionamiento de la nueva canalización), ‘es posible inferir que se podrían desarrollar modificaciones hidrológicas y geomorfológicas sustanciales en el sistema Carcarañá, tanto a lo largo de traza prevista en jurisdicción de Córdoba (en particular en algunos puntos..., con efectos sobre jurisdicción de Santa Fe), como aguas abajo de la descarga de las aguas que lleguen desde Arias hasta la Laguna Jume, estos últimos todos con efecto en territorio santafesino’(v. fs. 248 vta.). En el caso, el mentado carácter interjurisdiccional del recurso afectado no resulta manifiesto y

(65) Para un análisis detallado ver ESAIN, José Alberto, “La Corte renueva su doctrina en materia de competencia judicial ambiental”, cit.

(66) CS, “Gahan, Juana María y otros c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo ambiental”, 04/06/2020, TR LALEY AR/JUR/18127/2020.

el mencionado informe no constituye —en los términos aludidos— respaldo suficiente que permita al Tribunal formarse un juicio respecto de la interjurisdiccionalidad alegada”.

Con base en esa descripción por escalas, emergen diversos grados de amplitud geográfica de la contaminación. Frente a ello aparece la potencial alteración ambiental que puede ser localizada, regional, intermunicipal, interprovincial, ecorregional, nacional.

Existen tres precedentes donde la Corte diseccionó el ámbito territorial por escalas, para resolver, quedándose con las contiendas más grandes en cuanto al espacio geográfico, definiendo la competencia local en las más puntuales y reservándose la revisión por recurso extraordinario federal (67).

Los casos “Municipalidad de Famaillá” (68) y “Servicios de agua” (69) retoman el debate en el subsistema de residuos peligrosos (ley 24.051) y no es casual que la Corte retome la doctrina de “Fernández” que hemos explicado. Se ensancha la tesis intermedia; analizando la *efectiva degradación interjurisdiccional* para activar la competencia federal con mayor generosidad cuando en el caso existe una cuenca hídrica. Sigue exigiéndose el informe técnico, pero “se lee distinto”. La materia aguas, sobre la cual la Corte venía desarrollando una serie de criterios jurisprudenciales en razón de la interpretación integral de las cuencas, está en la base de esta nueva tesis.

Los casos mencionados son dos conflictos negativos de competencia. El primero (“Municipalidad de Famaillá”) entre el Juzgado Federal 2 de Tucumán y el Juzgado de Instrucción Penal y de Menores del Centro Judicial Monteros de esa provincia, por una investigación por una

(67) Esta cuestión la hemos analizado en ESAIN José Alberto, “El ambiente como bien jurídico complejo primera parte”, en DPI, Diario Ambiental Nro. 85 - 24-09-2015

(68) CS, “Municipalidad de Famaillá y Empresa San Miguel s/ incidente de incompetencia”, 11/06/2020, TR LALEY AR/JUR/18521/2020.

(69) CS, “Servicio de agua y mantenimiento empresa del Estado Provincial s/ infracción ley 24.051 (art. 55)”, 11/06/2020, TR LALEY AR/JUR/18519/2020.

supuesta infracción a la ley 24.051 de residuos peligrosos, a raíz de un basural existente en la localidad de San José, provincia de Tucumán, donde se habría detectado la disposición de desechos por parte de la municipalidad de Famaillá y de la finca citrícola San Miguel SA El segundo (“Servicio de agua”) entre el Juzgado Federal de Presidencia Roque Sáenz Peña y el Juzgado de Garantías y Transición de General José de San Martín, ambos de la provincia del Chaco, por una causa en que se investiga una supuesta infracción a la ley 24.051, por la descarga de afluentes cloacales en el arroyo Correntoso, que desemboca en el río Oro, afluente del río Paraguay.

Las cuencas implicadas —es dable recordar, a diferencia de la que sucede en “Gahan” — cuentan con *institucionalidad creada y funcionando* (Comités). Por este motivo, dada la nueva interpretación en la gestión integral de las cuencas, sobre todo a partir de la activación de estos criterios en la zaga “Atuel-Picasa-Atuel” (70) el Alto Tribunal Federal decide la competencia judicial cambiando la hermenéutica que gobierna el segundo párrafo del art. 7° LGA. Se presume la interjurisdiccionalidad a pesar de que el *foco contaminante* es puntual, desde la *capacidad del medio receptor para migrar* la contaminación en el territorio de la cuenca. Se transforma la efectividad de la degradación en la *aptitud* para ello y así la activación del segundo párrafo del art. 7° LGA procede.

El punto central de este nuevo criterio estará en el modo en que se trata la materia aguas y la activación de la ley 25.688. Era una “ley dormida” que el Alto Tribunal “despierta”. Dice en el considerando 6 de “Municipalidad de Famaillá”: “Específicamente, uno de los recursos ambientales que se encontraría afectado por los hechos investigados es un río interno de la Provincia de Tucumán (río Famaillá), perteneciente a una importante cuenca hídrica interprovincial (río

(70) Esta trilogía de resoluciones se puede identificar así: CS, “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 01/12/2017, TR LALEY AR/JUR/84781/2017; CS, “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas”, 03/12/2019, TR LALEY AR/JUR/46069/2019; y finalmente la reciente CS, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 16/07/2020, TR LALEY AR/JUR/24368/2020.

Salí-Dulce), que comprende a la Provincia citada y, aguas abajo, a la Provincia de Santiago del Estero, entre otras”.

En el caso “Servicio de agua”, el considerando 6 especifica el marco fáctico: “Específicamente, si bien dos de los recursos ambientales que se encontrarían afectados por los hechos investigados son cauces internos de la Provincia del Chaco (arroyo Correntoso y río Oro), estos integran una importante cuenca hídrica interjurisdiccional (río Paraguay). En consecuencia, el tema a decidir en el presente es el criterio de atribución de competencias que debe utilizarse en la investigación de la contaminación con residuos peligrosos a cauces de agua internos provinciales, cuando este pertenece a una cuenca hídrica interjurisdiccional”.

El marco que se debate abarca un caso de contaminación local con residuos peligrosos que afectan una cuenca, pero que posee capacidad para transformarse en interjurisdiccional.

El considerando 8 de “Municipalidad de Famaillá” en el voto mayoritario describe este punto y dice: “Que este Tribunal se ha pronunciado sobre la trascendencia del concepto de cuenca hidrográfica, recordando que ‘son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada’ (Fallos: 340:1695; 342:1203). En efecto, la noción que da sentido a la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente particular (Fallos: 342:1203). La esencial interrelación entre los componentes de una cuenca hídrica, que hace del curso de agua un verdadero sistema, se refleja en la estrecha interdependencia observable entre sus diversos elementos (Fallos: 340:1695, considerando 13). En tal sentido, la concepción de unidad ambiental de gestión de las cuencas hídricas, como bien colectivo de pertenencia comunitaria y de objeto indivisible, se encuentra previsto con claridad y contundencia en el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (ley 25.688, artículos 2º, 3º y 4º). En este marco, la cuenca se presenta como una delimitación propia de la denominada ‘territorialidad ambiental’, que responde a factores predomi-

nantemente naturales y se contrapone con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino) (cfr. Fallos: 340:1695)”. Este considerando 8 de la Corte refuerza el concepto de *cuenca hídrica como unidad de gestión* con novedosas características (*bien colectivo, comunitario, indivisible*).

Ambas sentencias representan un cambio en la tesis intermedia (en el voto de mayoría), donde la presencia de una *cuenca hídrica* hace presumir la interjurisdiccionalidad si el estudio técnico que se presenta abona la idoneidad de la acción para lograr la transferencia entre sistemas ambientales. Esta es la novedad, desde “Fernández”, “Municipalidad de Famaillá” y “Servicios Ambientales”, la *relativización del principio de análisis estricto* cuando en el conflicto aparece la integralidad de una cuenca, la que sí debe estar abonada con un *estudio técnico*.

Siguiendo esta línea doctrinal que se viene desarrollando en el último tiempo, el Alto Tribunal se mete de lleno en la materia ambiental de aguas (71) y en estas resoluciones lo hace regando la cuestión de la competencia judicial.

Guillermo Cano en su tesis doctoral (72) ya planteaba la noción de cuenca hídrica enfocada en “ecosistemas” (“sistemas ecológicos comparados” ya decía) y no en las aguas o los cauces de los ríos solamente (73).

Hoy la poética de Cano resuena en la doctrina de la Corte y le da lógica, ensanchando su visión sobre las *cuenkas como unidades indivisibles de*

(71) Hemos dedicado un trabajo al tema: ESAIN, José Alberto, “Derecho ambiental de aguas en argentina”, en *Direito ambiental e proteção dos animais*, edición a cargo de la Academia Latinoamericana de Derecho Ambiental y de Guilherme Purvin (Org.), Letras Jurídicas, Brasil, 2017.

(72) CANO, Guillermo, “Recursos hídricos internacionales de la Argentina”, Víctor de Zavallia Editor, Buenos Aires, 1979, ps. 16/19.

(73) CANO, Guillermo, “Recursos naturales y energía”, FEDYE, Buenos Aires, 1979, capítulo sobre las implicaciones jurídicas de las leyes de la Naturaleza concernientes a los recuerdos naturales.

gestión (74). Dice al respecto: “9º) Que, en consecuencia, en el *sub examine* corresponde compatibilizar: i) el carácter excepcional y restrictivo de la competencia federal (artículos 121, 116, y 75, inciso 12, de la Carta Fundamental), acotada y definida a los poderes que las provincias delegaron en el Estado Federal (Fallos: 341:324; 342:667, entre muchos otros); con ii) la naturaleza integral e interdependiente de la cuenca hídrica (Fallos: 340:1695; 342:1203), a la luz de los principios precautorio y preventivo del derecho ambiental (art. 4º ley 25.675) y teniendo en consideración que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se deben atender en forma integrada. Todo ello en el marco restringido y provisorio del ámbito cognoscitivo propio en el que se dirimen las cuestiones de competencia (Fallos: 339:353). En esa línea, cabe concluir que resulta dirimente en la solución de conflictos de competencia como el presente la existencia de elementos de los que pueda derivarse, con cierto grado de razonabilidad, que la contaminación investigada pueda potencialmente afectar otros cauces de aguas interjurisdiccionales. A tal conclusión podría arribarse a partir de aspectos tales como el grado de contaminación registrado, las características del curso de agua receptor de la contaminación, el elemento contaminante de que se trate, la distancia que este debe recorrer, su volumen, u otros datos que se estimen pertinentes a los fines de determinar la potencialidad señalada”.

Como dice Gustavo Rinaldi: “Sin lugar a duda, la Corte Suprema Argentina se ha constituido, mediante una frondosa jurisprudencia, como líder de la defensa en los tribunales del derecho al acceso al agua en todas sus concepciones, desarrollando novedosos conceptos y estableciendo mandatos claros en cada uno de los casos que le ha tocado intervenir” (75).

La división en territorialidad “ambiental” y “federal” también es un tema importante. Apa-

(74) PINTO, Mauricio, “El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina”, Lajouane, Buenos Aires, 2014, ps. 125/132.

(75) RINALDI, Gustavo, “La Corte Argentina y el Agua. ¿Por qué el tribunal más importante del país es un ejemplo a nivel mundial en la forma de entender la cuestión del acceso y uso del agua?”, disponible en <https://www.expoterra.com.ar/post/la-corte-argentina-y-el-agua> (último acceso fecha 12.7.2020).

rece en los fallos “Servicio de Agua” y “Municipalidad de Famaillá”, en el considerando 8. Como lo dijéramos al comentar la sentencia “Atuel”, Cano define los que para él integran la noción de cuenca y son los “recursos naturales conexos a los hídricos”, noción que dice coincide con la tesis de la FAO (76) e incluye variadas y diferentes especies de recurso naturales, sus cualidades, usos y efectos nocivos; conexos a los recursos hídricos, a saber: energía hidráulica, algunos recurso panorámicos, el suelo agrícola, (aguas edáficas), la flora, la fauna, y los recursos geotérmicos (77). La noción de cuenca proveniente del derecho de aguas debe integrar la *división biológica*, que relativiza los límites geográficos y obliga en nuestro tema a reconsiderar la tesis intermedia.

La relación entre *generaciones futuras* y *gestión de cuencas* es un elemento también considerado. En esto las sentencias “Municipalidad de Famaillá” y “Servicios Ambientales” son una lección. Ellas coinciden en desarrollar el *derecho ambiental de aguas*, la noción de *cuenca hídrica* como *unidad integral de gestión*, yendo mucho más allá de los antecedentes, incluso los más cercanos, considerando la diferencia entre la territorialidad ambiental de la geográfica a la que llama federal y no solo esto, reconociendo que la cuenca hídrica es un bien *colectivo, indivisible y comunitario*.

Las tres resoluciones coinciden en la activación de la ley 25.688 de presupuestos mínimos para la gestión ambiental de las aguas. Desde esas nuevas líneas se llega a mutar y relativizar la doctrina clásica en materia de competencia judicial que exigía abonar la “efectiva” degradación interjurisdiccional, cuando estamos en presencia de una Cuenca de las que trata esta ley.

El máximo tribunal repite aquí un criterio centralizador según el cual, por la potencial afectación de una cuenca hídrica, la que oficia como *unidad integral de gestión* (art. 3º ley 25.688) la

(76) CANO, Guillermo, “Marco jurídico e institucional para el manejo de los recursos naturales”, Roma, 1975, FAO, Serie legislativa, nro. 9, con Prólogo de director general de la FAO, Edouard Saouma.

(77) CANO, Guillermo, “Recursos hídricos internacionales de la Argentina”, ob. cit., ps. 24/30.

competencia era federal. Lo hacía recordando su zaga de resoluciones en materia de aguas (conflictos por el río Atuel, la laguna La Picasa, entre otros) donde diferenció “la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca hídrica) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino)” (CSJ 528/2000 (36-B)/CS1 Originario, “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas” 3.12.2019).

En cuanto al tratamiento divergente, en “Gahan” (4 de junio) la Corte refuerza su tesis intermedia donde exige para activar el segundo párrafo del art. 7° LGA (y la competencia federal) la acreditación de la *efectiva* degradación *interjurisdiccional* mediante *estudio técnico*.

Esto no se sostendrá en las sentencias del 11 de junio (“Municipalidad de Famaillá” y “Servicio de Agua”) que relativizan el contenido de los estudios técnicos en cuanto a la *traslación de la contaminación*, dejándolos como exigencia para abonar la existencia de “cuenca hídrica interjurisdiccional”. Así, por presencia de la ley 25.688 y sus arts. 3° y 6°, se obligará a activar el tratamiento específico, excepcional del segundo párrafo del art. 7° LGA.

En el año 2022 tenemos la causa “Chiodo” (78) del 21 de junio de 2022. En ella la Corte continúa en el microsistema de la ley 24.051 de residuos peligrosos. En este caso el análisis se hace a la inversa, abonando el eslabón de la *descentralización* (e inclinándose en el caso por la competencia del juez provincial) cuando en sus últimas resoluciones adoptaba un criterio más centralizador a través del juego de la noción de cuenca hídrica y los principios generales del art. 4° LGA.

A modo de conclusión, si uno analiza el recorrido histórico de la Corte en el subsistema de residuos peligrosos, este ha tenido tres grandes eslabones marcados por precedentes:

(78) En realidad, los datos de la causa son: Competencia CS, "N.N. s/ inf. ley 24.051. Denunciante: Ignacio Chiodo", 21/07/2022, TR LALEY AR/JUR/79991/2022.

- Año 1993: “Inhibitoria planteada al Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N.º 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora”.

- Año 2001: “Lubricentro Belgrano”.

- Año 2019: “Fernández”.

En el primer período (1993-2001) la competencia queda signada por el art. 58 ley 24.051 sin dependencia de elementos fácticos: si existen residuos peligrosos, por imperio de la norma citada la competencia es federal.

En el segundo período (2001-2019) desde el precedente “Lubricentro Belgrano” se consideran los elementos de la causa y si no se abona la interjurisdiccionalidad de la contaminación con residuos peligrosos ella será local (criterio descentralizador).

El tercer período (2019-2023) se inaugura con el precedente “Fernández”, en el cual la *noción de cuenca hídrica como unidad integral de manejo* y los *principios del art. 4° LGA* transforman un hecho puntual en *interjurisdiccional* si se abona la potencialidad de afectación de una cuenca hídrica. Se avanza en una suerte de presunción (derivada de los informes técnicos) que alertan la capacidad de afectación interjurisdiccional por alteración de una cuenca.

En el año 2022 en “Denunciante: Ignacio Chiodos” del 21 de junio de 2022 la Corte coloca un listón del lado de la competencia local en el microsistema de residuos peligrosos (ley 24.051). Esta resolución es una suerte de retorno a períodos pre-Fernández. El fallo es una adhesión al dictamen del Procurador. En dicho instrumento se apela al estándar “Lubricentro Belgrano” reforzado por otro precedente (“Quevedo” del 19 de junio de 2012) que considera: “la exigencia de interjurisdiccionalidad de la contaminación, aun cuando se tratara de residuos peligrosos, como presupuesto inexorable para atribuir la competencia federal, con la precisión de que la intervención del fuero federal está limitada a los casos en que la afectación ambiental interjurisdiccional es *demostrada con un grado de convicción suficiente*”. Se completa en el párrafo siguiente con el estándar aplicado al caso: “Sin dejar de advertir el incipiente estado en que se encuentra la investigación, debo señalar en ese

sentido que *de las constancias* remitidas *no surge*, tal como lo señalan el juez y la fiscal federal, que el presunto traslado y acumulación de residuos a cielo abierto tengan, en principio, *capacidad* de generar un impacto ambiental que *trascienda los límites locales*, circunstancia que tampoco rebate el Juzgado provincial y la fiscalía local remarca en su dictamen (fs. 47/vta.)” (el destacado nos pertenece).

Es decir, no existe para el Procurador ni para la Corte en la causa, constancias que otorguen razonabilidad a la presunción de impacto ambiental interjurisdiccional. No hay un estudio ambiental que abone la interjurisdiccionalidad ni por la localización (disidencia “Rivarola”), ni por efectos (“Asociación Civil”) ni la presencia de una cuenca hídrica (“Fernández”). Sin estos elementos la tesis “Lubricentro” (se cita “Quevedo”) se impone. El criterio es descentralizador.

La enseñanza de “Chiodo” es que luego de tantas cuentas del collar abonando la competencia federal en materia de residuos peligrosos (sobre todo a partir de la zaga “Fernández”), la Corte comienza a definir casos locales, donde relativiza la tesis centralizadora.

En los días en que elaboramos esta nota recibimos dos casos nuevos sobre competencia resueltos por la Corte. El primero es “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Provincia del Chubut y otro s/ amparo ley 16.986” (79), resolución del 16 de febrero de 2023. Se trata de un conflicto negativo de competencia entre la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Circunscripción Trelew y el Juzgado Federal n° 1 con asiento en la ciudad de Rawson, ambos de la provincia del Chubut en un amparo ambiental iniciado por la Asociación mencionada, contra la provincia del Chubut —Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable (MAyCDS)— y la Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal de la Patagonia Sociedad Anónima (TRANSPA SA) por haber iniciado actividades de reconstrucción, apertura de caminos y otros trabajos en el electroducto de alta tensión Futaleufú-Puerto

Madryn (LAT 330 kV), sin haber tramitado ni obtenido la declaración de impacto ambiental de conformidad con la legislación vigente.

Al tomar conocimiento por la apelación incoada por la provincia de Chubut, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Circunscripción Trelew decretó la incompetencia de la justicia local y ordenó la remisión al Juzgado Federal por encontrarse en juego en el caso además del derecho al ambiente, un conflicto por la prestación de un servicio público de energía eléctrica (leyes 15.366 —Régimen de Energía Eléctrica—, 24.065 —normas que rigen la generación, transporte, distribución y demás aspectos vinculados con la energía eléctrica— y 19.552 —servidumbre administrativa de electroducto) siendo que el tema además tiene trascendencia e implicancias en otras jurisdicciones. Que, además, ha sido la autoridad nacional quien ha establecido las premisas que el contratista debe observar.

La Corte descarta estos argumentos y se decide por la competencia de los tribunales locales, primero porque la aplicación judicial de la legislación ambiental de presupuestos mínimos nacional y la complementaria local, corresponde a la justicia ordinaria. En este sentido dice la Corte: “7°) Que, en tales condiciones, la demanda versa sobre el cumplimiento de obligaciones ambientales a cargo de la transportista, en particular la de realizar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, prevista en la ley nacional 25.675 —que establece presupuestos mínimos de protección ambiental y, como tal, debe ser complementada por las provincias (art. 41 de la Constitución Nacional)—, en la ley provincial XI n° 35 (Código Ambiental de Chubut) y en su decreto reglamentario 185/09, normas cuya validez —en el caso— no ha sido puesta en tela de juicio. En este sentido, en el marco de las atribuciones conferidas en el art. 41 de la Constitución Nacional, corresponde a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.”

Y se agrega: “8°) Que por lo expuesto cabe concluir que la materia que se debate es propia del derecho local, y no resulta ineludible la aplicación e interpretación del marco regulato-

(79) CS, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Provincia del Chubut y otro s/ amparo ley 16.986”, 16/02/2023, TR LALEY AR/JUR/6387/2023.

rio eléctrico nacional (leyes nacionales 15.336 y 24.065), de las disposiciones de la ley 19.552 de servidumbre administrativa de electroducto, ni de los actos y normas de carácter federal que rigen la contratación (Fallos: 328:68) o el transporte de energía eléctrica”.

La resolución “Asociación de Abogados Ambientalistas de la Patagonia” es interesante, porque, como vemos en este considerando 8, la Corte no descarta la necesidad de aplicar derecho federal en el conflicto local —en el caso, la legislación vinculada al servicio público de energía eléctrica—, pero sin provocar ello la competencia federal detrayendo la causa de los jueces naturales locales. La Corte no lo dice, pero queda claro que, en caso de ponerse en tela de juicio la interpretación del derecho federal citado, la Corte lo revisará mediante recurso extraordinario federal. Este es el mejor modo de equilibrar el derecho de las autonomías locales a resolver estos conflictos salvaguardando la interpretación del derecho federal que en el conflicto puede encontrarse **(80)**.

El segundo caso es “López, María Teresa” del 16 de febrero de 2023 **(81)**, un amparo iniciado por una vecina de Caleta Olivia contra el Estado Nacional - Poder Ejecutivo, la Provincia de Santa Cruz - Ministerio de Economía y Obras Públicas, Dirección Provincial de Recursos Hídricos, la Provincia del Chubut - Ministerio de Ambiente y Control de Desarrollo Sustentable, Servicios Públicos Sociedad del Estado (SPSE), la Municipalidad de Caleta Olivia, la Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia (SCPLCR), YPF SA, Sinopec Argentina SA y Pan American Energy SA, en cuanto denuncia que la ciudad de Caleta Olivia se encuentra en una real “emergencia hídrica y ambiental”, que impide a su población el regular acceso al agua potable y corriente.

De la reseña de la Corte se sabe que la actora solicitó “I. el efectivo acceso al agua potable

(80) La Corte había adoptado este principio en CS, “Comisión Vecinal Playas de Quequén c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ medida cautelar - IN 1.”, 20/11/2007, TR LALEY AR/JUR/7389/2007.

(81) CS, “López, María Teresa c/ Santa Cruz, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/ amparo ambiental”, 16/02/2023, TR LALEY AR/JUR/6389/2023.

a toda la población de Caleta Olivia, en calidad y cantidad suficientes, a cuyo fin se deberán arbitrar las medidas pertinentes de infraestructura, por un lado y, por el otro, se prohíba que se continúe con la explotación petrolera, tanto en la Provincia de Santa Cruz como en la Provincia de Chubut, que no cuente con la debida certificación estatal, la cual deberá ser inspeccionada y acreditar que no provoca daño ambiental alguno; II. se saneen los pozos de petróleo inactivos o abandonados en la zona; III. se concrete la construcción del Acueducto Lago Buenos Aires; IV. se efectúe el debido tratamiento de los efluentes cloacales y se repare la planta depuradora de efluentes de Caleta Olivia; y V. se le dé inmediata adecuación al servicio de recolección y tratamiento de los residuos urbanos, ya que, al presente, son depositados en un basural ‘a cielo abierto’, se recuperen los terrenos hoy afectados y se realice su depósito lejos de la ciudad (fs. 115 y 121)”.

Lo interesante resulta ser primero que la Corte disecciona su decisión —siguiendo la tesis “Mendoza, Beatriz” por escalas. Dice el considerando 4: “Que, de las cinco pretensiones acumuladas contra los demandados, las identificadas con los números IV y V, tienen incidencia únicamente —tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen— en la jurisdicción de la Municipalidad de Caleta Olivia, y se vinculan al poder de policía ambiental de dicho municipio. Por lo tanto, las cuestiones atinentes al tratamiento de los efluentes cloacales, a la reparación de la planta depuradora de efluentes de Caleta Olivia, como a la adecuación del servicio de recolección y tratamiento de los residuos urbanos y a la relocalización de los basurales, se encuentran regidas sustancialmente por el derecho público local, por lo que deben sustentarse ante los jueces locales de la Provincia de Santa Cruz, de conformidad con los artículos 41, párr. 3º, y 121 y siguientes de la Constitución Nacional (Fallos: 318:992; 323:3859; 331:2784, entre otros)”. Entiende la Corte que el tema efluentes cloacales, planta depuradora, residuos urbanos, son todos aspectos municipales y por este motivo, su juzgamiento pertenece a los jueces provinciales. Este aspecto es ajeno a la competencia originaria, porque no es de competencia federal.

Decantadas esas dos pretensiones, la Corte ingresa al análisis del resto. En su considerando

5 se recuerda uno de los principios claves que hemos considerado en el presente trabajo y así se lo reseña: “esta Corte ha delineado los criterios que se deben tener en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental y estableció, en primer término, que hay que delimitar el ámbito territorial afectado, pues, como lo ha previsto el legislador nacional, debe tratarse de un *recurso ambiental interjurisdiccional* (Fallos: 327:3880 y 329:2316) o de un *área geográfica* que se extienda *más allá de la frontera provincial*. Es decir, que tiene que tratarse de un asunto que incluya *problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción* (doctrina de Fallos: 330:4234; 331:1312; 331:1679)” (el destacado nos pertenece).

Y ya en el primer párrafo del considerando 6 se ingresa al análisis del elemento central de la tesis intermedia: el estudio científico que acredite la “efectiva degradación interjurisdiccional”. Se dice al respecto: “Que, en tal sentido, corresponde destacar que ni los elementos probatorios aportados por la actora, ni las medidas preliminares adoptadas por el Tribunal en forma previa a la definición de su competencia con fundamento en el artículo 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 (Fallos: 342:126), resultan suficientes para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad exigida en este tipo de procesos a los efectos de la procedencia del fuero federal (conf. Fallos: 329:2469; 336:1336), pues de dichos antecedentes incorporados a la causa no puede inferirse la efectiva degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales (artículo 7º, ley 25.675)”.

En el segundo párrafo se traspasa el requisito de la evacuación directa sobre un recurso interjurisdiccional, o sobre una cuenca, y como no lo encuentra abonado lo considera para descartar la intervención por la vía del segundo párrafo del art. 7º LGA. Al respecto dice: “...el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la Provincia del Chubut informó que no cuenta con registros que demuestren descargas contaminantes directas al cauce del río Senguer y de sus afluentes”.

Los párrafos tres, cuatro y cinco, considerando 6, revisan los informes que se han acompañado en la causa (informe presentado por el Instituto de Energía de Santa Cruz, informes

de análisis fisicoquímicos y bacteriológicos del agua de consumo en Caleta Olivia, recabados por Servicios Públicos Sociedad del Estado; Laboratorio Zona Norte y Central). Sorprende en nivel de análisis de elementos de prueba por la Corte para considerar abonada la interjurisdiccionalidad.

Sumado a estos elementos, este considerando 6 en el párrafo 6 considera la institucionalidad de la cuenca hídrica, pues dice que “la Dirección de Cuencas del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación informó que el Comité Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Senguer, ha funcionado sin haber obtenido la institucionalidad requerida por ley” y agrega “que existía un acuerdo político entre las tres jurisdicciones que la conforman (Chubut, Santa Cruz y el Estado Nacional), contando solo con la ratificación legislativa de la Provincia de Santa Cruz y que el Estado Nacional propuso un nuevo acuerdo para intentar facilitar el alcance de la institucionalidad”. Destaca que en el marco de las reuniones mantenidas se decidió que los representantes del Chubut reinicien gestiones para alcanzar la ratificación del acuerdo original por parte de su legislatura provincial. Asimismo, informaron que no existe diagnóstico ambiental de la Cuenca del Río Senguer debido al escaso desarrollo institucional (v. fs. 185)”. La falta de institucionalidad de la cuenca, la carencia de informes que abonen la contaminación en esa pluralidad estatal, provocan que la Corte se decida por la competencia local. Lo dice en el considerando 7: “En consecuencia, en el caso no resulta manifiesta la afectación a un recurso interjurisdiccional, ya que los elementos incorporados al proceso no constituyen —en los términos aludidos— respaldo suficiente que permita al Tribunal formarse un juicio respecto de la contaminación que se denuncia sobre la Cuenca del Río Senguer —recurso hídrico interjurisdiccional—, a raíz de la actividad hidrocarbúrica que se desarrolla en las Provincias de Santa Cruz y del Chubut”.

En “López, María Teresa” la Corte nos deja en claro que el requisito del estudio técnico para abonar la interjurisdiccionalidad típico de la tesis intermedia está más vivo que nunca, pues en esta faz preliminar de la causa —cuando se decide la competencia— se escrutan todos los informes técnicos que se han acompañado y de

modo muy estricto, y si no se obtiene de estos documentos la convicción de la afectación interjurisdiccional, la competencia será local. En esto “López, María Teresa” se encadena con “Gahan” que es la anterior resolución donde se rechaza la competencia federal a pesar de la presencia de informes técnicos acompañados en la causa. La lección para el letrado litigante sería: no solo deben acompañarse informes, sino que sean concluyentes y convictivos en sus contenidos sobre la competencia federal, porque, si no, el Alto Tribunal los descartará.

VIII. Conclusiones

La primera conclusión de todo este periplo es que la Corte ha consolidado hace años una doctrina intermedia, que se identifica con la exigencia de contar con un estudio ambiental para activar la competencia federal abonando la contaminación interjurisdiccional del segundo párrafo del art. 7° LGA.

Esto que se inauguró en el año 2006 (“Asociación Civil”) sigue siendo hasta los días de hoy la base de las decisiones sobre competencia del Alto Tribunal (ver “López, María Teres”, del 16 de febrero de 2023). El elemento aglutinante es este informe técnico, aunque luego podemos hacer algunas disquisiciones sobre otros componentes del sistema y su funcionamiento.

Un espacio donde esto ha cambiado es el microsistema de residuos peligrosos (ley 24.051) a partir del precedente “Fernández” y continuado con los votos mayoritarios en autos “Municipalidad Famaillá” y “Servicio de Agua”. Allí se suma al análisis el concepto de *cuenca hídrica* como *unidad de gestión*. Esto relativiza los casos de contaminación puntual por el valor que puede tener este foco dentro de esa región. Se verifica así un acercamiento —con matices— de la tesis intermedia hacia la centralizante (82).

El cambio tiene origen en la “trilogía acuática” “Atuel-Picasa-Atuel”. Desde que la mirada sobre las aguas debe enfocarse desde un concepto integral, se comienzan a diluir los poderes locales

(82) En “Fundación Medam”, la interjurisdiccionalidad era potencial, presumida, y derivaba de la capacidad para afectar la composición química del acuífero freático y del lindero Río Paraná.

y se abultan los que pertenecen a la federación. Hoy la Corte sigue requiriendo el *estudio científico* para verificar: a) existencia de cuenca hídrica, b) alcance territorial, c) capacidad de la acción humana para alterarla. La presunción es utilizada en el segmento c) del silogismo. Con estos aspectos se activa el segundo párrafo del art. 7° LGA y la competencia federal.

En definitiva, la nueva hermenéutica del art. 7° LGA se podría resumir con estos componentes derivados de la jurisprudencia de la Corte:

1. Se mantiene la necesidad de estudio técnico.
2. El análisis se realiza bajo el principio de presunción de migración de los componentes de una cuenca y necesidad de manejo integrado estructural.
3. Los principios del art. 4° LGA son aplicables a los conflictos del art. 7° LGA.
4. La unidad de gestión y el manejo integral de las cuencas hídricas (art. 3° ley 25.688), si existe una institucionalidad creada y funcionando (Comité, Comisión de cuenca), obligan a considerar los límites geográficos a efectos de la noción de interjurisdiccionalidad.

En los aspectos prácticos deberá verificarse si por influencia de la ley 25.688 de aguas se replantea la tesis intermedia, pues este punto puede repercutir en el volumen de casos ante el fuero federal. Estos vientos centralizadores pueden tener consecuencias que obliguen en un futuro a su corrección. De hecho, no sería casual que las últimas tres resoluciones (“Chiodo”, “Asociación de Abogados” y “López”) sean rechazos de la atribución del fuero federal.

Aquí comienza un período que denominamos *intermedio consolidado*, el que motivó el presente trabajo y sobre el cual hemos descripto los aspectos de su nacimiento, poniendo foco en el período posterior a la segunda mitad de 2019, sobre todo con autos “Fernández” donde se consolida la tesis intermedia sumada al derecho de aguas.

Hoy la tesis la podríamos resumir y graficar a través de la siguiente fórmula:

Acción humana significativa + cuenca hídrica + estudio ambiental = competencia federal art. 7.2 LGA.

Si se da esta serie de elementos se configura la competencia federal. Es la *tesis intermedia* que flexibiliza algunos requisitos indispensables, ajusta otros y hace surgir la competencia federal cuando ellos emergen. Porque la Corte no olvida la competencia local, y como muestra podemos ver los últimos casos de 2022 (“Chiodo”) y 2023 (“López” “Asociación de Abogados”), donde se decide por ella a partir de un análisis estricto de los componentes. En definitiva, el Alto Tribunal no puede dejar de hacer un análisis estricto, pues en la medida que se ensancha la intervención del fuero de excepción se detraen

las causas de los espacios locales, que son los naturales órganos de revisión judicial del poder de policía ambiental.

Un aspecto práctico: la lectura y estudio de estos antecedentes mejorarán las presentaciones judiciales, ya que suelen ser numerosos los rechazos que vemos. Y a esta altura ello es injustificable, inentendible, si verificamos que la Corte mantiene su lógica desde el año 2006. Recomendamos su estudio para evitar resoluciones que pueden parecer sorprendidas para el incauto.

Solo queda esperar y estar atentos a nuevas resoluciones para comprobar y verificar esta fórmula, o por el contrario nuevas teorías serán objeto de estudio de trabajos como el presente.

Importancia y utilidad de las condenaciones dinerarias para la eficaz protección del bien colectivo ambiente

Aníbal J. Falbo

Sumario: I. Para tutelar eficaz y debidamente el ambiente son sumamente importantes (y útiles) las condenas judiciales dinerarias o económicas de tipo individual.— II. El juicio ambiental incluye derechos individuales.— III. La relectura y reescritura ambiental civil de las indemnizaciones ante los motivos económicos y la raíz dineraria del deterioro, afectación, alteración, impacto y daño ambiental.— IV. El *quantum* de las indemnizaciones individuales en un juicio ambiental.— V. Consideraciones finales como cierre.

I. Para tutelar eficaz y debidamente el ambiente son sumamente importantes (y útiles) las condenas judiciales dinerarias o económicas de tipo individual

Las condenaciones indemnizatorias individuales, impuestas en un caso ambiental, son fundamentales, muy importantes y sumamente útiles —si su monto esta correctamente fijado— para proteger y tutelar debida, y eficazmente, al ambiente como bien colectivo.

Se trata de las indemnizaciones individuales impuestos a favor de individuos por lesiones que estos sufren, o padecen, “de rebote” o *par ricochet* (1) —o como consecuencia— de la afec-

tación, degradación, impacto o daño ambiental. Por ese motivo en este trabajo las denominamos como condenaciones o indemnizaciones individuales “ambientales”.

