

RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Octubre - Diciembre 2022 | 72

DIRECTOR:

NÉSTOR A. CAFFERATTA

COORDINADORES EJECUTIVOS:

Pablo Lorenzetti
Gustavo Rinaldi
Federico Zonis



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 noviembre de 2022, 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

Octubre - Diciembre 2022 | 72

DIRECTOR:

NÉSTOR A. CAFFERATTA

COORDINADORES EJECUTIVOS:

Pablo Lorenzetti

Gustavo Rinaldi

Federico Zonis



ABELEDOPERROT

Comité Consultivo Nacional

Carlos A. Botassi, Jorge A. Franza, Jorge M. Galdós,
Felipe González Arzac, Eduardo P. Jiménez,
Aída R. Kemelmajer de Carlucci,
Beatriz Krom, Daniel H. Lago,
Ricardo L. Lorenzetti,
Raúl Madueño, Leonardo F. Pastorino,
Daniel A. Sabsay, Aydée Vázquez Villar,
Juan Rodrigo Walsh

Comité Consultivo Internacional

Antônio H. Benjamin (Brasil), Silvia Capelli (Brasil),
Manuel Castañon del Valle (España),
Silvia Jaquenod Zsögön (España),
Paulo Affonso Leme Machado (Brasil),
Neófito López Ramos (México),
Ricardo Merto (Paraguay),
Vladimir Passos de Freitas (Brasil),
Gemma Patón García (España),
José Antonio Peláez Bardales (Perú), Michel Prieur
(Francia), Aquilino Vázquez García (México),
Rossana Silva Repetto (PNUMA)

Comité Ejecutivo

Pablo Lorenzetti, Gustavo Rinaldi, Federico Zonis

Responsables de área

Valeria Berros (Casos Complejos)
Aurora Besalú Parkinson (Daño Ambiental)
Guillermo Marchesi y Gabriela L. Bordelois de Rossi
(Derecho Administrativo Ambiental)
José Esain (Derecho Constitucional Ambiental)
Adriana Tripelli (Derecho Internacional, Extranjero y
Comparado)
Gabriela García Minella y Fernando Díaz Cantón
(Derecho Penal Ambiental)
Carlos Camps (Derecho Procesal Ambiental)
Daniel Soria (Derecho Urbanístico)
Hugo Acciarri, Pamela Tolosa y Pablo A. Iannello
(Economía y Medio Ambiente)
Eduardo Conghos (Instrumentos de Gestión y Política
Ambiental)
Nancy Tognola (Recursos Naturales)
Maggie Luz Videla (Técnica Ambiental)
María Elisa Rosa (Derecho Animal)
Aníbal Falbo (Actualidad Ambiental de la provincia de
Buenos Aires)
Alicia Morales Lambertí (Actualidad Ambiental de la
provincia de Córdoba)
Mauricio Pinto (Actualidad Ambiental de Cuyo)
Lucena Spano (Actualidad Ambiental del Litoral)
Mariana Catalano (Actualidad Ambiental del Norte)
Carlos A. Rodríguez (Actualidad Ambiental del Nordeste)
Juan Carlos Fernández (Actualidad Ambiental de
Patagonia)

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
Florencia Candia
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

DOCTRINA

Ley 25.675: la ley que ambientalizó el derecho <i>Cristina E. Maiztegui</i>	3
--	---

RECURSOS NATURALES

IDENTIDAD CULTURAL PROVINCIAL

Celebración de figuras que se identifican con el culto católico romano. Percepción humanística de la fiesta. Derecho a la educación. Libertad de religión y de conciencia. Constitucionalidad de las normas que disponen los días festivos	13
--	----

Defensa del patrimonio cultural e identidad colectiva. Libertad de cultos, educación, régimen federal y margen de apreciación local <i>Néstor A. Cafferatta</i>	39
--	----

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Cumplimiento del contrato. Principios del derecho. Buena fe contractual. Aplicabilidad al ámbito administrativo	55
---	----

Los bienes culturales e históricos en una visión actualizada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <i>Carlos Aníbal Rodríguez</i>	60
--	----

DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Energía eléctrica. Federalismo. Facultades concurrentes de la Nación y las provincias. El ambiente como un bien transgeneracional	73
---	----

Ambiente, presupuestos mínimos y sistema federal en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia <i>Marta S. Juliá - Rocío Loza Serra</i>	97
---	----

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

La prueba judicial ambiental no es una investigación científica <i>Aníbal J. Falbo</i>	107
Recursos procesales y acceso a la justicia <i>Gonzalo Augusto Flores</i>	116

DERECHO PENAL AMBIENTAL

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Conducta penalmente típica. Disposición de restos orgánicos. Residuos peligrosos. Derecho del imputado a ser defendido por un profesional de su confianza.	125
Residuos peligrosos: análisis del fallo dictado en autos “Mocarbel, Jorge Elías” <i>Gabriela A. Arruiz</i>	156

DERECHO ANIMAL

PROTECCIÓN DE LA FAUNA SILVESTRE

Declaración de puma como sujeto de derecho. Otorgamiento de la custodia definitiva al Ecoparque Interactivo.....	165
No todo lo que brilla es oro. Reflexiones sobre el reconocimiento como sujeto de derecho de animales no humanos <i>María Elisa Rosa</i>	169

CRUELDAD ANIMAL

Criadero de canes. Declaración como sujetos de derecho. Entrega ONG.....	173
Criaderos de perros/as: maltrato, enfermedades y muerte <i>Juan Ignacio Serra</i>	177

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

“Midiendo la efectividad del derecho ambiental. Indicadores jurídicos para el desarrollo sostenible” <i>Jorge A. Franza</i>	191
--	-----

ACTUALIDAD AMBIENTAL LITORAL

ACCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO

Poda de árbol de patio interno de hospital público. Ejemplar de características particulares. Necesaria intervención de la autoridad de aplicación. Procedencia.	201
Algunas reflexiones acerca de la sentencia dictada en “Fiscalía Extrapenal c. Hospital Provincial de Rosario y otro s/ acciones colectivas” <i>Jorge A. Barraquirre - Clarisa A. Neuman</i>	227

AMPARO AMBIENTAL

Desmontes. Deberes del Estado. Protección de bosque nativo. Procedencia.	236
---	-----

In dubio pro bosques nativos: la importancia de un ordenamiento territorial actualizado y participativo
Cristian H. Fernández 242

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Salvaguardas ambientales a favor de ecosistemas fluviales
Mario Peña Chacón 253

DOCTRINA

Ley 25.675: la ley que ambientalizó el derecho

Cristina E. Maiztegui^(*)

Sumario: I. Presentación.— II. Un largo camino previo a la LGA.— III. Las resistencias que siempre surgen.— IV. Las voces de la academia: Código Ambiental vs. ley general.— V. La LGA y su aporte a la construcción del saber ambiental.— VI. La Ley General es la Ley del Ambiente, no es la Ley del Medio Ambiente.— VII. El concepto jurídico de ambiente.— VIII. La lectura transversal de la LGA.— IX. Los fundamentos de la LGA y sus instituciones.— X. Corolario.

I. Presentación

En el presente artículo nos proponemos abordar los siguientes aspectos: presentar algunos detalles sobre el proceso que dio origen a la ley nacional 25.675. Uno de ellos se refiere a la decisión de política legislativa que significó hacer una ley general en lugar de un Código Ambiental. Luego abordamos aspectos para evaluar la importancia de la norma en el presente: el aporte significativo que realiza la norma al “saber ambiental” en la Argentina y la región latinoamericana; así también el aporte que realiza la ley al concepto jurídico de *ambiente* y su definición como ley ambiental (y no medioambiental). Y por último enunciamos cuáles consideramos que son los fundamentos del derecho ambiental argentino, a través de la visión que subyace y precede a los contenidos de la LGA (1).

(*) Abogada (UNLP). Magíster en Desarrollo Sustentable (UNLa — FLACAM). Asesora en el Senado de la Nación. Coordinadora de la Red de Mujeres en Diálogo Ambiental. Docente en las universidades UNSAM, UNLP, UNQUI, UBA. Representante argentina ante COPS de CC y Minamata. Extitular de Ambiente de la Defensoría del Pueblo de Nación —responsable de la causa “Mendoza”, de los casos Papeleras del Río Uruguay, Cuenca del Río Reconquista y otros—. Capacitadora de la Ley Yolanda en el gobierno nacional. Corredactora de leyes como: 25.675, 25.612, 13.592, 11.347, 11.459, etc. Ha dictado más de 150 conferencias en el país y en el exterior.

(1) LGA: Se utilizará esta sigla, que significa Ley General del Ambiente.

Este homenaje a 20 años de la sanción de la norma nacional creo que llama a compartir con las y los colegas algunas historias del derecho ambiental que soñé para nuestro país.

II. Un largo camino previo a la LGA

La ley 25.675 se titula Ley General del Ambiente, porque así se incluyó en el texto sancionado por el Congreso Nacional. Fue publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 28 de noviembre del año 2002, donde se colocó bajo el título de “Política ambiental nacional” en la edición de dicho boletín. Ese título, sin embargo, no integra el cuerpo de la ley. Por eso es la Ley General del Ambiente.