En la enorme mayoría de los casos lo económico, es decir el dinero, los gastos y los costos, las pérdidas y las ganancias, juegan un rol central, fuerte, muy importante e incluso generalmente exclusivo (2) en el deterioro, la afectación, la alteración, el impacto negativo y el daño ambiental. Como intentamos profundizar más adelante, los motivos, las causas, la raíz y el componente de tipo económico de la agresión ambiental son innegables y de gran importancia, como profundizamos más adelante.

Las indemnizaciones individuales, al imponer una condena económica de tipo dineraria impactan en el centro económico del problema ambiental: y allí radica su importancia y utilidad, en la medida que, si el monto de la condena es suficientemente alto, inducirá a prevenir

(1) En ese sentido BUSTAMENTE ALSINA, "Derecho Ambiental", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 45, entendiéndose con ese término a los daños individualizados —o individualizables— que sujetos particularizados padecen y sufren como resultado o consecuencia de un daño ambiental. Por tal razón se ha entendido que esos daños particulares se sufren de rebote, "par ricochet", Pablo Lorenzetti explica que "Como consecuencia (de) lesiones a bienes colectivos es usual que se afecten "de rebote" también derechos individuales e individuales homogéneos" LORENZETTI, Pablo, "El sistema de responsabilidad civil por daño ambiental a veinte años de la ley 25.675", LA LEY del 29/11/2022, 7. Cita: TR LALEY AR/DOC/3416/2022.

(2) Decimos "generalmente" o en la "gran mayoría de los casos" porque pueden existir supuestos en que no exista una causa económica exclusiva o importante o trascendente o de gran peso (aunque sumada a otras de otro tipo).

el deterioro, el impacto, la degradación, la afectación, la alteración y el daño ambiental. Dicho de otro modo: generarán un cambio en las conductas —u omisiones— perjudiciales para el ambiente, por su poder económico disuasorio.

En síntesis, una adecuada y suficientemente elevada —o alta— condena económica indemnizatoria individual ambiental tendrá como efecto prevenir, disuadir y/o evitar agresiones o afectaciones ambientales.

Se observa la doble función ambiental-civil de las indemnizaciones económicas individuales ambientales, por un lado, la más clásica: reparación de lo sufrido, por el otro la innovadora: prevenir, evitar, internalizar y hasta recomponer —debi- da y tempestivamente— el daño ambiental.

Así lo resaltan Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti cuando destacan la función que tienen las indemnizaciones como factor de disuasión de determinadas conductas (3), y por ello Lavia Haidempergher (4) destaca la importancia “ambiental” de las “indemnizaciones por daños causados por una actividad contaminante, efectuada a las víctimas o al Estado” (5).

Antes de finalizar esta introducción queremos resaltar dos cuestiones:

La primera referida a que la importancia de las indemnizaciones individuales en un caso ambiental aparece más clara aun si las ponderamos otorgando un rol central en el tema un principio rector del derecho ambiental cual es, como indica Mosset Iturraspe: el “principio de realidad” (6), en la medida que ese principio “pone acento en la realidad ambiental para la eficacia o aplicación normativa” (7). Su papel trascendente en el tema se confirma si se re-

(3) LORENZETTI, Ricardo Luis y LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 68.

(4) LAVIA HAIDEMPERGHER, Laura, "La regulación ambiental desde una perspectiva integral", RDAMB. 17-42.

(5) Ibidem, RDAMB. 17-43.

(6) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Daño Ambiental", MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON, DONNA (obra colectiva), Rubinzal Culzoni, 1999, p. 20.

(7) Ibidem.

cuerda que Cafferatta enseña que el principio de realidad es el “fruto maduro del principio de proporcionalidad, legalidad sustancial, o principio de ‘razonabilidad’, con fundamento de origen en el art. 19, CN, además de constituir la indisputable dimensión sociológica, que se aloja esencialmente en la etapa de la ejecución o efectividad de la norma jurídica” (8).

La segunda es, derivado de lo hasta aquí destacado, el aporte que suman las indemnizaciones individuales para lograr lo que Peña Chacón define como “[l]a justicia ecológica en la era del Antropoceno” (9), que explica el autor “enfrenta una serie de desafíos relacionados con su objetivo de mantener los procesos fundamentales que sustentan la vida dentro de los límites planetarios, permitiendo un espacio operativo seguro para la humanidad y las demás especies, debiendo ser, a la vez: local, nacional, transfronteriza y planetaria; intrageneracional e intergeneracional e interespecies”.

En los puntos siguientes exponemos entonces, no solo sobre la unidad entre lo económi-

(8) CAFFERATTA, Néstor, "Un principio 'oculto' de política ambiental en la ley 25.675 General del Ambiente: el principio de realidad", JA 2009-IV-4 y 5. Hemos visto aplicado este principio a través de diversos fallos de la Corte Nacional como explica el propio Cafferatta en el trabajo citado: Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo gala de la aplicación del mismo en la paradigmática sentencia recaída en la causa "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación de los ríos Matanza-Riachuelo)", en punto a la manda del consid. III, contaminación industrial, en la que tras ordenar se lleven a cabo por la ACuMaR inspecciones, se proceda a identificar agentes contaminantes, se impongan planes de tratamiento (lo que implica exigir programas de reconversión industrial), y cesen en el vertido, emisión y disposición de sustancias contaminantes que impacten de un modo negativo en la cuenca, o clausuras total o parcial y/o traslado.

(9) PEÑA CHACÓN, Mario, "Sentencias ambientales en el Antropoceno. Análisis del amparo en revisión 54/2021 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México", RDAMB. 71-257, quien lo define como el "Término utilizado para designar la era geológica actual que se distingue por el papel central que desempeña la humanidad para propiciar significativos cambios geológicos. Fue propuesto en el año 2000 por el Nobel de Química Paul Crutzen y se refiere a la época en que los humanos sustituyeron a la naturaleza como la fuerza ambiental dominante en la Tierra, siendo que su acción ya marcó el estrato geológico".

co y lo ambiental —que de alguna manera ya hemos anticipado— sino también indicamos algunos rasgos, datos y características de la indemnización individual dineraria ambiental, centrándonos en lo que se refiere a su monto o *quantum*.

No sin antes hacer una breve mención (en el punto siguiente) de los diferentes tipos de derechos —y por ende pretensiones— que quedan incluidas dentro de lo que debe ser considerado un juicio ambiental, que no son solo los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela del bien colectivo ambiente, sino también derechos individuales.

II. El juicio ambiental incluye derechos individuales

Como recién indicamos, no solo son juicios ambientales aquellos en que se litigan derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela del bien colectivo ambiente.

También son juicios ambientales aquellos en los que se litigan derechos individuales y/o derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos, cuando los daños, perjuicios o afectaciones derivan del deterioro, impacto, afectación, alteración o daño ambiental —o bien en alguna de estas situaciones tengan su causa u origen—: se trata de los daños sufridos individualmente (sea por uno, algunos o muchos individuos) “de rebote”, como ya señalamos al inicio.

Claramente lo explica Pablo Lorenzetti (10) cuando indica que las tres tipologías de derechos pueden ser lesionados por la afectación negativa del ambiente, y enumera: 1. derechos individuales, 2. derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela del bien colectivo ambiente y/o 3. derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos. A partir de ello consideramos que cualquier proceso judicial que tramite por algunas pretensiones que aloje alguno —o algunos— de estos derechos lesionados es un

(10) LORENZETTI, Pablo, "El sistema de responsabilidad civil por daño ambiental a veinte años de la ley 25.675", LA LEY del 29/11/2022, 7. Cita: TR LALEY AR/DOC/3416/2022.

juicio ambiental. Y agrega refiriéndose a lesiones que derivan de temas ambientales: “Como consecuencia de estas lesiones a bienes colectivos, es usual que se afecten ‘de rebote’ también derechos de las otras dos categorías que mencionáramos: individuales e individuales homogéneos. En este esquema de análisis se ha expresado que el daño ambiental es bicéfalo o bifronte y, por tanto, los perjuicios individuales y los colectivos son las ‘dos caras de una misma moneda’” (11).

Esaín (12) plantea otro muy interesante enfoque que conduce a equiparable conclusión cuando divide al daño ambiental en dos tipos —o subtipos— en aquel que denomina “propiamente dicho” y en el “de rebote”, el primero, como el autor indicado indica, es el que afecta a la flora, la fauna, el paisaje, el aire, el agua, el ambiente, el ecosistema, inhibe las funciones naturales, etc., del daño ambiental “de rebote” se refiere a un impacto ambiental que comporta daños individuales a la persona y sus bienes (13).

III. La relectura y reescritura ambiental civil de las indemnizaciones ante los motivos económicos y la raíz dineraria del deterioro, afectación, alteración, impacto y daño ambiental

Aquí desarrollamos lo que ya hemos resalado: que son evidentes —e innegables— las fuertes y centrales relaciones entre lo económico y lo ecológico, concretamente entre el gasto o ahorro de dinero y las ganancias y pérdidas dinerarias —por un lado— y el daño, la afectación, la alteración, el impacto o el deterioro al ambiente —por el otro—.

Hace años el maestro italiano Postiglione ya adelantaba que “la nueva cultura ecológica pone en discusión poderosos intereses económicos” (14) señalando que las actividades eco-

(11) Ibidem.

(12) ESAÍN, José Alberto, "Ley 25.675 General del Ambiente, comentada, concordada y anotada", LA LEY, 2020-II, 219.

(13) Ibidem.

(14) POSTIGLIONE, Amadeo, "Manuale dell'Ambiente", La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986, p. 20.

nómicas buscan la mayor conveniencia inmediata (15). Desde otro enfoque explica González Nieves: “Entre la economía y la ecología existe una estrecha relación, que permite tratar los sistemas económicos como parte de ecosistemas naturales más amplios...” (16), confirmando la conexidad importante que se existe entre lo económico y lo ecológico

En concreto se observa cómo la economía, el comercio y el mercado con sus mandamientos centrales de minimizar costos y maximizar ganancias, gastar lo menos posible y ganar lo máximo posible, son el motivo y la causa —en la gran enorme y mayoría de los casos— de la afectación, el deterioro, la degradación, el impacto y el daño que el hombre produce al bien colectivo ambiente. Es así en la enorme mayoría de los casos y, sin ser siempre exclusiva no puede negarse su importancia central.

Incluso esto se ha visto acelerado en los últimos tiempos porque a la pauta de maximizar ganancias se le ha agregado: en el menor tiempo posible.

Básicamente lo resaltado ocurre por ahorro o desinversión (lo que se analiza seguidamente como externalización) que redundará por regla casi absoluta en maximización de ganancias —es decir enriquecimiento—, sin que se pueda dejar de mencionar el modelo económico, que opera en este planeta desde hace muchas décadas, y sigue rigiendo hegemónicamente nuestro destino y vida, incluso acelerándose —y profundizándose— sobre lo que Morello alertaba cuando ponía de resalto “una filosofía arrolladoramente predominante, la del mercado” (17).

Ricardo Lorenzetti señala, al referirse a las externalidades, que “[c]omo consecuencia de este

(15) Ibidem, p. 22 y agregaba hace más de 30 años que una actividad por ser fuente de progreso, ventaja, provecho, ganancia o beneficio; no por eso esta socialmente justificada ni es legítima.

(16) GONZÁLEZ NIEVES, Isabel Cristina, "Análisis económico del Derecho Ambiental", Ed. Heliasta, p. 29 y agrega allí la autora que "El mecanismo del sistema de precios de mercado ha excluido los bienes y servicios ambientales...".

(17) MORELLO, Augusto M., "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", LEP, 1999, p. 8.

principio, las empresas cuyas actividades contaminan, no toman en cuenta estos costos, pues son transferidos a otras personas o a la comunidad en su conjunto, recibiendo solo el beneficio por su actividad. Al externalizar estos costos, no tienen incentivos en reducir el nivel de contaminación que causan con la producción de bienes y servicios rentables” (18); y como corolario indica que “[e]l gran cambio se produce cuando se ‘internalizan’ esos costos porque la sociedad ya no quiere soportarlos. Ello se ve claramente en las indemnizaciones por los daños ambientales que deben pagar las empresas, pero también en las exigencias de transformación de los mecanismos de producción de bienes, obligándolas a incorporar nuevas tecnologías ‘limpias’ cuyo costo debe soportar” (19).

En ese sentido Bustamante Alsina destaca como una vocación del derecho ambiental la de “corregir las deficiencias que presenta el sistema de precios para incorporar a los costos las externalidades” (20) que se dan por evitar o reducir “los gastos de instalaciones que eviten la contaminación” (21), eso significa que el derecho ambiental persigue “asegurar que todos los costos hayan sido sumados para que no ocurran invasiones o violaciones sobre el medio ambiente” (22).

Afirman Madiedo y Leguiza Casqueiro que “cualquier contaminación producida por una acción antrópica es, en realidad, una externalización del costo de producción que el productor evita soportar trasladándose a la sociedad” (23), a lo que se agrega que quien afecta, degrada o daña al ambiente “cuanto más efectos

(18) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Teoría del Derecho Ambiental", Ed. La Ley, 2008, p. 22.

(19) Ibidem.

(20) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Derecho Ambiental", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 50. En igual sentido MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Daño Ambiental" MOSSET ITURRASPE, HUTCHINSON, DONNA (obra colectiva), Rubinzal Culzoni, 1999, p. 21.

(21) Ibidem, p. 50.

(22) Ibidem, p. 51.

(23) MADIEDO, Mariano y LEGUIZA CASQUEIRO, Guillermo, en AA.VV., TORRES, Sergio y MADIEDO Mariano (coords.), "Derecho Ambiental", Ed. Hammurabi, 2019, p. 213.

degradantes transfiera al medio, menos costos asumirá la propia contaminadora y más deberá soportar la sociedad” (24), ya que por regla significan un ahorro —por desinversión— y por ello —normalmente— redundan en una maximización o aumento de ganancias o enriquecimiento.

La internalización como parte de la indemnización individual incluso podría ser considerada como una relectura ambiental del concepto del enriquecimiento del que afecta o daña como enseña Mayo (25) cuando considera al enriquecimiento del dañador jugando como un “plus” con relación al “perjuicio efectivamente sufrido” y ese “plus” decanta en una compensación dineraria que se suma a la correspondiente al daño, y se sustenta en el principio que “veda enriquecerse como fruto de un ilícito a costas del titular del derecho usufructuado” (26). Indica Mayo (27) que no debe confundirse el daño que se le produce a la víctima de ese “enriquecimiento del dañador” que también puede surgir y explica —para diferenciar las dos compensaciones dinerarias— que el daño siempre significa “menoscabo, ya como daño emergente ya como lucro cesante, en cambio el enriquecimiento no importa detrimento de algo ya incorporado efectiva o potencialmente al patrimonio” (28).

Como explica Ricardo Lorenzetti, “la noción de externalidad negativa o costo social de la conducta individual ha sido un aporte fundamental para el ambientalismo” (29).

Y el detrimento, la degradación, la afectación o el daño ambiental suele tener como causa —por regla y en la enorme mayoría de los casos— la “externalización de los costos ambientales” (30) y es por esa razón que “cuando se

habla... de contaminación, los economistas a menudo emplean el concepto de 'externalidades” (31).

Recordemos que el principio de responsabilidad de la LGA como explican Pizarro y Vallepinos (32) es un principio orientado al pleno restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el daño ambiental, pero —como explican— también, por una parte, incluye la internalización de los costos como, por otra, determina sin dejar dudas que quien causa un daño ambiental no puede obtener beneficios económicos derivados de su accionar, aun después de haber pagado las indemnizaciones (33). Por lo que simultáneamente se indica que la aplicación del principio de responsabilidad de la Ley General del Ambiente “lleva implícita la idea de internalización de los costos ambientales” (34).

Consecuentemente las indemnizaciones dinerarias individuales si son correctamente calculadas obligan a internalizar los costos que el agente generador del detrimento ambiental ha externalizado al no asumirlos como parte de su actividad. Como las externalidades son “efectos secundarios que no se valoran en el mercado” (35), las indemnizaciones individuales ambientales ayudan decididamente a corregir y superar esta injusta falla del sistema económico (36).

(31) MARTÍNEZ ALIER, Joan y SCHLÜPMANN, Klaus, "La Ecología y la Economía", Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 12.

(32) PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones 5", Ed. Hammurabi, 2012, p. 172.

(33) Ibidem.

(34) MADIEDO, Mariano y LEGUIZA CASQUEIRO, Guillermo, ob. cit.

(35) MARTÍNEZ ALIER, Joan y SCHLÜPMANN, Klaus, "La Ecología y la Economía", ob. cit., p. 221.

(36) Lorenzetti Ricardo expresa "teniendo en miras que —en caso de conflicto de valores— la protección ambiental es prevalente; no pudiéndose invocar el análisis costo-beneficio como una vía indirecta para imponer la primacía del desarrollo económico por sobre la tutela ambiental, alterando con ello la decisión valorativa" LORENZETTI, Ricardo Luis, "El nuevo enemigo. El colapso Ambiental. Cómo evitarlo", Ed. Sudamericana, 2021, p. 254.

(24) Ibidem.

(25) MAYO, Jorge A., "El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito", LA LEY, 2005-C, 1018.

(26) Ibidem.

(27) Ibidem.

(28) Ibidem.

(29) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Teoría del Derecho Ambiental", Ed. La Ley, 2008, p. 22.

(30) MADIEDO, Mariano y LEGUIZA CASQUEIRO, Guillermo, ob. cit.

La respuesta jurídica ambiental-civil es imprescindible porque la economía no puede responder debidamente, ni abastecer en modo alguno, sus fuertes tensiones con lo ambiental —o de la ecología—, y menos evitar el creciente deterioro del ambiente y la naturaleza: como lo expresan Joan Martínez Alier y Klaus Schlüpmann, “la ciencia económica es incapaz de hacer frente a la crítica ecológica” (37).

Es por esto por lo que se requieren soluciones jurídicas ambientales - civiles de impacto en lo económico, dentro de las que la indemnización dineraria individual ambiental es central y sumamente importante.

Se impone la necesidad de releer y reescribir jurídicamente el factor económico, y ciertos aspectos económicos, generando nuevas y más ajustadas proyecciones de mecánicas civiles clásicas, con nuevos enfoques civiles-ambientales o ambientales-civiles, como se prefiera.

Dentro de esa relectura y reescritura jurídica de la economía ingresan, en un rol preeminente desde lo jurídico, las indemnizaciones individuales ambientales que venimos tratando en este trabajo, centrando la relectura y reescritura ya referida en el cálculo de su monto indemnizatorio, que incluye especiales o innovadores supuestos además de específicos cálculos económicos y valores dinerarios, para que sean justas y efectivas en la faz preventiva, y hasta en la recomposición del daño ambiental.

Por eso se propone un enfoque jurídico civil-ambiental de lo económico. Y en pos construido para cumplir con las trascendentes funciones ambientales de las indemnizaciones dinerarias individuales ambientales: en especial las preventivas que son una faz de la responsabilidad civil del Cód. Civ. y Com.

También se impone esa relectura y reescritura civil-ambiental que se propone en la medida que en los casos de agresión ambiental por regla —y en prácticamente todos los casos— con la aplicación de los esquemas indemnizatorios clásicos, el condenado conserva un beneficio económico después de indemnizar, lo que ha

sido sostenido ya doctrinariamente con razón (38).

No puede dejar de mencionarse tampoco que la metodología usual de los economistas para explicar transacciones y precios “no funciona, porque los agentes no nacidos no pueden acudir al mercado actual de recursos agotables o de servicios medioambientales. Así pues, el estudio de la asignación de los recursos agotables, y también de la contaminación, daña al neoliberalismo económico individualista” (39).

No podemos finalizar este punto sin indicar, como contexto de la causa económica de la afectación ambiental que intentamos describir, que es bueno poner de resalto el hecho, o la realidad, que los humanos tenemos una característica especial: la posibilidad de enormes diferencias en el uso (y degradación) de bienes ambientales, energías, recursos, materiales y productos entre diferentes personas según cuales sean sus medios económicos, lo que ha llevado a Martínez Alier y Schlüpmann a afirmar que “[l]os ricos deterioran el medio ambiente mucho más que los pobres” (40).

IV. El *quantum* de las indemnizaciones individuales en un juicio ambiental

El monto o *quantum* indemnizaciones individuales civiles-ambientales es central en la relectura y reescritura ambiental de las indemnizaciones individuales ya que solo cumplirán con sus fines preventivos —e incluso de correcta recomposición— si son justas y adecuadas lo que exigen que sean los suficientemente impor-

(38) NOVELLI, Mariano y TABARES, Julieta, "Los daños punitivos y sus proyecciones en el Derecho Ambiental", en ALLENDE RUBINO, Horacio; NOVELLI, Mariano (dirs.) obra colectiva, Responsabilidad y acciones ambientales, Nova Tesis, 2018, p. 197.

(39) MARTÍNEZ ALIER, Joan y SCHLÜPMANN, Klaus, "La Ecología y la Economía", ob. cit., p. 223. Otros enfoques económicos suelen incluso agravar ello como lo explican los mismos autores cuando expresan "tanto en caso de los recursos agotables como en el de la contaminación, cuanto mayor sea la tasa de descuento, tanto más infravaloramos las necesidades futuras". MARTÍNEZ ALIER, Joan y SCHLÜPMANN, Klaus, "La Ecología y la Economía", ob. cit., p. 221.

(40) MARTÍNEZ ALIER, Joan y SCHLÜPMANN, Klaus, "La Ecología y la Economía", ob. cit., p. 13.

(37) MARTÍNEZ ALIER, Joan y SCHLÜPMANN, Klaus, "La Ecología y la Economía", ob. cit., p. 13.

tantes, elevadas y altas, para que contemplen e impacten, real y debidamente, el factor económico-dinerario de la agresión ambiental.

En trascendentes sentencias la Corte Nacional ha establecido pautas y reglas fundamentales para la tutela real del ambiente, así —solo para citar dos ejemplos— el 19 de febrero de 2019 en “Mendoza” (41) ya hace referencia a “la moderna concepción de las medidas necesarias para la protección respecto del medio ambiente —que se basan esencialmente en los principios preventivo y reparatorio del daño ambiental—” fórmula que luego reitera en “Cruz” (42) y antes hubo destacado a la “eficacia” como una característica obligada de las decisiones judiciales ambientales en 2008 también en “Mendoza” (43).

Al completar el esquema básico civil, las indemnizaciones individuales ambientales se convierten en una de las modernas concepciones de las medidas —jurídico-económicas— para proteger al ambiente, de manera eficaz. Eso sí: en la medida que sean los suficientemente adecuadas, importantes y altas en lo que se refiere a su *quantum*. Sino se cumple esto tendrán el efecto contrario, inducirán y promoverán la no prevención y la falta de recomposición correcta y tempestiva.

Entonces la relectura y reescritura de las indemnizaciones individuales ambientales impacta, centralmente, en el monto de condena, ya que, si ese *quantum* es justo por estar bien calculado, revierte el enriquecimiento y por ello plantean la conveniencia de prevenir daños o afectaciones o degradaciones ambientales, lo

(41) Fallos 338:80.

(42) CS, "Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbreira Limitada y otro s/ sumarísimo", 23/02/2016, Fallos 339:142. Allí se indica que "en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4° de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles". También así se establece en la resolución del 19/02/2019 dictada por la Corte Federal en la causa "Mendoza".

(43) Fallos 331:1622.

que es un objetivo primario y principal tanto del derecho ambiental como del derecho civil.

La clave es imponer indemnizaciones altas o elevadas, sumando un importante “plus” sobre los daños efectivamente sufridos que tenga el poder de desbaratar tanto el enriquecimiento, la externalización y la conveniencia económica de dañar el ambiente y la ecología pues, “debido a que —vía cálculo costo-beneficio— suele resultar económicamente más conveniente afrontar los costos de la reparación integral del daño antes que adoptar medidas preventivas a futuro tendientes a evitar perjuicios irreversibles” (44).

Las indemnizaciones individuales ambientales tienen como función, rol u objetivo importante —además del clásico de compensar lo sufrido como daño—: el preventivo, propio del derecho ambiental y del derecho civil, es decir existe un doble grado de importancia de la prevención en lo civil-ambiental.

Son entonces la aplicación concreta del privilegio que la prevención tiene en el derecho ambiental, la prevención es lo primero en lo ambiental como establece la Corte Federal en la sentencia del caso “Mendoza” del año 2006 (Fallos 329:2316): “...primero corresponde la prevención...”.

Recuérdese que “[e]l principio de prevención suele tratarse junto con el de corrección, entendiendo que ambos imponen intervenir en la fuente antes de que se genere la contaminación o el problema ambiental de que se trate” (45).

Y las indemnizaciones individuales ambientales impactan —si son lo suficientemente adecuadas, importantes y altas— en el daño “en gestación”, “larval” “embrionario” o “germinal” para usar las lúcidas denominaciones de Sagarna (46).

(44) LORENZETTI, Pablo, "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año 15, nro. 8, 2013, ps. 5-21.

(45) LÓPEZ RAMÓN, Fernando, Manual de derecho ambiental y urbanístico", Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018, 2ª ed. p. 20.

(46) SAGARNA, Fernando A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires 2022, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 172.

Con precisión De Lorenzo (47) destaca con precisión la “superioridad ontológica” de la prevención indicando que “un daño una vez que se verifica nadie lo puede quitar... se puede trasladar, pero jamás quitar”.

La indemnización dineraria individual esta llamada a operar, como resulta evidente, dentro de la faz preventiva del derecho de daños. Pero también en la etapa de recomposición del daño ambiental pues, como ya adelantamos, inducirá a la remediación o recomposición del daño ambiental eficaz, correcta y tempestiva, pues si el daño continúa —por no remediarse en absoluto o por hacerlo deficitariamente o extendiéndose en el tiempo— eso podrá seguramente derivar en condenaciones económicas individuales que generen un quebranto, o pérdida económica, en lugar de un enriquecimiento.

El monto de condena debe receptor e incluir, como un “plus” y como una potenciación de los daños sufridos, la internalización de todos los costos de todas las medidas, equipos, tecnologías, personal y acciones que debieron tomarse —o colocarse o contratarse— para no dañar, o deteriorar o afectar o alterar o impactar negativamente al ambiente. Lo que también queda doblemente justificado porque esa internalización implica un enriquecimiento del agente condenado.

El monto debe ser lo suficientemente importante y alto para que, sin duda, impacte en los factores y aspectos económicos que están en la raíz —y son la causa— de la afectación, el deterioro y daño ambiental, para evitarlos, prevenirlos, disuadirlos, internalizarlos y promover fuertemente la recomposición debida y tempestiva. Y así permitir lograr “los objetivos tuitivos que el sistema legal persigue para la órbita ambiental” (48).

Incluso el monto de condena ha de brindar una solución y respuesta dineraria a la natural incerteza o ignorancia que siempre —en menor o mayor medida— está en los casos am-

(47) DE LORENZO, Miguel Federico, "El Código de la Prevención", RDAMB. 46-29.

(48) LORENZETTI, Pablo, "La conveniencia de legislar sobre daños punitivos en materia ambiental a partir de una sentencia de la SCBA". Cita: RC D 680/2021

bientales y que destaca la pertinente pregunta de Martínez Alier y Schlüpmann: “¿Cuántas externalidades negativas están aún por descubrirse?” (49).

Por otro lado, el eco-abuso del derecho impactará en el monto de condena determinando se sume otro rubro a ese “plus” de condenación, implicando entonces un agregado dinerario, subiendo el monto, por ese gravísimo desprecio jurídico que significa.

Sozzo ha sido quien ha destacado el rediseño del abuso del derecho, “consistente en incorporar una nueva dimensión al ejercicio de los derechos individuales: la dimensión ambiental” (50) la existencia de un nuevo subtipo de abuso del derecho, el ambiental, al que ha denominado como “eco-abuso del derecho” (51) tiene su raíz en el art. 14 del Cód. Civ. y Com. y su definición en el art. 240 también del mismo Cód. Civ. y Com. tal como lo explica Sozzo (52) y Cafferatta (53) cuando indica que ambas normas “juegan en conjunto”. Incluso Cafferatta agrega el elemento de “buena fe” (54) a lo que denomina como “abuso del derecho ambiental”, consecuentemente se agrega un supuesto más de su existencia, cuando se viola —o no respecta— el principio de “buena fe” en un caso ambiental.

Una primera aproximación la indemnización individual ambiental debe contener o significar la suma o adición de un “plus” y/o la potenciación económica dineraria de la reparación clásica del derecho civil que incluya y contemple, cuanto menos: 1. la externalización de los costos a fin de que se internalicen esos costos y gastos, 2. que —ante la duda— siempre estará más justificado imponer un monto más elevado que uno menor, 3. la existencia de un eco abu-

(49) MARTÍNEZ ALIER, Joan y SCHLÜPMANN, Klaus, "La Ecología y la Economía", ob. cit., p. 223.

(50) SOZZO, Gonzalo, "El giro ecológico del abuso del derecho", RDAMB. 51-3.

(51) Ibidem, RDAMB. 51-2.

(52) Ibidem, RDAMB. 51-1-6.

(53) CAFFERATTA, Néstor, "Abuso del Derecho Ambiental", RDAMB. 65-16.

(54) Ibidem, RDAMB. 65-10.

so del derecho, 4. tener en cuenta que degradar, afectar o dañar al ambiente implica costes muy altos para la colectividad —actual y futura— que son difíciles de valorar económicamente no solo para las generaciones actuales sino también para las futuras.

V. Consideraciones finales como cierre

La condena indemnizatoria individual ambiental, si se la aplica en toda su extensión, es muy útil e importante para resolver varios de los principales problemas a los que se enfrenta el derecho ambiental, como el referido a su implementación. Se observa como un eslabón imprescindible para evitar ese mal del derecho ambiental, que lo persigue como su sombra: su mera función “simbólica” (55) tanto como su “raquitismo de eficiencia” (56).

Aparece como una pieza clave, e insustituible, para lograr aquello que indicaba Bidart Campos, “una sentencia que sea oportuna en el tiempo

(55) WOLF, Paul, “¿La irresponsabilidad organizada? Comentarios sobre la función simbólica del derecho ecológico”, ED 136-820.

(56) CAFFERATTA, Néstor; “El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental”, LA LEY del 23/02/2007, 1.

y eficaz en el resultado” (57), máxime cuando “[e]l agotamiento de recursos será un problema sobre todo para la posteridad” (58).

Significa, también y entre otras cosas, completar y adecuar el derecho civil al derecho ambiental y al caso ambiental en la medida que “el derecho ambiental opera en su plenitud, con reglas propias, principios propios, y hasta métodos propios” (59), y “va muchas veces a contrapelo de las reglas clásicas” (60). Es, en gran medida, lo que hace tiempo Carnota sintetizaba en la idea de un “debido proceso ambiental” indicando que es donde “los parámetros civilistas de responsabilidad... y la judicialización de las controversias, sufrirán el impacto del ambientalismo” (61).

(57) BIDART CAMPOS, Germán, en *Obra Colectiva “La Legitimación”* Abeledo Perrot, 1996, p. 17.

(58) MARTÍNEZ ALIER, Joan y SCHLÜPMANN, Klaus, “La Ecología y la Economía”, *ob. cit.*, p. 221.

(59) CAFFERATTA, “Los Derechos de Incidencia Colectiva”, *Supl. La Ley-Administrativo*, 16/02/2005, p. 9.

(60) CAFFERATTA, Néstor, “La defensa del patrimonio histórico-cultural. El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente”, JA 2004-III-306.

(61) CARNOTA, “El Debido Proceso Ambiental”, ED 161-364.

La tutela especial de los defensores y las defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales: el conflicto por la autovía de Punilla en la provincia de Córdoba (Argentina)

Agustín Filippi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes del conflicto socioambiental por la autovía de Punilla.— III. Reseña del fallo “Rocío Loza, *habeas corpus*”. La decisión judicial.— IV. El reconocimiento de los defensores y defensoras ambientales.— V. Persecución y criminalización de los defensores ambientales.— VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la tutela especial de los defensores y las defensoras ambientales desde una perspectiva de derechos humanos, poniendo énfasis en el conflicto socio-ambiental por la autovía de Punilla en la provincia de Córdoba (Argentina), en el marco del ejercicio de las personas, organizaciones y comunidades locales al goce del derecho colectivo a un ambiente sano, a la información, a la participación pública, a la libertad de expresión y de asociación, a la protesta social, como así también al acceso a la justicia.

Luego de relevar los antecedentes del conflicto ambiental planteado, se comentará el fallo dictado en autos “Rocío Loza, *habeas corpus*”, el cual resuelve favorablemente la acción de *habeas corpus* preventivo colectivo incoada por cuatro abogados cordobeses en representación de defensores ambientales, vecinos locales, y comunidades de pueblos originarios de los Valles de Punilla, Paravachasca y Sierras Chicas

de la provincia de Córdoba, que se manifiestan pacíficamente en favor del medio ambiente, limitando la violencia institucional y el accionar represivo de las fuerzas de seguridad dependientes del Gobierno provincial.

Seguidamente, se abordarán las disposiciones del Acuerdo de Escazú e implicancias de su ratificación como tratado internacional vinculante para nuestro país, como así también los estándares, indicadores y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), aplicables a los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales. Por último, se reseñarán casos e informes internacionales que dan cuenta de un contexto global de amenazas, persecución y criminalización de defensores ambientales.

II. Antecedentes del conflicto socioambiental por la autovía de Punilla

Si bien la resolución del *habeas corpus* que se analizará seguidamente en este trabajo reconoce la especial protección de los derechos de los defensores ambientales de los Valles de Punilla, Paravachasca y Sierras Chicas de la provincia de Córdoba, con un claro efecto expansivo en el

(*) Abogado. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental, Facultad de Derecho (UNC).

territorio provincial atento su carácter colectivo, esta tiene su anclaje fáctico fundamentalmente en la problemática socio-ambiental emergente por la construcción de la autovía de montaña en el valle de Punilla ["Punillazo" (1)].

Vale la pena recordar que el conflicto socioambiental en Punilla tuvo sus raíces con el proyecto de la obra pública "Variante Costa Azul - Puente sobre el Lago San Roque", un tramo de 6,7 km de autovía que conectaba con la autopista Córdoba-Carlos Paz (Ruta Nacional N° 20), y la construcción de un puente sobre el lago San Roque. Esta obra fue anunciada por el Gobernador Juan Schiaretti en enero del año 2016, habiendo la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático de la provincia de Córdoba otorgado la Licencia Ambiental mediante res. 143 de fecha 16 de mayo de 2017. Previo a ello, los vecinos afectados ya se habían manifestado públicamente, solicitando amplio acceso a la información, la presentación del Estudio de Impacto Ambiental, la realización de audiencia pública, y el cese de toda actividad, toda vez que la empresa adjudicataria Caminos de las Sierras SA ya había empezado a ejecutar las obras, en absoluta ilegalidad.

Pero dicho conflicto se profundiza y agudiza cuando a comienzos del año 2018, el Gobierno provincial anuncia el proyecto de construcción de la Autovía de Montaña en el Valle de Punilla. Se trataba de un trazado inicial de 14,3 km por el faldeo de las sierras —pedemontana—, que conectaría el tramo habilitado entre la Variante Costa Azul-Puente sobre el lago San Roque (luego llamado José Manuel De La Sota, en homenaje al exgobernador), con la localidad de Cosquín. La obra se realizaría al este de la Ruta Nacional N° 38 e implicaba la destrucción de bosque nativo en zonas rojas de máxima protección, la degradación de la Reserva Natural Ca-

min Cosquín y la remoción de tierra sobre el yacimiento de uranio Rodolfo, con la consecuente emanación de gases radioactivos al ambiente, y peligros de derrumbes, entre los principales impactos ambientales. El proyecto completo de la autovía llegaba hasta La Cumbre.