Se convirtió, en nuestra opinión, en la piedra fundamental del derecho ambiental, del nuevo derecho ambiental argentino, como venimos escribiendo y comentando hace años. Y desde allí se expandió a todo el sistema jurídico, habiéndose logrado otro hito que ansiamos profundamente: ambientalizar el derecho. La LGA expresa la ambición de ser expansiva hacia las normas provinciales complementarias, hacia las normas nacionales posteriores, hacia otras ramas del derecho y también hacia todas las otras normas que se relacionan con la sociedad, la economía y la producción.

Para quienes se preguntan cómo se gestó la LGA:

En primer lugar, es dable mencionar que recibió tratamiento, estudio y debate en la H. Cámara

ra de Diputados de la Nación, bajo el proyecto 744-D-00, aunque dos años antes ya se había presentado y debatido sin llegar a ser sancionada. Luego fue aprobada en dicha Cámara en la orden del día 2782, del 24 de octubre del año 2001. Ingresó a la Cámara revisora, la H. Cámara de Senadores, el 26 de octubre del mismo año 2001, a las 19.30 hs. El 2001 fue un año de graves hechos institucionales para la Argentina, siendo sin duda la renuncia voluntaria del presidente de la Nación un hecho histórico significativo. Pero podemos ver que en el mismo momento en que se disputaban conflictos en el corto plazo, se pensaba hacia el largo plazo de la sustentabilidad del país.

La H. Cámara de Senadores debatió durante un año más el proyecto recibido con media sanción, y decidió darle su aprobación el 06 de noviembre del año 2002. Hay una nota de color en la historia ambiental, debido a las circunstancias electorales que favorecieron la sanción de esta ley. Quienes estuvimos primero en la H. Cámara de Diputados pasamos luego a la H. Cámara de Senadores, y el ciclo de la formación de la ley se completó.

Se puede decir que participé en todo el proceso de construcción de esta norma legal, que va por supuesto mucho más allá del momento en que se escribe el primer borrador. Esto último, el borrador de la ley, ocurrió en mi propia casa, donde vivo actualmente, en La Plata. Y hubo un día clave para terminar de redondearlo, entre mates, apuntes, anteproyectos, proyectos de ley de otros autores, inspirados en variadas vivencias previas de gestión ambiental pública y privada, nacional e internacional.

La experiencia profesional que tuvimos para la elaboración de las notas que darían luz al proyecto de ley que presentaría la diputada nacional Mabel H. Muller, del peronismo de la provincia de Buenos Aires, conjugaba responsabilidades estatales en provincias como Buenos Aires y otras, así como en municipios, con la creación de instituciones como el Consejo Federal de Medio Ambiente (mediante la suscripción de un tratado interprovincial acorde al actual art. 125 de la CN), la elaboración de propuestas normativas en el país y la participación en conferencias del ámbito internacional como la ECO 92, entre otras.

Todo ello, sumado al estudio de la jurisprudencia de la época y de la forma en que se sistematizaba en esas revistas jurídicas (que no creíamos adecuada), fue forjando ideas propias sobre muchos temas. Se gestaba un saber ambiental propio, de raigambre nacional, pero capaz de analizar lo sucedido en otras latitudes. Decididos a no copiar soluciones extranjeras sin analizar la conveniencia de su contenido.

Y, además, cómo olvidar los casos líderes que llevó adelante uno de los precursores de la defensa ambiental, el Dr. Alberto Kattan, quien, junto a su equipo, e invocando la categoría de intereses difusos (siguiendo las enseñanzas del maestro Augusto Morello), dio inicio a la corriente jurisprudencial favorable a la protección ambiental en nuestro país. Como ya expresé, varios casos se destacaron, pero el caratulado "Municipalidad de Tandil c. Transporte La Estrella s/ daños y perjuicios", de la Cámara Civil y Comercial de Azul, entre otros, dieron basamento al concepto que finalmente propusimos para la ley sobre daño ambiental colectivo.

III. Las resistencias que siempre surgen

El proyecto de ley que precedió a la sanción de la ley 25.675 fue muy debatido tanto en el ámbito académico como en el ámbito empresarial y en el político. Numerosos eventos y consultas se realizaron entre los 1994 y 2002. Muchos de ellos fueron organizados por el Congreso Nacional en distintos puntos del país. Decenas de reuniones de presentación, consultas de opiniones y recepción de críticas.

Recuerdo especialmente una reunión (de muchas en las que participé) con abogados y gerentes de las cámaras aseguradoras del país, que permite ejemplificar la relación de fuerzas entre unos y otros; podría decir: poder económico vs. poder político. Eran no menos de una veintena de representantes de dicho sector, reunidos con el asesor y la asesora que impulsábamos el proyecto de ley. Dos por un lado y 20 por el otro. Llamó la atención de los asistentes la base fundamental del capítulo de daño ambiental: el sistema de responsabilidad del entonces Código Civil (actual Código Civil y Comercial) de la Argentina es de responsabilidad ilimitada, o sea, sin límites indemnizatorios o de recomposición. Por ello es incorrecto legislar en contrario. La mayoría parecía no saberlo.

Allí aprendí que muchas personas juntas no siempre tienen razón.

Hubo fuerte resistencia de sectores productivos, algunos organizados como empresarios por el desarrollo sostenible, pero reticentes a la sanción de esta Ley General del Ambiente, cuyo contenido nadie duda que es *general* y que fue ordenador. Lo último que intentaron para detenerla fue enviar una nota escrita al vicepresidente de la Nación y presidente provisional del Senado expresando su total disconformidad con la aprobación del proyecto, que ya tenía media sanción de la H. Cámara de Diputados. Afortunadamente, no fue considerada por las máximas autoridades y la sanción se produjo finalmente en noviembre de 2002. Copia de dicha nota se encuentra disponible en mi archivo personal, como una reliquia de la historia ambiental argentina.

IV. Las voces de la academia: Código Ambiental vs. ley general

Otra reflexión que es dable realizar a 20 años de esta ley es la referida a la decisión de política legislativa que fue capaz de resistir las voces del sector académico o, al menos, parte de él. Autores destacados y pioneros en el derecho de los recursos naturales y luego del derecho ambiental, como el querido y recordado Dr. Mario Valls, propugnaban desde su bibliografía (2) que la Argentina necesitaba un Código Ambiental, un Código de fondo, que rigiera en todo el país como los Códigos Civil, Penal o de Minería. Así lo expresó en su libro "Derecho ambiental" y así lo presentaba en sus valiosas exposiciones. Y, como sabemos que la doctrina también es una fuente del derecho, así fue tomado por diversos legisladores que propusieron proyectos legislativos extensísimos, con casuísticas detalladas acerca de cada una de las previsiones sobre los recursos naturales y las actividades a controlar. Una ley reglamentarista al estilo de la Ley de Equilibrio Ecológico de México, que corre el riesgo de quedar desactualizada de inmediato. Además, la constante evolución de la temática ambiental hace que siempre se dejen afuera situaciones de hecho (conocidas o desconocidas).

(2) VALLS, Mario, "Derecho ambiental", Ed. Abeledo-Perrot, 1992.

Respecto del Código Ambiental, por nuestra parte, sostuvimos que, no siendo una previsión contenida en la Constitución Nacional, en el viejo art. 67 que fijaba las competencias delegadas al Congreso Nacional (actual art. 75), era inconstitucional propugnar un Código Ambiental, lo que terminó siendo un fundamento incuestionable.

Así fue como se privilegió lograr un texto con principios y objetivos generales que fueran aplicables a los problemas conocidos y también a los que fueran surgiendo con posterioridad. Los humedales, por ejemplo, están protegidos por la ley, con solo ver la previsión del art. 1º: gestión sustentable y adecuada del ambiente..., etc.

Un derecho ambiental basado en los instrumentos transversales de la gestión ambiental (de la que hablaba el maestro Raúl Brañes), dirigida al paradigma de la sustentabilidad (3). Instrumentos que fueran aplicables a todo tipo de actividades productivas o de servicios sin distinción de actividad. Nos referimos a la evaluación ambiental, la educación, el ordenamiento ambiental del territorio, el sistema de información ambiental, la búsqueda de diagnósticos adecuados, los mecanismos de participación social, la obligación de la autogestión del sector privado, el seguro ambiental y, por supuesto, el sistema de control de todas las actividades antrópicas, sin olvidar la posibilidad de establecer incentivos económicos para la promoción de conductas amigables con el ambiente.

Solo un artículo es suficiente para ordenar la competencia entre la justicia provincial y la justicia federal, en momentos en que esta última presumía (infundadamente) de ser la única capaz de juzgar las causas ambientales.

Pocos artículos se necesitaron para poner en marcha una nueva institucionalidad ambiental en el país, llamado Sistema Federal Ambiental, que fue capaz de conjugar el funcionamiento de instituciones como el COFEMA (que es anterior a la reforma constitucional del año 1994) y las que surgen decididamente con posterioridad a la reforma y a la sanción de la LGA. Nadie puede

(3) MAIZTEGUI, C. y otro, "El paradigma de la sustentabilidad y el nuevo derecho ambiental argentino", RDAMB., nro. 1, 2005, p. 163.

negar que las áreas de ambiente de la mayoría de las jurisdicciones estatales fueron elevando su rango durante estos 20 años, para llegar a sentarse a la mesa de decisión de las y los gobernadores/as, presidentes/as. El impulso se debe, siempre, a las nuevas normas, pero también a los nuevos problemas.

El capítulo de daño ambiental (4) que desarrollamos se ha basado principalmente en ideas propias recogidas de la experiencia en la gestión de los problemas ambientales en los territorios “reales”, y también en el detallado estudio crítico de los casos de jurisprudencia ya conocidos en los distintos tribunales del país (fallos emitidos antes de la redacción del proyecto de ley que diera origen a la ley 25.675) y en otros antecedentes de valiosos proyectos de ley en estudio en el Congreso y de la FACA (5). Y digo esto porque en este tema no habíamos relevado en la doctrina concepciones convincentes adecuadas a nuestra mirada ambiental. En general, veíamos que se confundía el daño individual resultante de alguna actividad industrial (por ejemplo) como si fuera daño al ambiente en general, a lo colectivo, logrando así indemnizaciones abultadas en personas o individuos, con las que nunca se llegaba ni se llegaría a cambiar la realidad vivida por la comunidad en los distintos ambientes.

V. La LGA y su aporte a la construcción del saber ambiental

La ley 25.675 General del Ambiente es la expresión de un sector del ambientalismo nacional, que logró realizar un trabajo interdisciplinario para llevar sus aportes a la construcción de lo que llamamos “transdisciplina ambiental”.

Nuestro país logra con esta norma jurídica contribuir a la consolidación del saber ambiental que refleja el concepto holístico, de contenido crítico a los saberes sectoriales preexistentes. Como sostuvo Enrique Leff: “La construcción de una racionalidad ambiental implica la formación de un nuevo saber y la integración interdisciplinaria del conocimiento, para explicar

el comportamiento de sistemas socioambientales complejos. El saber ambiental problematiza el conocimiento fraccionado en disciplinas y la administración sectorial del desarrollo” (6).

A 20 años de la sanción de la ley es dable afirmar que su terminología ha cumplido (en la Argentina al menos) la función de aportar al diálogo entre disciplinas; al entendimiento entre los diversos saberes, tales como el saber académico, el de la Administración, el saber popular, el saber del sector privado. La comunicación y el diálogo son posibles cuando las palabras y los términos se comprenden y el saber es compartido por las y los actores de la sociedad. Puedo afirmar esto con seguridad, debido a la experiencia vivida antes y después de la sanción de las normas jurídicas. Y tampoco hizo falta debatir ni incluir definiciones técnicas en las leyes, definiciones que nunca van a resistir las diferentes miradas disciplinarias ni tampoco el paso del tiempo.

La ley ambiental debe pensarse (y así se hizo) para que perdure por años y décadas y todo el tiempo que sea necesario hasta modificar las conductas humanas. En nuestra opinión, el texto de la ley ha demostrado que se mantiene plenamente vigente, aun pasados los primeros 20 años; y ha podido dar respuesta a todas las problemáticas contenciosas analizadas bajo su articulado.

Creemos que, de manera armónica, la LGA realiza opciones e innovaciones: habla de *ambiente* (no de ecología o medio ambiente), algo que desarrollaré en el punto siguiente; innova en la expresión “ordenamiento ambiental del territorio” (cuando en general los sectores abocados a la planificación se refieren a ordenamiento solo del territorio, sin mirada ambiental); se innova en el concepto de daño ambiental (7), tema ampliamente tratado por la doctrina jurídica posterior a la sanción de la ley; la LGA elige el término “sustentable” en consonancia con el texto de la Constitución Nacional; innova refiriéndose a los “recursos ambientales” como la

(4) MAIZTEGUI, Cristina, “Daño ambiental: una hipoteca al futuro”, JA, *Supl. Derecho Ambiental*, julio de 2002.

(5) Federación Argentina de Colegios de Abogados.

(6) LEFF, Enrique, “Saber ambiental”, 1ª ed., Ed. Siglo Veintiuno, 1998, p. 124.

(7) MAIZTEGUI, Cristina, “Daño ambiental: una hipoteca al futuro”, ob. cit.

sumatoria de recursos naturales y culturales; innova en el concepto de presupuesto mínimo de protección ambiental (art. 6°), eligiendo definirlo con un contenido axiológico, como un principio, una obligación o un derecho impuesto a los habitantes, que se expresa en una norma jurídica capaz de garantizar la tutela uniforme en todo el país.

Muchas críticas hemos recibido con posterioridad a la sanción de la norma por esta definición, principalmente de aquellos que hubieran preferido definiciones ligadas a la tecnología o a la fijación de estándares técnicos, cantos de sirenas que afortunadamente no fueron considerados hasta el presente. Se innova incorporando en la LGA el reconocimiento a la existencia del Sistema Federal Ambiental, preexistente a la ley y a la propia Constitución Nacional reformada en 1994, preexistencia que muchos desconocen. La historia ambiental institucional argentina se ve reflejada en esta ley 25.675. Sus contenidos no salen de un “repollo”, expresándolo en términos coloquiales.

VI. La Ley General es la Ley del Ambiente, no es la Ley del Medio Ambiente

La ley 25.675 se preocupa por proteger tanto a la naturaleza como a la especie humana, poniéndolos a ambos subgrupos en un pie de igualdad. ¿Por qué? Porque naturaleza y sociedad conformamos un todo, con interrelaciones totales. Es más, la sociedad es también naturaleza, aunque muchas veces lo olvidemos. Somos naturaleza en naturaleza. Pero desde nuestra racionalidad hemos construido una mirada de superioridad y dominación basada en la racionalidad tecnológica y económica, que nos está conduciendo al riesgoso final de la civilización que conocemos.

Por otra parte, es necesario destacar que la mayor parte de la doctrina jurídica previa a la sanción de esta ley nacional de presupuestos mínimos de protección ambiental hacía referencia a la necesidad de proteger el medio ambiente que rodeaba al hombre, a su medio, a los recursos naturales que le dan alimento, aire para respirar o agua para beber. Nunca compartimos esta visión, dado que consideramos a la especie humana como una especie más. Por

ello, la Ley General del Ambiente expresa esta visión holística e integral donde los seres humanos deben convivir armónicamente con el resto de los seres.

Sorpresivamente encontramos esta misma mirada, varios años después, en la conceptualización que subyace en la expresión “ecología integral” presente en la encíclica “Laudato si’”, sobre el cuidado de la casa común, de autoría del papa Francisco (8).

VII. El concepto jurídico de ambiente

En nuestra opinión, la LGA es la clave para entender qué es el ambiente para el derecho argentino. El actual concepto jurídico de ambiente consagrado, de base constitucional, con su posterior inclusión en la LGA, es el de la interrelación sociedad-naturaleza. Esta conceptualización se deriva e inspira, por un lado, del texto del art. 41 de la CN, cuando expresa que las autoridades deben velar por el derecho al ambiente sano y por la preservación tanto del patrimonio natural y de la diversidad biológica como del patrimonio cultural, o sea que se refiere al concepto de ambiente que reconoce a la especie humana como parte de ese ambiente. Y su otra fuente fundamental es la ley 25.675, tanto el art. 1° y concs. como el concepto legal de daño ambiental (art. 27) (9).

Por lo tanto, puede decirse que el *ambiente* es un conjunto de interrelaciones que se producen entre dos subsistemas: social (o cultural) y natural (o ecológico). El sistema o los sistemas ecológicos se refieren a la cantidad y calidad de los llamados recursos naturales (agua, aire, suelo, biota), a los que deberíamos llamar “bienes naturales”, a fin de limpiarlos de una vez por todas de la visión economicista que los llama “recursos”. Muchos de ellos se han descubierto y estudiado, pero muchas especies quedan aún por descubrir. Del mismo modo, es de destacar que muchos ecosistemas, como los marinos, apenas han comenzado a ser estudiados.

(8) Véase www.laudatosi.va.

(9) Art. 27, LGA: “... Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

En la Argentina, hasta el ingreso al siglo XXI todavía se observaban confusiones terminológicas, entre lo ambiental y lo ecológico, no menores, dado que reflejaban el escaso grado de reflexión teórica y conocimientos prácticos del sector ambiental en el país.

Este concepto de ambiente remite pues a las distintas relaciones que se dan entre los diversos elementos y recursos de los subsistemas natural y cultural, relaciones que son dinámicas, dado que se articulan todo el tiempo de manera cambiante, aunque también mantienen parte de sus relaciones estables.

Los diversos elementos del sistema ambiente (recursos o elementos ambientales) no son fijos ni permanentes, dado que se modifican permanentemente. En el subsistema natural, por extinción, surgimiento o descubrimiento de nuevas especies o fenómenos naturales. En el subsistema cultural, debido a la permanente evolución que se produce como resultado de la capacidad de raciocinio y creatividad del ser humano. Por ello se incluye en el concepto de ambiente y ciencias ambientales a la totalidad de las ciencias naturales y las ciencias sociales que se proponen el estudio y desarrollo científico de estos dos componentes (10).

Como resultado, los elementos del ambiente varían permanentemente en su cantidad y calidad, y podrían considerarse, desde el punto de vista teórico, como infinitos. Asimismo, puede observarse que estos elementos se encuentran de distintas maneras: algunos se relacionan sobre la base de criterios, patrones o sistemas de funcionamiento, pero otros se encuentran de manera caótica.

El ambiente es un objeto complejo, integrado por procesos de orden natural y cultural, o sea, social, científico-técnico, económico, político-institucional, etc. Por ello expresa Leff (1998) que la "retotalización del saber que reclama la problemática ambiental es más que la suma y la articulación de los paradigmas científicos existentes; implica la transformación de sus cono-

cimientos para internalizar el saber ambiental emergente".