El Estudio de Impacto Ambiental de la obra "Alternativa a Ruta Nacional N° 38: Puente Costa Azul - La Cumbre - Sección Costa Azul - Cosquín", fue presentado por la Dirección Provincial de Vialidad. Durante el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental de la autovía de montaña, se llevó adelante una histórica audiencia pública que tuvo lugar en Santa María de Punilla entre los días 11 y 18 de mayo del año 2018, en la cual más del 80% de las 355 personas que participaron manifestaron su rechazo a la obra por los efectos negativos que generaría sobre el paisaje de las Sierras Chicas, el ambiente, el bienestar, la calidad de vida y la salud de las comunidades del Valle de Punilla (2).

A los pocos días de la celebración de la audiencia pública, el Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba aprueba una declaración en fecha 29 de mayo de 2018 por la cual "...hace expresa su preocupación en torno al proyecto mencionado, ya que provocaría un severo impacto ambiental y ecológico. Diversos estudios han documentado la estrecha relación que existe entre la biodiversidad y el funcionamiento de los ecosistemas y, por lo tanto, con los bienes y servicios que ellos proveen (turismo, economía de la región, etcétera) por lo que su conservación es fundamental... Así mismo este Honorable Cuerpo, recomienda a la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba revisar, reevaluar y profundizar el análisis de las 6 (seis) alternativas existentes para la Obra..." (3).

Con pocas modificaciones al trazado propuesto, la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático de la provincia de Córdoba otorga la Licencia Ambiental al proyecto de autovía de montaña de Punilla, mediante res. 374 de fecha

(1) El "Punillazo" fue el nombre que adoptó el movimiento de ciudadanos y agrupaciones socioambientales que se nuclearon organizadamente en resistencia al avance del proyecto de la autovía de montaña trazada en el Departamento Punilla, provincia de Córdoba, en defensa de la vida, del agua, de las sierras, del ambiente natural y cultural en general. Ver: Redacción la Tinta, "El Punillazo crece a la espera de respuestas del gobierno", 28/05/2018. Disponible en: <https://latinta.com.ar/2018/05/punillazo-crece-espera-respuestas-gobierno/>.

(2) Redacción la Tinta, "Autovía de montaña: con el 80% de rechazo, termina la audiencia en Punilla", 18/05/2018. Disponible en <https://latinta.com.ar/2018/05/autovia-montana-rechazo-termina-audiencia-punilla/>.

(3) Declaración DHCS-2018-10-E-UNC-REC. Exp-UNC: 27634/2018, Consejo Superior (UNC).

23 de agosto de 2018, pese a los cuestionamientos técnicos e impactos ambientales del trazado, y apartándose de las opiniones vertidas por la ciudadanía, organizaciones e instituciones en la audiencia pública convocada al efecto (4). Sin embargo, dada la resistencia de los movimientos ambientalistas del valle de Punilla, y la revocación por parte de la comuna de San Roque de la factibilidad de uso de suelo para la obra, resuelta por asamblea extraordinaria de vecinos, a comienzos de octubre del año 2018, el Gobierno de la provincia de Córdoba decidió suspender el proyecto de la autovía de montaña (5).

Más adelante, a comienzos del año 2021, se reactiva el proyecto de autovía en el Valle de Punilla, pero con una traza propuesta por el lado oeste de la Ruta Nacional N° 38, con un tramo total de 43,5 km hasta La Cumbre. El Estudio de Impacto Ambiental de la obra "Alternativa Ruta N° 38-Tramo variante Costa Azul-La Cumbre", fue presentado por la empresa Caminos de las Sierras SA, empresa de capital accionario del gobierno provincial, siendo el objetivo del proyecto "...aumentar la capacidad del corredor y resolver el conflicto que los distintos tipos de tránsito (larga distancia, regional de la Provincia y local del Valle de Punilla) producen a las poblaciones del Valle en sus actividades urbanas..."

En el marco de una nueva Evaluación de Impacto Ambiental, la Secretaría de Ambiente como autoridad de aplicación local, convocó a la realización de una audiencia pública digital, aplicando la ley 10.618 de Simplificación y Modernización de la Administración (6), con fun-

(4) Res. 374 de fecha 23/08/2018, Secretaría de Ambiente y Cambio Climático, Prov. de Córdoba.

(5) La Nación, "Vecinos y ambientalistas ganaron la pulseada por una autovía en Córdoba", 05/10/2018. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/vecinos-ambientalistas-ganaron-pulseada-autovia-cordoba-nid2178775/>.

(6) Ley 10.618 de Simplificación y modernización de la Administración, 13/03/2019 (BO 27/03/2019). Art. 8°.- Audiencias públicas digitales. Quedan incluidas en la regla prevista en el art. 7° de esta Ley las audiencias públicas cuya realización sea exigida por las disposiciones legales vigentes, las que pueden ser realizadas por video conferencia o por cualquier otra vía de comunicación digital que establezca la reglamentación, garantizando el mayor grado de accesibilidad y participación por parte de las personas.

damento en las restricciones que imponían las medidas sanitarias por la pandemia COVID-19. La asociación civil Instituto de Salud Laboral y Medio Ambiente (ISLYMA) y vecinos afectados solicitaron judicialmente la suspensión de la audiencia pública digital, dado que se requerían condiciones técnicas de accesibilidad y medios tecnológicos digitales para su inscripción de los que carecían muchos vecinos del valle de Punilla, por lo que no se encontraba garantizada la amplia participación pública ambiental.

Dicha petición cautelar fue denegada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la provincia de Córdoba. No obstante, para asegurar la legitimidad de las audiencias celebradas en forma virtual, el máximo tribunal exhortó al Gobierno provincial a que asegure de forma previa las mayores garantías de conectividad, de manera de facilitar la mayor participación y concurrencia posible, en condiciones de igualdad. También requirió que se ponga a disposición de los interesados el acceso electrónico fácil, directo, sencillo e inmediato a toda información relevante vinculada con el EIA (Estudio de Impacto Ambiental).

Para fundamentar su decisión, el TSJ dispuso que "...[l]a ley 10.208 (Política Ambiental Provincial), por definición, ordena que la audiencia tenga lugar 'en la zona de influencia del proyecto', que sea de 'participación abierta' y que esto haya sido debidamente difundido en forma local. Como consecuencia, para que el reemplazo de la variante presencial por la digital sea legítimo es fundamental un trabajo previo de información y de asesoramiento integral en dicho sector geográfico —por parte del órgano estatal que convoca y que tiene a su cargo el encuentro—, para que los habitantes del Valle de Punilla, en este caso, sepan cómo inscribirse y cuáles otros requisitos tecnológicos deberían disponer para poder presenciar o participar de la audiencia. Es decir, no se puede partir de la premisa de que todos los pobladores son nativos digitales y que, por ende, están dotados de los conocimientos y de los medios necesarios, como para dar por sentadas, de forma automática, las condiciones para la 'participación abierta', como exige terminantemente la ley 10.208

(art. 67), principio que hay que resguardar sobre todo..." (7).

Atento lo resuelto, se realizó una nueva histórica audiencia pública esta vez en forma virtual, que se inició el día 9 de abril y terminó el 20 de mayo del 2021, en la cual participaron 509 personas que presentaron exposiciones y 232 personas en calidad de asistentes, de las cuales más del 90% manifestaron su oposición al proyecto, efectuándose 877 preguntas al proponente. En dicha audiencia se realizaron cuestionamientos vinculados a: a) falta de estudio de impacto ambiental acumulativo; b) expropiaciones; c) falta de análisis de alternativas; d) cuestionamientos a la audiencia pública digital y participación ciudadana (CIDI Nivel 2); e) afectación derechos de pueblos originarios y al patrimonio arqueológico y paleontológico; f) drenajes superficiales; g) fauna, intervención sobre bosque nativo en categorías de conservación I (rojo) y II (amarillo), y la Reserva Hídrica Los Gigantes; h) medidas de mitigación.

Además, hubo críticas respecto de los costos económicos de la obra, que requería una inversión inicial de USD 100 millones, financiada el 75% por la Confederación Andina de Fomento (CAF) y el 25% por el Gobierno provincial, fondos que podrían destinarse a educación, salud, viviendas, conexión e instalación de servicios básicos para mejorar la calidad de vida de los habitantes de Punilla (8). Asimismo, se expresó que esta obra formaba parte de un canal bioceánico del plan de desarrollo IIRSA (Iniciativa para la Infraestructura Regional Sudamericana), que profundizaría el extractivismo en la región y el saqueo de los bienes comunes.

No obstante la falta de licencia social para llevar adelante la obra, mediante res. 192 de fecha 12 de julio de 2021 dictada por la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático de la provincia

(7) TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, "Islyma y otros c. Superior Gobierno de la Provincia y otro - amparo (ley 4915)", 08/04/2021, Expediente: 6513191, Auto N° 49.

(8) La Nueva Mañana, "Con un rechazo de casi el 90%, finalizó la audiencia por la Autovía Punilla", 15/05/2021. Disponible en: <https://lmdiaro.com.ar/contenido/288553/con-un-rechazo-de-casi-el-90-finalizo-la-audiencia-por-la-autovia-punilla>.

de Córdoba se otorgó la Licencia Ambiental a este nuevo proyecto alternativo de autovía de Punilla (9). Ante esta aprobación de la obra, los vecinos afectados interpusieron recursos administrativos (reconsideración y jerárquico), por entender que hubo vicios en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, los que fueron sucesivamente rechazados.

A su vez, en el marco de la acción de amparo ambiental intentada primeramente contra el proyecto de autovía con el trazado por el este de la Ruta Nacional N° 38, la asociación ISLYMA y vecinos afectados del valle de Punilla solicitaron como cuestión de fondo la revocación de la Licencia Ambiental emitida por la res. 192/2021 y el dictado de una medida cautelar de no innovar consistente en la suspensión de toda licitación y/o adjudicación de obra hasta tanto se realice un Estudio de Impacto Ambiental Acumulativo (EIAA) con plena información y participación ciudadana.

Esta pretensión cautelar también fue rechazada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba el 7 de abril del año 2022. Para decidir la cuestión, el TSJ sostuvo que la densidad de las objeciones que plantean los actores excedía las posibilidades, al menos en el marco restringido y estrecho de un proceso cautelar, como para desmontar la presunción de legitimidad de la que goza la licencia ambiental otorgada por la autoridad competente. En este sentido, entendió que los cuestionamientos demandaban un análisis minucioso que debía ser efectuado en la resolución sobre el fondo de lo debatido.

En este orden, el máximo tribunal provincial argumentó que "...corresponde subrayar que la ley 10.208 (art. 20) define a la licencia ambiental como el 'acto administrativo de autorización emitido por la Autoridad de Aplicación como resultado de la Evaluación de Impacto Ambiental'. Por medio de ella se materializa el control administrativo previo a la ejecución de los proyectos que podrían tener impacto ambiental. Desde ese punto de vista comporta un instrumento clave para mensurar las implicancias socioambientales, culturales y económicas de la obra prevista. Esto, en la medida en que

(9) Res. 192 de fecha 12/07/2021, Secretaría de Ambiente y Cambio Climático, Prov. de Córdoba.

la iniciativa es sometida a un riguroso proceso en el que deben ser detalladas, precisadas y sistematizadas —según instrumentos y métodos idóneos— las diferentes aristas diagramadas, en aras de prevenir, gestionar, mitigar, corregir o, eventualmente, compensar las consecuencias de la intervención que se producirá (en el ambiente) y que ha resultado autorizada... Porque, de lo contrario, si en la órbita jurisdiccional se pudieran paralizar o soslayar —*prima facie* (en principio)— dichas decisiones, que son de complejo carácter técnico y de elevada especialización, se desbalnearía el sistema diseñado por la ley 10.208..." (10).

Asimismo, destacó que los vecinos tuvieron amplias oportunidades de participar y de ser escuchados a lo largo del procedimiento de control administrativo (audiencias públicas, articulación de recursos, etc.); ello, hasta el punto de que la traza originaria del nuevo tramo fue modificada y expuesta a otro EIA, en parte fruto de las objeciones que existían respecto de la primera, concluyendo que no se habían violentado las garantías del debido proceso ambiental. En este punto, resulta importante recordar que las audiencias públicas son instancias obligatorias en los procedimientos de EIA, aunque no tienen carácter vinculante, pero si la autoridad de aplicación se aparta de las opiniones y resultados alcanzados en ellas, tiene el deber de exponer fundadamente los motivos de su apartamiento y hacer pública su decisión (11).

III. Reseña del fallo "Rocío Loza, *habeas corpus*" (12). La decisión judicial

Atento que el reclamo judicial sobre el fondo de las irregularidades y vicios del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que culminaron con la aprobación de la Licencia Ambiental no ha sido resuelto en el marco de la

acción de amparo instada por los vecinos afectados del Valle de Punilla, y aunque fuera rechazada la cautelar solicitada, estos continuaron denunciando públicamente los desmontes de bosques nativos, de áreas naturales protegidas, y daños ambientales sobre sitios arqueológicos sagrados de comunidades indígenas, con motivo de la ejecución de la obra pública, exigiendo el cese de estos, llevando adelante manifestaciones en las calles, acampes, movilizaciones, intervenciones artísticas, e incluso acciones directas impidiendo el avance de las topadores y trabajos de remoción de tierra de las empresas concesionarias de la autovía de Punilla.

En este contexto social, en fecha 28 de julio de 2022, cuatro abogados ambientalistas presentan un *habeas corpus* preventivo colectivo con el fin de que se resguarde la libertad ambulatoria, la seguridad e integridad física de las personas y agrupaciones defensoras ambientales, derechos que han sido violentados por las intimidaciones, detenciones ilegales y arbitrarias, represión, trato degradante, desapariciones transitorias de personas, entre otras prácticas llevadas a cabo por la fuerza policial de la provincia de Córdoba, en el marco de manifestaciones y protestas sociales realizadas a favor de la protección del ambiente.

Los reclamos y movilizaciones de los colectivos afectados se sustentan en la grave crisis ambiental que atraviesa la provincia de Córdoba, en las numerosas problemáticas socio-ambientales que se extienden a lo largo y ancho del territorio, contexto que vulnera sus derechos humanos fundamentales, y en la falta de respuestas estatales, políticas, judiciales, que sumadas a la persecución policial, y procesos de criminalización penal, resultan víctimas de violencia institucional por parte del Estado.

Entre los hechos que se denuncian como casos de abuso policial en el escenario de conflictos ambientales, a modo enumerativo, refieren a un violento desalojo de una mujer campesina en la localidad de Salsipuedes de Sierras Chicas; a la remoción por la fuerza de un grupo de personas que se encontraba acampando en zona pública en la localidad de Molinari en protesta pacífica en defensa del territorio a ser afectado por la obra de autovía de montaña proyectada sobre el valle de Punilla, hacia el oeste de la Ruta

(10) TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, "Islmya y otros c. Superior Gobierno de la Provincia y otro - amparo (ley 4915)", 07/04/2022, Expediente: 6513191, Auto N° 43.

(11) Ley 25.675 General de Ambiente, arts. 19, 20 y 21. Ley 10.208 de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba, arts. 13, 29, 35, 65 y ccds.

(12) Juzgado de Control y Faltas N° 9 Córdoba, "Rocío Loza, *habeas corpus*", 24/08/2022, Expte. N° 11120830, Auto N° 229.

Nacional N° 38; a la represión policial y levantamiento del acampe de vecinos afectados por la traza de la autovía en el valle de Paravachasca que resistían el avance del desmonte de las máquinas topadoras por parte de la empresa constructora de la obra vial; a una persecución de periodistas que cubrían el conflicto entre vecinos defensores ambientales, la policía y personal de la empresa contratada para la obra de autovía de Punilla, en la localidad de San Roque; a un operativo policial contra activistas ambientales miembros de comunidades originarias, algunas mujeres, en defensa de sitios arqueológicos y sagrados en la localidad de Santa María de Punilla.

A la hora de resolver, el Juzgado de Control y Faltas N° 9 de la ciudad de Córdoba reconoció la legitimación activa amplia y difusa de los abogados representantes de defensores ambientales para interponer la acción constitucional de *habeas corpus* en nombre de aquellos, como asimismo declaró su competencia en tanto se trata de un proceso de carácter colectivo y general, que no busca una solución individual ni parcial, sino plural, considerando que “[...]a realidad demuestra que las pretensiones aquí ventiladas se tratan de hechos que presentan el mismo origen —la lucha en favor del medioambiente—, el mismo fin —proteger los derechos vulnerados de los accionistas— y provocados por la misma causa —el accionar de las fuerzas policiales y la falta de respuesta de los poderes del estado...”

Para decidir la solución de este proceso de *habeas corpus* colectivo, valorando las especiales circunstancias relatadas y pruebas colectadas, el juzgado sostuvo que “[...]a situación que se nos presenta, el acoso y hostigamiento policial detallado por los defensores ambientales, es grave y no puede desconocerse que es el Estado el que tiene la obligación y responsabilidad de dar adecuada custodia a quienes están reconocidos y protegidos por el Acuerdo de Escazú (ley nacional 27.566)... Las personas protectoras del medioambiente, no solo cuentan con todos los derechos reconocidos por aquel Acuerdo (que es ley en nuestra nación), sino con todos los derechos reconocidos por la propia Constitución Nacional. Los derechos a la libertad de expresión, reunión pacífica y asociación garantizan y protegen diversas formas —individuales y colectivas— de expresar públicamente opi-

niones, disenso, demandar el cumplimiento de derechos sociales, culturales y ambientales, y afirmar la identidad de grupos históricamente discriminados. Estos derechos no pueden verse menoscabados por el accionar desproporcionado de la fuerza policial bajo la justificación de ‘controlar a los manifestantes’, ‘asegurar el orden’, ‘habilitar el paso’ o cualquier otra conducta que redunde contra los accionistas...”

En conclusión, atendiendo las pretensiones solicitadas en representación del colectivo de defensores ambientales, el tribunal resolvió:

“...1. *Exhortar* a la Policía de la Provincia de Córdoba para que se abstenga de realizar medidas que impliquen limitaciones o amenazas a la libertad ambulatoria del colectivo conformado por los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, comunidades de pueblos originarios, pobladores de las localidades afectadas y abogados defensores de los Valles de Punilla, Paravachasca y Sierras Chicas, que se manifiesten pacíficamente en favor del medioambiente, siempre que no exista una orden judicial que así lo disponga o se verifique alguno de los supuestos taxativamente previstos en el CPP.

“2. *Exhortar* a la Sra. Jefa de la Policía de la Provincia de Córdoba para que haga conocer a todo el personal de la Policía de la Provincia de Córdoba que en el ejercicio de las facultades que se correspondan con la ley de Seguridad Pública de la Provincia de Córdoba y con el Protocolo de actuación policial para el uso legal y racional de la fuerza en la Provincia de Córdoba, la privación de la libertad solo procede con carácter excepcional y cuando resulte absolutamente necesaria; que las razones que la determinan deberán constar expresamente y que particularmente deberán tener presentes las consideraciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Torres Millacura y otros vs. Argentina’ (sentencia del 26 de agosto de 2011), y las disposiciones plasmadas en el Acuerdo de Escazú (ley 27.566).

“3. *Recomendar* al Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, para que a través del Ministerio de Seguridad elabore un protocolo destinado *específicamente* a regular las prácticas y criterios de actuación de las fuerzas de segu-

ridad en manifestaciones sociales que tengan por fin proclamar o defender derechos reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, entre ellos los derechos ambientales reconocidos por el Acuerdo de Escazú (ley 27.566)...”

Cabe destacar otro precedente judicial similar importante, resuelto hace pocos años atrás (2018), con motivo de la misma problemática socio-ambiental de la autovía de Punilla (tramo variante Costa Azul-puente sobre lago San Roque), en el cual una abogada cordobesa interpuso un *habeas corpus* preventivo colectivo a favor de los vecinos que se habían autoconvocado en la localidad de San Roque, en razón de que las máquinas pertenecientes a la empresa concesionaria Chediack que avanzaban con el desmonte sin la correspondiente licencia ambiental, quienes se encontraban expuestos a detenciones y procedimientos arbitrarios por parte de las fuerzas de seguridad.

El juzgado interviniente hizo lugar a la acción de *habeas corpus*, y asimismo exhortó a las autoridades de la Comuna de San Roque y al Ministerio de Gobierno de la provincia (Secretaría de Seguridad) y Secretaría de Ambiente y Cambio Climático, para que elaboren en un plazo de 30 días un protocolo de actuación conjunta que satisfaga el acceso a la información pública ambiental, que incluya de manera anticipada y oportuna los avances de la obra pública, a los fines de prevenir situaciones de conflicto social, implementando mecanismos de diálogo, y en última instancia y solo ante casos de notoria gravedad, apelar a la fuerza pública policial (13).

IV. El reconocimiento de los defensores y defensoras ambientales

Resulta sumamente valioso el reconocimiento del tribunal respecto de la especial protección otorgada a favor del colectivo conformado por los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, comunidades de pueblos originarios, pobladores de las localidades afectadas

(13) Juzgado de Control, Niñez, Juv. y Penal Juv. y Falta, Carlos Paz, Córdoba, "Habeas corpus presentado por la abogada Marcela Susana Fernández a favor de Vecinos Autoconvocados de San Roque - habeas corpus", 19/09/2018, Expediente N° 7469394, Auto N° 266.

y abogados defensores de los Valles de Punilla, Paravachasca y Sierras Chicas, que se manifiestan pacíficamente en favor del medioambiente, con la inmediata aplicación del Acuerdo de Escazú, del plexo constitucional nacional, y los estándares, indicadores y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, llamado abreviadamente "Acuerdo de Escazú" (14), es un tratado interamericano vinculante de derechos humanos, derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), 2012, y fundamentado en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (15).

Es el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales (16). Sus principales beneficiarios son los

(14) Adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018. Abierto a la firma de 33 países de América Latina y el Caribe; 24 países firmaron el acuerdo, hasta el momento 12 países procedieron a su ratificación. Aprobado por Argentina por ley 27.566 sancionada el 24/09/2020 (BO 19/10/2020). Vigencia desde el 22 de abril de 2021.

(15) Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992: "Principio 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

(16) Como antecedente en la materia, puede citarse la res. A/RES/53/144 adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por la cual se aprueba la "Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos", de fe-

grupos y comunidades más vulnerables. En el art. 9 del Acuerdo Regional de Escazú se establecen los derechos y garantías reconocidos a los Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales:

"...1. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.

"2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico.

"3. Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo..."

Morales Lamberti asevera que esta disposición de los defensores ambientales es especialmente importante en América Latina y el Caribe, la región en todo el mundo donde más activistas, líderes y lideresas ambientales son perseguidos, criminalizados y, en numerosas ocasiones, asesinados (17).

cha 08/03/1999, pero la cual resulta de carácter general y sin efecto vinculante para los Estados Parte.

(17) MORALES LAMBERTI, Alicia, "Acuerdo de Escazú, debido proceso ambiental y derechos humanos: diálogo de fuentes a nivel regional", en ABOSO, Gustavo Eduardo... [et al.]; FRANZA, Jorge Atilio; PRIEUR, Michel (dirs.), Acuerdo Regional de Escazú: enfoque internacional, regional y nacional, Ed. Jusbaire, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, 1ª ed., p. 326. En la misma publicación, consultar también: BERROS, María Valeria, "Acuerdo de Escazú en relación con las diferentes realidades territoriales", pp. 479/480.

Esta regulación sobre los derechos de los defensores ambientales ha resultado una novedad para el derecho internacional, regional y nacional, por cuanto no se encontraban reconocidos especialmente, por lo que marca un punto de inflexión en la temática, siendo un instrumento jurídico fundamental como fuente de aplicación e interpretación para las autoridades públicas —ejecutivas, legislativas y judiciales— en los conflictos de derechos emergentes de problemáticas socio-ambientales que se presentan a lo largo y ancho del territorio nacional.

Es que justamente el Acuerdo de Escazú, por su carácter de tratado internacional, tiene jerarquía superior a las leyes nacionales y locales, por lo que tiene plena operatividad en el derecho interno. Aún más, José Esaín sostiene que opera como "superpresupuesto" mínimo, señalando que "...[e]n países como Argentina, con fuerte descentralización interna, el Acuerdo de Escazú posee un rol trascendente como componente destacado del bloque federal de presupuestos mínimos, una suerte de superpresupuesto mínimo, ordenando los órdenes locales, obligando al ejercicio judicial del control de complementariedad, verificando la armonización entre el Acuerdo y los sistemas locales. Pero no solo esto; por su jerarquía superior a las leyes, Escazú adquiere un rol significativo reacondicionando la aplicación de las leyes nacionales, tanto de presupuestos mínimos como los códigos de fondo (Civil y Comercial, de Minería, Penal), así como las leyes federales estrictas, de adhesión, etc." (18).

Además, tal como su nombre lo indica, el Acuerdo de Escazú regula minuciosamente la tríada de los derechos de acceso (de procedimiento): acceso a la información, a la partici-

(18) ESAÍN, José Alberto, "El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino", LA LEY del 11/04/2022, 1 - LA LEY, 2022-B, 546 - RDAMB. 70-23. En este artículo, el autor también destaca que "El Acuerdo de Escazú integra una diada junto a la Convención de Aarhus; son dos instrumentos regionales legales vinculantes que esculpen una democracia ambiental con base en las garantías para el ejercicio de una ciudadanía activa". El "Convenio de Aarhus" es una convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, adoptada el 25/06/1998 en la Conferencia Ministerial "Medio Ambiente para Europa" celebrada en Aarhus, Dinamarca. Vigencia desde el 30/10/2001.

pación pública y a la justicia en materia ambiental, promoviendo el ejercicio de una ciudadanía activa, una democracia participativa, y el fortalecimiento del componente ambiental del Estado de derecho **(19)**, con base en la defensa de bienes comunes y valores colectivos.

En las palabras del especialista Néstor Cafferata, “[e]l Acuerdo de Escazú, en tanto unifica los principios de derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, introduciendo la faz ambiental, en defensa de esos derechos fundamentales, fortalece el ‘Estado de Derecho Ambiental’ (IUCN, 2016), la democracia, el desarrollo sustentable y la gobernanza ambiental...” **(20)**.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Opinión Consultiva 23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, reconoce los derechos de procedimiento, habiendo clasificado en dos grupos los derechos especialmente vinculados al medio ambiente: “... i) [L]os derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (p. ej., los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad); y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo)” **(21)**.

En la Opinión Consultiva, este tribunal internacional reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos,

(19) CS, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", 26/04/2016, Fallos 339:515.

(20) CAFFERATTA, Néstor A., "Prolusión sobre el Acuerdo de Escazú", en ABOSO, Gustavo Eduardo... [et al.]; FRANZA, Jorge Atilio; PRIEUR, Michel (dirs.), Acuerdo Regional de Escazú: enfoque internacional, regional y nacional, Ed. Jusbaire, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, 1ª ed., p. 133.

(21) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, Medio Ambiente y Derechos Humanos, solicitada por la República de Colombia, 2017.

en tanto la degradación ambiental afecta el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, destacó la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, pues el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Debido a esta estrecha conexión, constató que actualmente (i) múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, a la vez que no hay duda de que (ii) otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos.

Especialmente, la Corte IDH sostuvo que la violación de estas obligaciones estatales en materia ambiental se refuerza con mayor intensidad en los grupos vulnerables, produciéndose una interseccionalidad de derechos vulnerados, que agravan las desigualdades para su efectivo ejercicio. Así, ha referido: “...Distintos órganos de derechos humanos han reconocido como grupos especialmente vulnerables a los daños ambientales a los pueblos indígenas, a los niños y niñas, a las personas viviendo en situación de extrema pobreza, a las minorías, a las personas con discapacidad, entre otros, así como han reconocido el impacto diferenciado que tiene sobre las mujeres...” **(22)**.

En un caso contencioso reciente, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la violación de los derechos humanos de 132 comunidades indígenas que habitan en el Departamento Rivadavia, de la provincia de Salta. La Corte determinó que el Estado violó los derechos de propiedad comunitaria, a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua, a la consulta previa, y el acceso a garantías judiciales por parte de las comunidades indígenas, a causa de la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades agropecuarias y de tala ilegal por parte de familias criollas que ocuparon y alambraron sus territorios.

(22) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 67.

Vale la pena destacar que cuando se encuentran involucradas comunidades indígenas, el derecho de estas a la consulta previa, libre e informada, conforme lo establecido por el Convenio 169 de la OIT (23), tiene plena vinculación con el acceso a la información y a la participación, en consonancia con los derechos de los defensores ambientales. El tribunal, en este caso, ordenó: "...El Estado debe abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce por parte de las comunidades víctimas, u ordenar, requerir, autorizar, tolerar o consentir que terceros lo hagan. En caso de realizarse alguno de los actos indicados, debe estar precedido, según corresponda, de la provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas..." (24).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el derecho a la consulta previa y a la participación pública de los pueblos indígenas en relación con las políticas públicas y actividades que se llevan adelante en sus territorios. Así ha dicho que "...la creación de un municipio sí era susceptible de afectar, de manera concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena..." (25).

V. Persecución y criminalización de los defensores ambientales

La protesta es un mecanismo esencial para garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La lucha por el derecho a la tierra, el derecho al medio ambiente

(23) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Aprobado por Argentina por ley 24.071, sancionada el 04/03/1992.

(24) Corte IDH, caso "Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina", sentencia de fecha 06/02/2020, p. 109.

(25) CS, "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad", 08/04/2021.

sano, las manifestaciones contra reformas económicas y contra la flexibilización laboral, entre muchas otras, han llevado a miles de defensoras y defensores, líderes estudiantiles, sociales y rurales a organizarse con el fin de luchar por la efectividad de sus derechos (26).

Sin embargo, la criminalización de la protesta social, y en especial de los defensores ambientales, es una tendencia en aumento en América Latina. Cada vez con mayor frecuencia se utilizan el derecho contravencional y penal de manera indebida para arrestar, judicializar e investigar a los defensores de derechos humanos como forma de impedir las actividades de defensa del ambiente. Cada vez más frecuentemente, la protesta pacífica tiende a ser criminalizada y rechazada, de forma que cualquier intervención pública, a pesar de estar amparada por derechos constitucionales, corre el riesgo de ser sancionada, incluso penalmente, sin el cumplimiento de los presupuestos jurídicos necesarios (27).

La Coalición para los Derechos Humanos en el Desarrollo en torno a esta problemática señala: "...El problema es que hoy en día estas personas defensoras de los derechos humanos son objeto de cada vez más amenazas y ataques debido a las actividades que realizan, lo que incluye el hostigamiento, la violencia física, la criminalización, la detención arbitraria y la muerte. Las amenazas y los ataques son frecuentes sobre todo en el contexto de actividades emprendidas en el nombre del desarrollo... Aunque las amenazas y los ataques adoptan muchas formas, a menudo comienzan cuando comunidades, grupos y/o individuos son tildados de 'antidesarrollo'. Es cada vez más frecuente que gobiernos y empresas utilicen la ley para hostigar personas

(26) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal. Inf. 22/19, 2019, p. 14.

(27) Universal Rights Group América Latina, el Relator Especial de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y los Derechos Humanos, y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Reporte de consulta regional. Identificando y superando los riesgos, amenazas y desafíos que enfrentan los defensores del medio ambiente en América Latina. Un enfoque particular en los defensores indígenas y rurales, febrero de 2018, p. 5.

defensoras, en un esfuerzo por silenciar su voz. Y la estigmatización y la criminalización pueden escalar rápidamente hasta convertirse en ataques más violentos..." (28).

En 2020, la organización no gubernamental (ONG) internacional Global Witness registró el asesinato de 227 personas defensoras de la tierra y el medioambiente en el mundo, de los cuales 226 ocurrieron en el Sur Global. A su vez, prácticamente 3 de cada 4 ataques registrados tuvieron lugar en América Latina y el Caribe, y más de un tercio de los ataques fatales estuvieron dirigidos a integrantes de los pueblos indígenas, a pesar de que estos apenas representan el 5% de la población mundial. En su informe, señala que el año 2020 ha sido el más peligroso para las personas que defienden sus hogares, tierra y medios de vida, así como los ecosistemas que son vitales para la biodiversidad y clima (29).

Por último, vale la pena citar el antecedente "Kawas Fernández vs. Honduras", en el cual la Corte IDH consideró: "...El reconocimiento del trabajo realizado por la defensa del medio ambiente y su relación con los derechos humanos cobra mayor vigencia en los países de la región, en los que se observa un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor..." (30).

En este caso, el tribunal interamericano condenó al Estado hondureño por su responsabili-

(28) Coalición para los Derechos Humanos en el Desarrollo, "Riesgos no calculados: amenazas y ataques contra personas defensoras de derechos humanos y el papel de quienes financian el desarrollo", Revista Pulso Ambiental, nro. 12, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), septiembre de 2019, pp. 6/7.

(29) Global Witness, "Última línea de defensa. Las industrias que causan la crisis climática y los ataques contra personas defensoras de la tierra y el medioambiente", septiembre 2021. En su informe aclara que los "...datos sobre asesinatos no reflejan la verdadera dimensión del problema. En algunos países la situación a la que se enfrentan las personas defensoras es difícil de medir. Las restricciones a la libertad de prensa así como la ausencia de registros independientes de ataques contra las personas defensoras pueden dar lugar a un subregistro". Se registran tanto los ataques de personas estatales como privadas.

(30) Corte IDH, caso "Kawas Fernández vs. Honduras", sentencia de fecha 03/04/2009.

dad internacional en la ejecución extrajudicial de Blanca Jeannette Kawas Fernández, asesinada el 6 de febrero de 1995, quien era una destacada defensora ambientalista que promovía la protección de los recursos naturales, y por la posterior falta de diligencia y obstaculización de las investigaciones y actuaciones judiciales con motivo de los hechos.

La Corte dio por demostrado que al menos un agente del Estado participó en los hechos que terminaron con la vida de la señora Blanca Jeannette Kawas Fernández y que dichos actos estuvieron motivados en el trabajo de defensa del medio ambiente realizado por la señora Kawas Fernández a través de la fundación PRO-LANSATE, en particular el trabajo de denuncia y oposición frente a la explotación de los recursos naturales de ciertas áreas protegidas en el municipio de Tela. El Tribunal consideró que su muerte, de manera evidente, resultó en una privación de su derecho a asociarse libremente y que estas circunstancias también tuvieron un efecto amedrentador sobre otras personas que se dedican a la defensa del medio ambiente en Honduras o se encuentran vinculadas a ese tipo de causas (31).

La obligación de los Estados de proteger a los defensores ambientales incluye aspectos tanto negativos como positivos. Por un lado, las autoridades estatales y las fuerzas de seguridad deben abstenerse de realizar procedimientos arbitrarios e impedir ataques de particulares que violenten los derechos humanos de los defensores ambientales. Por el otro, los Estados deben actuar con la debida diligencia para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, en este caso, a la libertad de circulación, de opinión y de expresión, de reunión y asociación, a la protesta social, todos los cuales son instrumentales para lograr la efectiva participación en una sociedad democrática.

Como parte de estas obligaciones, los agentes policiales que se encargan de hacer cumplir las leyes deben estar entrenados de manera adecuada para lidiar con las protestas pacíficas,

(31) Otro caso emblemático ocurrido en Honduras es el asesinato de Berta Cáceres, líder indígena y defensora ambiental, por su oposición a la construcción de una hidroeléctrica, ocurrido el tres de marzo de 2016.

contando con un protocolo especial que prevega situaciones de conflicto, y solo en casos excepcionales, pueda recurrirse al uso proporcionado y legal de la fuerza pública, así como lo ha ordenado el fallo comentado “Rocío Loza, *habeas corpus*”.