VIII. La lectura transversal de la LGA

Algo interesante de resaltar y que suele pasar inadvertido es cómo pensamos el funcionamiento de la norma en su totalidad. Los objetivos de la ley se relacionan con los principios del derecho y, a su vez, con los instrumentos.

Lo detallo a manera enunciativa: según el art. 2º, inc. g), prevenir los efectos nocivos y peligrosos de las actividades antrópicas es un objetivo de las políticas ambientales nacionales, que a su vez se expanden a todas las otras relaciones jurídicas a través de los principios del art. 4º. En este caso, el principio de prevención. Y a continuación se prevé, en el art. 8º (y el 11), el instrumento de acción para que ese objetivo y dicho principio cobren vida: la evaluación del impacto ambiental.

Estimo que no hacen falta más ejemplos, pero los invito a seguir haciendo la lectura transversal de la LGA.

IX. Los fundamentos de la LGA y sus instituciones

La LGA es la norma a partir de la cual se funda y consolida el nuevo derecho ambiental argentino, con sus principios, objetivos, instrumentos e instituciones. Estas definiciones dadas en la norma tienen parte de sus fundamentos fuera del campo jurídico. Se originan en otros campos como la sociología, la filosofía o la matemática.

1) *La sociedad de riesgo global conduce al colapso civilizatorio*: tal como hemos manifestado en ocasiones anteriores, el modelo económico imperante en el siglo XX fue generando diversos efectos ambientales negativos. Entre los autores que abordan el tema es dable mencionar a Ulrich Beck (11), quien llamó a la reflexión sobre los efectos ambientales de la globalización y el modelo civilizatorio. Se refirió a la sociedad de riesgo global o mundial, como aquella que se pone en peligro a sí misma, por causas no imputables a dioses o a la naturaleza sino por su

(10) "Derecho ambiental profundizado", conferencia dada para la Suprema Corte de Justicia de provincia de Buenos Aires, <https://www.youtube.com/watch?v=AaUT8gZtauw>.

(11) BECK, Ulrich, "Qué es la globalización", Ed. Paidós, 1998, y "La sociedad del riesgo", 1986.

propio accionar, por decisiones humanas y los efectos de actores de la economía. Según esta teoría, “ya no es posible exteriorizar los efectos secundarios y los peligros de las sociedades industriales altamente desarrolladas”. Y se avanza en la generación y reconocimiento de derechos universales y de mecanismos de mayor acceso a la información y participación ambiental.

2) *Revalorización del bien común*: los procesos de deterioro ambiental en desarrollo en los últimos dos siglos devuelven la mirada a la preocupación por el bien común, por lograr que el interés general prime por sobre el interés particular; se plantea el desafío de encontrar la función ambiental de todos los bienes existentes, sean públicos o privados, que no es otra cosa que la función que beneficia al conjunto. Destacamos aquí las enseñanzas de Martín Mateo, cuando refiere: “La contaminación ha originado lo que se ha calificado como tragedia de los bienes comunes, en cuanto supone la apropiación de algunos de sus contenidos esenciales...” (12).

X. Corolario

La LGA ha funcionado como pieza fundacional del nuevo derecho ambiental argentino y, a su vez, es la norma con la que se ha consolidado el desarrollo de este campo del derecho. Claramente se enlaza en la visión del paradigma de la sustentabilidad. Está concebida para ponerse

(12) MATEO, M., “Derecho ambiental”, 2ª ed., 1998, p. 65.

al servicio del cambio de modelo de sociedad solidaria e igualitaria para nuestra patria y tuvo la decisión de romper el *status quo* preexistente.

Esta ley, como todas las normas de presupuestos mínimos, está decidida a ambientalizar el derecho en su conjunto, siempre promoviendo que se produzcan nuevos procesos sociales de cambio abiertos y participativos como los que se han dado ya en algunos puntos de la Argentina.

La causa “Mendoza”, en la que se debaten los destinos de la cuenca hidrográfica Matanza-Riachuelo, ha sido el contenido del articulado de la LGA llevado a la vida para un caso concreto de alcance colectivo, el primero de esta nueva corriente jurisprudencial.

Destacamos por último la remisión que realiza el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde el año 2015 a las normas de presupuestos mínimos, y por ello esta ley es fuente normativa de aquello que es regulado en este Código.

Por ello, en mi opinión, el actual derecho ambiental argentino posee suficientes elementos para ser utilizado en la construcción de la nueva racionalidad ambiental que nos llevará al camino del nuevo paradigma de la sustentabilidad. Es indispensable actuar ahora. La Argentina está preparada y este es el derecho ambiental que soñamos.

RECURSOS NATURALES

IDENTIDAD CULTURAL PROVINCIAL

Celebración de figuras que se identifican con el culto católico romano. Percepción humanística de la fiesta. Derecho a la educación. Libertad de religión y de conciencia. Constitucionalidad de las normas que disponen los días festivos.

Con nota de Néstor A. Cafferatta

1. — La acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” es improcedente, pues se trata de la celebración de eventos históricos y culturales, que hacen a la identidad y tradición local, y tienden a afirmar la pertenencia comunitaria, los cuales, más allá de su incidental vinculación con figuras de una determinada religión, tienen un claro sentido y uso secular, y son abordados desde una perspectiva democrática, neutral y objetiva, despojada de adocrinamiento y actos de fe.
2. — Ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural; desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo de origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso y así se produce una suerte de transformación de su significación, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público.
3. — Cabe rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución local que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, pues las conmemoraciones controvertidas forman parte de un amplio calendario escolar de claro espíritu humanista, donde se contemplan numerosas fechas de diversa índole, ya sean provinciales, nacionales o internacionales, históricas, culturales, vinculadas a los derechos humanos, al ambiente, a la salud, a los valores democráticos, a la educación, entre otras muchas temá-

ticas, que en su conjunto conforman un organigrama que refleja una visión integral, plural, humanista y democrática.

4. — La acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución local que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” debe ser rechazada, toda vez que se puede afirmar que la Provincia de Mendoza al contemplar las conmemoraciones y actividades cuestionadas no tiene por objetivo imponer actos de culto o prácticas en una determinada fe, sino celebrar dos fechas destacadas por su importancia histórica y su significado secular, arraigado en la tradición y en la cultura local, procurando, de este modo, afianzar la existencia de una comunidad provincial y manteniendo incólume el principio de neutralidad religiosa del Estado.
5. — En el sistema federal, el Estado Nacional delinea las bases de la educación, las que deben respetar las particularidades provinciales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo con el art. 5º CN.
6. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no lesiona a la libertad religiosa y de conciencia de los alumnos, alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, ni afecta a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación, si, como en el caso, la conmemoración de figuras o símbolos identificados en su origen con el credo católico adquieren una significación diferente, secularizada y ajena a su estricto significado religioso.
7. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no lesiona a la libertad religiosa y de conciencia de los alumnos, alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, ni afecta a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación, toda vez que la norma dispone que se deberá eximir de estar presentes en estas actividades a aquellos que, por sus convicciones religiosas o filosóficas, no deseen participar, salvaguardándose así la

libertad de conciencia de todos los integrantes de la comunidad educativa.

8. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no vulnera el derecho a la intimidad de los miembros de la comunidad educativa que optaran por no participar en las actividades, en tanto el sistema de exención previsto en la norma no requiere la exteriorización de las creencias personales, ni de los motivos por los que no se desea estar presente en dichos eventos, es decir, el mecanismo de eximición luce como un modo razonable e inocuo de ejercer la objeción de conciencia.
9. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no vulnera el derecho a la intimidad de los miembros de la comunidad educativa que optaran por no participar en las actividades, pues se trata de actividades que se llevan a cabo solo en las dos fechas determinadas en el calendario escolar y no hay elementos que permitan entrever que la ausencia de algún alumno o trabajador en dichas jornadas pudiera provocar su estigmatización o su segregación dentro de la comunidad educativa.
10. — Cabe rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, pues las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o imposición —a los alumnos y/o personal docente y no docente— de una determinada religión o que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación (del voto del Dr. Rosatti).
11. — Ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y —no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida— la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (del voto del Dr. Rosatti).
12. — La libertad de religión es de creencia y de práctica, desde que abarca la libertad de creer o no creer y de exteriorizar —en su caso— esas creencias practicando libremente el culto de una religión, sin que se le pueda imponer a una persona la obligación de tener o dejar de tener una creencia determinada, ni la de practicar un culto determinado (art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12.1 de la CADH; art. 18.4 del PIDCyP; art. 14, inciso 1, CDN) (del voto del Dr. Rosatti).
13. — La libertad religiosa incluye también la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, concebida como el derecho de toda persona, con sustento en razones fundadas en la moral y en sus convicciones más íntimas, de no realizar determinados actos o de cumplir una norma u orden de la autoridad, cuyo ejercicio no puede ser restringido salvo que se ponga en riesgo o se afecte significativamente el orden público, la vida o los derechos de terceras personas (del voto del Dr. Rosatti).
14. — La acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” debe ser rechazada, pues la propia resolución en disputa pone especialmente el acento en el modo y la forma en que dichas conmemoraciones deben llevarse a cabo, destacando que deberán tener características que pongan énfasis en sus aspectos culturales y de tradición, en consonancia con los objetivos de una educación pública y laica que respete los principios de pluralidad, diversidad y tolerancia previstos en la Constitución provincial y que rigen las normas locales en la materia (del voto del Dr. Rosatti).
15. — Cabe rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, pues de los términos en que está redactada la norma que contiene la exención a participar de las actividades no se deriva que para hacer uso de ella se deba informar la creencia religiosa o el motivo expreso en que se sustenta tal pedido, y la parte no ha probado que, en la realidad, ello hubiera sido exigido por la autoridad educativa como condición necesaria para habilitar la exención requerida (del voto del Dr. Rosatti).
16. — La conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de

- Cuyo” es una manifestación cultural local, mas no un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina, aunque no se repite en otras provincias, y el respeto al federalismo conlleva necesariamente el respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos (del voto del Dr. Rosatti).
17. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no vulnera derechos fundamentales que autoricen su declaración de invalidez constitucional, pues se trata de un claro e inequívoco ejercicio del margen de apreciación local (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación (del voto del Dr. Rosatti).
18. — El principio de no discriminación implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa en la que nadie tiene el derecho de imponer su visión a los demás; este principio permite diseñar sociedades en las que convivan diferentes visiones que enriquecen el debate público y que, a través de la participación de cada sector se tengan en cuenta intereses, inquietudes y puntos de vista que aseguren su identidad cultural; así la función del derecho en estos casos no es excluirlos o buscar la homogeneidad, sino lograr un consenso que surge de su interacción (del voto del Dr. Lorenzetti).
19. — El derecho a la identidad dinámica individual y colectiva significa que todas las personas humanas o las comunidades pueden pretender preservar dicha identidad; y, a medida en que avanza la globalización, se refuerzan las identidades culturales locales como una búsqueda de sentido y seguridad (del voto del Dr. Lorenzetti).
20. — El patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad; es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia, puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos futuros (del voto del Dr. Lorenzetti).
21. — Existe un derecho de incidencia colectiva a la identidad cultural dinámica tutelado en tanto no exhiba potencial discriminatorio (del voto del Dr. Lorenzetti).
22. — Corresponde rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, pues la resolución mencionada establece con claridad que con las conmemoraciones y/o celebraciones se persigue una finalidad cultural y la posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual; sin evidencia ni prueba aportada a la causa de que los alumnos o personal docente que se hayan querido abstener de presenciarlas hubieran tenido alguna dificultad para ejercer esa libertad (del voto del Dr. Lorenzetti).
23. — La acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” debe ser rechazada, pues dichas conmemoraciones constituyen tradiciones tendientes a resaltar la identidad cultural colectiva de Mendoza; y su celebración no afecta al derecho de la no discriminación ni la neutralidad religiosa estatal, en tanto no hay elementos que revelen que en ellas se realicen alusiones más allá de esas referencias históricas o culturales, manteniéndose el respeto de cualquier discrepancia que todo habitante pueda tener, como así también la eximición de no concurrir a las festividades que se celebran para aquellos que no desean hacerlo (del voto del Dr. Lorenzetti).

CS, 23/08/2022. - Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c. Dirección General de Escuelas s/acción de amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/109735/2022]



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la constitucionalidad de la res. 2616/2012, emitida por la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza.

CSJ 004956/2015/RH001

Dictamen del Procurador Fiscal

-I-

La Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, y confirmó la sentencia de la Cuarta Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, de Minas y Tributario de esa Provincia (fs. 653/663 de las actuaciones principales, a las que me referiré salvo aclaración en contrario).

El tribunal indicó que la cuestión a resolver consistía en determinar si la resolución 2616/2012, emitida por la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, es inconstitucional en cuanto dispone que en el ciclo lectivo del año 2013 se realicen actividades “de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” en conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen de Carmen de Cuyo.” Señaló que la acción no había devenido abstracta pues se había mantenido la conmemoración de esas fechas en resoluciones posteriores.

En primer lugar, invocó precedentes de tribunales nacionales y de otras jurisdicciones que reflejan la idea de que el Estado no debe asumir una posición de neutralidad frente a los fenómenos religiosos. Sostuvo que la decisión de la Cámara, al igual que aquellos casos, había interpretado los derechos a la libertad religiosa y a la educación de modo armónico sin suprimir ninguno de ellos.

Asimismo, señaló que la resolución impugnada no obliga a ningún individuo a obrar en contra de sus creencias religiosas. Al respecto, recordó la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en “Bahamondez” (Fallos: 316:479), según la cual es posible ejercer la objeción de conciencia e incumplir con una norma salvo que medien razones de orden público.

A su vez, destacó que la actora, al pretender suprimir las referencias religiosas en las escuelas públicas, apeló a una forma extrema de laicismo, distinta a la propuesta por la Constitución provincial y Nacional pues ninguna se compromete con la ausencia absoluta del ejercicio de cultos.

Destacó, por un lado, que la resolución contempla las creencias de quienes profesan otros credos al prever feriados no laborales en fechas relevantes para otras religiones y, por otro, que las conmemoraciones impugnadas no constituyen actos de adoctrinamiento, sino que evocan tradiciones mendocinas para afianzar la pertenencia a la comunidad provincial.

En particular, con relación al contenido de las conmemoraciones, indicó que aquellas hacen referencia a dos figuras representativas de la iglesia católica únicamente en la medida en la que se encuentran vinculadas con la historia de la Provincia. Al respecto, consideró que la supresión de los homenajes a Santiago en su carácter de patrón de la Provincia de Mendoza y a la Virgen de Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “Generala” del Ejército de los Andes por José de San Martín, quien también le entregó su bastón de mando, constituiría un acto de represión de manifestaciones populares que forman parte del patrimonio histórico y de las tradiciones de la Provincia.

En virtud de lo expuesto, concluyó que el rechazo de la acción de amparo no implicaba desconocer la laicidad que debe regir en las aulas escolares sino que, por el contrario, aceptaba que la educación integral de los niños abarca la evocación de figuras religiosas involucradas en acontecimientos históricos. Así, alegó que la sentencia apelada respetaba las leyes que regulan la educación a nivel nacional y provincial.

-II-

Contra esa sentencia, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos interpuso recurso extraordinario (fs. 664/684), cuya denegación motivó la presentación de esta queja (fs. 103/108 y 1111115 del cuaderno respectivo).

La actora alega que el a qua decidió en contra de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger la educación de los hijos, a la honra y la dignidad, a la igualdad y a no brindar datos personales.

Por otra parte, manifiesta que la sentencia es arbitraria por diversas razones. En primer término, aduce que el a qua asume la homogeneidad de los sentimientos y la religiosidad de los habitantes de la Provincia de Mendoza. Indica que en el expediente hay presentaciones efectuadas por habitantes de esa Provincia que expresan su disconformidad con las conmemoraciones impugnadas y desacreditan esa asunción.

En segundo término, sostiene que el tribunal omitió tratar cuestiones que introdujo oportunamente. En especial, indica que el a qua no abordó su agravio relativo a que, independientemente de la posibilidad de abstención de las conmemoraciones impugnadas, la conmemoración de esas fechas lesiona el derecho a la intimidad pues hacer uso de ese permiso implica la exposición automática ante la comunidad educativa. Al respecto, agrega que las personas no se abstendrían de participar en las conmemoraciones por temor a ser discriminadas y que quienes cumplen

funciones docentes, directivas y auxiliares no pueden hacer uso de la opción en tanto deben cuidar a los menores a su cargo.

En tercer término, indica que el entendimiento del laicismo del a qua implica comprometerse con la ideología católica apostólica romana en perjuicio de las minorías no católicas de la Provincia. Por el contrario, alega que el laicismo conlleva la separación entre la iglesia y el Estado, y el respeto igualitario de las creencias de todos los habitantes.

Finalmente, controvierte la descripción que el tribunal hace de las conmemoraciones impugnadas. Niega que la evocación de figuras religiosas se encuentre justificada por su influencia en acontecimientos históricos provinciales. En particular, indica que el 8 septiembre de 1911, fecha homenajeada como el “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, fue el día en el que se coronó a la imagen de esa virgen por instrucciones del Papa Pío X. Destaca, a su vez, que el primer patrono de Mendoza fue Pedro, y no Santiago.

En cualquier caso, arguye que el a quo omite considerar que las conmemoraciones del Patrón Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo implican un reconocimiento por parte de la Dirección General de Escuelas de los dogmas eclesiósticos de la iglesia católica apostólica romana relativos a que la madre de Jesús era virgen y al culto debido a los santos, y que acarrear el reconocimiento de las fuentes doctrinales de esa iglesia. Para más, alega que ello conlleva la adopción de una posición que discrimina a las minorías no católicas. Precisa que la figura del Patrón Santiago está relacionada con la estigmatización de quienes no profesan la religión católica, pues él es también conocido como “Santiago Matamoros”, un personaje que defendía el catolicismo frente a sus enemigos. Por otra parte, recuerda que la virgen fue instituida como patrona de la educación provincial por el gobierno militar.

-III-

El recurso de queja es procedente. En efecto, los agravios del recurrente suscitan cuestión federal toda vez que cuestiona la validez de la resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas de Mendoza a la luz de los derechos constitucionales a la libertad de religión y de conciencia, a la igualdad y no discriminación, a la autonomía personal y a la intimidad, y la decisión recurrida es favorable al acto de la autoridad local (art. 14, inc. 2, ley 48). A su vez, considero que los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia se encuentran inescindiblemente ligados con aquellos referentes a la cuestión federal debatida, por lo que ambos aspectos deben ser tratados en forma conjunta (Fallos: 321:2764, “La Meridional”; 323:1625, “Arcuri”, entre otros).