VI. Reflexiones finales

El conflicto socioambiental por la construcción de la autovía de Punilla en la provincia de Córdoba es un caso paradigmático por cuanto ha tenido y tiene gran trascendencia social y pública. Se encuentra en juego el plan estatal para el supuesto mejoramiento del tránsito y la ampliación del corredor vial por las localidades serranas desde la variante Costa Azul - Puente de Lago San Roque hasta La Cumbre, frente al derecho colectivo de los habitantes y comunidades locales a gozar de un ambiente sano, a la preservación del bosque nativo y áreas protegidas, a la información y participación pública en la toma de decisiones ambientales vinculadas al desarrollo regional, al derecho de asociación y de reunión pacífica - protesta social, el acceso a la justicia ambiental, la consulta previa de las comunidades indígenas, entre otros. No obstante la falta de licencia social y los cuestionamientos judiciales pendientes de resolver, la obra ha continuado ejecutándose.

Dado el accionar represivo de las fuerzas de seguridad dependientes del Gobierno provincial, frente a las manifestaciones pacíficas, acampes y protestas emergentes del contexto de conflictos socio-ambientales de la provincia de Córdoba, en los autos “Rocío Loza, *habeas corpus*”, el tribunal interviniente ha exhortado a la Policía de la provincia de Córdoba para que se abstenga de limitar la libertad ambulatoria de los defensores ambientales en el territorio provincial y haga uso excepcional de la privación

de la libertad, y ha recomendado al Gobierno provincial la elaboración de un protocolo específico para regular las prácticas y criterios de actuación de las fuerzas de seguridad en manifestaciones sociales que tengan por fin proclamar o defender derechos ambientales.

Hemos comprobado que la regulación del Acuerdo de Escazú sobre los derechos de los defensores ambientales ha resultado una novedad para el derecho internacional, regional y nacional, por cuanto no se encontraban reconocidos especialmente, por lo que marca un punto de inflexión en la temática, siendo un instrumento jurídico fundamental como fuente de aplicación e interpretación para las autoridades públicas —ejecutivas, legislativas y judiciales— en los conflictos de derechos emergentes de problemáticas socio-ambientales, en consonancia con los estándares e indicadores del derecho a un ambiente sano (derechos sustantivos y de procedimiento), que establece la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, se observa un escenario internacional de amenazas, hostigamientos, ataques, y criminalización hacia los defensores y las defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales, con niveles especialmente preocupantes en la región latinoamericana. Esta situación crítica obliga a que los Estados tomen medidas urgentes para garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, y no hagan oídos sordos ni invisibilicen los reclamos de los activistas ambientales, quienes se encuentran en la línea de fuego frente a grandes intereses económicos y/o políticos, impulsados por la defensa de derechos colectivos que en definitiva benefician a toda la comunidad, tanto de las actuales como de las futuras generaciones.

CAMBIO CLIMÁTICO

Los “Bonos Verdes” como políticas económicas que propenden al aseguramiento y protección del derecho humano a un ambiente sano

Alexis M. Palacios

María José Rueda

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Las políticas económicas y el derecho humano a un ambiente sano.— IV. Los “Bonos Sociales, Verdes y Sustentables”.— V. “Bonos Verdes” en acción.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

I. Resumen

El acelerado proceso de degradación ambiental que tiene como principales protagonistas a los seres humanos, el consecuente deterioro del ambiente reflejado en el agotamiento de recursos bienes naturales como el aire, el agua y el suelo, la destrucción de ecosistemas y la extinción de la vida silvestre, torna cada vez más ilusorio el goce de un amplio espectro de derechos humanos, entre los cuales podemos resaltar el derecho a un ambiente sano, saludable y sostenible.

Se torna imperioso por ende abordar la problemática desde la mayor cantidad de saberes posibles, a fin de dar respuesta unísona y transversal a tal situación.

En el ámbito de la economía y las finanzas ha surgido, y se ha consolidado hace unos años, una novedosa forma que propende al aseguramiento y protección del ambiente: los denominados “Bonos Sociales, Verdes y Sustentables (SVS)”.

A través del presente trabajo se pretende lograr una comprensión más plena y acabada del impacto positivo que puede tener sobre las eco-

nomías (regionales, nacionales e incluso internacionales) la utilización de los SVS. Para ello se procurará identificar los instrumentos universales, interamericanos, regionales y nacionales que contemplan el derecho humano a un ambiente sano y la forma en que su aseguramiento se encuentra estrechamente vinculado con el desarrollo de políticas económicas, en el marco de las finanzas sostenibles.

Por último, se analizará a través de un caso concreto reciente, la utilización de “Bonos Verdes” para la transformación de la matriz energética de una provincia del norte argentino, a través de la puesta en marcha del Proyecto Cauchari en Jujuy en el año 2017.

II. Introducción

II.1. El derecho humano a un ambiente sano

No es novedad el deterioro y la degradación que el planeta está atravesando como consecuencia directa del accionar humano en la recientemente denominada era del Antropoceno. La Fundación de Estudios sobre Migración, Medio Ambiente y Justicia (2022, p. 20-21) explica al respecto:

“Es un vocablo reciente. Se trata de una nueva era geológica, a criterio de los expertos, caracterizada por la conversión del hombre en un agente geológico capaz de alterar el sistema ecológico global. Se atribuye al biólogo Eugene F. Stoermer y al Premio Nobel de Química Paul J. Crutzen. La realidad a la que el Antropoceno se refiere incluye impactos de alcance mundial, como el calentamiento global, el cambio climático, las alteraciones químicas del aire y el agua, la acidificación de los océanos, la degradación de los ecosistemas, la extinción de especies y la megaminería. No son los únicos.

“El cambio climático, como expresión del Antropoceno, se manifiesta en varios ámbitos. Los ecosistemas, los sistemas humanos, sistemas urbanos, sistemas económicos y sistemas sociales son algunos de los sectores afectados”

En sintonía con esto la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en su reciente Informe sobre las Migraciones en el Mundo (2022, p. 8-9) señala que:

“La intensificación de la actividad humana ecológicamente dañina está conduciendo a un exceso de consumo y de producción que conlleva un crecimiento económico insostenible, el agotamiento de los recursos y un colapso de la biodiversidad, además del cambio climático ya en curso. El reconocimiento de las consecuencias extremadamente negativas de las actividades humanas que no preservan los sistemas ecológicos del planeta, agrupadas en general bajo el epígrafe de la ‘supremacía humana’, va en aumento. En varios ámbitos de importancia vital, como el cambio climático, el colapso de la biodiversidad y la extinción masiva de miles de especies, los analistas señalan que el mundo ha llegado o se está aproximando a un ‘punto de quiebre’, con una contaminación sin precedentes que está alterando los ecosistemas de todo el planeta”

Con la claridad respecto a que la protección del ambiente es una obligación a cumplir por parte de los Estados, a la vez que es un derecho que se instituye en cabeza de los seres humanos —generaciones presentes y venideras—, haremos mención en qué instrumentos jurídicos de carácter nacional, interamericano e internacional receptan tal derecho humano.

II.2. Recepción normativa

Partimos de la base de que el derecho a un ambiente sano forma parte de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (“DESCA”, por sus siglas) que cada Estado debe garantizar a todas las personas para que estas puedan vivir con dignidad, teniendo sobre ellas una obligación no solo de respeto, sino también de garantía, ya que a través de su aseguramiento las personas encuentran realizado el disfrute de los derechos humanos. Cuenta a su vez con la particularidad de ser derechos “interrelacionados, interdependientes e indivisibles respecto de los derechos civiles y políticos, cuyo reconocimiento se ha dado de forma universal, a través de distintas declaraciones y convenciones” (REDESCA, 2021, p. 10).

La recepción normativa de estos podemos encontrarla en el art. 26 en línea con el art. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia cultura y ambiente contenidas en la Carta (arts. XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI).

El art. 11 del Protocolo de San Salvador, se refiere puntualmente al derecho a un medio ambiente sano: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Se establece la obligación estatal de proteger, preservar y mejorar el medio ambiente. De igual manera, la existencia de un medio ambiente sano es un requisito fundamental para el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en el sistema interamericano. También hace mención en sus arts. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 14, entre otros. Señala Salvioli (2020):

“Una de las regulaciones más significativas del Protocolo de San Salvador ha sido incluir el derecho de todas las personas a desenvolverse en un medio ambiente sano, por lo que bien se ha visibilizado como un texto de derechos ‘económicos, sociales, culturales y ambientales’” (p. 1117).

Otro instrumento regional en el cual se los encuentra es en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

En el plano universal encontramos una mención específica en el art. 12.2.b. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al referirse a las medidas que deberán adoptar los Estados Parte del respectivo instrumento, a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, para lo cual, se torna necesario el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

Pese a que actualmente el debate internacional no admite dudas respecto a la inclusión dentro del bloque derechos económicos, sociales y culturales a los derechos ambientales (las dudas son albergadas por algunos Estados a quienes no les simpatiza por conveniencia económica tal aseveración), ya que hay varios instrumentos internacionales que así lo contemplan tal y como se vio más arriba— a la par que varias Opiniones Consultivas (1) de Corte Interamericana de Derechos Humanos como así también casos ante ella presentados (2), han vertido claridad al respecto, es innegable que el derecho humano a gozar de un ambiente sano para las generaciones presentes y futuras se viola de manera sistemática e histórica.

Recientemente, en el mes de agosto del 2022, la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de las res. 76/300 titulada “El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible”, reafirma la plena vigencia de las Declaraciones de carácter universal que versan sobre materia ambiental en conjunto con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la que se trazaron los 17 Objetivos de Desarrollo

(1) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A N 23. 15 de noviembre de 2017.

(2) Caso de los 12 Clanes Saramaka (Caso 12.338) contra la República de Suriname (23 de junio de 2006) / Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano (Caso 12.354) contra Panamá (13 de noviembre de 2012) / Comunidad de la Oroya (Caso 12.718) contra Perú. Informe n. 330/20. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 348 (19 de noviembre de 2020).

Sostenible (ODS). Esta Resolución enfatiza en la preocupante situación actual derivada de las consecuencias negativas del cambio climático y el uso no sostenible de los recursos naturales (entre otras) y de manera rotunda afirma “el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano”, entendiéndose que su “promoción requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional” y por sobre todas las cosas, ordena a los Estados, a las empresas y a las organizaciones a adoptar políticas que garanticen el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.

En el plano nacional el art. 41 de la CN consagra el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano y equilibrado y la obligación del Estado de proveer a su protección. Fija, además, una división de competencias entre la Nación y las provincias, determinando para la Nación el dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y para las provincias las normas necesarias para complementarlas.

Por otra parte, el art. 41 CN reconoce el derecho humano al ambiente, ordenando que este sea “saludable y equilibrado”. Además, fija un objetivo a través del tiempo, ya que prevé la satisfacción de las “necesidades presentes sin comprometer las de generaciones futuras”. El daño ambiental genera una obligación de resultado: la de recomposición, e impone obligaciones a las autoridades en cuanto al ejercicio de ese derecho y al uso racional de los recursos naturales.

El art. 43 CN incluye a la defensa del ambiente dentro del marco de un proceso constitucional y por el art. 75 inc. 22, adquieren carácter suprallegal los tratados internacionales de los que es o será parte la Argentina, los cuales también garantizan el Derecho Humano a un ambiente sano (PIDESC, art. 12, pto. 2, inc. b)

Por otro lado, la ley 25.675 General del Ambiente contempla en su art. 2° la necesidad de que las políticas ambientales propendan al aseguramiento de la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de

los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas promoviendo a su vez al mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma *prioritaria*. Asimismo, ordena a mantener el equilibrio y la dinámica de los sistemas ecológicos y a asegurar la conservación de la diversidad biológica, entre otros.

Como consagración de todo el desarrollo en el plano nacional e internacional que hemos venido profundizando, haremos mención al Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018), el cual “expresa con fuerza el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, reafirma principios ambientales y de derechos humanos, y articula en detalle los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental” (Orellana, 2020). Marca Escazú un punto de llegada, pero también de partida en la comunión y comprensión entre los derechos humanos y el medio ambiente, sobre todo con relación a los derechos de acceso (entre los cuales se encuentran el derecho de acceso a la información pública ambiental) y las garantías para hacerlos efectivos. Es por ende insoslayable para los países que votaron el Acuerdo Regional de Escazú el trabajar en pos de proteger los derechos ambientales de todas las personas, brindando capacitaciones para que las personas aprendan sobre el cuidado del ambiente, ayudando con dinero a los organismos que trabajan en el cuidado del ambiente, apoyando a las asociaciones o agrupaciones que trabajan en el cuidado del ambiente y en la protección de la naturaleza y promoviendo la investigación en asuntos ambientales, intercambiando información y experiencias sobre el cuidado del ambiente.

III. Las políticas económicas y el derecho humano a un ambiente sano

III.1. Finanzas sostenibles

Ahora bien, preciso es poder llevar al campo práctico la letra de la ley en lo que respecta a garantizar el Derecho Humano a un Ambiente Sano. Para ello se torna indispensable que el Estado adopte políticas que tiendan a efectivizar y

a tornar operativa tal aspiración, evitando sean meras declamaciones.

Esas políticas, desde una perspectiva económica, se engloban dentro de las denominadas “finanzas sostenibles”, “inversiones de impacto”, “inversiones de triple impacto”, “finanzas socialmente responsables”, o “inversiones responsables”, dependiendo del impacto positivo y medible en las dimensiones del desarrollo sostenible.

Estas tuvieron un apuntalamiento concreto en el año 2015 a través de su promoción en dos instrumentos de vital relevancia en lo que a protección ambiental, derechos humanos y promoción de políticas afines respecta. Por un lado, la Agenda 2030 gestada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en Río de Janeiro Brasil, en 2012, en la cual la Organización de las Naciones Unidas (ONU) propuso 17 objetivos mundiales con indicadores y 169 metas específicas para el 2030, en sustitución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) cuya implementación se dio en el período 2000-2015.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) abarcan numerosos temas que van desde la erradicación de la pobreza, hasta llegar a la protección a la naturaleza y aseguramiento de los recursos para las futuras generaciones (Asamblea General de las Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2015). Actualmente los ODS no son disposiciones de acatamiento obligatorio; sin embargo, múltiples gobiernos, incluyendo el de Argentina, los han adoptado como pilares de desarrollo en sus países, estableciendo marcos nacionales para su logro.

Por otro lado, a los ODS se le suman las medidas dispuestas en el Acuerdo de París hacia fines del 2015, adoptado también por las Naciones Unidas, las cuales propendían a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que inciden de manera directa en el fenómeno del cambio climático. Fue así como los distintos países firmantes presentaron un plan individual para reducir emisiones y apoyar a los demás a aumentar esfuerzos. Este Acuerdo proporciona a su vez un marco duradero con afán de dirigir el esfuerzo global durante las próximas décadas y señala el comienzo de un cambio hacia un

mundo con emisiones cero neto. La puesta en práctica del Acuerdo también es esencial para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ya que ofrece una hoja de ruta para las medidas climáticas que reducirán las emisiones y aumentarán la resiliencia al clima.

Se torna imperioso, por ende, transicionar hacia un crecimiento bajo en carbono y con capacidad de adaptación al cambio climático, a fin de evitar las peores consecuencias del cambio climático y la escasez de recursos naturales.

Tal transición supone un cambio en las condiciones en que la sociedad vive y se relaciona. Tal transición supone también una necesidad de financiamiento, ya que no se puede pensar en el desarrollo sin alguien que lo contribuya y lo promueva. Ante este escenario, el sistema financiero cumple un rol fundamental, los bancos incluso cumplen un rol crítico en el acompañamiento hacia esa transformación, surgiendo así las ya mencionadas “finanzas sostenibles”, las cuales pueden entenderse como el término medio entre la filantropía (un modo de donación o entrega de fondos no reembolsables que busca un impacto social) y las finanzas tradicionales (que solo procuran el retorno de la inversión). Finanzas caracterizadas por las inversiones sostenibles, responsables, que procuran generar un impacto positivo y medible —cuantificable— en el entorno.

El Acuerdo de París y los ODS clarifican respecto a que la transformación hacia las “finanzas sostenibles” no es materializable solo a través del compromiso del sector público, es decir de los gobiernos, sino que también involucra activamente al sector privado.

Ahora bien, existen varios instrumentos que buscan promover las “finanzas sostenibles”, dentro de los cuales podemos mencionar a los Bonos Sociales, Verdes y Sustentables (por sus siglas SVS).

IV. Los “Bonos Sociales, Verdes y Sustentables”

IV.1. Esclarecimientos

Este tipo de valores tienen por diferencia esencial con los valores negociables convencionales

el uso y alcance que se le dará al financiamiento obtenido: en aquel tipo de valores, los recursos serán exclusivamente destinados a financiar o refinanciar, ya sea en parte o totalmente, proyectos nuevos o existentes que sean elegibles como “proyectos verdes y/o sociales”. Por otro lado, estos títulos respetan los lineamientos previstos en los *Green Bond Principles (GBP)*. Los GBP constituyen un marco voluntario que tiene por misión declarada promover el rol de los mercados de deuda globales como actores importantes del progreso financiero, orientando el accionar hacia la sustentabilidad social y ambiental. Dichos Principios establecen buenas prácticas de emisión, en lo que hace a la transparencia y la divulgación de información, con el fin de contribuir a la integridad del mercado.

Las recomendaciones que integran los GBP se orientan hacia 4 principios fundamentales:

1. Uso de los fondos. La emisión de los instrumentos financieros debe atender a objetivos ambientales específicos, por ejemplo: la mitigación de los efectos adversos del cambio climático, la inversión en energías renovables, la protección de la biodiversidad, la disminución de la contaminación, etc.

2. Selección de proyectos. La elegibilidad o la exclusión de las propuestas debe estar apoyada por criterios claros y documentación respaldatoria. Algunos Estados o bloques (como la Unión Europea) garantizan la validez de este principio a través de un revisor externo registrado.

3. Administración de los fondos. Se debe instrumentar una adecuada gestión de los fondos, asegurando que se utilicen para el fin especificado. Es usual que estas transacciones financieras se lleven a cabo a través de una estructura de Fideicomiso y cuenten con la figura de un *trustee*, con el fin de que el patrimonio asociado al proyecto esté separado del patrimonio del Emisor de los bonos.

4. Información periódica. El Emisor deberá brindar periódicamente información actualizada sobre las inversiones realizadas y el uso de los fondos, así como el impacto ambiental que se espera como resultado del desarrollo de los proyectos elegidos.

En el sitio web de Bolsas y Mercados Argentinos [BYMA] se los diferencia y define de una manera muy clara. Respecto a los “Bonos Sociales” señala:

“Los Social Bond Principles (SBP) definen los Bonos Sociales como cualquier tipo de bono en el que los fondos se aplicarán exclusivamente para financiar o refinanciar, en parte o en su totalidad, proyectos sociales elegibles, ya sean nuevos y/o existentes; y que estén alineados con los cuatro componentes principales de los SBP.

“Los proyectos sociales tienen por objetivo ayudar a abordar o mitigar un determinado problema social y/o conseguir resultados sociales positivos en especial, pero no exclusivamente, para un determinado grupo de la población”.

Como vemos, la finalidad de este tipo de valores negociables se orienta principalmente a atender cuestiones y/o necesidades que aquejan a importantes sectores de la población y e impactan en las condiciones objetivas y subjetivas de vida en sociedad, pudiendo hallarse sus orígenes en aspectos económico y/o políticos, tales como la desigualdad económica y de oportunidades entre los distintos sectores de la sociedad.

Respecto a los “Bonos Verdes”, la BYMA (s.f.) en el mismo sitio web se indica que:

“Los Green Bond Principles (GBP) definen los Bonos Verdes como cualquier tipo de bono en el que los fondos se aplicarán exclusivamente para financiar, o refinanciar, ya sea en parte o en su totalidad, proyectos verdes elegibles, nuevos o existentes y que se encuentren en línea con los cuatro componentes principales de los GBP.

“Climate Bonds Initiative define a los bonos verdes como aquellos bonos donde el uso de los recursos es segregado para financiar nuevos proyectos y también refinanciar existentes con beneficios ambientales”.

Los proyectos sustentables a los cuales los “Bonos Verdes” procuran financiar o refinanciar son aquellos que apuntan a mitigar los gases de efecto invernadero con la finalidad de preservar el ambiente. Por proyecto verde o que generen beneficios ambientales podemos mencionar a todos aquellos vinculados con la salud, urbanismo sustentable, agricultura sostenible, energías limpias o renovables, medios de transportes

limpios, gestión integral de residuos, prevención y control de la contaminación en el tratamiento de aguas residuales, control de gases de efecto invernadero, descontaminación de suelos, prevención y reducción de residuos, reciclaje, modelo agrícola sustentable, gestión de aguas, educación, salud, vivienda, inclusión financiera, género e inclusión, conservación de la biodiversidad: protección de ambientes costeros, marinos y de cuencas, y proyectos que contribuyan con la mitigación y adaptación al cambio climático y otras problemáticas ambientales.

Será entonces un tercero independiente e imparcial experto en la materia sostenibilidad ambiental —también conocido como “verificador”— a través del proceso de “verificación externa” quien acredite si un proyecto califica como “proyecto verde” en concordancia con el “Estándar para la Emisión de Bonos Verdes”.

Un “Bono Verde” por ende es la emisión de deuda, a diferencia de un “Bono de Carbono” (o Crédito de Carbono —con los que se los suele confundir—) que es la compensación a la huella de carbono, es decir, la retribución por emisión de dióxido de carbono. También conocidas como “licencias” que se otorgan a instituciones públicas y privadas para compensar el daño que han generado en el ambiente.

Por último, los “Bonos Sustentables” surgen como consecuencia de proyectos que persiguen la conjunción de proyectos sociales y ambientales, tal como lo señala la BYMA (s.f.), a saber:

“Sustainability Bond Guidelines (SBG) definen los Bonos Sustentables como aquellos bonos donde los fondos se aplicarán exclusivamente a financiar o refinanciar, en forma total o parcial, una combinación de proyectos verdes y sociales que estén alineados con los cuatro componentes principales de los GBP y SBP. Es decir, acumulan las características de los Bonos Sociales y de los Bonos Verdes”.

A modo de síntesis respecto a los “Bonos verdes” podemos decir que:

- ejemplos de ellos son los fideicomisos financieros, los fondos comunes de inversiones cerradas, bonos corporativos (Obligaciones Negociables) o bonos públicos (nacionales, provinciales, municipales),

- poseen una certificación adicional que garantiza el impacto de la inversión,
- están destinados a financiar 100% a proyectos que tengan impacto en el ambiente, en la sociedad o en ambos,
- en Argentina se encuadran bajo la ley 23.576 de Obligaciones Negociables. Lineamiento para la emisión de bonos verdes CNV,
- BYMA prevé una Guía y Reglamento para la emisión de bonos sociales, verdes y sustentables y un reglamento para el listado de Fideicomisos y Fondos Sociales, verdes y sustentables.

Las ventajas del empleo de “Bonos Verdes” se pueden sintetizar en:

- condiciones en función de las necesidades del flujo de fondos,
- acceso a mayor cantidad de fondos y diversos tipos de inversores,
- si se coloca en el mercado regulado presentará mayor transparencia, control y liquidez.

Por último, los costos de su empleo podrían sintetizarse en los siguientes:

- tasa en función de los requisitos de mercado,
- calificadora de riesgos,
- garantías (si las tiene),
- estructuración y colocación en el mercado,
- certificación de bono verde.

El mercado de SVS a nivel mundial representa estimativamente 940 mil millones de dólares, del cual más de la mitad corresponde a emisiones de Bonos Verdes, con más de 800 emisores alrededor del mundo y 2089 instrumentos emitidos.

El mercado de bonos verdes se encuentra en expansión, exhibiendo un crecimiento interanual del 75% en 2021 respecto a 2020.

La tabla a continuación brinda información del mercado de Bonos SVS, desgregado por tipo de instrumento:

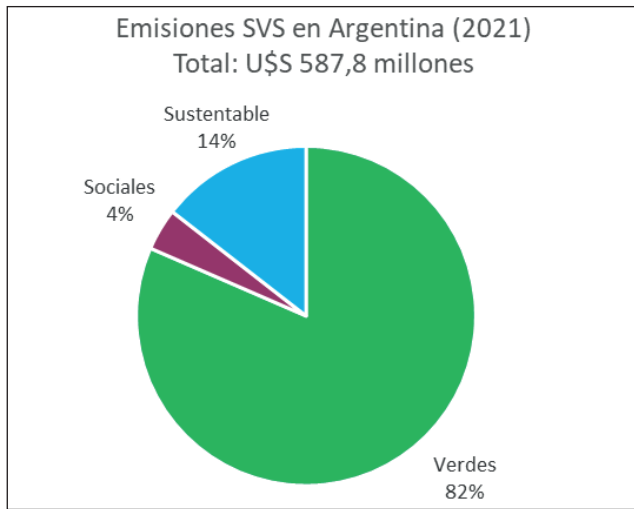
Bonos Sociales, Verdes y Sustentables (2021)

Bonos Sociales, Verdes y Sustentables	Sociales	Verdes	Sustentables
Tamaño de mercado (miles millones USD)	223,2	522,7	200,2
Variación interanual 2021 vs. 2022	-13%	75%	23%
Cant. Instrumentos	2555	2089	1065
Emisores	321	839	287
Monto promedio por emisión (mil USD)	87	250	188
Países	26	58	46
Monedas	23	33	30

Fuente de los datos: Climate Bond Initiative [CBI], 2021, p. 6.

Concomitantemente, en Argentina el Mercado Abierto Electrónico (MAE) ha informado que durante 2021 ocurrieron 11 emisiones de Bonos SVS (en pesos y dólares), por un total equivalente a USD 587,8 millones.

Bonos Sociales, Verdes y Sustentables en Argentina (2021)



Fuente de los datos: MAE (s.f.)

Se observa una clara dominancia de emisiones de “Bonos Verdes” (82%) por sobre los demás (Sociales y Sustentables).

V. “Bonos Verdes” en acción

V.1. El Proyecto Cauchari

En Argentina, los primeros Bonos Verdes fueron emitidos en el año 2017 por las provincias de La Rioja y Jujuy. Mientras que en la primera de ellas se los empleó a fin de obtener fondos para desarrollar el parque eólico “Arauco” con el objetivo de aumentar la capacidad de producción energética, en la provincia de Jujuy el destino de los fondos obtenidos fue para financiar el Proyecto Cauchari, la planta solar más grande de Latinoamérica. Tal proyecto logró el apoyo de inversores de distintos países y obtuvo una certificación de alineamiento con los GBP de consultora internacional.

Conviene hacer un recorrido histórico previo al Proyecto Cauchari para poder comprender el proceso de transición energética que atravesó la provincia de Jujuy en los últimos años y cómo el empleo de bonos verdes le ha permitido llevar adelante una gestión transnacional subestatal, entendiendo a tal gestión como “aquella política pública desplegada por unidades subestatales en el sistema estatal y en el sistema internacional, y que tienen como fin responder a los intereses de desarrollo subestatal” (Juste, 2017, pp. 180-181).

En lo que a la provincia de Jujuy respecta, ubicada en el norte de la Argentina, tiene amplia tradición en la explotación de sus riquezas mineras, las cuales, junto a la producción azucarera y tabacalera, son actividades preponderantes de dicha región. Hacia el año 2008 se dieron una serie

de descubrimientos geológicos lo cual permitió redefinir el camino en la exploración y explotación de nuevos recursos energéticos. Ante esta nueva situación, señalan los autores Castello y Kloster (2015, p. 62) que “la provincia elaboró un paquete de políticas que incluyeron beneficios de exención impositiva en los primeros años y creó una empresa estatal para la conformación de sociedades con empresas interesadas en los recursos locales”. Pudiéndose mencionar entre ellas la declaración del litio como “mineral estratégico para el desarrollo”, o bien la creación de la empresa estatal JEMSE “Jujuy Energía y Minería Sociedad del Estado”, con el objetivo principal de “crear una unidad de negocios del Estado provincial con capacidad de negociación, asociación y comercialización que el Estado provincial en su calidad de tal (...)” (Juste, 2020, pp. 12-13)

En el norte del territorio argentino se asienta una de las mayores reservas litíferas del planeta, lo que ubica a la argentina en el cuarto lugar entre los principales productores de litio a escala global. Conforman, junto a Chile y Bolivia, el denominado Triángulo del Litio, en cuya geografía sobresalen el Salar de Hombre Muerto, el de Atacama, en Chile y el de Uyuni, en Bolivia. Señalan prestigiosos investigadores de la Universidad Nacional de La Plata en su investigación “Litio: un tesoro escondido en la Puna Argentina” (2019) que los salares de estos tres países concentran el 85% de las reservas de litio de fácil extracción del planeta. Sus cuencas salinas son también fuentes de potasio, boro, magnesio, además de sulfatos, carbonatos y cloruros de sodio, entre otras sales de interés económico. Las reservas nacionales de litio se concentran en tres provincias: Catamarca (Salar de Hombre Muerto, Salar de Antofalla), Salta (Salar del Rincón) y Jujuy (Salar de Olaroz, Salar de Cauchari). Afirma en dicho informe el Ing. Garaventa que “el litio es un mineral que se encuentra en toda la tierra, es uno de los metales menos escasos; de hecho, hay más litio que cobre encerrado en nuestra corteza terrestre”, señala a su vez que “la ventaja es que en nuestro país existe una enorme cantidad de litio en los salares, lo que permite su fácil extracción. Eso explica que los ojos del mundo estén puestos en nuestras reservas”.

Ante este panorama se desarrollaron en dicha provincia la captación de importantes capitales

extranjeros (principalmente japoneses, australianos y coreanos) para el desarrollo de proyectos vinculados a la explotación y producción de carbonato de litio, a través de la instalación de la planta Olaroz que comenzó a funcionar hacia el 2015.

En el mismo año vuelve a posicionarse en el foco de la escena la gran preocupación por el desarrollo de nuevas fuentes energéticas, las llamadas energías verdes. Señala Juste (2020, p. 17) que potencias internacionales tales como China, depositaron su mirada en América Latina, donde los países demandan abundantes recursos en forma de inversión y de financiamiento, China encontró un campo abierto para explorar y consolidar su presencia en la región, mientras que los Estados latinoamericanos vieron esta presencia como una oportunidad de crecimiento. Este interés complementario facilitó la vinculación y el trabajo conjunto de distintos actores que se involucraron a fin de propiciar el proyecto de energía solar de Cauchari en la puna jujeña. En el caso de la energía solar fotovoltaica, su potencial es aprovechable a lo largo de todo el territorio argentino, a excepción de las provincias más australes.

En consonancia, el gobierno nacional desde mediados del 2016, a través del programa RenovAR, procura transformar la matriz energética de la Argentina, propendiendo a energías que procuren conservar el medioambiente.

Surge así el Proyecto Cauchari, que se compone de tres parques fotovoltaicos (Cauchari 1, 2 y 3), diseñados para alcanzar una capacidad de generación de 100 Mw cada uno, con un monto de inversión estimado de 340 millones de dólares. La construcción de la planta dio inicio en octubre de 2017 en la localidad de Cauchari, departamento de Susques, a 4.000 metros de altura sobre el nivel del mar.

Ahora bien, hubo posiciones encontradas respecto a este proyecto, explican Porcelli y Martínez (2018), que la polémica del proyecto Cauchari radicó en que los costos de las nuevas líneas de transmisión requeridas para despachar lo generado por el parque, estimados en USD 50 millones, serían asumidas por el Estado Nacional en lugar de la provincia. Asimismo, el proyecto, donde JEMSE posee una participación

del 80% (el 20% restante es propiedad de Power China, Shanghai Electric y Talesun), implicó un aporte del 85% por parte del banco chino Eximbank, mientras que la provincia aportó el 15% restante financiado a través de bonos provinciales “verdes” que significaron un endeudamiento por USD 210 millones a una tasa de 8,625%. La transacción resultó tan exitosa que fue sobresubscrita en 3,5 veces, toda vez que se recibieron ofertas de inversores por un total de USD 744 millones.

Juste (2020, p. 22) señala que la clave en este tipo de proyectos a través del empleo de los “Bonos Verdes”, radica en la “coordinación de las gestiones entre los niveles estatal y subestatal, de manera de poder canalizar de mejor manera los beneficios de las inversiones”.

Señala incluso que eso se observa con claridad en la “construcción de la planta solar de Cauchari, donde la demora de las obras a cargo del Estado nacional retrasa el inicio del funcionamiento de la planta y, por consiguiente, perjudica la obtención de los fondos para responder a las obligaciones”.

La autonomía que brindan a los Estados provinciales y municipales los “Bonos Verdes” los habilita a reforzar los intereses nacionales en el escenario internacional a la par que la vinculación de estos con actores internacionales del sector público o privado, brinda cooperación técnica que les permite adquirir nuevas habilidades y desarrollar sus recursos.

A un año de su puesta en funcionamiento, señala Ignacio Ortiz, corresponsal de la Agencia Nacional de Noticias de Argentina Télam que:

“Se proyecta para su segunda instancia la particularidad que de los 200 Mw adicionales de generación, 30 Mw se inyectarán de noche a la red nacional a través de la acumulación de energía en baterías de litio, y en conjunto, más de 515 Mw que superan —por ejemplo— los 362 Mw que genera la central nuclear Atucha I. El par-

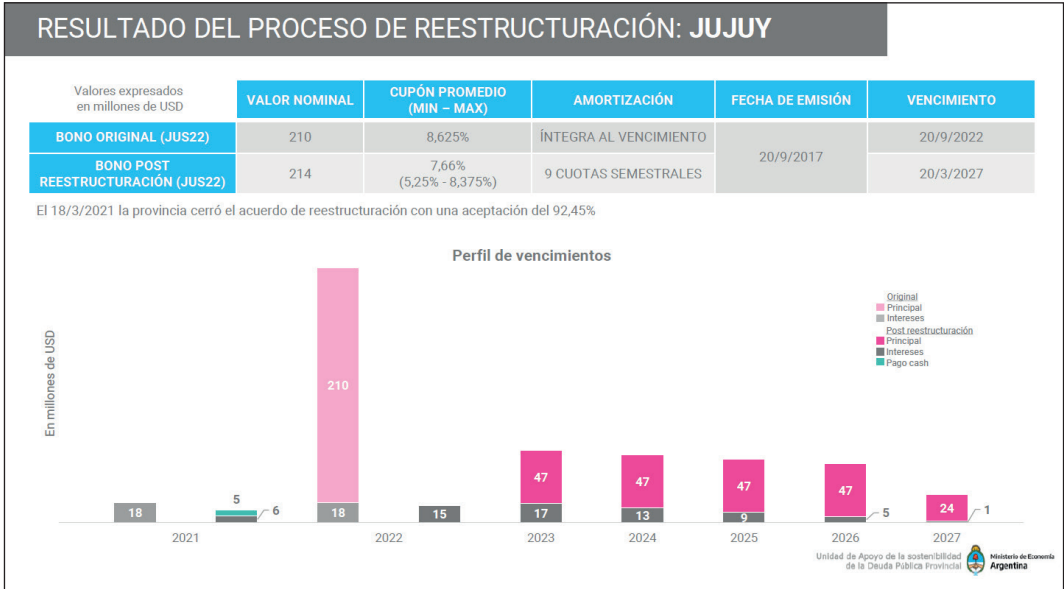
que tiene asegurada por 20 años la venta total de la energía a producirse a partir del contrato PPA firmado con Cammesa, la compañía mayorista que actualmente está definiendo con la provincia las condiciones de un nuevo contrato de compra de energía para los futuros parques Cauchari IV y V. (...)”

“En este primer año de operaciones, destacaron las autoridades del proyecto, el parque alcanzó un rendimiento de 82% como factor de utilidad, que significa la capacidad de transformación del recurso en energía eléctrica, que lo ubican largamente por encima de la media de los parques de su tipo. De esta manera, los tres parques en funcionamiento entregan al sistema interconectado una energía equivalente al 70% del consumo actual de la provincia de Jujuy, y con su ampliación logrará superar largamente el 100% de la demanda local, y más aún si se concreta su potencial de 3.000 Mw para los próximos 10 años.

“Toda su energía se transporta, de las etapas I y II, se podrá transportar a través de la línea de alta tensión de 345 kV que une las estaciones transformadoras de Cobos en la provincia de Salta con Andes, en Chile.