-IV-

En el presente caso, el recurrente plantea que la resolución 2616/2012 emitida por la Dirección General de Escuelas de Mendoza lesiona derechos constitucionales en cuanto establece las conmemoraciones del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” en las escuelas públicas de esa Provincia.

Esa resolución, que organiza el calendario escolar de las escuelas públicas de Mendoza, enumera las conmemoraciones que deberán ser celebradas en el año 2013 en virtud de las que “se realizarán actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional y con la participación de toda la comunidad educativa” (fs. 102/103).

En particular, la resolución señala que los días 24 de marzo (“Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia”), 2 de abril (“Día del Veterano y de los Caídos en la Guerra de las Malvinas”), 1 de mayo (“Día del Trabajo”), 10 de junio (“Afirmación de los Derechos sobre las Islas Malvinas, Islas del Atlántico Sur y Antártida Argentina”), 25 de julio (“Patrón Santiago”), 24 de agosto (“Día del Padre de la Patria”), 8 de septiembre (“Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” y “Día Internacional de la Alfabetización”), 17 de septiembre (“Día del Profesor”), 12 de octubre (“Día del Respeto a la Diversidad Cultural”), 10 de noviembre (“Día de la Tradición”) y 20 de noviembre (“Día de la Soberanía Nacional”) se realizará una conmemoración con la presencia de la bandera de ceremonias en la que se entonará el himno nacional argentino. A su vez, dispone que las restantes actividades con motivo de esas conmemoraciones serán organizadas de acuerdo con lo previsto en los proyectos institucionales de cada escuela, y que podrán consistir en “clases alusivas, carteleras, entrevistas, proyección de videos, actividades diversas en las que participen alumnos, docentes y miembros de la comunidad o personalidades relevantes del medio”.

Esas conmemoraciones y sus características centrales se mantienen en la resolución 2959/2016 emitida por la Dirección General de Escuelas de Mendoza, que regula el ciclo lectivo en curso (disponible en www.mendoza.edu.ar). La resolución establece que las conmemoraciones serán presididas por las banderas de ceremonia provincial y nacional, y que se entonará el himno nacional argentino. A su vez, indica que esas fechas deberán ser celebradas mediante el dictado de clases alusivas y actividades relacionadas con la festividad, organizadas por las autoridades de los establecimientos a fin de que los alumnos profundicen su conocimiento sobre la fecha en cuestión.

Asimismo, esa resolución expresamente aclara que las conmemoraciones del Patrón Santiago y de la Vir-

gen del Carmen de Cuyo “deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de estas fechas. Si un alumno y/o personal de la institución, por su concepción religiosa o filosófica, prefiere el abstenerse de participar de dicha conmemoración, se le deberá eximir de estar presente”.

-V-

En este contexto, la cuestión central en el sub lite consiste en determinar si la resolución 2616/2012 en cuanto establece y organiza las conmemoraciones del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” se encuentra dentro del margen de autonomía legisferante de las provincias o si, como alega la recurrente, lesiona los derechos previstos en la Constitución Nacional a la libertad de religión y conciencia, a la igualdad, a la autonomía personal y a la intimidad.

Por un lado, esta Procuración General en su dictamen en la causa CSJ 1870/2014/CS1, “Castillo, Carina Viviana y otros de Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Provincia de Salta”, emitido el 2 de marzo de 2017, destacó que los artículos 5 y 121 de la Constitución Nacional consagran una amplia autonomía a fin de que las provincias dicten su propia constitución y sus propias leyes y, en particular, organicen su sistema educativo, recogiendo las diversidades locales que enriquecen al régimen federal. Allí, apuntó que “[d]esde antaño la Corte Suprema ha destacado las autonomías provinciales, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades (cf. docto Fallos: 311:460, ‘Bruno’ y sus citas; 317:1195, ‘Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe’ y sus citas; 329:5814, ‘Díaz’).”

Por el otro, nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho a la libertad de religión y de conciencia (arts. 14, 19 y 75, incs. 17 y 22, Constitución Nacional; art. 12, Convención Americana sobre los Derechos Humanos; art. 18, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 14, Convención sobre los Derechos del Niño). Aquel se encuentra, a su vez, establecido en el artículo 6 de la Constitución de la Provincia de Mendoza. Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que se trata de un derecho particularmente valioso y que comprende el respeto por quienes sostengan creencias religiosas y por quienes no las sostengan (Fallos: 312:496, “Portillo”, considerandos 8º, 9º y 10º).

En el citado caso “Castillo”, esta Procuración General determinó que el derecho a la libertad de religión y conciencia está conformado por distintas dimensiones fundamentales. En primer término, ese derecho abarca la libertad de tener o no creencias sin sufrir

injerencias ajenas (art. 12, párr. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1, párr. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones). Cabe recordar que el Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias de las Naciones Unidas ha destacado que toda práctica que exponga por la fuerza y en contra de su voluntad a los estudiantes a la instrucción religiosa constituirá una violación del artículo 18, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (AJHRC/16/53, 15 de diciembre de 2010, párr. 53).

Asimismo, el derecho a la igualdad y la libertad de religión comprende el derecho a no ser discriminado por motivos religiosos (arts. 16 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; arts. 1, inc. 1, y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; arts. 2, inc. 1, 24, 26 y 27, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones; art. 1, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; arts. 2 y 30, Convención sobre los Derechos del Niño).

En tercer lugar, tanto los niños y niñas como sus padres y representantes legales tienen la libertad de recibir una educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 12, párr. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13, párr. 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Al respecto, se ha precisado que la libertad religiosa permite que la escuela pública imparta la enseñanza de materias tales como historia general de las religiones y ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva, y que la instrucción en una religión es impermissible a menos que se hayan previsto exenciones que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores (Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 22, “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, 48º período de sesiones, HRIIGEN/11Rev.7, 1993, párr. 6; en el mismo sentido, Observación General nro. 13, “El derecho a la educación”, 21º período de sesiones, UN Doc.E/C.12.11999/10, 1999, párr. 28).

Finalmente, la obligación de revelar las creencias religiosas puede implicar una injerencia de terceros en uno de los aspectos más íntimos de las personas, que está prohibida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, a la vez que puede configurar un modo indirecto de coaccionar la libertad de tener o

no creencias religiosas (Observación General nro. 22, op. cit., párr. 3).

En ese caso, esta Procuración General concluyó que tanto la instrucción en el catolicismo durante el horario escolar como la realización de prácticas religiosas generalizadas -como rezos, bendiciones y oraciones en los cuadernos- dentro del espacio curricular y fomentadas por las autoridades escolares implicaban una presión indebida en la libertad de elección de los alumnos. A su vez, sostuvo que la aplicación de la normativa cuestionada había tenido un impacto discriminatorio en los niños y niñas en tanto coadyuvó a la segregación y a la consolidación de prejuicios o estereotipos en contra de las minorías religiosas. Señaló también que la educación religiosa no había sido implementada como una enseñanza neutral y objetiva, y que su régimen de exención era meramente una posibilidad teórica, a la vez que configuraba una indebida injerencia en la intimidad de los niñas, niños, padres y tutores. Por último, entendió que existían medios alternativos para garantizar el derecho consagrado en la Constitución de la Provincia de Salta de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos recibieran en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones.

Con relación al presente caso, cabe advertir que el examen constitucional de los derechos en juego debe considerar que existen diferencias entre la educación confesional, y las actividades escolares alusivas a figuras religiosas vinculadas con acontecimientos históricos y festividades populares relevantes en el desarrollo cultural de una sociedad. En mi entender, la sola circunstancia de que ciertas actividades escolares tengan un componente religioso no conlleva necesariamente una afectación a las distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia expuestas en el caso "Castillo". En particular, ello es así cuando las actividades escolares hagan referencia a elementos religiosos con propósitos estrictamente seculares; se realicen desde una perspectiva plural, neutral y objetiva; no fomenten, directa o indirectamente, dogmas o creencias religiosas; no impliquen la realización de actos de culto o prácticas religiosas; no incluyan actos con contenido o impacto discriminatorio; y contemplen exenciones adecuadas.

La delicadeza de los derechos en juego, la especial protección constitucional de los niños, niñas y adolescentes, y el hecho de que las actividades ocurran en la escuela requieren un escrutinio riguroso a fin de determinar si las referencias a cuestiones religiosas, ya sea por el modo en que son reguladas o implementadas, resguardan las distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia. En ningún caso puede admitirse que, bajo el pretexto de llevar a cabo una conmemoración histórica o cultural, se impon-

gan creencias religiosas o se discrimine por motivos de religión en el ámbito de la escuela pública.

-VI-

De las presentes actuaciones surge que las conmemoraciones previstas en la resolución 2616/2012, que tienen lugar una vez al año, refieren a dos figuras que pertenecen a una religión determinada en tanto se encuentran vinculadas con episodios de la historia y tradiciones culturales de la Provincia.