“Todo el proyecto implica no solo un cambio de la matriz energética de la provincia, sino que también se enmarca en la promoción del uso de las fuentes renovables dada por la ley 27.191 sancionada en 2015, que pone como objetivo la cobertura del 25% de la demanda eléctrica total para 2025”.

A pesar de que el vencimiento original del bono estaba previsto para 2022, en marzo de 2021 el gobierno de Jujuy presentó a los inversores privados una oferta para cambiar los términos financieros del “Bono Verde” Cauchari. Con el aval del 92,45% de los acreedores, se logró refinanciar el instrumento mediante la entrega de nuevos bonos por USD 3,6 millones con vencimiento en 2027.



Fuente: Unidad de Apoyo de las Sostenibilidades de la Deuda Pública Provincial. Ministerio de Economía Argentina (2021).

VI. Conclusiones

El panorama de crisis ambiental en el cual nos encontramos requiere que todos los actores sociales asuman un rol proactivo respecto a la necesidad de incorporar una visión eco responsable en cada ámbito de desempeño. No es algo que se agote en el actuar del Estado como institución, por el contrario, necesita del involucramiento del sector privado.

La problemática es inexorable y amerita un cambio de paradigma que atienda con prioridad las consecuencias del cambio climático y de nuestro sistema productivo actual, incluso —y por sobre todo— desde la dinámica de políticas financieras que lleva adelante un Estado.

Las “finanzas sostenibles” se han hecho eco de esa necesidad y brindan a través de instrumentos como los SVS, significativos y palpables beneficios para las empresas, tales como acotar el riesgo reputacional, la captación de clientes, el acceso a nuevos inversores, el acceso a base de inversores, la bonificación de costos (desde el mercado se fomenta), lograr visibilidad, entre otros.

Se observa una marcada tendencia de inversores que requieren colocar sus fondos en valores que generen beneficios sociales y/o ambientales. Para que dicha tendencia se mantenga en el tiempo y se acreciente se requieren la promoción de políticas públicas Estatales que motiven la utilización de este tipo de valores negociables (los SVS), pero a la vez se necesita educación empresarial para generar conciencia y conocimiento.

Fomentar la vincularidad de sectores es la única forma de gestionar fondos con mayor envergadura para lograr resultados de alcance y proyección significativa.

En lo que respecta al mercado regional, hace menos de 5 años que el tema de los Bonos SVS está en agenda, siendo una tendencia que vino para quedarse, no estando Argentina fuera de esa proyección. Su gran potencial para desarrollar energías limpias tales como la solar y la eólica, por las características geográficas, amplias y de climas diversos de las regiones andinas y subandinas,

desde Jujuy hasta Neuquén, capta la atención de inversores nacionales e internacionales que podrían ayudar a financiar proyectos de adaptación, transición y mitigación.

VII. Bibliografía

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, Escazú, Costa Rica, 2018.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas. [ONU]. “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Objetivos de Desarrollo Sostenible”, 2015.

Bolsas y Mercados Argentinos [BYMA]. (s.f.), “Bonos SVS. Sociales Verdes y Sustentables”. Recuperado el 21 de noviembre de 2022 de <https://www.byma.com.ar/productos/bonos-svs/>.

Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Carta de la OEA”. 30 de abril de 1948.

CASTELLO, A. - KLOSTER, M., “Industrialización del litio y agregado de valor local: informe tecno-productivo”, Centro interdisciplinario de Estudios en Ciencia, Tecnología e Innovación, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, Buenos Aires, 2015.

Climate Bonds Initiative, “Sustainable debt global state of the market 2020”, Climate Bond Initiative, London, 2021.

Constitución de la Nación Argentina [CN]. Arts. 41, 43 y 75. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

Constitución de la Provincia de Buenos Aires [CBA]. Art. 28. 13 de septiembre de 1994 (Argentina).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”. Art. 1, 26. 22 de noviembre de 1969.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Arts. XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Fundación de Estudios sobre Migración, Medio Ambiente y Justicia (enero-marzo 2022). RDAMB. 69, 20-21.

GARAVENTTA, G. - GAMBA, M. - SCHALAMUK, I. - VISINTIN, A. - ETCHEVERRY, R., “Litio: un tesoro escondido en la Puna Argentina”. Página Web: Investiga. Ciencia y Tecnología UNLP, 7 de noviembre de 2019. <https://investiga.unlp.edu.ar/especiales/litio-17104>.

JUSTE, S., “La condición de doble periferia en unidades subestatales”, *Revista Interações, Campo Grande*, nro. 18[4], 2017, 169-184.

JUSTE, S. M., “Los desafíos de la agenda transnacional subestatal: la producción de nuevas energías en la provincia de Jujuy (Argentina)”, *Revista LIDER*, 36[22], 2020, 9-27.

Ley 25.675 de 2002. Por la cual se establecen los Presupuestos Mínimos para el logro de una Gestión Sustentable y adecuada del Ambiente, la Preservación y Protección de la Diversidad Biológica y la Implementación del Desarrollo Sustentable. 27 de noviembre de 2002. BO nro. 30.036, p. 2.

Mercado Abierto Electrónico [MAE]. (s.f.), “Listado de Activos y Emisiones”. Recuperado el 24 de noviembre de 2022 de <https://www.mae.com.ar/titulos-emisiones>.

Organización de las Naciones Unidas [ONU], “Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC)”, 12 diciembre 2015.

Organización Internacional para la Migraciones [OIM]. Organización de las Naciones Unidas [ONU], “Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022”, Ginebra, Suiza, 2022.

ORELLANA, Marcos A., “Escazú como expresión del vínculo entre derechos humanos y ambiente”, en PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo; NÁPOLI, Andrés (eds.), *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, 2020, pp. 128-141. https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/5688/1-LibroESCAZU_Digital_BV.pdf.

ORTIZ, I., “El Parque fotovoltaico Cauchari cumple un año y avanza la construcción de la segunda etapa”, *Telenoticiosa Americana* [Télan], 10 de octubre de 2021. <https://www.telam.com.ar>.

com.ar/notas/202110/571301-parque-fotovoltaico-cauchari-segunda-etapa.html.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por res. 2200 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Art. 12.2.b. 19 de diciembre de 1966.

PORCELLI, Adriana - MARTÍNEZ, Adriana, "Una inevitable transición energética: el consumidor y la generación de energías renovables en forma distribuida en la legislación argentina nacional y provincial", *Actualidad Jurídica Ambiental*, nro. 75, Madrid, 2018, 4-49.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14. 17 de noviembre de 1988.

Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales [REDESCA]. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos, "Compendio Derechos Económicos, So-

ciales, Culturales y Ambientales. Estándares Interamericanos", Embajada de Noruega, Ciudad de México, 2021.

Res. 76/300 de 2022. Para la promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Naciones Unidas. Asamblea General. 1 de agosto de 2022.

SALVIOLI, F., "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Unidad de Apoyo de las Sostenibilidad de la Deuda Pública Provincial. Ministerio de Economía Argentina, "Resultado del proceso de reestructuración: Jujuy", 2021. Recuperado el 25 de noviembre de 2022 de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resultado_reestructuracion_jujuy.pdf.

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

El ecocidio como quinto crimen internacional y su relación con el genocidio

Bruno Santini

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo en medio de la tergiversación de los ideales iluministas.— III. La primera línea de la crisis climática la componen los sectores más vulnerables.— IV. Puntos de contacto entre el ecocidio y el crimen de genocidio.— V. Un ejemplo ilustrativo.— VI. Conclusión.— VII. Bibliografía.

“Este huracán lo arrastra irresistiblemente hacia el futuro, al cual vuelve las espaldas, mientras el cúmulo de ruinas crece ante él hasta el cielo.

“Este huracán es lo que nosotros llamamos progreso.”

BENJAMIN, 1971:82.

“Desde el punto de vista criminológico, externo al derecho penal, esas masacres masivas —las guerras, los millones de muertos cada año por hambre, o por enfermedades no curadas o por cataclismos causados por un desarrollo industrial insostenible— deben ser reconocidos como crímenes contra la humanidad.”

FERRAJOLI, 2013:5.

I. Introducción

El término *ecocidio* fue utilizado por primera vez en 1970 por el biólogo estadounidense Arthur Galston en la Conferencia sobre la Guerra y la Responsabilidad Nacional celebrada en Washington. Posteriormente, hacia 1972, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, el primer ministro de Suecia Olof Palme hizo alusión a este concepto en su discurso inaugural. Tres años más tarde, en 1975, durante los últimos años de la Guerra de Vietnam, cuando los estragos ocasionados por los devastadores ataques con agente naranja habían causado la muerte de miles de personas y habían arrasado millones de hectáreas que quedaron estériles, el concepto tomó mayor fuerza. Ya para 1977, en el marco de Naciones Unidas, se sancionó la Convención sobre Prohibición de Uso de Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Hostiles.

De esta forma comenzó a utilizarse el concepto, pero únicamente para los daños que ocurrían en el marco de enfrentamientos bélicos, dejando de lado los severos perjuicios al ambiente que son originados por las distintas actividades productivas que realiza el ser humano. En este contexto, el ecocidio estaba propuesto para ser el quinto crimen contra la paz cuando en 1998 iba a constituirse la Corte Penal Internacional (CPI), pero quedó afuera, entre otras cuestiones, por la oposición de naciones influyentes como Estados Unidos, el Reino Unido y Países Bajos (1).

A partir de ese momento muchos han sido los intentos para que se reconozca al ecocidio como un crimen internacional. En el año 2020

(1) Todos ellos países dedicados a la explotación del petróleo. Obtenido de: <https://stopecocidio.org/convirtiendo-el-ecocidio-en-crimen>, consultado el 12/02/2023.

la Fundación *Stop Ecocide* convocó a un Panel de Expertos para que confeccionaran una definición legal del mencionado crimen. Y así fue como en el mes de junio del año 2021, el Panel llegó a un consenso sobre el texto que busca establecer una delimitación legal de este concepto. El principal objetivo de este grupo fue acuñar un término que fuera colaborativo, eficaz y de aplicación práctica, y por sobre todo, que permita sobreponerse a las deficiencias que se advierten en la legislación del derecho internacional a la hora de evitar que se lleven a cabo los graves daños al ambiente. Así surgió la siguiente definición:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘ecocidio’ cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medioambiente.

“2. A los efectos del párr. 1:

“a) Se entenderá por ‘arbitrario’ el acto temerario de hacer caso omiso de unos daños que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja social o económica prevista;

“b) Se entenderá por ‘grave’ el daño que cause cambios muy adversos, perturbaciones o daños notorios para cualquier elemento del medioambiente, incluidos los efectos serios para la vida humana o los recursos naturales, culturales o económicos;

“c) Se entenderá por ‘extenso’ el daño que vaya más allá de una zona geográfica limitada, rebase las fronteras estatales o afecte a la totalidad de un ecosistema o una especie o a un gran número de seres humanos;

“d) Se entenderá por ‘duradero’ el daño irreversible o que no se pueda reparar mediante su regeneración natural en un plazo razonable;

“e) Se entenderá por ‘medioambiente’ la Tierra, su biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera y atmósfera así como el espacio ultraterrestre”.

Etimológicamente, el término Ecocidio deriva de la unión entre la palabra *oikos*, del griego “casa” u “hogar” —posteriormente “hábitat” o

“entorno”—, y el sufijo “-cidio”, es decir, la acción de matar.

Ya en lo relativo a la definición que brinda el Panel de Expertos, es posible advertir que esta encuentra sustento en un delito que está tipificado entre los crímenes de guerra del art. 8° del Estatuto de Roma, puntualmente en el apart. b, inc. iv, el cual fue utilizado como antecedente: “Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea”.

En cuanto a la forma del tipo penal elegida por los expertos, es posible encontrar gran similitud con la estructura que presentan los delitos de lesa humanidad. Así, al igual que lo dispone el art. 7° del Estatuto de Roma, que en su primer párrafo precisa el concepto del crimen y luego pasa a abordar los elementos que lo componen, el Panel de Expertos ha realizado una definición del término ecocidio, y luego un detalle de la extensión de algunos de los vocablos que la conforman.

Por otro lado, en lo relativo al fondo, se advierte una inspiración que se remonta al crimen de genocidio acuñado por el jurista polaco Rafael Lemkin, quien definió el término en noviembre de 1944 tras las atrocidades cometidas antes y durante la Segunda Guerra Mundial. Pese a que luego sufrió modificaciones (2), embrionariamente, según el destacado jurista polaco, este particular concepto contiene dos requisitos: el primero es la destrucción de un grupo como tal, es decir que no basta con eliminar a los individuos que lo conforman; y el segundo es que su objetivo, es decir el fin último de este crimen, radica en lograr imponer la identidad del opresor por sobre la del oprimido.

Este trabajo buscará determinar si las dos características del crimen definido por Lemkin están presentes en los delitos masivos en contra del ambiente, a fin de evidenciar la nece-

(2) Véase NAGY, M., “Genocidio: derrotero e historia de un concepto y sus discusiones”, Memoria Americana, Cuadernos de Etnohistoria, 2019.

sidad de criminalizar, perseguir y juzgar estos últimos.

Hemos llegado a una encrucijada donde el aporte que puedan hacer todas y cada una de las personas que habitan el planeta deviene indispensable para, en un principio, poder desacelerar la contaminación ambiental y finalmente detener el cambio climático que tantos efectos adversos posee. En este contexto el derecho, como el conjunto de normas que rigen y regulan la vida en sociedad tiene mucho que aportar; y el derecho penal internacional, como especie del género juega un papel determinante.

II. Desarrollo en medio de la tergiversación de los ideales iluministas

La ciencia ha demostrado de forma irrefutable que las actividades productivas que desarrolla el ser humano traen aparejado un inevitable cambio climático, entre otras cuestiones debido al incremento de la temperatura global (3). Los efectos negativos de esta situación están a la vista de todas las personas del mundo que diariamente conviven y padecen estas alteraciones, como por ejemplo sequías, inundaciones y, en definitiva, el aumento de la cantidad de fenómenos climáticos extremos (4). No obstante, existen corrientes que, por ignorancia o conveniencia, niegan el cambio climático, aún sin sustento científico alguno. Como señala Valeria Thus (2013) no hay negaciones que sean inocentes, es decir, estas responden a algún interés.

(3) Los años de 2015 al 2021 fueron los siete más cálidos de la historia, por otro lado, de acuerdo con los datos recolectados hasta Mayo/Junio del año 2022, de 2018 a 2022 la temperatura global promedio fue de $1,7 \pm 0,13$ °C por sobre la media de los años 1850 y 1900#. En esta línea, según el conjunto de datos ponderados por los expertos, aquel fue el cuarto período de 5 años más cálido de la historia, sólo por detrás de 2016-2020, 2015-2019 y 2017-2021, mientras que, si se computan períodos no superpuestos, fue el de mayor temperatura de la historia, quedando en segundo lugar aquel que abarca desde el 2013 al 2017. Datos extraídos del Informe United in Science 2022, puntualmente p. 12. Obtenido de: https://library.wmo.int/doc_num.php?explnum_id=11309, consultado el 12/02/2023.

(4) IPCC | Cambio Climático 2022, Capítulo 8: Poverty, livelihoods and sustainable development. Obtenido de: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_Chapter08.pdf, consultado el 12/02/2023.

Es posible advertir que, desde sus inicios, el ser humano ha realizado diversas actividades a fin de poder satisfacer sus necesidades. Estas desde siempre han implicado el aprovechamiento de los recursos naturales que estaban a su disposición y consecuentemente la modificación del entorno en el que desarrollaba su vida. Lo que ocurre actualmente es que la explotación de estos se lleva a cabo de una forma tal que no permite que los recursos se puedan regenerar, y ello se debe puntualmente a tres factores.

El primero de ellos se dio con la industrialización y la consecuente producción en serie a gran escala, a partir de ese momento los niveles de contaminación ambiental han comenzado a salirse de control. Desde ese entonces cada sujeto y cada objeto debe ser exprimido al máximo a fin de producir tanto como sea posible, ya que se deben satisfacer las demandas de un consumo que es cada vez más globalizado, voraz y se ha ido incrementando hasta un punto tal en el que las necesidades parecen nunca quedar satisfechas. A su vez, todo ello es fomentado por la avaricia de aquellos que tienen el capital para producir los bienes y servicios, y buscan optimizar sus recursos reduciendo los costos de las actividades productivas a fin de extraer las mayores ganancias.

En este marco, entender a los recursos naturales como bienes susceptibles de ser explotados a fin de satisfacer tales niveles de demanda, transforma al ambiente en una cosa susceptible de ser estrujada tanto como sea posible, lo que sin dudas es una de las principales causas de la apremiante situación ecológica que se está atravesando.

Otro factor que resulta determinante en la actual crisis climática es que el sistema actual fomenta una competencia desmedida en la que todo vale, en efecto, los valores han quedado relegados, cada individuo tiene un precio, y el triunfo se mide con relación a la cantidad de dinero y bienes materiales. Asimismo, la utilización de los recursos naturales se encuentra a disposición de todas las personas y sobre todo de las empresas y las grandes corporaciones. En este contexto, la competencia genera una disputa por la apropiación de estos, y quizás por ello, cada cual intenta sacar el máximo provecho de su explotación sin pensar en su conservación

para en un futuro poder reutilizarlos. Este uso indiscriminado de este tipo de recursos (que son finitos) los deteriora, generando efectos indirectos negativos en el resto de la sociedad.

De esta forma se crea un costo para la comunidad que recibe las consecuencias de la contaminación ambiental. A estos se los denomina externalidades productivas, y pueden ser definidas como “la diferencia entre el precio de mercado y el costo social, es decir, una falla externa al mercado mismo que exige una intervención, temporal o selectiva, que permita incorporar todos los costos y beneficios que la actividad encierra” (5) (Larach en Neira, Russo y Álvarez Subiabre, 2019, p. 133). Esa diferencia rompe con la perfección del mercado, creando una falla, y cuando esta implica una desventaja o un perjuicio que no es compensado por quien lo genera, la externalidad se denomina negativa.

Las externalidades negativas poseen dos características distintivas. La primera es que implican un perjuicio para la comunidad o sociedad que sin estar involucrada en el proceso de producción debe afrontar los gastos extras que la actividad productiva le genera. La segunda, es que este gasto indirecto no está considerado entre los costos que integran dicha actividad, es una cuestión ajena o externa, por consiguiente, tampoco está contemplado en el precio final del producto. Este “descuido” de los empresarios requiere de una intervención, es decir una compensación económica a los sujetos afectados por las externalidades negativas. De esa manera el mercado lograría restablecer el equilibrio y volver a su estado óptimo, en el que ninguna de las partes puede mejorar su situación sin desmejorar la de las otras.

En este punto no resulta ocioso recordar que las empresas buscan minimizar los costos de producción para obtener la mayor rentabilidad y consecuentemente percibir mayores ganancias. Justamente esta particularidad genera que las empresas no hayan intervenido a fin de solu-

cionar esta falla del mercado, esta externalidad negativa, y que por el contrario hayan decidido solapadamente que los daños y los riesgos ambientales deban ser internalizados a los procesos productivos, canalizando los costos a la sociedad.

El último factor determinante para la explotación indiscriminada de los recursos naturales es la inexistencia de reglas eficientes para regular los desmedidos impulsos que nacen producto de la competencia y la avidez de ganancias. En consecuencia, paulatinamente el desarrollo de la humanidad ha transcurredo en medio de la tergiversación de los ideales iluministas. Progresivamente, la ideología liberal ha logrado imponerse en el plano económico, para luego trasladarse a prácticamente todos los aspectos que rigen la vida en sociedad, alterando los otros dos principios fundamentales de la Revolución Francesa, la igualdad y la fraternidad.

Consecuentemente estas modificaciones del ambiente ocurren dentro de un contexto en el que rige el lema *laissez-faire*, donde no hay reglas ni frenos. Al respecto Sutherland señalaba que “los hombres de negocios generalmente sienten y expresan desprecio hacia la ley, el gobierno y el personal del gobierno” (Sutherland, [1949] 1999, p. 263). Dentro de las empresas se genera un clima de veneración por los espacios en los que se desregulariza la actividad que desarrollan, asociándolos con una idea de plena libertad en donde no existe nada que coarte la explotación de las capacidades al máximo. En realidad, generalmente estos entornos proporcionan la impunidad necesaria para la producción sin obstáculos o impedimentos, y por lo tanto, permiten una disminución de los costos de producción que se generarían como consecuencia de erogaciones en materia ambiental, tributaria, laboral, previsional, entre otras.

Según Paula Sibilia, esta cuestión no solo se da en el ámbito empresarial, sino que es común a toda la sociedad y está guiada por el cambio de paradigma que nos atraviesa. La antropóloga explica que en la sociedad posmoderna se han impuesto las leyes del mercado, y por consiguiente prevalece el eufórico lema “yo quiero” y el consecuente “yo lo merezco”, en contraposición al severo “usted debe” que provenía de

(5) LARACH, María Angélica, "Comercio y medio ambiente en la organización mundial del comercio", en NEIRA, H., RUSSO, L. I. y ÁLVAREZ SUBIABRE, B., Ecocidio, Revista de Filosofía de la Universidad de Santiago de Chile, 76, 1998, pp. 127-148.

las leyes creadas por el Estado, y que marcó a los ciudadanos de la modernidad entre los siglos XIX y XX (6).

Lo señalado por la referida antropóloga resulta fundamental para comprender la razón por la que los mercados prevalecen por sobre los gobiernos democráticamente electos, que sin embargo, condescendentemente se han subordinado a lo que aquellos determinan, o mejor dicho, a lo que pronuncian los selectos tecnócratas que ostentan de forma exclusiva la virtud de descifrar o anticipar los comportamientos y los flujos del capital.

A decir de Luigi Ferrajoli: "No son más los Estados, es decir, los gobiernos y los parlamentos elegidos democráticamente, que con sus políticas controlan los mercados y el mundo de los negocios, imponiendo sus reglas, límites y limitaciones en aras de la protección del interés general y de los derechos fundamentales de las personas, sino que ahora son los mercados, es decir unas pocas decenas de miles de especuladores financieros y algunas agencias privadas de calificación, que controlan y gobiernan a los estados, imponiendo sus políticas antidemocráticas y antisociales en beneficio de intereses privados y especulativos y de la búsqueda de los máximos beneficios" (Ferrajoli, 2013, p. 8).

III. La primera línea de la crisis climática la componen los sectores más vulnerables

En este contexto, el sociólogo Göran Therborn afirma que el cambio climático afectará a todo el planeta, pero luego, retóricamente se pregunta: ¿quiénes terminarán con su casa inundada?, ¿quiénes tendrán acceso al agua y quienes no?, y ¿quién deberá resignarse a vivir en los barrios más contaminados de la ciudad? (Therborn, 2015). Para comenzar a responder estos cuestionamientos es fundamental realizar uno nuevo: ¿de dónde provienen los mayores niveles de contaminación ambiental? En resumidas cuen-

(6) SIBILIA, Paula, en la conferencia titulada "El Malestar de la (In)civilización: desplazamientos del suelo moral en tiempos de posverdad" en el marco del Ciclo Malestar en la Cultura 2022 de la Asociación Escuela Argentina de Psicoterapia para Graduados Miembro de la FLAPPSIP y del Foro de Instituciones de Profesionales de Salud Mental de la CABA. Obtenido de: <https://www.youtube.com/watch?v=KmjGnsPKdYk>, consultado el 13/02/2023.

tas, es posible afirmar que los mayores daños al ambiente son causados por la actividad económica de aquellos países que cuentan con mayores recursos (7), mientras que quienes terminan absorbiendo las mayores consecuencias son las personas y los ecosistemas que tienen la menor capacidad de respuesta (8).

Siguiendo este orden de ideas, las regiones más golpeadas por los fenómenos meteorológicos extremos que se producen como consecuencia del cambio climático a nivel mundial son especialmente África, Asia, América Central y del Sur, así como las islas pequeñas y el Ártico, donde millones de personas han quedado expuestas a una situación de inseguridad alimentaria e hídrica aguda (9).

En cuanto a cómo afectan estas catástrofes en los ingresos de los que poseen menos recursos, se ha determinado que, en 92 países de los denominados en desarrollo, el 40% más pobre de la población padece pérdidas que son 70% más significativas que aquellas que sufren las personas que poseen una riqueza cercana a la media (10).

Pero no solo afecta a las clases más bajas en el aspecto económico. Si comparamos las regio-

(7) El 75% de las emisiones de GEI a escala mundial son generadas por los países miembros del G20, quienes actualmente representan el 85% del producto bruto global, dos tercios de la población mundial y el 75% del comercio internacional. Entre ellos, los que se encuentran entre los más poderosos del mundo son los responsables de más de la mitad de las emisiones de GEI del año 2020, a saber, China, la Unión Europea, India, Indonesia, Brasil, la Federación de Rusia y Estados Unidos de América. Datos disponibles en el Informe sobre la Brecha de Emisiones 2022, "La ventana de oportunidad se está cerrando". Obtenido de: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/40932/EGR2022_ESSP.pdf?sequence=13, consultado el 13/02/2023.

(8) En el IPCC | Cambio Climático 2022, Capítulo 8: Poverty, livelihoods and sustainable development los expertos señalan que "Los impactos del cambio climático afectan desproporcionadamente a los grupos marginados, aumentando las desigualdades y socavando el desarrollo sostenible en todas las regiones", p. 1174, traducción propia. Obtenido de https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_Chapter08.pdf, consultado el 13/02/2023.

(9) Ibidem.

(10) Ibidem.

nes y países clasificados como muy vulnerables, como por ejemplo Mozambique, Somalia (11), Nigeria, Afganistán y Haití, con aquellos de muy baja vulnerabilidad, como sería el caso del Reino Unido, Australia, Canadá y Suecia, el porcentaje de mortalidad a lo largo de la última década como consecuencia de inundaciones, sequías y tormentas fue 15 veces mayor en el primer grupo (12).

Estas estadísticas se tornan aún más preocupantes si se tiene en consideración que las regiones catalogadas como vulnerables o muy vulnerables son aquellas que albergan a la mayor cantidad de personas, aproximadamente 3.300 millones contra los 1.800 millones que viven en los países de baja o muy baja vulnerabilidad. Asimismo, aproximadamente 3.600 millones de personas viven en países cuyos ingresos han sido calificados como bajos y medio-bajos, que no solo son los más vulnerables, sino también los lugares donde los costos humanos que se generan como consecuencia de fenómenos meteorológicos extremos son afrontados de manera más desproporcionada (13).

Otro punto para tener en cuenta es que la población de los países más vulnerables aumentará de forma considerable para los años 2050 y 2100, mientras que en aquellos catalogados de baja vulnerabilidad decaerá o crecerá de manera insignificante (14). Esto permite suponer que a medida que pasen los años, la cantidad de personas expuestas a sufrir las

(11) Según el Banco Mundial, Somalia es uno de los países más pobres del África subsahariana, que a su vez se encuentra entre las regiones más pobres del mundo. África subsahariana alberga al 60 % de todas las personas en situación de pobreza extrema: 389 millones, más que cualquier otra región. Aquí la tasa de pobreza se acerca al 35 %, la más alta del mundo. Comunicado de prensa del 05/10/2022, titulado "Se frenan los avances mundiales en la reducción de la pobreza extrema". Obtenido de: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2022/10/05/global-progress-in-reducing-extreme-poverty-grinds-to-a-halt>, consultado el 13/02/2023.

(12) Disponible en el IPCC | Cambio Climático 2022, Capítulo 8: Poverty, livelihoods and sustainable development. Obtenido de: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_Chapter08.pdf, consultado el 12/02/2023.

(13) Ibidem.

(14) Ibidem.

peores consecuencias del cambio climático irá en aumento.

Por otro lado, no pueden soslayarse los efectos que tuvo la reciente pandemia por el virus COVID-19. Al respecto, como punto positivo debe mencionarse que generó una merma en el calentamiento global, sin embargo, de todas formas, la mayor parte de sus costos recayó sobre los más vulnerables (15). En efecto, el Banco Mundial estima que la pandemia empujó a unos 70 millones de personas a la pobreza extrema en 2020, el mayor aumento en un año desde que comenzó el seguimiento de estas cifras en 1990, y por consiguiente para el año 2030 casi 600 millones de personas deberán subsistir con menos de 2,15 USD al día (16). No obstante, el mencionado organismo financiero expresó que la pobreza no solo aumentó debido a las alteraciones causadas por la crisis del COVID-19, sino también a raíz del cambio climático, añadiendo que esta variable ya se encontraba entre las causas que repercuten en la desaceleración de la reducción de la pobreza (17).

Estas cifras enseñan que, durante el fatídico año 2020, la actividad antrópica disminuyó a causa de la pandemia, pero el costo que originó la desaceleración de las actividades productivas lo volvieron a afrontar, en mayor medida, los sectores con menos recursos del mundo.

De lo expuesto es posible inferir que los niveles de contaminación ambiental deben disminuir. El traspaso a una economía mundial baja en emisiones donde los niveles de contaminación sean reducidos requerirá de grandes inversiones de dinero, por ejemplo, en el desarrollo de energías renovables. Sin embargo, esta vez, quienes deberían afrontar los costos son los países y las empresas responsables del cambio cli-

(15) Según el Banco Mundial, entre los sectores que se ubican en el 40 % más pobre, las pérdidas en los ingresos alcanzaron un promedio del 4 %, el doble que en el 20 % más rico. Disponible en el Comunicado de prensa del 05/10/2022, titulado "Se frenan los avances mundiales en la reducción de la pobreza extrema". Obtenido de: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2022/10/05/global-progress-in-reducing-extreme-poverty-grinds-to-a-halt>, consultado el 13/02/2023.

(16) Ibidem.

(17) Ibidem.

mático que se encuentren en mejores condiciones de hacerlo; la transición debe ser justa **(18)**.

Estos datos a su vez evidencian que el cambio climático y los fenómenos meteorológicos extremos son un factor determinante que aumenta la brecha de desigualdad en términos socioeconómicos y arroja a los sectores más necesitados a vivir en un contexto en el que incesantemente se violan sus derechos humanos fundamentales.

En este contexto, el desarrollo resulta insostenible. En efecto, el sistema productivo imperante desde los inicios de la industrialización se ha cobrado muchas vidas, y de ser necesario continuará sacrificando las de las generaciones venideras en pos de lograr los insaciables objetivos del progreso. Al respecto es ilustrativa la reflexión que muy acertadamente ha hecho Walter Benjamin: “Hay un cuadro de Paul Klee que se titula *Angelus novus*. Se ve en él un ángel, al parecer en el momento de alejarse de algo sobre lo cual clava la mirada. Tiene los ojos desorbitados, la boca abierta y las alas tendidas. El ángel de la historia debe tener ese aspecto. Su rostro está abierto hacia el pasado. En lo que para nosotros aparece como una cadena de acontecimientos, él ve una catástrofe única, que arroja a sus pies ruina sobre ruina, amontonándolas sin cesar. El ángel quisiera detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo destruido. Pero un huracán sopla desde el paraíso y se arremolina en sus alas, y es tan fuerte que el ángel ya no puede plegarlas. Este huracán lo arrastra irresistiblemente hacia el futuro, al cual vuelve las espaldas, mientras el cúmulo de ruinas crece ante él hasta el cielo. Este huracán es lo que nosotros llamamos progreso” (BENJAMIN, 1971, p. 82).

En definitiva, lo cierto es que para que el desarrollo efectivamente sea sostenible debe llevarse a cabo en consonancia con el quinto principio de la Declaración de Río: “Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de

(18) En la reciente Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, COP27, se ha tomado nota de esta situación, y por primera vez se decidió crear un fondo para hacer frente a las pérdidas y los daños que padecen los países vulnerables a causa de recibir los peores impactos del cambio climático. No obstante, aún no se ha determinado de dónde provendrán los fondos.

reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo”.

IV. Puntos de contacto entre el ecocidio y el crimen de genocidio

A partir de lo expuesto, se intentará relacionar el crimen de genocidio con aquellos delitos ambientales, que, por su magnitud y extensión, han sido definidos por la Fundación *Stop Ecocide* bajo el concepto de ecocidio. En efecto, de los diversos puntos abordados es posible advertir la estrecha relación existente entre las actividades productivas que llevan adelante las diversas empresas, el cambio climático y el consecuente sometimiento de un grupo determinado de personas a condiciones de vida en las que se violan una gran cantidad de derechos humanos, disminuyendo considerablemente sus expectativas de vida. Esta última cuestión da la pista de que podrían existir algunos puntos de contacto entre los dos conceptos.

El art. 6° del Estatuto de Roma, al tipificar el crimen de genocidio señala: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. Luego entre los referidos actos, puntualmente en el inc. c, menciona que podría configurarse el genocidio a través del “[s]ometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”.

En un sentido que guarda algunas similitudes con el que se le busca dar al ecocidio en el presente trabajo, pero específicamente en lo que respecta a las poblaciones originarias, Helen Fein propuso el concepto de genocidio por desarrollo: “crimen que se produce cuando grupos colonizadores o de nuevos pobladores intentan destruir a los grupos nativos, ya sea por medio de la negociación, la lucha o la aniquilación dado que se interponen en el camino de la explotación económica de los recursos” **(19)** (Nagy, 2019, p. 24).

(19) Helen Fein clasifica los genocidios de la siguiente forma: genocidio de desarrollo, despótico, retributivo e ideológico. El primero se refiere a las poblaciones indígenas no integradas a la mayoría de la población.

Sin perjuicio de ello, a fin de abordar el punto central de este apartado, se estimó conveniente partir del concepto de genocidio acuñado por el reconocido jurista polaco Raphael Lemkin, quien destacaba dos aspectos fundamentales del referido crimen “la destrucción de la propia identidad y su reemplazo por la identidad del opresor” (20) (Feierstein, 2009, p. 29).

A grandes rasgos se podría decir que el primero de ellos es la destrucción física del grupo oprimido como tal, es por ello por lo que “las acciones involucradas se dirigen contra los individuos, no en su capacidad de individuos, sino como miembros del grupo” (Lemkin, [1944] 2009, p. 153). La segunda característica se vincula con el objetivo de los perpetradores del crimen, el cual, si bien radica en la destrucción de la identidad del grupo oprimido como tal, esta se lleva a cabo para finalmente lograr imponer su identidad por sobre la del oprimido.

El reconocido sociólogo Daniel Feierstein (2014) desarrolla este punto en palabras de Lemkin: “El genocidio tiene dos fases: una, la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición del patrón nacional del opresor” y luego deja en claro que “[e]sta imposición, a su vez, puede hacerse sobre la población oprimida a la que se le permite permanecer sobre el territorio, o después de la eliminación de la población y la colonización llevada a cabo por los propios opresores” (21) (Feierstein, 2014, p. 16).

Sentado ello, es posible pasar a analizar si es posible distinguir ambos aspectos en la apremiante crisis climática que acecha al planeta y el contexto en el que ello ocurre.

IV.1. Destrucción del grupo como tal

Por lo que se ha venido exponiendo, es posible afirmar que no hay dudas con respecto a que efectivamente existe un grupo que padece en forma desproporcionada los efectos adversos del cambio climático, y que ello lo somete a condiciones de vida que aumentan drásticamente

(20) FEIERSTEIN, D., "Estudio preliminar" en LEMKIN, R., *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, Prometeo, Buenos Aires, 2009, ps. 23-38.

(21) Traducción propia.

las tasas de mortalidad. No obstante, podrían surgir ciertos reparos con respecto a dos aspectos puntuales, la intención de los perpetradores y su encuadre dentro de alguno de los cuatro grupos que taxativamente enumera el art. 6° del mencionado Estatuto.

En punto a la primera de estas dos cuestiones, es importante destacar que, si bien los perpetradores de los delitos ambientales no actúan con la “intención” de destruir al grupo vulnerable u oprimido que requiere el genocidio, lo cierto es que despliegan sus actividades aún a sabiendas de que ello efectivamente ocurre. Por ello, en las siguientes líneas este trabajo abordará el elemento subjetivo del ecocidio a fin de sortear el escollo que implica el requisito de la intencionalidad en el crimen de genocidio.

El art. 30 del Estatuto de Roma, que justamente regula los elementos subjetivos de aquellos crímenes que se encuentran en el mencionado cuerpo normativo, señala: “1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”.