Por un lado, Santiago es homenajeado en su carácter de patrón de la Provincia de Mendoza. Desde mediados del siglo dieciséis el cabildo de la ciudad de Mendoza organizaba festividades en conmemoración del patronazgo de Santiago. Según reflejan fuentes historiográficas, esas actividades no eran solamente religiosas sino eminentemente cívicas y patrióticas ("Actas capitulares de Mendoza: años 1566 a 1609", Tomo I, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires: 1946; "Actas capitulares de Mendoza", Tomo II, Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Mendoza: 1961; Esteban Fontana, "El Patrono Santiago y su festividad en la época colonial", Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Segunda época, Volumen 2, 1962).

Por otro lado, la Virgen de Carmen de Cuyo es recordada por haber sido nombrada "Generala" del Ejército de los Andes por José de San Martín, quien en una ceremonia pública depositó ante la imagen de esa virgen su bastón de mando (Ricardo Levene, "El genio político de San Martín", Buenos Aires, Editorial Kraft, 1950, pág. 79; Ricardo Rojas, "El Santo de la Espada", Buenos Aires: Editorial Losada, 1942, págs. 164-165).

Los elementos probatorios incorporados al expediente no indican que, en la implementación de las conmemoraciones aquí cuestionadas, se realicen alusiones más allá de esas referencias históricas o culturales. De este modo, no se ha acreditado que la resolución impugnada tenga propósitos que excedan los seculares vinculados con particularidades e identidades de la Provincia de Mendoza.

A su vez, la autoridad educativa provincial fijó directivas acerca de la forma de llevar adelante las actividades escolares cuestionadas. En efecto, ambas resoluciones 2616/2012 y 2959/2016 establecen que las actividades serán presididas por las banderas de ceremonia y que en esa ocasión se entonará el himno nacional argentino. Además, la resolución 2959/2016 expresamente ordena que las conmemoraciones -que incluyen clases alusivas y actividades relacionadas- deberán tener características que enfatizen los aspectos culturales y tradicionales de las festividades y

acontecimientos conmemorados. Si bien esas directivas padecen de cierta imprecisión, las pruebas incorporadas a la causa no dan razones para pensar que en el contexto de las conmemoraciones se incluya algún tipo de instrucción religiosa, se fomenten creencias o dogmas, o se imponga a los estudiantes algún tipo de práctica religiosa o actos de culto, como la realización de rezos, misas u oraciones.

Además, las conmemoraciones en cuestión se insertan en un calendario escolar humanista, que no evidencia propósitos confesionales o de adoctrinamiento religioso. Para más, tanto la Constitución como la legislación provincial contemplan una oferta pública educativa regida por el principio de laicidad. Al respecto, cabe recordar que el artículo 212, inciso 1, de la Constitución de la Provincia de Mendoza dispone que “[l]a educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca”. En consonancia con ello, la Ley 6.970 de Educación Pública Provincial prevé en su artículo 4, inciso e, que el Estado garantizará que la educación sea laica y en su artículo 8, inciso b, que los alumnos tienen derecho “a ser respetados en su integridad y dignidad personal y en sus convicciones religiosas, morales y políticas en el marco de la convivencia democrática”. Esas normas guían a la Provincia en la aplicación de la normativa impugnada pues le exigen adoptar una perspectiva neutral y objetiva en las actividades escolares en general y en las conmemoraciones en particular.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde advertir que las conmemoraciones en cuestión implican cierta exposición de los niños a figuras propias de una religión determinada que, además, es la religión mayoritaria, por lo que cabe verificar la idoneidad de las exenciones otorgadas por la Provincia.

Al respecto, resulta dirimente que de los testimonios prestados por la Directora General de Escuelas y de la Subsecretaría de Educación de ese organismo surge que, en los hechos, se ha exceptuado a las personas que no quieren participar de esas actividades (fs. 213/214 y 215/216). Además, las resoluciones 1853/2013, 2381/2014, 0038/2016 y 2959/2016 prevén expresamente que los docentes, alumnos y personal no docente que deseen no asistir a las conmemoraciones serán eximidos de estar presentes.

Si bien la actora sostiene que esas exenciones son discriminatorias y vulneran el derecho a la intimidad, no trajo elementos probatorios que indiquen que, en la práctica, los alumnos, docentes y personal no docente no hagan uso de la posibilidad de abstención por el temor a ser discriminados o a fin de no revelar sus creencias religiosas o no religiosas. De las pruebas producidas no surge que el sistema de exenciones vi-

gente requiera una expresión manifiesta de las creencias, ni que las conmemoraciones en cuestión generen una segregación entre los alumnos. A diferencia de la instrucción religiosa confesional a lo largo del año lectivo que esta Procuración General analizó en “Castillo”, estas conmemoraciones se desarrollan en un momento determinado durante una jornada escolar, por lo que no es evidente que la ausencia del alumno o el personal pueda provocar un efecto de estigmatización en la comunidad educativa.

En este contexto, y a la luz de las probanzas de la causa, entiendo que las exenciones previstas por la autoridad provincial son adecuadas.

En suma, las particulares circunstancias de este caso no son suficientes para acreditar que del texto o bien de la implementación que hasta aquí se ha realizado de la resolución 2616/2012 resulte una vulneración de los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, tal como expuse, la cuestión examinada amerita una actuación sumamente prudente por parte de los tribunales pues involucra fundamentalmente a niños y niñas, titulares de una protección constitucional especial, por hechos que tienen lugar en un ambiente altamente permeable a las influencias como la escuela. Por ello, corresponde arbitrar medidas que aseguren la protección efectiva de los derechos en juego.

Es por eso que solicito a la Corte Suprema que, con intervención de la Procuración General de la Nación y previa audiencia de las partes, establezca un mecanismo de observación de la implementación de la resolución impugnada que permita asegurar que las actividades que organiza no se aparten de las circunstancias comprobadas y respeten estrictamente los principios constitucionales enunciados (cf. dictámenes emitidos por la Procuración General de la Nación, S.C. D., L. XLIX, “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, 9 de abril de 2014; S.C. C., L. XLVII, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, 8 de septiembre de 2014).

-VII-

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde admitir la queja y rechazar el recurso extraordinario. Buenos Aires, 22 de noviembre de 2017. — *Víctor Abramovich*.

Buenos Aires, 23 de agosto de 2022

Considerando:

1º) Que la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) –Filial San Ra-

fael- promovió una acción de amparo colectivo contra la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución 2616-DGE-2012 en cuanto dispone la realización de actividades de “gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, respectivamente. En función de ello, solicitó que se ordene a la demandada abstenerse de instruir al personal docente y no docente y al alumnado bajo su potestad administrativa a participar, de cualquier modo, en tales actos escolares.

En primera instancia se hizo lugar al amparo y se ordenó a la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza que adopte las medidas necesarias para que en las escuelas de gestión pública de dicha Provincia no se efectuaran las conmemoraciones en cuestión.

Al resolver el recurso de apelación de la demandada, el tribunal de alzada revocó la sentencia impugnada y rechazó la acción de amparo. Contra este pronunciamiento, la asociación actora dedujo los recursos de casación y de inconstitucionalidad previstos en el ordenamiento procesal local, los cuales fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

2º) Que, para así decidir, de modo preliminar, la Corte provincial descartó que el caso haya devenido abstracto en razón de que en los calendarios escolares posteriores al del año lectivo cuestionado en la demanda se había mantenido la conmemoración de las dos fechas controvertidas.

Al abordar la cuestión de fondo, el superior tribunal local indicó que como fundamento de su pretensión la asociación actora apelaba a una forma extrema de laicismo, tendiente a la ausencia absoluta del ejercicio de cultos, que difería de la adoptada por la Constitución Nacional. Señaló que la resolución impugnada no obligaba a individuo alguno a obrar en contra de sus creencias religiosas y recordó en este punto la doctrina del precedente de la Corte “Bahamondez” (Fallos: 316:479). Destacó que la actora no había logrado rebatir dos cuestiones fundamentales: por un lado, que la resolución atacada contempla las creencias de quienes profesan distintos credos al prever como feriados no laborables fechas relevantes para otras religiones; y, por otro, que las conmemoraciones cuestionadas no son actos de culto o adoctrinamiento, sino evocaciones de tradiciones mendocinas que procuran afianzar la identidad y pertenencia a la comunidad provincial. Remarcó que la recurrente tampoco había logrado demostrar de qué manera las

citadas conmemoraciones lesionan el derecho a la libertad religiosa, a la no discriminación y el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos.

En esta línea, aseveró que la pretendida erradicación del ámbito público escolar de las tradiciones locales “constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares y sentimientos del hombre mendocino que exceden su concreta religiosidad personal misma, porque forman parte de su patrimonio histórico y de su tradición” (cfr. fs. 661 de los autos principales).

Señaló que el rechazo de la acción no implicaba el desconocimiento de la laicidad que debía imperar en las aulas de las escuelas públicas, sino el reconocimiento de que una educación tendiente al desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes podía evocar figuras religiosas que hubieren tenido influencia en los acontecimientos históricos de la Provincia, sin incurrir en adoctrinamientos. En este sentido, indicó que las conmemoraciones controvertidas hacen referencia a dos figuras representativas de la Iglesia Católica únicamente en la medida en que se encuentran vinculadas con la historia de la Provincia de Mendoza. En concreto, recordó que son jornadas en las que se homenajea a Santiago como patrono de la Provincia y a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “Generala del Ejército de los Andes” por José de San Martín, quien en su momento también le ofrendó su bastón de mando. Manifestó que la formación en libertad del educando se vería ostensiblemente oprimida si se pretendiera una educación que ignorara estos componentes históricos y culturales insoslayables.