De acuerdo con ello, es posible afirmar que la competencia de la CPI abarca solamente los delitos que se cometen de forma dolosa, es decir cuando el autor tiene “el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo” (Roxin, 1997, p. 308), o en otras palabras, “sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción” (Bacigalupo, 1994, p. 82). Del referido artículo también se desprende que, en el plano del derecho penal internacional, la existencia o no del dolo posee significativa relevancia, ya que define si una conducta ingresa bajo la jurisdicción de la Corte o por el contrario queda fuera.

Por otro lado, no quedan dudas que un acto cometido obrando sin el debido cuidado o de manera negligente, en otras palabras, culpable

so, queda exento de la autoridad de la CPI. Sin embargo, existe un largo trecho entre los actos dolosos y los culposos, y dentro de ese espacio es posible distinguir tres tipos de dolo. El dolo directo de primer grado es entendido como la intención o propósito del autor, abarca lo que el sujeto persigue; el dolo directo de segundo grado engloba todas las consecuencias que, aunque el autor no las persigue, prevé que se producirán con seguridad; y finalmente, el dolo eventual implica que el autor no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que solo se representa que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad (Roxin, 1997).

A partir de ello, la pregunta que surge es si todos los tipos de dolo se encuentran bajo la jurisdicción de la CPI. Al respecto, prácticamente no hay dudas de que los dos primeros están incluidos, y por lo tanto, el problema surge únicamente con respecto del dolo eventual. La incertidumbre sobre este punto aparece porque esta especie de dolo evidencia una sustancial reducción en el elemento intelectual (saber) —el grado de conocimiento relativo a la producción del resultado no es del todo seguro— y en el volitivo (querer) —ya que no se persigue el resultado— que en ocasiones puede llegar difuminar la delgada línea que lo separa de la imprudencia.

Siguiendo la interpretación que realiza la CPI del referido art. 30, Zuppi explica que este incluye los tres tipos de dolo, no obstante, aclara que en la doctrina existen opiniones encontradas. Algunas señalan que comprende los dos primeros, mientras que otras que engloba los tres (Zuppi, 2013). Al respecto también se ha explayado el Panel de Expertos convocados por la Fundación *Stop Ecocide*, el cual ha concluido que el artículo en cuestión exige la consciencia de una certeza casi absoluta de que las consecuencias se producirán, por lo que parecería que el dolo eventual quedaría excluido.

A pesar de las interpretaciones encontradas, el artículo en cuestión deja abierta una puerta cuando al inicio utiliza la frase “Salvo disposición en contrario”, y se entiende que justamente por allí ingresó el Panel a la hora de definir el ecocidio.

Ante las dificultades que podrían surgir a la hora perseguir este delito si se exigiera esa cer-

teza casi absoluta en la consciencia del autor que reclama el art. 30, el Panel optó por proponer expresamente que el “acto ilícito o arbitrario” debe llevarse a cabo “a sabiendas”, es decir, con conocimiento. Pero de la redacción del texto se desprende que ese conocimiento no debe contemplar una certeza absoluta, sino que basta con que el autor sepa que “existe una probabilidad sustancial de que cause daños (...)”. Vale recordar lo expuesto *ut supra*, cuando con respecto al aspecto cognitivo del dolo eventual se mencionó que, para que este se configure, basta que el autor se represente la producción del resultado como posible.

Por otro lado, en cuanto al aspecto volitivo del dolo, cabe recordar que estamos ante un delito de peligro, y por lo tanto no es necesario que el autor quiera causar “daños graves que sean extensos o duraderos al ambiente”, y que estos efectivamente acontezcan, sino simplemente que cometa un acto que conlleve la “probabilidad sustancial” de que ello ocurra.

En definitiva, es posible concluir que el elemento subjetivo del crimen de ecocidio, también denominado *mens rea* en el derecho penal internacional, es el del dolo eventual. Así, si el acto fuera ilegal —no cuenta con la autorización del órgano administrativo de control— rápidamente se podría advertir que el sujeto actuó dolosamente creando un riesgo no permitido que acarrea la probabilidad sustancial de causar un daño grave al ambiente. En otras palabras, si uno sabe que actúa excediendo el límite fijado por una norma que establece parámetros mínimos de contaminación, evidentemente conoce el peligro de este accionar.

Ahora bien, si la conducta fuera lícita —que es el contexto en el que la mayoría de las actividades contaminantes se desarrollan, ya que con la connivencia de las autoridades administrativas o de los gobiernos las empresas consiguen autorizaciones para funcionar— de todas formas podría configurarse el ecocidio si el acto fuera arbitrario, o lo que es igual, cuando el autor, a pesar de contar con una autorización, no haya tenido en consideración que el resultado perjudicial sería claramente “excesivo” en comparación “con la ventaja social o económica prevista”. He aquí la razón por la cual el término “arbitrario” comprende tanto la intencionalidad, como

“el acto temerario de hacer caso omiso” de las consecuencias excesivas. Esto último permite incluir dentro del tipo penal ecocidio aquellos actos cometidos con la desidia de sujetos que obran aun habiéndose representado la posibilidad de ocasionar daños graves al ambiente.

Resuelta la cuestión del dolo, y en lo relativo a la cuestión del grupo, como se ha visto en el apartado anterior, este está conformado por aquellas personas que en mayor medida padecen los avatares del cambio climático, y no quedan dudas de que este está claramente determinado.

Si bien sería discutible su encuadre legal en alguno de los grupos que taxativamente describe el art. 6° del Estatuto de Roma, lo cierto es que la determinación de aquellos que quedarían bajo la órbita del delito de genocidio fue una decisión política que se dio en un contexto determinado, y ello podría variar si como sociedad nos permitiéramos rever la cuestión (22). Los grupos vulnerables propensos a ser sometidos han ido variando a lo largo de la historia, y por ello se entiende que establecer excluyentemente que algunos puedan ser sujetos susceptibles de padecer un genocidio y otros no, no parecería del todo apropiado.

Al respecto, Ferreira señala que el grupo no preexiste “como tal”, es decir que previo a la construcción del grupo oprimido, necesariamente debe constituirse el grupo opresor, y es por ello por lo que la designación de quienes pertenecen al grupo oprimido y quienes no, siempre es llevada a cabo por el represor, que traza un círculo sobre determinadas personas. “El genocida construye al grupo” (Ferreira: 2012, p. 93). En efecto eso es lo que ha quedado evidenciado al concluir que existe un grupo que posee los recursos y se beneficia de la producción de bienes y servicios sin restricciones,

(22) Un claro ejemplo de ello es que la res. 96 del 11 de diciembre de 1946 había encargado al ECOSOC la confección de un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio. Con la asistencia de la División de Derechos Humanos y de un grupo de tres expertos (Henri Donnedieu de Vabres, Raphael Lemkin y Vespasien Pella), preparó un proyecto borrador de convención en el que se incluía la protección a los grupos políticos y el genocidio cultural, dos cuestiones que en la CONUG de 1948 desaparecerían. (NAGY, 2019).

transfiriendo costos a los sectores que carecen de estos, o lo que es igual, que obtiene sus ganancias a costa de un grupo que se encuentra claramente perjudicado. De esta forma se traza una línea divisoria que separa a las personas, y que las distingue según posean medios de producción o no, surgiendo un “nosotros” y “ellos”.

Daniel Feierstein explica que restringir rigurosamente el crimen de genocidio a cuatro grupos (étnicos, nacionales, raciales o religiosos) viola el principio de igualdad ante la ley en tanto se crea una norma que tipifica un crimen despiadado, pero este solo es reconocido como tal si las víctimas comparten ciertas características, sin embargo, si las distinguen otras distintas no (Feierstein, 2014). Un claro ejemplo de ello es que, si todas las personas que se encuentran particularmente expuestas a padecer los fenómenos climáticos extremos compartieran una misma religión cumplirían con el requisito del grupo que exige el art. 6° del Estatuto de Roma, pero como no lo hacen, quedan fuera y por lo tanto desprotegidas.

En este orden de ideas, en el prólogo de *El genocidio como práctica social* Hinton expresa que Feierstein se ha inspirado en Lemkin, y a lo largo de la obra logra explicar “que la noción de ‘grupos nacionales’ es mucho más amplia de lo que se entiende convencionalmente y puede abarcar la destrucción de grupos políticos y otros grupos sociales que por el momento están excluidos de los estudios clásicos sobre el genocidio” (23) (Feierstein, 2014, p. 7). Por lo tanto, bajo estos parámetros, el grupo en cuestión podría quedar subsumido bajo la noción “grupos nacionales”.

Al respecto, podrían surgir ciertas críticas provenientes de sectores estrictamente legalistas, cuestión que en lo que hace a los delitos de los poderosos no es para nada novedosa. El precursor fue Paul Tappan, un acérrimo crítico de la definición del “White Collar Crime” confeccionada por Sutherland, quien, aferrándose al principio de legalidad, afirmaba que los delinquentes son definidos por los tribunales al dictar las sentencias que determinan su culpabilidad; en otras palabras, para Tappan solo eran delinquentes los sujetos condenados (Tappan, [1947] 2017).

(23) Traducción propia.

Cabe mencionar que las particulares características que distinguen a los delincuentes bien situados social y económicamente hablando —en este caso los empresarios y directores de grandes corporaciones— conllevan a que exista una escasa percepción social de la criminalidad de la conducta, que el trato que reciben en los tribunales sea por lo menos benévolo, que sobrevengan dificultades a la hora de obtener pruebas, y que, en muchos casos, el encuadre legal de la conducta sea más que dificultoso. Por consiguiente, la persecución de los infractores deviene prácticamente imposible (Sutherland, [1949] 1999). Tal vez por ello Sutherland argumentaba que “el exceso jurisdiccional y garantismo en lo que se refiere a los delitos de cuello blanco lejos de propiciar un sistema de defensa de los derechos ciudadanos, como tantas veces se afirma, en realidad, lo que crea es una doble balanza de la justicia: de un lado la balanza que penaliza sistemáticamente los delitos de los pobres y de otro la que se muestra complaciente y condescendiente con los delitos de los ricos” (Sutherland, [1949] 1999, p. 39).

En un sentido similar la autora Zúñiga Rodríguez reafirma que “existe un consenso general en la doctrina de la relevancia penal de las conductas que protegen determinados bienes jurídicos de carácter social o colectivo; esto es, de la dañosa social de estos comportamientos y del merecimiento y necesidad de pena, aunque se haya señalado algunas dificultades en las técnicas de tipificación...” (Zúñiga Rodríguez, 2018, p. 166).

En síntesis, y más allá de las críticas que puedan surgir por parte de sectores estrictamente positivas, lo cierto es que “el derecho penal internacional se aleja de la idea de tipicidad y adopta figuras genéricas sin identificar las conductas con la precisión que la especificidad de la tipificación impone” (Zuppi, 2013, p. 201). Esto se debe, entre otras cuestiones, a la gravedad y masividad de los crímenes que se persiguen en el ámbito del derecho penal internacional. En este sentido no debe olvidarse la gran cantidad de derechos humanos que se ven afectados por este tipo de conductas, tales como el derecho a la vida y a la salud, entre otros.

En definitiva, resulta menester poner el foco en que el desarrollo productivo en estos térmi-

nos inevitablemente desemboca en la destrucción total o parcial de un grupo como tal, conformado por las clases más bajas de la sociedad, es decir por aquellos que carecen de recursos para hacer frente a las inclemencias climáticas. De esta forma se crea una clara polarización entre “unos” que están a salvo y se benefician de la contaminación ambiental, y “otros” que salen perjudicados.

IV.2. Para imponer la identidad del opresor

Cuando en 1944 Raphael Lemkin definió al genocidio, afirmó que este no se trata simplemente del acto de asesinato físico de los miembros de un grupo, sino de un proceso de discriminación sistemática, exclusión y destrucción del grupo como tal. Esto incluye la erradicación de sus manifestaciones culturales, políticas, religiosas, económicas, sociales, de los patrones de recuerdo, entre otras cuestiones. De esa forma el grupo opresor quita las barreras que le impiden imponerle al oprimido un sistema de producción, una ideología, una cultura, una religión; en fin, su identidad, cuestión que configura el segundo aspecto de la definición del genocidio.

“Los objetivos de un plan semejante serían la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del lenguaje, de los sentimientos de patriotismo, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, libertad, salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos que pertenecen a dichos grupos” (Lemkin, [1944] 2009, p. 24).

En esta dirección, el renombrado jurista polaco explicó que las diversas técnicas que se utilizan para perpetrar el genocidio no comprenden únicamente aquellas directamente destinadas a causar la desaparición física del grupo perseguido u oprimido, sino que también implican el despliegue de un accionar en distintas áreas. Resumidamente, para nombrar algunas, señaló que en el plano político el genocidio incluye destruir administraciones locales; en el aspecto social implica abolir leyes o costumbres imponiendo las propias; en lo económico generar una importante transferencia de recursos desde la población local a la opresora y disminuir las condiciones de vida de los conquistados a un

nivel mínimo; en lo biológico, el despoblamiento. En resumidas cuentas, implica un accionar de este tipo en prácticamente todos los aspectos comunes que atraviesan una sociedad (Lemkin, [1944] 2009).

A continuación, se intentará mostrar que muchos de estos procedimientos que según Lemkin son necesarios para que paulatinamente se lleve adelante un genocidio, y puntualmente, para que se concrete el segundo aspecto de este crimen, han sido desplegados para progresivamente imponer un modelo de producción y moldear un contexto que se muestra permisivo con los delitos ambientales a gran escala.

Siguiendo esta exégesis, cabe recordar que una de las causas fundamentales que permiten la paulatina imposición del modelo de producción imperante es la desregulación y la libertad en materia económica. Este factor en gran medida ocurre por la dependencia que se genera entre las empresas y las diversas comunidades. Los diversos beneficios que la instalación de una industria puede traer aparejados, tal como sería la creación de nuevos puestos de trabajo, hacen que los gobernantes de los diversos países intenten flexibilizar las normas que rigen determinada actividad y presionen para que los entes públicos o privados encargados del control sean permisivos o tolerantes ante ciertos incumplimientos. De esta manera se crea un marco que favorece la instalación de industrias y empresas, que como se ha mencionado, generan un impacto positivo en lo inmediato, disminuyendo las tasas de desempleo o reactivando las economías locales, pero que a largo plazo tienen efectos altamente dañinos y perjudiciales. En este contexto de necesidades económicas y políticas, los gobiernos con mayores carencias son los que muestran una mayor predisposición a la desregulación.

En otras palabras, Daniel Iglesias Márquez y Stephanie Ascencio Serrato señalan que “el poder económico de las empresas multinacionales y la deslocalización de sus actividades, así como la dependencia de varios países de la inversión extranjera, en especial en países en desarrollo, comportan una falta de acciones contra las empresas multinacionales que violan los derechos humanos en sus territorios” (Iglesias Márquez y Ascencio Serrato, 2014, p. 11).

Así, a las empresas se les abre un abanico de posibilidades que al desplegarse muestra un gran número de países dispuestos a modificar las normas ya existentes, sancionar nuevas, o bien permitir que los entes reguladores encargados del control “miren para otro lado”. De esa forma logran captar y capitalizar los beneficios que conlleva el asentamiento de una industria de significativa relevancia. A cambio, las empresas pueden reducir los costos de la actividad que realizan y en consecuencia aumentar las exorbitantes ganancias que de por sí generan, aún a sabiendas que ello supone un daño para el ambiente que de forma directa o indirecta desemboca en la muerte de millones de personas particularmente vulnerables.

Esto permite sospechar que las actividades productivas que indirectamente conllevan a la destrucción del referido grupo de personas se llevan a cabo dentro de un sistema en el que se han ido colonizando las diversas áreas que podrían defender o representar los derechos humanos de los grupos oprimidos.

En este punto se estima conveniente realizar una breve reseña respecto de dos casos suficientemente gráficos como para ilustrar el rol que juegan la dependencia y la connivencia. Estos acaecieron con dos años de diferencia, son conocidos como “Tragedia de Mariana” y “Tragedia de Brumadinho”, y han sido calificados como los desastres ambientales más grandes de la historia de Brasil. El primero de ellos ocurrió en 2015, cuando las empresas Samarco y Vale, a pesar de todos sus recursos, decidieron construir las represas que contendrían los residuos tóxicos generados por su actividad minera utilizando el método más barato, en lugar del que sería más seguro (Saad-Diniz, 2019) (24).

Con el paso del tiempo, los diques de las mineras no aguantaron la presión, cedieron y un mar de residuos tóxicos cargado de arsénico y plomo terminó con la vida de decenas de personas, y a su vez, ocasionó un incalculable daño

(24) Samarco es una empresa que pertenece a las dos mayores mineras del mundo, la brasileña Vale y la anglo-australiana Bhp Billiton. Para la construcción de represas utilizaron el método “a la montante”, en lugar de escoger el más seguro denominado “a la jusante”.

al ambiente (25). En contrapartida sobrevinieron escasas sanciones, que para las empresas fueron únicamente de índole pecuniaria, y además, a la luz de las exorbitantes ganancias que generaron resultaron irrisorias. Además, por su parte, las cúpulas directivas que tomaban las decisiones empresariales se han mantenido a salvo de cualquier tipo de sanción penal (Saad-Diniz, 2019). En el intervalo entre una y otra catástrofe la empresa Samarco cerró por un tiempo, pero la dependencia que había generado la comunidad con ella era de tal magnitud que llevó a que cientos de personas pidieran por su retorno a la región (26). En 2019 fue el propio intendente municipal de Brumadinho el que solicitó que no se interrumpieran las actividades de la empresa precisamente debido a la “dependencia comunitaria” que existía con la firma (27). Las vidas perdidas parecían ya no importar, y nuevamente emergían las necesidades inmediatas como la principal preocupación, poniendo las cuestiones económicas por sobre los bienes jurídicos de mayor relevancia, tales como la vida y la salud.

El precitado autor define a la dependencia comunitaria de la siguiente manera: “Todos saben quién es el ofensor y que su comportamiento es socialmente negativo. Sin embargo, tan intensa e incorporada en la rutina de las personas es la relación de dependencia —empezando por el hecho de que el Estado perdió considerablemente la capacidad recaudatoria y no tiene condiciones de formular políticas de reparación— que se genera lo que propongo como una ‘dependencia comunitaria’” (Saad-Diniz, 2019, p. 19).

(25) La quinta mayor cuenca hidrográfica de Brasil, cuyo cauce de 800 kilómetros y sus afluentes Gualacu del norte y Carmo, así como su desembocadura en la costa Atlántica, fueron contaminados.

(26) El cierre de Samarco provocó que el desempleo pasara de un 5% a un 25%. La mayoría de los impuestos que recaudaba el ayuntamiento de Mariana provenía de esta empresa, su desaparición temporal supuso una pérdida de cuatro millones de euros para el municipio, y un recorte de otros 300 puestos de trabajo en el sector público.

(27) “Sem ajuda, dependemos da Vale”, diz prefeito de Brumadinho”. Obtenido de: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/01/29/interna_gerais,1025863/sem-ajuda-dependemos-da-vale-diz-prefeito-de-brumadinho.shtml, consultado el 13/02/2023.

Este concepto posee una gran importancia, entre otras cuestiones, porque permite comprender cómo poblaciones enteras quedan a merced de las decisiones que tomen los directivos de las grandes corporaciones. Estos, conjuntamente con los dirigentes políticos, sacan provecho de la explotación de recursos naturales, mientras que la vida de una innumerable cantidad de personas pasa a un segundo plano, ya que no se encuentran entre las prioridades de ninguna de las partes que usufructúan los beneficios de la explotación de los recursos naturales.

De esta forma, desde los inicios de la industrialización y la consecuente producción en serie, el poder económico ha desplegado minuciosos avances en muchas de las diversas áreas que enumeraba Lemkin, hasta finalmente lograr la dependencia comunitaria y la consecuente desarticulación de la esfera política. Esta paulatina injerencia en los diversos poderes que conforman el estado de derecho ha llevado a que los distintos gobiernos, presos de las necesidades económicas, actúen traicionando a los pueblos que los han elegido como sus representantes. Es así como en el plano político las grandes corporaciones han logrado corromper la administración pública, tornándola maleable y dócil; en lo social han conseguido socavar los diversos poderes del estado de derecho para así abolir, modificar y sancionar leyes creando un entorno permisivo que los beneficie; en lo económico han alcanzado trasladar los costos ambientales a las diversas comunidades que ingenuamente creen que sacan provecho de las grandes industrias, disminuyendo a un nivel mínimo sus condiciones de vida; y en lo cultural han generado el traslado de poblaciones enteras de una región a otra, entre otras cuestiones debido a la polución de recursos naturales indispensables y la inhabitabilidad de los territorios afectados por la contaminación (28). En efecto, las sequías y las inundaciones obligan a pueblos enteros a mudarse a otras zonas para poder seguir realizando las actividades que han llevado a cabo desde sus inicios, como por ejemplo la agricultura y la pesca. La profundización de la crisis hídrica, por su trascendencia, generará

(28) Véase GARCÍA RUIZ, A., “Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018.

que poblaciones migren a lugares que cuenten con agua potable, lo que sin dudas tendrá un impacto en el plano cultural e incrementará los niveles de violencia (Álvarez, 2021).

Para concluir, a partir de los diversos argumentos que se han venido exponiendo, resulta evidente que, tal como afirmaba Lemkin a la hora de hablar del crimen de genocidio, los sectores poderosos de la sociedad neoliberal capitalista han logrado la paulatina colonización de las diversas áreas mencionadas en el párrafo anterior. Así, han logrado imponer un modelo de producción que conlleva a la destrucción y al sometimiento de un grupo determinado. Con respecto a esta cuestión Saad-Diniz afirma que la victimización que generan las corporaciones, entendida como la gran cantidad de víctimas y perjuicios, “se trata de una producción sistemática de daños y asimetrías sociales que eliminan la libertad de elección” (Saad-Diniz, 2019, p. 19).

En definitiva, es posible concluir que las dos características distintivas que Lemkin observaba en el crimen de genocidio se encuentran presentes en los delitos ambientales. He aquí la necesidad de criminalizar estas conductas, de formar un marco legal que sea efectivo y práctico, a fin juzgar a los responsables que actualmente gozan de la impunidad de contar con la connivencia de los distintos gobiernos. Cabe recordar que tras la Segunda Guerra Mundial surgió el consenso entre las naciones de juzgar y perseguir los crímenes cometidos durante el genocidio nazi, y sería deseable que lo mismo ocurra ahora, para de esa forma poder actuar en consecuencia con los crímenes que se cometen incesantemente en contra del ambiente.

V. Un ejemplo ilustrativo

La situación descrita a lo largo del presente trabajo en la que los intereses económicos priman por sobre la vida de los seres humanos y donde las grandes empresas obtienen ventajas económicas con la connivencia del poder político de turno, aun cuando ello implica la desaparición de un grupo determinado de personas, no es novedosa. De hecho, permite establecer un parangón entre los severos delitos ambientales que acontecen en la actualidad y las manobras que muchas empresas llevaron a cabo para sacar provecho del que quizás sea el genocidio más icónico de la historia moderna.

Durante el Tercer Reich existió un gran número de empresas que obtuvieron beneficios económicos a través de la explotación de la mano de obra esclava que le proporcionaban los grupos SS. Estos últimos tenían a cargo la administración de los campos de concentración y exterminio, y para cumplir eficientemente con esta tarea debían determinar el destino de las personas que llegaban a ellos desde todas las latitudes del continente europeo y dividirlos según las condiciones en las que se encontraban, el sexo y la edad. Dentro de este plan sistemático diseñado para erradicar de la faz de la Tierra a determinados grupos de personas, como los judíos, los eslavos, los comunistas y los gitanos, entre otros, las SS se encargaban de distinguir a los débiles de los más fuertes y aptos para trabajar. Así, mientras los primeros eran simplemente enviados a morir, los segundos eran llevados a distintas fábricas o empleados en proyectos al aire libre, como cavar zanjas antitanques, o construir carreteras. En este contexto varias grandes empresas vieron la oportunidad de instalarse en las periferias o directamente dentro de los campos de concentración/trabajo y exterminio/trabajo para poder hacerse con esta oferta de mano de obra. Por otro lado, también comenzó la construcción de campos de trabajo cerca de las principales empresas, para de esa forma facilitar el traslado de los prisioneros (Rafecas, 2021).

Una vez dentro de las fábricas, aquellos cautivos que habían sido previamente seleccionados por sus aptitudes, desempeñaban las tareas que les eran asignadas en condiciones inhumanas, eran explotados en interminables jornadas laborales hasta que el hambre y el incesante trabajo esclavo los debilitaba tanto que dejaban de ser útiles y consecuentemente eran enviados a los centros de ejecución masiva.

En definitiva, el sistema consistía en que las cúpulas de las SS proveían la mano de obra esclava a las industrias y a cambio estas pagaban un monto que era bastante menor al salario que usualmente debían abonar a un trabajador alemán. De esta forma ambas partes obtenían un considerable beneficio económico: los jefes a cargo este grupo paramilitar lograban explotar a los prisioneros y a cambio recibían un pago, mientras que las empresas podían reducir significativamente el costo que implicaban los salarios y exponer a los trabajadores a con-

diciones laborales extremas, en las que se los obligaba a producir tanto como sus físicos se lo permitieran (29). Todo era posible, entre otras cuestiones, a raíz del desprecio que sentían los nazis por la vida de los mencionados grupos de personas, consideradas inferiores a un punto tal de ser desubjetivadas e invisibilizadas, y por supuesto, por el beneficio económico que ello traía aparejado.

Estos hechos resultan extremadamente gráficos, y rápidamente permiten advertir cómo las grandes empresas buscan sacar provecho de cualquier situación a fin de reducir los costos de producción para así lograr obtener mayores ganancias. A su vez es posible afirmar que ello tiene lugar, en gran parte, por la connivencia que existe entre el poder económico y el poder político, ya que la avaricia de estas corporaciones excede largamente el límite de lo “humanamente” aceptable, de la moral, la ética, de las reglas fundamentales que quizás en algún momento guiaron las acciones de los seres humanos.

Con relación a este punto, Gilbert Geis (2006) explica que “la observación más común sobre el delito (...) cometido por parte de aquellos que parecen estar tan acomodados que no necesitan infringir la ley, es que su motivación es la avaricia” (Geis, 2006, p. 11). Es así como los beneficios económicos se imponen por sobre la vida de los grupos vulnerables, y tanto en el régimen nazi como en el sistema de producción actual, estos últimos pasan a ser personas desechables y descartables.

Este móvil, definido por la RAE como “el afán desmedido de poseer y adquirir riquezas...” (Real Academia Española, 2021) (30) invita a pensar que esta situación no se detendrá a menos que se le pueda contraponer un robusto freno legal. Este inevitablemente deberá provenir de sectores sociales y políticamente comprometidos con la causa que sean ajenos a las cúpulas de poder, ya que estas últimas, en su gran mayoría, se encuentran corrompidas.

(29) Sobresale el pacto al que llegaron las SS y la empresa química más importante de Alemania, IG Farben, que el 7 de abril de 1941 se instaló a 30 km de Auschwitz a fin de producir caucho sintético (RAFECAS, 2021).

(30) Obtenido en: <https://dle.rae.es/avaricia>, consultado el 13/02/2023.

VI. Conclusión

Resulta sorprendente, pero pese a la apremiante crisis climática en la que se encuentra nuestro planeta, a lo largo de los años no ha surgido normativa eficiente a fin de desalentar la comisión de delitos ambientales. En el año 2018 Naciones Unidas emitió un informe técnico y de base empírica en el que dejaba sentadas las deficiencias existentes en el derecho internacional del medio ambiente, en los instrumentos relacionados con esta temática y en la gobernanza mundial en materia ambiental para hacer frente a esta cuestión. Dicho documento puso de manifiesto las lagunas que existen con relación a la aplicación de los principios que rigen el derecho ambiental; el contenido normativo e institucional de los regímenes reguladores sectoriales y su articulación con los regímenes que están relacionados con el ambiente; la estructura de la gobernanza de derecho ambiental internacional; y la aplicación efectiva y posterior cumplimiento del derecho ambiental (31).

Puntualmente en lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas, esta problemática ya había sido expuesta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, por sus siglas en inglés). En el año 2009, en el marco de una demanda interpuesta contra el entonces presidente de Nigeria, el Tribunal remarcó la existencia de una “laguna legal del derecho internacional para responsabilizar a una empresa” (Iglesias Márquez y Ascencio Serrato, 2014, p. 13). En efecto afirmó que “una de las paradojas que caracterizan al Derecho Internacional en la actualidad es el hecho de que los Estados y los individuos pueden rendir cuentas internacionalmente, mientras que las empresas no” (Iglesias Márquez y Ascencio Serrato, 2014, p. 13).

La crisis ambiental que atraviesa el planeta Tierra exige una revisión del sistema penal, tanto a nivel internacional como en el plano local de cada uno de los estados, ya que al parecer actualmente actúa de un modo que roza con la complicidad.

(31) “Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medioambiente: hacia un pacto mundial por el medioambiente”. Informe del Secretario General de la Naciones Unidas, 30 de noviembre de 2018, Documento de las Naciones Unidas A/73/419.

Es por eso por lo que se celebra que el grupo de trabajo convocado por la Fundación *Stop Ecocide* haya logrado alcanzar el texto que define y propone al ecocidio como un nuevo crimen internacional. Sin perjuicio de los aspectos positivos y criticables que este puede tener (32), es sumamente importante destacar que la comunidad internacional abocada a los problemas ambientales y climáticos ha dado un importante paso al frente en la protección jurídica del ambiente. Al respecto, se debe recordar que la lucha por la ampliación de derechos es progresiva, por eso, aún si el ecocidio no fuera receptado por los diversos gobiernos, el hecho de que se haya logrado definir el delito y que actualmente esté siendo analizado para su posible inclusión en el Estatuto de Roma, implica un avance significativo en la cuestión.

Sin perjuicio de ello, no resulta sobreabundante señalar que sería deseable que la propuesta formulada cuente con el apoyo de todos los países que han aceptado la competencia de la CPI, ya que solo a partir de allí será posible lograr que el ecocidio efectivamente sea consagrado como un nuevo crimen internacional.

En caso de suceder, permitiría contar con una vía legal para enjuiciar penalmente a los individuos que con sus acciones dañan al ambiente, y si los gobiernos dieran un paso más a la hora de ratificar e incorporar este crimen, también a las personas jurídicas.

A su vez, brindaría una herramienta práctica tendiente a evitar el cambio climático que, como se ha visto en los primeros apartados, afecta en mayor medida a aquellas personas que menos recursos poseen, y que por lo tanto están más expuestas a padecer las consecuencias de los fenómenos climáticos extremos. También es uno de los principales factores que causan la pobreza y el hambre mundial, empujando a una gran cantidad de comunidades a condiciones de vida en las que incesantemente se violan sus derechos humanos fundamentales.

Finalmente, la recepción de este flamante tipo penal en el ordenamiento jurídico internacional

(32) Entre los aspectos positivos sobresalen la inclusión del dolo eventual en el tipo subjetivo y la adopción de un tipo penal de peligro, por contrapartida, la imposibilidad de juzgar a las personas jurídicas resulta, sin lugar a duda, la falencia más trascendental.

podría traer otras consecuencias favorables, tales como una disminución en la impunidad con la que cuentan los sectores más poderosos de nuestra sociedad y una mayor difusión a este tipo de delitos, con la consecuente visibilización y toma de conciencia por parte de la sociedad que ello traería aparejado.

VII. Bibliografía

ÁLVAREZ, A., "Population Displacement and Genocidal Violence in an Age of Climate Change", 2021. Disponible en https://www.africanlawmatters.com/blog/population-displacement-and-genocidal-violence-in-an-age-of-climate-change?fbclid=IwAR1WKlPmPqdEKEXInM_8-nAzIyK0Nf_-YGg3zUe4lMzVehHvp-0rr7HkXDK8.

BACIGALUPO, E., "Lineamientos de la Teoría del Delito", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

BENJAMÍN, W., "Tesis de Filosofía de la Historia, Tesis IX sobre el concepto de Historia", Edhasa, Barcelona, 1971.

FEIERSTEIN, D., "Genocide as Social Practice. Reorganizing Society under the Nazis and Argentina's Military Juntas". *Genocide, Political Violence, Human Rights Series*. New Brunswick, Nueva Jersey, y Londres, 2014: Rutgers University Press. Editado por Alexander Laban Hinton, Stephen Eric Bronner, y Nela Navarro. Translated by Douglas Andrew Town.

FERRAJOLI, L., "Criminología, crímenes globales y derecho penal: El debate epistemológico en la criminología contemporánea", *Revista Crítica Penal y Poder*, nro. 4, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2013.

FERREIRA, M., "El genocidio y su caracterización como 'eliminación parcial de grupo nacional'", *RDPyC*, 8, 84-99.

GARCÍA RUIZ, A., "Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018. Disponible en <http://criminolnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-11.pdf>.

GEIS, G., "El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico", Universidad de California, 2006.

IGLESIAS MÁRQUEZ, D. - ASCENCIO SERRATO, S., “Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, nro. 1, vol. 5, 2014.

LEMKIN, R., “El dominio del Eje en la Europa ocupada. Colección Estudios sobre Genocidio”, Ed. Prometeo Libros, Buenos Aires, Argentina, 2009.

NAGY, M., “Genocidio: derrotero e historia de un concepto y sus discusiones. Memoria Americana”, *Memoria Americana, Cuadernos de Etno-historia* 27.2. Noviembre 2019, pp. 10-33.

NEIRA, H. - RUSSO, L. I. - ÁLVAREZ SUBIABRE, B., “Ecocidio”, *Revista de Filosofía de la Universidad de Santiago de Chile*, 76, 2019, pp. 127-148.

RAFECAS, D., “Historia de la Solución Final. Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos en Europa”, Siglo Veintiuno Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 2ª ed. ampliada.

ROXIN, C., “Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel - DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel - REMESAL, Javier de Vicente (trads.), Ed. Civitas, Madrid, España, 1997.

SAAD-DINIZ, E., “Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil”, *RDPyC V*, año IX, nro. 10, V. Thomson Reuters La Ley, noviembre 2019, pp. 9-25.

SUTHERLAND, E. H., “El delito de cuello blanco”, DEL OLMO, Rosa (trad.), ÁLVAREZ-URÍA, Fernando (ed.), Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1999.

TAPPAN, P. W., “¿A qué se llama delincuente?”, *Delito y Sociedad* 44, año 26, 2017. Publicado originalmente en inglés en el *American Sociological Review*, 12/01/1947, 96-102. Traducción al español de Esteban Usabiaga (Universidad Nacional del Sur) y Waldemar Claus (Universidad Nacional del Litoral).

THERBORN, G., “Los campos de exterminio de la desigualdad”, MOSCONI, Lilia (trad.), Fon-

do de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2015.

THUS, V., “El antinegacionismo jurídico: derecho internacional vs. derecho local. Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos”, *Revista Pensar en Derecho*, nro. 2, 2013.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Corrupción y la categoría 'delito de cuello blanco': cuando los delitos se cometen en contextos normalizados”, *Ius Et Veritas*, 57, 2018, 162-169.

ZUPPI, A. L., “Derecho Penal Internacional”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

Informe del Secretario General de la Naciones Unidas, 30 de noviembre de 2018, Documento de las Naciones Unidas A/73/419. “Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medioambiente: hacia un pacto mundial por el medioambiente”.

Informe United in Science 2022. Disponible en https://library.wmo.int/doc_num.php?explnum_id=11309.

IPCC | Cambio Climático 2022, Capítulo 8: Poverty, livelihoods and sustainable development. Disponible en https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_Chapter08.pdf.

Informe sobre la Brecha de Emisiones 2022, “La ventana de oportunidad se está cerrando”. Disponible en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/40932/EGR2022_ESSP.pdf?sequence=13.

La definición de Ecocidio y el comentario que la acompaña, disponibles en <https://static1.squarespace.com/static/5dc6872e31b7714fd3f72993/t/60e2c4c688831b70af69dd72/1625474256977/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+ES+rev3.pdf>.

Comunicado de prensa del 05/10/2022, titulado “Se frenan los avances mundiales en la reducción de la pobreza extrema”. Obtenido de: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2022/10/05/global-progress-in-reducing-extreme-poverty-grinds-to-a-h>.

La justiciabilidad del clima en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Yerlin Mejía Lobo

Sumario: I. Introducción.— II. Informe temático “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”— III. Res. 3/2021 “Emergencia Climática”— IV. Corte IDH.— V. Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

Hoy estamos experimentando una “explosión de litigios climáticos” (1). El clamor por justicia climática se ha vuelto parte de nuestro día a día, el número acumulado de casos de litigio asociados al cambio climático desde el 2015 se ha más que duplicado y se estima que una cuarta parte, se presentaron entre 2020 y 2022 (2). Estamos hablando de más de 1200 casos nuevos en los últimos 8 años, que elevan el total de casos en el mundo a más de 2000 según el reciente informe de Grantham “Research Institute on Climate Change and the Environment” y “The Centre for Climate Change Economics and Policy”. Pese a las dificultades que enfrentan este tipo de litigios, al ser estructurales y de alto impacto, como ya he señalado en otro art., es probable que

mantengan un crecimiento sostenido, tomando en consideración precedentes importantes que se han sentado como el caso “Urgenda”, en el ámbito internacional, o el caso “Shell”, en relación con sujetos de derecho privado, entre otros.

En el marco de los litigios climáticos (3) han surgido modelos o tendencias de litigio entre las que se ubica aquella que parte de la relación del cambio climático y los derechos humanos, ampliamente reconocida por la Organización de Naciones Unidas. En ese sentido se encuentran a nivel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11 casos pendientes: “Duarte Agostinho y otros v. Portugal y 32 otros Estados”, caso “KlimaSeniorinnen contra Suiza”, caso “Greenpeace Noruega contra Gobierno de Noruega” (4), “Engels y otros contra Alemania”, caso “The Norwegian Grandparents’ Climate Campaign y otros contra Noruega” (5), “Plan B.

(1) CAFFERATTA, Néstor, “Explosión de litigios climáticos”, en RABASA, Alejandra y S. DE WINDT, Claudia (eds.), *Antología judicial ambiental II: El cambio climático en los tribunales: desarrollos y tendencias sobre justicia climática en el derecho comparado*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, pp. 175-201.

(2) SETZER, J. and HIGHAM, C., “Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot”, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, London, 2022, p. 1.

(3) Sobre la naturaleza de estos litigios se puede consultar mi artículo MEJÍA, Y., “El Bien Jurídico Clima”, *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, nro. 2, 2022, https://aidca.org/wp-content/uploads/2022/12/RIDCA2-AMBIENTAL-MEJIA-LOBO-EL-BIEN-JURIDICO-CLIMA-1.pdf?fbclid=IwAR1gleasESJjx6tyCgoOYD03MZE GnoRDghIjCHHTuzCE_G-IC_5qYmN3vEw.

(4) *Ibidem*.

(5) Sabin Center for Climate Change Law, “The Norwegian Grandparents’ Climate Campaign and othersç v.

Earth y otros contra Reino Unido" (6), "Soubeste y otros contra Austria y otros 11 Estados" (7), "De Conto contra Italia y otros 32 Estados" (8), "Uricchio contra Italia y otros 32 Estados" (9), "Carême contra Francia" (10), "Müllner contra Austria" (11); y un caso desestimado correspondiente al caso "Humane Being contra Reino Unido" (12). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que también ha reconocido esta relación entre el cambio climático y los derechos humanos, no escapa al clamor por justicia climática, en ese sentido se ubican al menos 3 peticiones y una audiencia temática a nivel de la CIDH, aunque teniendo en cuenta el resultado de la primer petición, podríamos hablar de 2 audiencias temática, todo lo cual será objeto de análisis a continuación, a fin de determinar en alguna medida la posibilidad de éxito de un litigio de esta naturaleza a nivel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Noruega", 2021, <http://climatecasechart.com/non-us-case/the-norwegian-grandparents-climate-campaign-and-others-v-norway/>.

(6) Sabin Center for Climate Change Law, "Plan B. Earth y otros contra Reino Unido", 2022, <http://climatecasechart.com/non-us-case/plan-bearth-and-others-v-united-kingdom/>.

(7) Sabin Center for Climate Change Law, "Soubeste y otros contra Austria y otros 11 Estados", 2022, <http://climatecasechart.com/non-us-case/soubeste-and-others-v-austria-and-11-other-states/>.

(8) Sabin Center for Climate Change Law, "De Conto contra Italia y otros 32 Estados", 2021, <http://climatecasechart.com/non-us-case/de-conto-v-italy-and-32-other-states/>.

(9) Sabin Center for Climate Change Law, "Uricchio contra Italia y otros 32 Estados", 2021, <http://climatecasechart.com/non-us-case/uricchio-v-italy-and-32-other-states/>.

(10) Sabin Center for Climate Change Law, "Carême contra Francia", 2021, <http://climatecasechart.com/non-us-case/careme-v-france/>.

(11) Sabin Center for Climate Change Law, "Müllner contra Austria", 2021, <http://climatecasechart.com/non-us-case/mex-m-v-austria/>.

(12) Sabin Center for Climate Change Law, "Caso Humane Being contra el Reino Unido", 2022, <http://climatecasechart.com/non-us-case/factory-farming-v-uk/>.

I.1. 2005, "Caso del pueblo Inuit" (13)

En el 2005, la Presidenta de la Conferencia Circumpolar Inuit, Sheila Watt-Cloutier, bajo su nombre y de otras 62 personas y en representación de todos los inuit de las regiones Árticas de los Estados Unidos de América y Canadá, afectados por el fenómeno de cambio climático, presenta una petición ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos contra Estados Unidos, debido a su alta contribución al fenómeno a través de la producción de gases efecto invernadero y la falta de medidas contundentes de prevención. Se alega en la petición, entre otras cosas, la ineffectividad de la política climática estadounidense, toda vez que pese a su objetivo de reducción (14), la producción de GEI había incrementado en un 13% (15), se señala a Estados Unidos como responsable de engañar sobre la urgencia del fenómeno al negar, distorsionar y suprimir evidencia científica asociada. Acusan, entre otras cosas, a Estados Unidos de exagerar la incertidumbre sobre la ciencia climática como excusa para la inacción (16).

Esta petición se fundamenta en los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos como interpretación de esta Declaración, en los avances jurisprudenciales sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas (17), los compromisos contraídos internacionalmente

(13) Sabin Center for Climate Change Law, "Petition To The Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief From Violations Resulting from Global Warming Caused By Acts and Omissions of the United States (Inter-American Commission on Human Rights, 2005)", 2005, <http://climatecasechart.com/non-us-case/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-seeking-relief-from-violations-resulting-from-global-warming-caused-by-acts-and-omissions-of-the-united-states/>.

(14) Ibidem, p. 103. El cual se señala corresponde a un 18% fijado en la administración de George W. Bush en febrero del 2002.

(15) Ibidem. Entre el 2002 y el 2003.

(16) Ibidem.

(17) Algunos casos que citan son Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, el caso Yanomami vs. Brasil y el Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos.

en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kioto, el principio precautorio, el principio de buena vecindad o norma reconocida en el derecho internacional consuetudinario de no causar daños, el deber de prevenir violaciones de derechos humanos y la obligación de repararlas en caso de que ocurran.

En relación con los efectos del fenómeno de cambio climático sobre los Inuit, se expone cómo el deterioro en las condiciones del hielo ha afectado sus medios de subsistencia, toda vez que los animales se están mudando a nuevos lugares y ha disminuido su capacidad de realizar viajes más largos, así como porque algunos animales se enfrentan incluso a la extinción. Además, exponen cómo el incremento en la temperatura ha incidido sobre la salud de especies destinadas a su consumo, las bayas, por ejemplo, señalan que han disminuido en cuanto a calidad y cantidad, además, indican que han observado un incremento en la cantidad de animales de caza insalubres o muertos en los períodos más cálidos. También señalan el problema de la reducción en las fuentes de agua potable, debido al incremento de la evaporación durante el verano, la proliferación de algas y la cría de insectos, la erosión, el aumento de la salinidad, entre otros factores. Explican también cómo ha incidido el fenómeno sobre las tradiciones y cultura de la población Inuit, entre otras cosas porque estos ya no pueden depender de su conocimiento ancestral sobre las zonas seguras para desplazarse, ni acudir a la tradicional construcción de iglús, debido a que las condiciones de la nieve no son adecuadas; de manera que, han tenido que modificar sus métodos tradicionales de viaje y cosecha. En relación con la violación del derecho a la salud de esta población exponen los peticionarios que, el aumento de la temperatura ha ocasionado quemaduras solares, cáncer de piel, cataratas, trastornos del sistema inmunológico (18), dolores de cabeza y erupciones relacionadas con el sol y el calor (19), infecciones por picaduras de mosquitos y moscan cuya población ha aumentado con la temperatura (20), así como deterioro en

su salud mental, dado la ansiedad y el estrés psicológico que les han ocasionado todos los cambios producidos con ocasión del calentamiento global (21). En relación con la vulneración de su derecho a la propiedad, explican cómo el derretimiento del permafrost ha ocasionado desplomes, deslizamientos de tierra, erosión severa, así como pérdida de humedad del suelo, humedales y lagos (22) así como, la forma en que el deshielo marino ha conducido hacia tormentas cada vez más violentas que exacerbaban la erosión e inundaciones (23) todo lo cual ha conducido tanto hacia daños en los hogares, infraestructura y propiedad de los Inuit, como a que se vean obligados a reubicarse (24) máxime tomando en consideración que la mayoría de los asentamientos se encuentran en zonas costeras donde esta situación es peor (25).

Entre los derechos que se consideran violentados por los peticionario se encuentran: el derecho de los inuit a disfrutar de los beneficios de su cultura, el derecho de los inuit a usar y disfrutar de las tierras que tradicionalmente han usado y ocupado, el derecho a la propiedad, incluyendo la propiedad cultural, el derecho de los inuit a la salud, a la vida, a la integridad física y la seguridad, a sus propios medios de subsistencia, y los derechos de residencia, movilidad e inviolabilidad del domicilio.

Entre las peticiones se encuentra, a modo de resumen: que se realice una visita *in situ* a fin de que se investigue y confirmen las violaciones de derechos humanos señaladas en la petición, así como que se realice una audiencia con este mismo objeto, y que se declare internacionalmente responsable a Estados Unidos por estas violaciones de derechos humanos, además de que se le recomiende, a través de un informe, adoptar medidas para limitar las emisiones de GEI (Gases Efecto Invernadero) y de cooperación internacional, tener en cuenta los impactos de sus emisiones en sus acciones gubernamentales, el establecimiento e implementación de un plan,

(21) Ibidem.

(22) Ibidem, p. 2.

(23) Ibidem.

(24) Ibidem, p. 3.

(25) Ibidem, p. 6.

(18) Sabin Center for Climate Change Law, ob. cit., p. 3.

(19) Ibidem, p. 59.

(20) Ibidem, p. 63.

en coordinación con los peticionarios y comunidades inuit afectadas, para la protección de la cultura y recursos Inuit, así como su adaptación al cambio climático (26).

No obstante lo expuesto, mediante escrito de 2 párrafos del 16 de noviembre del 2006 fue desestimada la petición por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“Habiendo concluido el estudio previsto en el art. 26 del Reglamento de la Comisión, deseo informarle que la Comisión, en pleno, ha determinado que no será posible tramitar su petición en este momento debido a que la información que contiene no satisface los requisitos establecidos en dicho Reglamento y en los demás instrumentos aplicables. Específicamente, la información proporcionada no nos permite determinar si los hechos alegados tenderían a caracterizar una violación de derechos protegidos por la Declaración Americana”.

A pesar de ello el 15 de enero del 2015 los peticionarios solicitaron, la realización de una audiencia sobre la relación del calentamiento global y los derechos humanos, la cual fue aprobada mediante escrito del 01 de febrero del 2007 de la CIDH, para realizarse el jueves 01 de marzo del 2007 de 9:00 am a 10:00 am. Siendo esta la primera audiencia sobre calentamiento global y derechos humanos (27). Algo interesante que destacar de la audiencia es que en el marco de esta, se consulta cómo pueden ser vinculados los efectos adversos del fenómeno a acciones de Estados determinadas, a lo cual los representantes contestan que, desde una perspectiva de derechos humanos, no necesitamos preocuparnos demasiado por cuánta responsabilidad tienen los Estados (28), en el sentido de que si hay una violación de derechos humanos, no importa cuánto se haya contribuido a esta, al Estado se le debe de atribuir su responsabilidad

(26) Ver petición completa en Sabin Center for Climate Change Law, ob. cit.

(27) El audio de la audiencia se encuentra disponible en Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) Hearing on Global Warming and Human Rights (01 de marzo del 2007) <http://www.cidh.oas.org/Audencias/127/Global%20warming%20and%20human%20rights.mp3>.

(28) Ibidem. Minuto 38:31-38:56.

en proporción a esa violación (29). Además, en respuesta a esta pregunta sobre el vínculo causal se explica que, un principio relevante para analizar este tipo de casos es el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, porque si bien todas las naciones tienen responsabilidad, la responsabilidad va a depender de su contribución, así como de su capacidad de respuesta (30). También, se hace énfasis en la responsabilidad de actuar de los Estados, en el sentido de prevenir las violaciones de derechos humanos, en este caso en el contexto de calentamiento global.

En relación con los resultados de esta audiencia, no se logra ubicar en las bases de datos de acceso público de la Organización de Estados Americanos ni de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tanto en su sitio oficial como el sitio de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, algún informe, únicamente algunas fotografías, así como el audio cuyo enlace se encuentra las referencias de este trabajo.

1.2. 2013, “Arctic Athabaskan Peoples v. Canada” (31)

La petición es presentada por Earthjustice y Ecojustice Canada Centre for Green Cities en representación del Consejo Athabaskan Ártico contra el Estado de Canadá.

El objeto de la petición es obtener reparación por las violaciones de derechos humanos de los pueblos atabascanos, ocasionadas por las emisiones de carbono negro de Canadá, que tienen como resultado el calentamiento y derretimiento acelerado del Ártico.

El carbono negro es un componente, según se explica, de la contaminación por partículas

(29) Ibidem. Minuto 40:21-40:35.

(30) Ibidem. Minuto 40:00.

(31) Sabin Center for Climate Change Law, “Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada”, 2013, <http://climatecasechart.com/non-us-case/petition-inter-american-commission-human-rights-seeking-relief-violations-rights-arctic-athabaskan-peoples-resulting-rapid-arctic-warming-melting-caused-emissions/>.

finas (32) de vida corta que permanece en la atmósfera solamente una semana y acelera el calentamiento y derretimiento del Ártico. Según indican en la petición, el Ártico se está calentando más de 2 veces más rápido que el resto del planeta (33) por lo que consideran que, la reducción de este tipo de contaminante es la única estrategia para una reducción del ritmo de calentamiento en el Ártico a corto plazo, dada su corta estancia (34).

Los pueblos atabascanos dependen de la caza, pesca y recolección de bayas y plantas para su subsistencia, así como para mantener vivas sus prácticas culturales y tradiciones. Estas actividades señalan los peticionarios dependen de un entorno Ártico saludable. Sin embargo, el calentamiento y derretimiento del Ártico exponen los peticionarios que, ha imposibilitado acceder a fuentes importantes de alimento, dadas las dificultades para desplazarse generadas por el derretimiento del permafrost, la erosión, los deslizamientos de tierra, inundaciones, los incendios forestales, los cambios en la capa de hielo y nieve, que inciden sobre las rutas tradicionales de viaje, así como, por el impacto del fenómeno sobre las poblaciones y hábitats de las especies. Todo lo cual incide sobre el consumo de alimentos tradicionales y la salud en consecuencia de los pueblos atabascanos. Además, explican cómo esta situación impacta la propiedad de estos pueblos directamente a través de la destrucción de vías fluviales, riberas, pistas de aterrizaje, carreteras y casas, e indirectamente la propiedad cultural, dado que se ven imposibilitados para continuar con sus prácticas culturales y transmitir el conocimiento cultural a las generaciones futuras.

Entre los derechos violentados según la petición se encuentran el derecho a la identidad cultural, a los medios de subsistencia, a la preservación de la salud y al bienestar, y a la propiedad, en sentido amplio, entendido como el derecho a usar y disfrutar de las tierras que tradicionalmente han ocupado, independientemente del título de propiedad sobre estas tierras, así como el derecho a los recursos naturales esenciales para su sobrevivencia y modo de vida. Otros de-

rechos de la Declaración Americana que no son expresamente señalados, sí mencionados en el caso "Inuit", pero que de los argumentos se desprende su violación, son el derecho de residencia y tránsito y el derecho a la a la inviolabilidad del domicilio.

Los peticionarios fundamentan sus argumentos en la Declaración Americana de Derechos Humanos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos y la evolución de otros sistemas internacionales de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Convenio 169 de la OIT, como fuente de interpretación, así como la interpretación de estos instrumentos por parte de órganos de derechos humanos; además, fundamentan también sus argumentos en las Resoluciones sobre derechos humanos y cambio climático del 2009 (35) y 2011 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (36); la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre poblaciones indígenas, que señala entre otras cosas la obligación de proteger las poblaciones indígenas contra daños ambientales, dada su particular relación con la tierra y los recursos en ella y la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (37); y algunas normas y principios ambientales internacionales, tales como el principio de buena vecindad reconocido en el derecho internacional consuetudinario y el principio precautorio, así como la responsabilidad de prevención de los Estados de violaciones del derecho interna-

(35) Res. 10/4. Los derechos humanos y el cambio climático del Consejo de Derechos Humanos pueden consultarse en https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_4.pdf.

(36) Res. 18/22. "Los derechos humanos y el cambio climático" del Consejo de Derechos Humanos puede consultarse en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/167/51/PDF/G1116751.pdf?OpenElement>.

(37) En ese sentido citan el Caso *Awas Tingni, Sarawaka vs. Suriname*, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v. Belice* (*Maya de Belice*), *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* y el *Caso Chitay Nech* y otros vs. Guatemala, entre otros.

(32) *Ibidem*, p. 18.

(33) *Ibidem*, p. 11.

(34) *Ibidem*, p. 12.

cional y la obligación de reparación en caso de su ocurrencia.

Los peticionarios solicitan a la Comisión realizar una visita *in situ* para investigar y confirmar los daños sufridos, celebrar una audiencia para investigar las reclamaciones planteadas y, preparar un informe en el que se declare que Canadá viola los derechos señalados de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al no implementar medidas adecuadas para su reducción de emisiones de carbono negro y que se recomiende al Estado de Canadá tomar las medidas obligatorias para limitar sus emisiones de carbono negro, tener en cuenta el impacto climático de sus emisiones sobre el Ártico y el pueblo atabascano antes de aprobar, todas las principales acciones gubernamentales; así como establecer e implementar, en coordinación con los peticionarios y los pueblos atabascanos del Ártico afectados, un plan para proteger la cultura y los recursos de estos pueblos cuyos derechos han sido violados (38).

Este caso aún se encuentra pendiente (39) "transitando las primeras etapas del proceso" (40).

1.3. Audiencia temática

El 11 de julio de 2019, varios representantes de la sociedad civil solicitaron una audiencia temática sobre los impactos del cambio climático en los derechos en las Américas (41).

(38) Sabin Center for Climate Change Law, 2013, ob. cit., p. 86.

(39) Según última consulta realizada en Sabin Center for Climate Change Law el 11 de enero de 2023, porque a nivel de la base de datos de la CIDH no se logra ubicar más información.

(40) Según se expone en Alianza Hondureña ante el Cambio Climático, AIDA, CEDAT, CELS, CEMDA, Conectas, Dejusticia, DPLF, Earthrights International, Engajamundo, FARN, FIMA, Fundación Pachamama, FUNDEPS, IDL y La Ruta del Clima, "Cambio Climático y los Derechos de Mujeres, Pueblos Indígenas y Comunidades Rurales en las Américas", Fundación Heinrich Böll, Bogotá, Colombia, 2019, p. 72.

(41) Alianza Hondureña ante el Cambio Climático, AIDA, CEDAT, CELS, CEMDA, Conectas, Dejusticia, DPLF, Earthrights International, Engajamundo, FARN, FIMA, Fundación Pachamama, FUNDEPS, IDL y La Ruta del Clima, "Solicitud de audiencia temática

En el marco de su 173° período de sesiones, en septiembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebró la audiencia regional "Cambio Climático, DESCA de mujeres, indígenas y comunidades rurales" (42), donde se presentó el informe "Cambio climático y los derechos de mujeres, pueblos indígenas y comunidades rurales en las Américas" elaborado por las organizaciones Fundación Pachamama, Dejusticia, AIDA, IDL, Fundeps, Engajamundo, Earthrights International, Alianza Hondureña ante el Cambio Climático, FIMA, CELS, DPLF, Conectas, FARN, CEMDA, La Ruta del Clima y CEDAT (43).

Las organizaciones exponen en la audiencia sobre la variabilidad climática y su impacto diferenciado, la necesidad de tomar medidas adecuadas en un momento en que el régimen jurídico climático ha sido aprobado en todos los países donde la CIDH ejerce su jurisdicción. Señalan que, el impacto del fenómeno se manifiesta de 3 formas sobre los derechos humanos "sus causas están vinculadas a violaciones de derechos humanos, sus efectos son una nueva vulneración de derechos y muchas veces sus soluciones son una tercera vulneración de derechos" (44). Exponen como derechos vulnerados el derecho al agua, la vida, la salud, a un ambiente sano, y como causas fundamentales de dicha vulneración el uso de combustibles fósiles y la deforestación en mayor medida. Explican cómo los grupos vulnerables se llevan la peor parte, al ser los efectos adversos potenciados por factores institucionales, demográficos, económicos. Enfatizan que, el costo del cambio climático no puede ser trasladado a las mismas personas que han sufrido por los efectos del cambio climático, en cuyo caso se les estaría re-

sobre los impactos del cambio climático en los derechos en las Américas", 11 de julio de 2019. Recuperado el 03 de abril del 2022, http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200711_11476_petition.pdf.

(42) La totalidad de la audiencia puede verse en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH (25 de setiembre de 2019) "Regional: Cambio climático DESCA de mujeres, indígenas y comunidades rurales", <https://www.youtube.com/watch?v=THZYEPeytm0&t=173s>.

(43) Alianza Hondureña ante el Cambio Climático et al. ob. cit.

(44) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ob. cit.

victimización. Explican que, la restauración del equilibrio ecológico es también la restauración de un equilibrio de derechos humanos. Solicitan a la Comisión instar a los Estados a tomar acciones concretas y efectivas para poner fin a las actividades que agravan la crisis climática; a promover modelos e transición energética, con la participación de todos los sectores, a garantizar el acceso a la información climática, es decir información sobre los impactos, medidas de respuesta; a promover mecanismos de acceso a la justicia climática accesibles y efectivos; solicitan también instar a que los Estados asuman los temas de adaptación y mitigación con perspectiva de género, considerando el impacto diferenciado; y que incorpore en su mandato la crisis climática como un asunto prioritario y urgente a través del litigios de casos, visitas in loco, elaboración de informes temáticos y demás acciones de monitoreo y promoción de derechos humanos de la CIDH; que exija a los Estados proteger a los defensores y las defensoras de derechos humanos ambientales y enfatizar la responsabilidad de las empresas e instituciones financieras (45).

La Relatora Antonia Urrejola señaló que, coincidía con lo señalado por las organizaciones de la sociedad civil y que ciertamente representa un desafío para la Comisión hacer suya la agenda del cambio climático. En relación con la responsabilidad de las empresas anunció el informe temático “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”. Por su parte la Relatora Margarette May Macaulay expuso, entre otras cosas, sobre la libertad de los Estados de contratar o no con las empresas, explica que estos tienen el poder para definir la forma en que estas pueden operar y en caso de que no se encuentren de acuerdo decidir no firmar. Sin embargo, como señala posteriormente la Relatora Esmeralda Arosemena de Troitiño, pese a que es cierto que las industrias extractivistas operan y llevan a cabo estas violaciones con autorización de los Estados, hay Estados donde las empresas son más grandes, más poderosas que los mismos Estados. La Relatora REDESCA Soledad García Muñoz, destaca la importancia histórica de la audiencia. Señala que la comisión ya tiene esto priorizado en su plan estratégico. Cita el

(45) La solicitud planteada puede verse y escucharse en los enlaces previamente señalados.

acuerdo de Escazú como algo importante que debe de ser firmado y ratificado por los Estados.

Podríamos decir que el planteamiento del informe presentado por las organizaciones de la sociedad civil se realiza alrededor de 4 ejes temáticos: uno relativo a los impactos del cambio climático en los derechos, otro sobre las medidas de respuesta para enfrentar al cambio climático y sus implicaciones con los derechos humanos, otro relativo a los impactos diferenciados, y finalmente otro relativo a las obligaciones de los Estados y responsabilidades de los actores no-Estatales.

Sobre el primer apartado, relativo al impacto sobre los derechos, se aborda el impacto del fenómeno sobre los derechos a la vida, la salud, al agua, a un ambiente sano y su interdependencia e interconexión con otros derechos. En relación con el derecho a la salud se destaca que, abordan tanto el impacto directo como el indirecto, es decir tanto las enfermedades asociadas al fenómeno como el asma, aquellas transmitidas por vectores, entre otras; como los problemas mentales y físicos asociados al fenómeno. Sobre el derecho a un ambiente sano, abordan el fenómeno de enverdecimiento de las cortes (46) y la creciente tendencia a reconocer personalidad jurídica a ríos, lagos, entre otros, así como el reconocimiento del derecho a un ambiente sano como derecho autónomo a partir de posiciones como la de la Corte IDH en la OC/23; de igual forma abordan en breve la interpretación evolutiva de derechos colectivos de los pueblos indígenas como el de propiedad ligado a la preservación del ambiente, en ese sentido citan algunos casos como “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua” (2001); caso “Pueblo Yakye Axa vs. Paraguay” (2005); caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” (2006); caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam” (2006); caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” (2012); caso “Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá” (2014); caso “Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname” (2015).

(46) Haciendo más las palabras de PEÑA, M., “Enverdecimiento de las cortes Latinoamericanas, Últimos avances jurisprudenciales” en “El Nuevo Paradigma Ecológico en el Derecho Ambiental”, Fundación Heinrich Boll, San Salvador, 2019, pp. 39-51.

En relación con la segunda sección, algo importante de destacar es que exponen cómo las medidas de respuesta al fenómeno violento en ocasiones derechos humanos, en ese sentido se cita el caso de la represa hidroeléctrica Barro Blanco presentado ante la comisión (47), que ha sido registrado bajo el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL), por lo que afirman la necesidad de que se respetan los derechos humanos en todas las dimensiones de respuesta (48), es decir tanto en cuanto a las medidas de mitigación respecto a como a las de adaptación. En relación con la adaptación algo que destacar también es que señalan que “el acceso a los recursos, que se correlaciona con la capacidad de adaptación, se distribuye de manera desigual en función de la edad, la clase, el origen étnico, el género y la religión” (49) por lo que se debe tener cuidado en caer en un “apartheid de adaptación” (50).

En la tercera sección los representantes de la sociedad civil exponen el impacto diferenciado del fenómeno sobre los pueblos indígenas y tribales, sobre las niñas niños y adolescentes, sobre las mujeres y sobre las comunidades rurales. En relación con el primer grupo exponen los problemas de desplazamiento asociados a la variación de los ecosistemas habitados por esta población, que conducen hacia que pierdan sus tierras ancestrales y otras vulneraciones de derechos humanos asociadas a su asentamiento en centros urbanos (51). Respecto al segundo grupo descrito, las niñas niños y adolescentes, explican que, debido a la vulnerabilidad derivada de su desarrollo físico y cognitivo, así como de su capacidad adaptativa dado su dependencia de otras personas (52); se ven en mayor medida vulnerados por situaciones como la destrucción o alteración de infraestructura como colegios y hospitales, el aumento del riesgo de contraer enfermedades,

las amenazas al suministro de agua potable y problemas de seguridad alimentaria. En relación con las mujeres, algo importante de visibilizar es que el informe destaca la vulnerabilidad derivada tanto de factores biológicos como de factores asociados al género como tal, es decir al tema de discriminación y exclusión, con ocasión de la desigualdad histórica de las mujeres. En relación con el tema de adaptación de las mujeres asocian su vulnerabilidad con factores como el acceso a “(...) educación, acceso a la tierra, agua y créditos, participación en la toma de decisiones, capacitación y tecnología” (53); así como al hecho de que frente a un desastre climático son las mujeres y niñas quienes se ven expuestas en mayor medida a la violencia y explotación sexual (54). Finalmente, en relación con las comunidades rurales explican que, el fenómeno impacta su economía, dada su dependencia de la agricultura, la pesca y los bosques (55); además, asocian su vulnerabilidad a factores como “la pobreza, los niveles más bajos de educación, el aislamiento físico y el abandono por parte de los encargados de formular políticas públicas” (56). Sin embargo, otro impacto relacionado con estas comunidades que abordan es el de la migración asociada a la búsqueda de mejores condiciones, ya sea por problemas la disponibilidad de agua, de productividad de los cultivos, o debido al incremento de desastres naturales o aumento del nivel del mar (57).

En la última sección del informe, estas organizaciones tratan las obligaciones de los Estados y la responsabilidad de los actores no estatales. Dentro de las obligaciones sustantivas de los Estados señalan su obligación de utilizar un enfoque precautorio y preventivo, ante posibles violaciones del derecho a una vida digna y un ambiente sano; destacan el valor del principio de cooperación, tanto a nivel interestatal como subestatal; señalan la obligación de regulación, de supervisión y fiscalización de las actividades que se llevan a cabo bajo su jurisdicción; así como las obligaciones procedimentales como la garantía del derecho de acceso a la información

(47) CIDH, Informe N° 75/09, Admisibilidad, Comunidades Indígenas Ngäbe y sus miembros en el valle del Río Changuinola (Panamá), 5 de agosto de 2009. Como se cita en Alianza Hondureña ante el Cambio Climático et al., ob. cit.

(48) Ibidem, p. 36.

(49) Ibidem, p. 38.

(50) Ibidem.

(51) Ibidem, p. 47.

(52) Ibidem, p. 50.

(53) Ibidem, p. 52.

(54) Ibidem.

(55) Ibidem, p. 53.

(56) Ibidem.

(57) Ibidem, p. 55.

en materia climática. Algo importante de destacar respecto a esto último, es que el derecho de acceso a la información climática se desarrolla en el informe no solo como el mero acceso, sino como el deber de transparencia activa, es decir desde la obligación de publicar y difundir oficialmente la información climática (58). Otro elemento importante que destacar del informe mi criterio es la conceptualización de información climática relevante como aquella, tanto relativa a las medidas de mitigación y adaptación que se estén tomando, como “aquella relacionada con planes y/o proyectos que puedan tener un impacto significativo en el sistema climático, como por ejemplo actividades de exploración y explotación de combustibles fósiles, de deforestación a gran escala o incluso de créditos de exportación que financien este tipo de proyectos” (59). Otras obligaciones abordadas son la consideración de la variable cambio climático en las evaluaciones de impacto ambiental, la obligación de garantizar la participación pública en la toma de decisiones en esta materia, el deber de protección de los defensores de derechos humanos en este contexto, y finalmente la obligación de brindar acceso a la justicia climática, entendida como la obligación de contar con “mecanismos accesibles, asequibles, oportunos y efectivos, incluyendo mecanismos judiciales, cuasijudiciales y administrativos, para impugnar decisiones, acciones u omisiones que puedan afectar los derechos humanos mediante impactos en el sistema climático y para obtener reparación de daños que surjan de los riesgos climáticos y de las políticas que se tomen al respecto” (60).

Algo que expone el informe, importante de mencionar también, es el vacío procedimental existente en esta materia, lo que deviene en dificultades para sentar responsabilidad. Señala cómo muchos casos han sido desestimados debido entre otras cosas a “la ausencia de parámetros claros sobre responsabilidad por emisiones de GEI, y/o falta de justiciabilidad y/o falta de jurisdicción, especialmente en el contexto de daños transfronterizos” (61).

(58) Ibidem, p. 64.

(59) Ibidem, p. 65.

(60) Ibidem, p. 71.

(61) Ibidem, p. 72

En relación con la responsabilidad de los actores no estatales señala su obligación de respetar los derechos humanos en este contexto, así como su obligación de remediar, en caso de haber ocasionado o contribuido a impactos adversos (62).

Finalmente, algo que destacar sobre lo que considero que no se habla mucho al respecto, es que aborda la responsabilidad de las instituciones financieras internacionales respecto a los proyectos que financian y la consecuente obligaciones de estas entidades de “(...) establecer y aplicar salvaguardias ambientales y sociales que sean compatibles con las obligaciones de derechos humanos, lo que incluye: a) exigir la evaluación de impacto ambiental y social de cada proyecto y programa propuesto; b) establecer una participación pública efectiva; c) establecer procedimientos efectivos para permitir que las personas que hayan sufrido daños interpongan recursos; d) exigir protección jurídica e institucional contra los riesgos ambientales y sociales; y e) incluir medidas de protección específicas para los pueblos indígenas y para quienes se encuentren en situaciones vulnerables” (63).

Partiendo de todo este análisis las organizaciones, realizan una serie de recomendaciones para los Estados, actores no estatales, instituciones financieras y organizaciones intergubernamentales, sobre las que no me extenderé, las relativas a la CIDH corresponden a las señaladas previamente en la audiencia regional llevada a cabo.

II. Informe temático “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” (64)

No voy a profundizar en este informe anunciado en la audiencia temática de 2019, sin embargo, es importante señalar que, en una sección de este informe se establecen los siguientes criterios interamericanos fundamentales en materia

(62) Ibidem, p. 74

(63) Ibidem.

(64) Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, OAS, Documentos oficiales, 2019. Recuperado el 02 de enero de 2023, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>.

de empresas y derechos humanos, en relación con el derecho a un ambiente sano en el contexto de cambio climático, dado su ampliamente reconocido nexo con los derechos humanos.

El párr. 246 de este informe señala que, toda política climática o marco normativo debe contar con un enfoque de derechos e incluir “los impactos y vulneraciones producidas por las empresas, incluyendo a las agentes de financiamiento e inversión” con base en los principios de transparencia y acceso a la información, rendición de cuentas, inclusión y no discriminación. Pues existe una obligación de los Estados de llevar a cabo acciones de control para asegurar la reducción de emisiones de GEI de no solo de las entidades públicas, sino también privadas, entre las que figuran los “deberes de prevención, supervisión, regulación y acceso a la justicia” a fin de que las empresas que contribuyen a este fenómeno asuman su responsabilidad (65).

Como parte de la responsabilidad estatal señala, la obligación de los Estados de “evitar los incentivos financieros y fiscales para actividades, sean públicas o privadas, que no se enmarquen en los mecanismos de la reducción de la huella de carbono”, así como “asegurar e incrementar acciones hacia una política de transición a fuentes de energía renovable y limpia como a estrategias de desarrollo con bajas emisiones” (66). En general, tal y como se señala en el párr. 250, los Estados deben procurar que las empresas eviten “provocar impactos negativos en los derechos humanos mediante el daño ambiental en general y el cambio climático en particular” (67) y las empresas por su parte tienen la obligación de asumir la responsabilidad cuando se produzcan estos impactos, así como de “ejercer la debida diligencia, incluyendo medidas de mitigación y adaptación ambiental” (68) para prevenirlos. En resumen, dentro de las obligaciones de todas las empresas figuran la obligación de reducción de sus emisiones de GEI, publicar información accesible sobre las

medidas que toma para llevar a cabo tal reducción, no obstaculizar el “acceso a recursos de protección, la labor de las personas defensoras de los derechos humanos en asuntos ambientales, ni las políticas y marcos normativos destinados a hacer frente al cambio climático y la degradación ambiental” (69).

La Comisión y su REDESCA señalan como prioritario en este informe que los Estados garanticen mecanismos de acceso a la justicia y reparación en materia climática, que sean “accesibles, asequibles, oportunos y efectivos” y permitan a las personas impugnar cualquier acción u omisión que puedan afectar los derechos humanos por motivo del cambio climático, así como “para obtener reparación de daños que surjan de los riesgos climáticos y de las políticas que se tomen al respecto, ya sea que estas acciones provengan del Estado o por conducto de las empresas” (70).

II.1. 2021, “Children in Cité Soleil, Haiti” (71)

Seis niños de cité Soleil, Haití y la ONG SAKALA, presentan el 04 de febrero de 2021 una solicitud de medidas cautelares con ocasión de las violaciones de derechos humanos ocurridas en la ciudad Soleil, Haití. El objeto de este caso no es específicamente la política climática de Haití sino la violación de derechos humanos ocasionada por acciones e inacciones del Estado de Haití, en relación con los problemas sanitarios desencadenados por la contaminación ambiental en Soleil, y exacerbada por los efectos adversos del cambio climático. Se alega que, el gobierno ha ignorado la situación ambiental de la ciudad de Soleil, Haití, donde la acumulación de basura es producto tanto de la ausencia de programas de saneamiento, como del vertedero de basura que el mismo gobierno mantiene en esta ciudad, el cual no es objeto según explican los peticionarios, de ninguna regulación, se en-

(69) Ibidem.

(70) Ibidem, párr. 251.

(71) Sabin Center for Climate Change Law, 2021, Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking to Redress Violations of the Rights of Children in Cité Soleil, Haiti. <http://climatecasechart.com/non-us-case/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-seeking-to-redress-violations-of-the-rights-of-children-in-cite-soleil-haiti/>.

(65) Ibidem, párr. 247.

(66) Ibidem, párr. 248.

(67) Ibidem, párr. 250.

(68) Ibidem.

cuentra descubierto y atrae por lo general a cerdos, roedores y otros animales.

Esta ciudad es atravesada por 7 canales de drenaje permanentemente obstruidos con basura, lo que ocasiona que con las lluvias se desborden y llenen las calles y casas de las personas. Es importante señalar que, según se explica en la petición, dada la inexistencia de un alcantarillado centralizado, la mayoría de las personas acuden al uso de letrinas, entre otras cosas, por lo que la materia fecal se mezcla con la basura y el agua de lluvia, por lo que incluso los desechos humanos fluyen dentro de la ciudad y dentro de las casas (72). Esto ha conducido a enfermedades como la malaria, la fiebre tifoidea, la cólera la diarrea aguda y enfermedades de la piel (73). La diarrea se ha convertido en una causa de muerte muy común, dada la deshidratación que produce y la falta de acceso a agua potable (74). Además de estas enfermedades se expone que, las mujeres y niñas son especialmente susceptibles a infecciones en el tracto urinario debido a la falta de acceso a agua limpia. A esto se agrega que, la ausencia de una adecuada disposición de los recursos ha ocasionado que las personas recurran a quemar la basura (75), entre la que se encuentran metales, plásticos y productos químicos (76), lo cual ha ocasionado más problemas de salud tales como el asma problemas respiratorios e incluso la muerte (77).

Pese a que el fenómeno climático objeto de este artículo no es el centro de la petición, tal y como se indica en esta, magnifica las condiciones ambientales adversas que enfrentan los niños en Cité Soleil (78) quienes ostentan una situación de vulnerabilidad al ser niños pero también al vivir en una zona de alta densidad

(72) Six children of cité Soleil, Haiti y Sakala Community Center for Peaceful Alternatives, Petición y Solicitud de medidas cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 04 de febrero de 2021, p. 22.

(73) Ibidem, p. 26

(74) Ibidem, p. 27.

(75) Ibidem, p. 23.

(76) Ibidem, p. 22.

(77) Ibidem, p. 24.

(78) Ibidem, p. 32.

poblacional, donde la pobreza es endémica (79) y que ha sido considerada una de las ciudades más peligrosas del mundo, además, por la ubicación geográfica en que se encuentran, ya que Haití es vulnerable a huracanes, inundaciones y terremotos (80) y que, las inundaciones son más frecuentes y las tormentas más intensas con ocasión del fenómeno de cambio climático, por lo que además de tener que enfrentar desafíos como problemas de acceso a la educación, problemas de abuso sexual y de salud, se ven expuestos los niños de Soleil, a la realidad de esta crisis climática.

Entre los derechos violentados alegan los peticionarios violación de los derechos de los niños y niñas a una vida digna, a un medio ambiente sano y a la protección judicial (81), así como de sus derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el art. 26 de la Convención (82).

En relación con el derecho a la protección judicial alegan que, el gobierno padece la ausencia de un sistema judicial funcional e independiente (83); además la existencia de barreras adicionales de acceso judicial como la discriminación de clase, producto de la cual las personas que habitan en Soleil están excluidos incluso del acceso a los servicios sociales (84); así como el hecho que pese a que solo el 20-40% de las personas habla francés, todos los procedimientos se lleven a cabo solamente en ese idioma, y de la existencia de constantes amenazas contra defensores de derechos humanos.

Solicitan declarar que Haití ha violentado los derechos humanos de los peticionarios y dictar como medidas cautelares: que las autoridades se abstengan de llevar más residuos a Soleil; garantizar condiciones de gestión de residuos compatibles con los estándares internacionales; adoptar medidas para: diagnosticar y proporcionar atención médica inmediata adecuada a los peticionarios, informar sobre las acciones to-

(79) Ibidem, p. 11.

(80) Ibidem.

(81) Ibidem, p. 50.

(82) Ibidem, p. 63.

(83) Ibidem, p. 65.

(84) Ibidem, p. 73.

medidas para permitir la investigación de las condiciones que llevaron a la situación descrita en la petición con el objetivo de mejorarlas y evitar que se repitan; y tomar las medidas apropiadas necesarias para garantizar que los peticionarios estén protegidos de amenazas, hostigamiento o actos de violencia mientras persiguen sus intereses en esta petición como defensores del medio ambiente y los derechos humanos. Además, solicitan una visita (visita in loco), celebrar audiencia y recomendar a Haití: poner fin a las violaciones de derechos humanos, investigar las condiciones ambientales de Cité Soleil, adoptar e implementar medidas preventivas para reubicar el basurero, exigir que cese toda eliminación comercial y residencial de basura, proporcionar acceso a servicios médicos eficaces, instalar un sistema de tratamiento de aguas residuales en funcionamiento, reparar el daño causado, entre otras (85).

III. Res. 3/2021 “Emergencia Climática”

La CIDH adoptó el 31 de diciembre de 2021 la Resolución 3/21 titulada “Emergencia Climática” que precisa el alcance y obligaciones interamericanas en materia de cambio climático (86). Ciertamente se trata de una resolución emblemática de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que describe de forma muy completa y detallada el alcance de las obligaciones interamericanas en esta materia a lo largo de 9 secciones.

En la primera sección, denominada “Centralidad del enfoque de derechos en la construcción de instrumentos, políticas, planes, programas y normas sobre cambio climático”, se abordan aspectos relevantes como la ambición con la que deben responder los Estados a la crisis climática y por supuesto la obligación de contar con un enfoque de derechos humanos en esta respuesta, a fin de que se garanticen entre otras cosas los de-

rechos de participación y acceso (87). También se aborda la obligación de movilizar recursos hacia acciones de mitigación y adaptación (88), la necesidad de contar con programas de educación ambiental, a fin de incidir sobre la conciencia ambiental y las conductas de consumo y cuidados del ambiente de las personas (89), y se destaca el valor de la cooperación internacional en los niveles bilateral, regional y global, en el sentido de que los Estados con mayor capacidad brinden asistencia a los estados con menor capacidad y mayor grado de afectación (90).

En la segunda sección, denominada “Derechos humanos en el contexto del deterioro ambiental y la emergencia climática en las Américas”, la CIDH en primera instancia destaca el derecho ambiente sano como derecho autónomo, citando la opinión consultiva No. 23 de la Corte IDH, en adelante a efectos de este documento “La Corte” (91) y la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, que en el contexto ambiental debe verse desde una dimensión individual y colectiva, según ya previamente había señalado la Corte también en la OC/23 (92). Posteriormente, señala la obligación de los estados de interpretar los principios del derecho ambiental de buena fe, implementar estudios de impacto social y ambiental según los parámetros del SIDH y tomando en cuenta tanto el daño acumulativo como los gases de efecto invernadero, de conformidad con el principio debida diligencia, cabe destacar también desarrollado por la OC23/17 de la Corte, del cual indica la resolución se derivan los principios de precaución y prevención de daño ambiental (93). Reitera también la CIDH lo señalado en la primera sección sobre el principio de cooperación, según el cual de conformidad con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, se debe proceder al intercambio de “recursos, tecnología, conocimiento

(85) Ver Petición completa en Six children of cité Soleil, Haiti y Sakala Community Center for Peaceful Alternatives, ob. cit.

(86) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, res. 3/2021 “Emergencia climática: alcance de las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos”, recuperado el 03 de abril de 2022, https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf.

(87) Ibidem, párr. 3.

(88) Ibidem, párrs. 4 y 6.

(89) Ibidem, párr. 5.

(90) Ibidem, párr. 7.

(91) Ibidem, párr. 8.

(92) Ibidem, párr. 9

(93) Ibidem, párr. 10

y capacidades para la construcción de sociedades que operen en un entorno bajo en emisiones” (94). También se señala en esta sección la obligación de los Estados de asegurar que entidades públicas y privadas reduzcan sus emisiones a través de la implementación de “medidas de prevención, supervisión, regulación y acceso a la justicia” y el “diseño de incentivos financieros y fiscales para actividades sostenibles” (95). Reitera el enfoque participativo con el que se deben de construir los programas y proyectos con riesgo de daño ambiental significativo en el párr. 13, donde se señala la obligación de los Estados de consultar y buscar el consentimiento de las personas cuyos derechos puedan verse violentados con ocasión de actividades que puedan conllevar daños ambientales significativos. También se señala la obligación de los Estados de contar con mecanismos de reparación efectivos que incluyen “rendición de cuentas de las empresas y la determinación de su responsabilidad penal, civil o administrativa”, así como en el marco de una reparación integral, medidas de restauración del ambiente y garantía de no repetición (96).

En la Sección III, titulada “Derechos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica en materia ambiental y climática”, la CIDH aborda la necesidad de contar con la interseccionalidad como herramienta para la adopción de medidas así como con perspectiva de género, dada la desigualdad estructural y la exclusión histórica de ciertos grupos (97) entre los que señala las personas en situación de pobreza, pobreza extrema, en situación de calle o viviendo en asentamientos informales (98), las mujeres y las niñas (99), las personas trabajadoras migrantes y otros desplazados por un motivo del cambio climático (100), los niños y las niñas, con base en el principio de equidad

intergeneracional (101) y las personas adultas mayores (102).

En la IV sección por su parte, aborda los derechos de los pueblos indígenas, comunidades tribales, afrodescendientes y campesinas o que trabajan en zonas rurales en el contexto de crisis climática. En relación con estas poblaciones también vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, la CIDH establece la obligación de respetar y garantizar sus derechos humanos, el derecho a la consulta previa; así como la obligación de contar con un enfoque intercultural en las medidas de mitigación y adaptación (103). Además, señala que de conformidad con la obligación de garantizar su “derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías judiciales” deben incluirse “medidas de reparación de daños materiales e inmateriales, medidas de satisfacción, garantías de no repetición, implementación de recursos para la recuperación de la memoria colectiva y preservación de la cultura” (104).

En relación con los campesinos y personas que trabajan en zonas rurales también señala la obligación de proteger su “derecho a la alimentación adecuada, al libre uso de las semillas y las formas tradicionales de producción de alimentos” (105), así como la disponibilidad de brindarles apoyo económico y financiero ante situaciones de pérdida de cosecha o vivienda por motivo de inundaciones o sequías (106).

En la quinta sección la CIDH aborda la obligación de los Estados de tomar medidas para la protección de los derechos a la “vida, integridad y libertad personal, de reunión y libertad de asociación, a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad, de circulación y residencia, al debido proceso y garantías judiciales” (107) de las defensoras y defensores ambientales. En

(94) *Ibidem*, párr. 11.

(95) *Ibidem*, párr. 12.

(96) *Ibidem*, párr. 14.

(97) *Ibidem*, párrs. 17 y 18.

(98) *Ibidem*, párr. 18.

(99) *Ibidem*, párr. 19.

(100) *Ibidem*, párr. 20.

(101) *Ibidem*, párr. 21.

(102) *Ibidem*, párr. 22.

(103) *Ibidem*, párr. 24.

(104) *Ibidem*, párr. 25.

(105) *Ibidem*, párr. 26.

(106) *Ibidem*.

(107) *Ibidem*, párr. 27.

ese sentido señalan la obligación de contar con un enfoque preventivo, así como de investigar y sancionar a los responsables de ataques, amenazas, intimidaciones u homicidios **(108)**.

Algo importante de destacar es que, en esta sección la Comisión reconoce la importancia del activismo llevado a cabo por niñas, niños adolescentes y jóvenes y la consecuente obligación de contar con mecanismos para su protección **(109)**; también, reconoce el papel de las mujeres y su importancia, y la consecuente necesidad de formular medidas concretas para su protección contra violencia basada en género de la que pueden ser víctimas **(110)**. Finalmente, en relación con el sector extractivista, señala la obligación de monitoreo, vigilancia y fiscalización de empresas dedicadas a esta industria ante casos de abuso o violación de derechos de defensoras y defensores ambientales, así como la responsabilidad de prever sanciones y reparaciones según corresponda **(111)**.

En la sexta sección la CIDH aborda los derechos de acceso a la Información, a la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental y climática. En cuanto al derecho de acceso a la información, señala la obligación positiva de los Estados de transparencia activa, según la cual se debe de generar “información oportuna, completa, comprensible, clara, accesible, culturalmente adecuada, veraz y expedita sobre adaptación, mitigación y medios de implementación sobre el cambio climático” **(112)**. Además, señala la obligación de dar publicidad a la información sobre proyectos de desarrollo que puedan incidir con la producción de GEI sobre la temperatura global y la necesidad de fortalecer los sistemas de información ambiental en todos los niveles sobre “inventarios de gases efecto invernadero, gestión y uso sostenible de los bosques, huella de carbono, reducción de emisiones y financiamiento climático, entre otros” **(113)**.

(108) *Ibidem*, párr. 28.

(109) *Ibidem*, párr. 29.

(110) *Ibidem*, párr. 30.

(111) *Ibidem*, párr. 31.

(112) *Ibidem*, párr. 33.

(113) *Ibidem*, párr. 34.

En relación con el tema de participación exige que esta sea abierta e inclusiva y que “se dé en etapas tempranas en todas las fases de la toma de la decisión y que los comentarios de las personas sean debidamente tomados” **(114)**. También señala la obligación de los actores privados de brindar “la información sobre las características técnicas y físicas del proyecto, sus impactos y medidas previstas” **(115)**.

En relación con el tema de acceso a la justicia expone, en primera instancia, la obligación de garantizar el acceso de conformidad con la garantía del debido proceso **(116)**, así como la obligación de eliminar cualquier barrera para su ejercicio, la obligación de “asegurar asistencia técnica y jurídica gratuita” y la obligación de desarrollar medidas de remediación para las personas afectadas por la crisis climática **(117)**. Además, señala la importancia de que los Estados fortalezcan las capacidades de “los operadores judiciales, auxiliares de justicia, Ministerio Público y los órganos de control para prevenir, investigar y sancionar situaciones sobre amenazas o vulneraciones de derechos humanos relacionadas con el cambio climático” **(118)**.

Recomienda a los Estados armonizar su legislación y política en aras de garantizar los derechos de procedimiento en materia ambiental y la coordinación interinstitucional e intersectorialmente para puedan lograr integralidad y coherencia en sus acciones **(119)**.

En la séptima sección, la CIDH aborda las obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia ambiental y climática. En esta sección la CIDH explica el principio consuetudinario de buena vecindad, ampliamente desarrollado en el contexto de crisis climática y base de la jurisprudencia rectora en esta materia. Reitera en los párrs. 39 y 40 lo ya señalado respecto a este extremo en la OC/23, respecto a la responsabilidad de los Estados por las acciones u omisio-

(114) *Ibidem*, párr. 35.

(115) *Ibidem*.

(116) *Ibidem*, párr. 36.

(117) *Ibidem*.

(118) *Ibidem*, párr. 37.

(119) *Ibidem*, párr. 38.

nes llevadas a cabo dentro de su territorio o bajo su jurisdicción que puedan afectar el territorio o habitantes de otro Estado. Otro elemento importante que destacar es que señala que, la obligación de prevención de daños ambientales transfronterizos se materializa, en el contexto de crisis climática, en la elaboración e implementación de metas de mitigación ambiciosas en los términos del Acuerdo de París, entre otros instrumentos **(120)**.

En la octava sección se aborda el tema de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y remediar posibles violaciones a estos en el contexto ambiental y climático. Respecto al comportamiento de las empresas cita tanto los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos como el informe de REDESCA del 2019 previamente abordado denominado “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”.

Con respecto a las obligaciones de los Estados en relación con las empresas señala, entre otras cosas, la obligación de los Estados de establecer, de manera expresa, en los planes de acción nacionales relativos a empresas, el deber de respetar los derechos humanos, el cual debe incluir “adoptar políticas de derechos humanos y ambiente; ejercer la diligencia debida mediante la cual confluían su deber de respetar los derechos humanos y la reducción de emisiones de GEI; reparar las violaciones de los derechos humanos de las que sean responsables directas y trabajar para persuadir a otros actores a que respeten los derechos humanos cuando existan relaciones de influencia” **(121)**. Además, señala la obligación de los Estados de delimitar y titular el territorio indígena, no otorgar concesiones que puedan afectarlo y solo limitar el derecho de propiedad colectiva “a través de medidas (i) establecidas por ley; (ii) necesarias; (iii) proporcionales, y (iv) cuyo fin sea lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” **(122)**.

En cuanto a las obligaciones de las empresas señala la obligación de adoptar planes de

(120) Ibidem, párr. 41.

(121) Ibidem, párr. 43

(122) Ibidem, párr. 47.

mitigación, no obstaculizar la implementación de políticas, informar sobre sus emisiones y su vulnerabilidad al clima, no obstaculizar el acceso a la justicia **(123)**, implementar tecnología para disminuir su huella de carbono y remediar en situaciones donde el impacto negativo sea inevitable **(124)**, cumplir las leyes ambientales que se encuentren vigentes, formular compromisos en este contexto, y poner en marcha procesos como evaluaciones de impacto en los derechos humanos, entre otras **(125)**.

Finalmente, en la última sección, titulada “Políticas fiscales, económicas y sociales para una transición justa”, señala la obligación de los Estados de tener en cuenta en la formulación e implementación de políticas relacionadas con “un futuro libre de carbono” los derechos laborales y sindicales **(126)**. Además, dado los efectos que podría tener el establecimiento de impuestos a las fuentes de energía basadas en combustibles fósiles “distribuir los ingresos procedentes de la tarificación del carbono en inversiones públicas o programas sociales que presten apoyo a los hogares de bajos ingresos, incluido su acceso a la energía” **(127)**. También señala, en relación con los nuevos puestos de trabajo en sectores emergentes, la obligación de que se garantice que en estos se respeten los derechos laborales y sindicales **(128)**. Además, se aborda la obligación de adaptar los programas de protección social al contexto de cambio climático para proteger a las personas, tanto de los efectos adversos del fenómeno como de las políticas relacionadas, dentro de los programas señala “seguros agrícolas, beneficios de desempleo, pensiones para trabajadores en edad avanzada y acceso universal a la atención médica” **(129)**. En el párr. 51 se expone la oportunidad de incluir “pagos por los servicios de los ecosistemas” como forma de compensación para comunidades que mantenga ecosistemas saludables, utilizando la interseccionalidad y

(123) Ibidem, párr. 44.

(124) Ibidem, párr. 45.

(125) Ibidem, párr. 46.

(126) Ibidem, párr. 48.

(127) Ibidem, párr. 49.

(128) Ibidem, párr. 50.

(129) Ibidem, párr. 50.

perspectiva de género como herramientas (130). Seguidamente se señala la obligación de buscar la generación de marcos institucionales a fin de obtener fondos permanentes para el financiamiento de las pérdidas y daños ocasionadas por este fenómeno (131).

Otras obligaciones que se señalan son: la inclusión de políticas enfocadas en la capacitación y la reconversión laboral (132); programas de protección a sectores y poblaciones en situación de especial vulnerabilidad como medida ante efectos negativos de los impuestos al carbono, como subsidios (133); impulsar inversiones en infraestructura resilientes al clima, formas de movilidad y energías libre de emisiones contaminantes (134) y “disminuir al máximo todos los subsidios a los combustibles fósiles, crear impuestos frente a los mismos y redistribuir los recaudos hacia sistemas de energía limpia, renovable y no contaminante” (135).

IV. Corte IDH

La Corte IDH por su parte no ha recibido ningún caso cuyo objeto específicamente sean violaciones de derechos humanos asociadas al cambio climático (136), no obstante, sí ha reco-

(130) *Ibidem*, párr. 51.

(131) *Ibidem*, párr. 52.

(132) *Ibidem*, párr. 53.

(133) *Ibidem*, párr. 54.

(134) *Ibidem*, párr. 56.

(135) *Ibidem*, párr. 57.

(136) En materia de protección del derecho a un ambiente sano se han presentado casos asociados a comunidades indígenas y el derecho de protección de su cosmovisión tales como Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras (2015), pues el contenido como tal de este derecho ha surgido con el derecho colectivo de los pueblos indígenas y tribales. También se han presentado un caso referente al derecho de acceso a la información en materia ambiental, el Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile en el 2015 y más recientemente el Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina donde se sentó responsabilidad internacional por violación del derecho a un ambiente sano como derecho autónomo y el Caso de la

nocido la gravedad de la crisis climática y relación con los DDHH al señalar:

“47. Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos” (137).

Además, la Corte IDH ha dotado de protección al derecho a un ambiente sano como derecho autónomo en la Opinión consultiva OC-23/17 (138), precisado las obligaciones de los Estados en la materia (139) y sentando responsabilidad internacional por violación de este derecho (140).

V. Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile

El pasado 09 de enero de 2023, Chile y Colombia marcaron un hito en la historia del cambio climático, al presentar una solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH con un total de 20 preguntas alrededor de 6 apartados, en el primero de ellos consultan sobre “las obligaciones estatales derivadas de los deberes de prevención y garantía en derechos humanos vinculadas frente a la emergencia climática” en el segundo sobre “las obligaciones estatales de preservar el derecho a la vida y la sobrevivencia frente a la emergencia climática a la luz de lo establecido por la ciencia y los derechos humanos”, en el tercero respecto a “las obligaciones diferenciales de los Estados con respecto a los derechos

Oroya vs. Perú. No obstante, no sobre cambio climático.

(137) Corte Interamericana de Derechos humanos (15 de noviembre de 2017). Opinión consultiva OC-23/17, 2017, párr. 47.

(138) *Ibidem*, párr. 62.

(139) *Ibidem*.

(140) Corte Interamericana de Derechos humanos (6 de febrero de 2020). Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

de los/as niños/as y las nuevas generaciones frente a la emergencia climática”; en el cuarto sobre “las obligaciones estatales emergentes de los procedimientos de consulta y judiciales dada la emergencia climática”; en el quinto sobre “las obligaciones convencionales de protección y prevención a las personas defensoras del ambiente y del territorio, así como las mujeres, los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en el marco de la emergencia climática”; y finalmente en el sexto apartado respecto a “las obligaciones y responsabilidades compartidas y diferenciadas en derechos de los Estados frente a la emergencia climática.” Realmente el resultado de esta solicitud creo que marcará un antes y un después a nivel del SIDH en el contexto de cambio climático, como ya lo ha hecho en alguna medida la Resolución 3/21 de la CIDH. Unido a esto, más recientemente, en una resolución histórica, la Asamblea General de la ONU solicita opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones climáticas de los Estados (141) por lo que el panorama pareciera ser favorable en cuanto a una línea jurisprudencial que permita llenar los vacíos legales en materia climática.

VI. Conclusiones

Se observa un crecimiento en los pronunciamientos relativos al derecho a la estabilidad

(141) Naciones Unidas (29 de marzo de 2023). La Corte Internacional de Justicia opinará sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático <https://news.un.org/es/story/2023/03/1519767>.

climática a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir del 2019. En la audiencia de la CIDH sobre Cambio Climático y Derechos Humanos, la Relatora Esmeralda Arosemena de Troitiño, señala algo importante, expone que, lograr la justiciabilidad de estos derechos (los DESCAs) en los sistemas nacionales, es una gran conquista, porque aún hay sistemas judiciales que no procesan el tema de la justiciabilidad de estos derechos y que ahí está la responsabilidad del CIDH de reconocer su justiciabilidad, obligando a los Estados a responder por estos. Eso es algo en lo que evidentemente ha estado trabajando la CIDH, ya que, pese a que desestimó la petición que le fue presentada en el 2005, creo que, dados los avances del 2015 al día de hoy en la materia, el escenario podría ser otro en cuanto a litigios climáticos respecta a nivel del CIDH y la Corte IDH, puesto que la Corte IDH ya ha reconocido el derecho a un ambiente sano como derecho autónomo y precisado su alcance, ya ha sentado responsabilidad por violación de este derecho y la CIDH ya ha fijado estándares claros tanto para los Estados como para las empresas en el contexto de la crisis climática. Sin duda alguna la opinión consultiva de la Corte IDH en atención a la solicitud de Chile y Colombia será un aporte fundamental, que unido a la respuesta que se espera también de la Corte Internacional de Justicia, fijará con claridad las obligaciones mínimas en este contexto y la ruta a seguir.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CAMBIO CLIMÁTICO

Consecuencias. Avance del mar sobre la zona costera.

1. — El recurso de apelación es inadmisibile. Los recurrentes no cuestionan el fundamento del fallo impugnado. Se ocupan exclusivamente de otros requisitos de admisibilidad que no tienen ninguna relación, como la cuestión previa. Es inviable para el Tribunal Regional Federal contradecir la prueba técnica presentada y para el Superior Tribunal de Justicia revisar las conclusiones fácticas de las instancias ordinarias. Imaginar que el avance de las mareas y la consiguiente destrucción de bares y restaurantes contruidos en la playa serán un episodio, y que no volverán a ocurrir en un futuro cercano, es imaginar y defender, de manera indirecta, que los cambios climáticos son pura ficción, una pesadilla efímera de verano.
2. — El cambio climático representa un fenómeno innegable. Ya no hay duda sobre la realidad, las causas antropogénicas y sus efectos devastadores en la comunidad de la vida planetaria y en la vida cotidiana de la humanidad. Los jueces deben estar vigilantes para no ser utilizados como caja de resonancia de ideas irracionales —negacionistas de los hechos y del conocimiento científico—, posiciones que a menudo no son más que una pantalla para ocultar poderosos e insostenibles intereses económicos abrazados por adversarios de los valores fundamentales del Estado de Derecho Ambiental.

ST Brasil, 07/03/2023. - AgInt no agravo em recurso especial Nº 2188380 c..

[Cita on line: TR LALEY BR/JUR/1/2023]

AgInt no agravo em recurso especial Nº 2188380 - SE (2022/0252968-6)

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 06 de março de 2023.

Ministro Herman Benjamin

Relator

AgInt no agravo em recurso especial Nº 2.188.380 - SE (2022/0252968-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Agravante: Josefina Conceicao Santos

Agravante: Jose Nivaldo dos Santos

Advogado: Robéria Silva Santos - SE002671

Agravado: Ministério Público Federal

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator):

Trata-se de Agravo Interno contra decisão da Presidência do STJ que não conheceu do Agravo em Recurso Especial, por força da Súmula 182/STJ.

Aduzem os agravantes, em suma, que demonstraram que “outra decisão de recurso idêntico admitiu o Recurso Especial”.

Intimado, o agravado apresentou impugnação às fls. 594-596, e-STJ.

É o relatório.

AgInt no agravo em recurso especial Nº 2.188.380 - SE (2022/0252968-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Agravante: Josefina Conceicao Santos

Agravante: Jose Nivaldo dos Santos

Advogado: Robéria Silva Santos - SE002671

Agravado: Ministério Público Federal

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 16.12.2022.

O Agravo Interno não merece prosperar.

A Vice-Presidência do TRF5, às fls. 497, e-STJ, inadmitiu o Recurso Especial de fls. 461-467, e-STJ. Fundamentou-se na Súmula 735/STF.

Compulsando o Agravo em Recurso Especial, verifica-se que os recorrentes não atacam tal fundamento. Abordam, exclusivamente, outros requisitos de admissibilidade sem qualquer pertinência com a Súmula 735/STF, como o questionamento.

Ausente impugnação específica ao único fundamento da decisão agravada, agiu corretamente a Ministra Presidente ao inadmitir o Agravo com base na Súmula 182/STJ.

Cumpra ressaltar que, na sessão de 19.9.2018, no julgamento dos EAREsps 701.404/SC, 746.775/PR e 831.326/SP, a Corte Especial decidiu, interpretando a Súmula 182/STJ, que esta se aplica para não se conhecer de todo o Recurso nas hipóteses em que o recorrente impugna apenas parte da decisão recorrida, ainda que o que se combate seja capítulo autônomo em relação aos outros pontos não refutados.

A isso acrescentam-se as disposições do art. 253, I, do RISTJ e do art. 932, III, do CPC/2015, não se conhecendo de AREsp que deixa de atacar especificamente todos os fundamentos da decisão de inadmissibilidade.

Nesse sentido:

Processual civil. Direito administrativo. Responsabilidade da administração. Indenização por dano moral. Acidente de trânsito. Desprovimento do agravo interno. Manutenção da decisão recorrida.

Incidência da súmula N. 7/STJ. (...)

II. Mediante análise dos autos, verifica-se que a decisão agravada inadmitiu o recurso especial, considerando: ausência de afronta ao art. 1.022 do CPC, ausência de afronta a dispositivo legal e Súmula n. 7/STJ.

III. Entretanto, a parte agravante deixou de impugnar especificamente os referidos fundamentos. Nos termos do art. 932, III, do CPC e do art. 253, parágrafo único, I, do Regimento Interno desta Corte, não se conhecerá do agravo em recurso especial que “não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida”.

IV. Conforme já assentado pela Corte Especial do STJ, a decisão de inadmissibilidade do recurso especial não é formada por capítulos autônomos, mas por um único dispositivo, o que exige que a parte agravante impugne todos os fundamentos da decisão que, na origem, não admitiu o recurso especial.

V. Ressalte-se que, em atenção ao princípio da dialeticidade recursal, a impugnação deve ser realizada de forma efetiva, concreta e pormenorizada, não sendo suficientes alegações genéricas ou relativas ao mérito da controvérsia, sob pena de incidência, por analogia, da Súmula n. 182 do STJ. VI - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 2063004/SP,

Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 21.9.2022.)

É certo que a mera menção a uma “ação idêntica”, cujo Recurso Especial teria sido admitido na origem, não basta para atender o princípio da dialeticidade, que -repisa-se- exige impugnação específica e individualizada de cada fundamento utilizado pela Corte regional.

No mais, mesmo que o recurso pudesse ser conhecido -algo impossível, como acima já afirmado-, o Tribunal de origem, na relatoria segura do Desembargador Federal Fernando Braga Damasceno, lastreado em prova pericial, assevera que “as consequências erosivas observadas no decorrer do processo contrariam as afirmações do laudo técnico colacionado pelos particulares. Houve a ruína de dois bares, independentemente de estarem situados em área de enseada e de não configurarem encosta ou campo de dunas. Ademais, pode-se depreender que o tempo de existência não assegura a integridade do imóvel, pois, segundo o laudo pericial, o imóvel onde funcionava o Bar da Bel fora adquirido há 40 anos e, ainda assim, foi destruído pela força do mar”.

Outrossim, o acórdão recorrido apoia-se em precedente do mesmo Tribunal que cuida de imóvel em condições assemelhadas, segundo o qual “não há evidências de que cessará o avanço que a maré tem tomado nos últimos anos, descabendo manter a utilização dos imóveis com base em especulações de possíveis alterações marinhas, que o próprio laudo admite que só poderiam ser confirmadas com o tempo. De outro lado, a constante necessidade de manutenção das estruturas, a ruína comprovada de um dos bares e notícia de ruína de outro corroboram os riscos da continuidade do funcionamento daqueles estabelecimentos”.

Finalmente, em obiter dictum, acrescenta-se que, atualmente, as mudanças climáticas representam um fenômeno incontestável: suas consequências estão por toda parte e a ninguém poupam. Atingem diretamente e arruinam milhões de pessoas, sobretudo as mais pobres; ameaçam centenas de milhões de outras tantas; incitam o espírito de investigação de pesquisadores; desafiam a antevisão de políticos e legisladores; e, cada vez mais, se fazem presentes no cotidiano dos Tribunais. Ou seja, já não pairam incerteza sobre

a realidade, causas antrópicas e efeitos avassaladores das mudanças climáticas na comunidade da vida planetária e no cotidiano da humanidade. Embora ainda exista muito a descobrir e estudar, nem mesmo quem acredita em Papai Noel consegue negar os dados acumulados nas últimas décadas. Diante de tamanho consenso científico, os juízes precisam ficar vigilantes para não serem usados como caixa de ressonância de ideias irracionais -negacionistas dos fatos e do saber- posições que, frequentemente, não passam de biombo para ocultar poderosos e insustentáveis interesses econômicos esposados por adversários dos valores capitais do Estado de Direito Ambiental.

Na hipótese dos autos, realmente inviável ao Tribunal Regional Federal contrariar a prova técnica produzida e ao STJ rever as conclusões fáticas das instâncias ordinárias (Súmula 7). Imaginar que o avanço das marés e a resultante destruição de bares e restaurantes construídos à beira da praia serão episódicos -e não mais ocorrerão no futuro próximo- é imaginar e defender, pela via oblíqua, que as mudanças climá-

ticas encarnam pura ficção, um efêmero pesadelo de verão.

Diante do exposto, nego provimento ao Agravo Interno.

É como voto.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 07 de março de 2023.

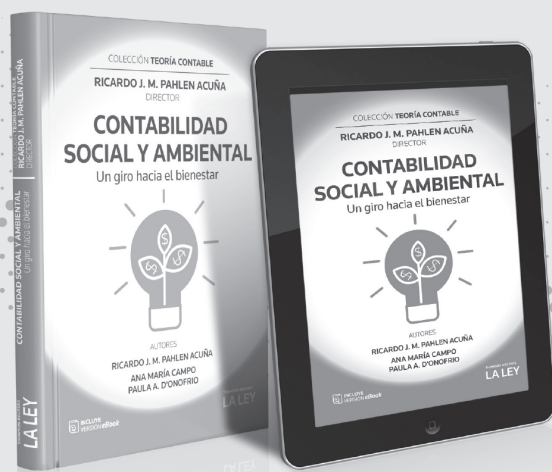
CONTABILIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL

Un giro hacia el bienestar

Director: **Ricardo J. M. Pahlen Acuña**



EDICIÓN
2023



1 Tomo
disponible en
papel y eBook

Ricardo Pahlen Acuña y sus colaboradores tratan un tema poco común dentro del ámbito jurídico y contable: **el desarrollo sostenible y la responsabilidad social**. Este tema ha revolucionado la investigación y la Teoría Contable. La contabilidad no se concibe ya como un medio cerrado, sino como un conjunto de reglas que pueden aplicarse para construir una amplia variedad de diferentes sistemas.

En la obra se aborda el medio ambiente y su aspecto económico, el marco legal ambiental argentino y los antecedentes sobre estas cuestiones a nivel nacional e internacional.



Obtené más
información sobre
la obra escaneando
el código QR



THOMSON REUTERS[®]

ThomsonReutersLaLey 

@TRLaLey 

Thomson Reuters Argentina | LEGAL 

Thomsonreuters_ar 