A partir de lo expuesto, concluyó que la sentencia apelada resultaba ajustada a derecho, según lo normado en los artículos 15 y 28 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y de acuerdo a los fines y objetivos perseguidos tanto por la ley 26.206 de Educación Nacional, como por la ley 6970 de Educación de la Provincia de Mendoza.

3º) Que contra este pronunciamiento, la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos interpuso recurso extraordinario (fs. 664/684), cuya denegación motivó la presente queja.

En su remedio federal, la recurrente plantea que la corte local efectuó una interpretación arbitraria de las normas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que tutelan los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger el tipo de educación para los hijos, a la honra y a la dignidad, a la intimidad y a la igualdad, así como de las leyes nacionales 26.061, 26.206 y 25.326.

Manifiesta que la sentencia es arbitraria por defectos de fundamentación, que resulta dogmática y contradictoria en sus propios términos. En este sentido, expresa que el a quo supone la homogeneidad de los sentimientos y religiosidad de los habitantes de la Provincia de Mendoza, pese a que en el expediente obran presentaciones efectuadas por personas ateas o de religión evangélica que manifiestan su disconformidad con las conmemoraciones cuestionadas y desacreditan tal suposición. Remarca que, de esa manera, la Corte provincial niega la diversidad y desconoce la existencia y derechos de las minorías religiosas del pueblo mendocino.

Señala que al momento de la promoción de la acción de amparo, ninguna norma contemplaba la posibilidad de que los alumnos o el personal de las escuelas públicas provinciales que no fueran católicos o creyentes pudieran ausentarse de las celebraciones en cuestión. Asevera que las posteriores resoluciones que previeron la opción de abstenerse de participar en tales eventos, exponen a quien haga uso de dicha posibilidad como disidente frente a la comunidad educativa, provocando una afectación de su derecho a la intimidad al revelar su no pertenencia al credo católico, incluso cuando no estuviesen obligados a justificar las razones de su objeción. En cuanto al personal de los establecimientos educativos, añade que en su caso la participación en aquellas actividades sería inevitable, ya que no podrían sustraerse de sus responsabilidades referentes al cuidado de los menores de edad a su cargo.

Aclara que su planteo no tiene nada que ver con aquellos actos religiosos privados que pudieran realizar los alumnos o los miembros del personal dentro del ámbito de las escuelas públicas —como, por ejemplo, llevar una medalla con una imagen religiosa colgada al cuello—, los cuales se encuentran amparados por el artículo 19 de la Constitución Nacional; sino que su pretensión se dirige a garantizar la laicidad institucional.

Sostiene que la corte local, por el contrario, asume una postura confesional, que reafirma el privilegio de la religión Católica Apostólica Romana, adoptando una clara perspectiva discriminatoria de los grupos no católicos, en situación de vulnerabilidad. Expresa que resulta arbitraria e inverosímil la afirmación referida a que no hay elementos de culto o adoctrinamiento explícito en los actos escolares impugnados, pues ellos no son sino el resultado de la extensión de las creencias y tradiciones de la grey católica a la totalidad de la comunidad educativa.

4º) Que el recurso extraordinario resulta admisible toda vez que en el caso se encuentra en tela de juicio la constitucionalidad de normas provinciales (resolu-

ción 2616-DGE-2012 y sus sucesoras), bajo la pretensión de ser contrarias a los derechos constitucionales a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la intimidad y a la igualdad, a la honra y a la dignidad; y la decisión apelada ha sido a favor de la validez de las normas locales (artículo 14, inciso 2º, de la ley 48).

5º) Que la recurrente estructura su planteo con base en la afirmación de que las dos conmemoraciones impugnadas y las actividades previstas en el calendario escolar para festejar esas fechas configuran actos de culto y adoctrinamiento en la fe católica. A partir de esta premisa sostiene que conmemorar el día 25 de julio como del Patrón Santiago y el día 8 de septiembre como de la Virgen del Carmen de Cuyo, dos figuras correspondientes a la religión católica, realizando actividades de “gran significatividad” y ‘con la participación de toda la comunidad educativa’, resulta discriminatorio para quienes no profesan dicha religión mayoritaria y, como consecuencia, lesiona varios de sus derechos.

De aquí se sigue que en el presentid y tradición local, y tienden a afirmar el caso se debe determinar si las conmemoraciones y actividades en cuestión constituyen actos de culto de la fe católica o implican de algún modo adoctrinamiento en esa religión. Esta Corte adelanta su conclusión en el sentido de que dichos eventos carecen del alegado contenido religioso y, en consecuencia, su celebración se encuentra dentro de las facultades de la Provincia de organizar su calendario escolar, y que por la modalidad como están regulados no lesionan derecho constitucional alguno.

Tal como surge del desarrollo posterior, ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público.

6º) Que como fue expuesto en la sentencia apelada —sin que la recurrente, pese a sus esfuerzos argumentales, lograra rebatirlo— y señalado también en el dictamen del señor Procurador Fiscal, si bien las conmemoraciones y actividades previstas en la norma impugnada refieren a dos figuras que pertenecen a una religión determinada, solo lo hacen en la medida en que se vinculan con la historia y la tradición

cultural de la Provincia de Mendoza. En efecto, es la impronta histórica de estas dos fechas, su significado y arraigo en la cultura local, lo que define a estas festividades y la razón que determinó, según lo que surge de la reglamentación de la autoridad educativa provincial, su inclusión en el calendario escolar y la realización de actividades alusivas.

En concreto, el 25 de julio se celebra el día de Santiago, no por su rol bíblico como destacado discípulo de Jesús de Nazaret ni por su labor evangelizadora en la península ibérica, sino como patrono de la ciudad y la Provincia de Mendoza. Es decir, se trata de una jornada en la que se evoca la figura de Santiago como protector y guardián de Mendoza, asignándole a la celebración el sentido de fiesta cívica, propia de la cultura, historia e identidad del pueblo mendocino. La celebración no es una afirmación de convicción religiosa alguna por parte de la comunidad mendocina que se impone a quienes no comparten un credo determinado, sino una forma de mostrar, anclada en la historia provincial, que los mendocinos se consideran como parte de la misma comunidad.

En cuanto a su origen, las fuentes históricas indican que “fue el Cabildo secular el que comenzó y vigorizó la fiesta del Patrono de la ciudad” (Esteban Fontana, “El Patrono Santiago y su festividad en la época colonial”, Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Segunda época, Volumen 2, 1962, página 152).

En efecto, las “Actas Capitulares de Mendoza” dan cuenta de que desde mediados del siglo XVI cada 25 de julio y en su víspera se organizaban anualmente festividades en honor a su patronazgo, las cuales eran eminentemente cívicas y patrióticas. En el marco de aquella celebración, entre las personalidades destacadas de la sociedad mendocina era elegido un nuevo alférez real, quien al aceptar el cargo prestaba el debido juramento y encabezaba una procesión por la plaza y las calles enarbolando el estandarte de la ciudad, que previamente le era entregado en solemne ceremonia.

Así, a modo de ejemplo, del Tomo I de las referidas actas surge que “desde que esta ciudad se fundó y pobló se ha usado y acostumbrado en cada un año nombrar alférez para que saque el pendón y estandarte que esta ciudad tiene la víspera y día de fiesta del Señor Santiago, patrón de las Españas, aquí en esta ciudad tiene por patrón y abogado” (según traducción de Esteban Fontana del pasaje en castellano antiguo que dice: “[...] dixerón que por qu.to desde questa ciudad se fundo y poble sea husado y acostumbrado en cada vn año nombrar alférez pa que saque El pendon y Estandarte que Esta ciudad tiene la víspera y día de fiesta del señor Santo patrón delas Españas aquí en

Esta ciudad tiene por patrón y abogado”; ver, Fontana, obra citada, página 151 y Tomo I de las “Actas Capitulares de Mendoza”, publicadas en Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1945, página 149).

También se afirma que “en la fiesta de Santiago era uso y costumbre traer el estandarte real por las calles de la ciudad y de la plaza (según traducción de Esteban Fontana de la frase que dice: “[...] esvso Ecotunbre sacar y traer El Estandarte Real por Las calles desta ciud y placa della”; Fontana, obra citada, página 153 y Tomo I de las referidas actas capitulares, página 464).

En el mismo sentido, en las páginas 91, 231, 264, 361, 408 y 409 de dicho tomo de actas consta que, manteniendo las formas descritas, esas actividades tenían lugar año tras año en el seno de la comunidad mendocina.

Este carácter cívico y patriótico de la festividad se puede corroborar, asimismo, en varios pasajes del Tomo II de las “Actas Capitulares de Mendoza”. Por ejemplo, se lee en la página 181 que “es costunbre establecida por los primeros pobladores, traer el estandarte real por las calles de esta dha Ciud. con el acompañamiento y solemnidad que se requiere”; así como también se encuentran numerosas menciones al nombramiento y juramento del alférez, como la efectuada en las páginas 19 y 20, “para que se le entriegue el dicho rreal estandarte para cuyo efecto en Presencia deste cabildo y de mi preste. escriuo. se le tomo juramento” (ver también páginas 130-132, 182, 183, entre otras, del Tomo II de las “Actas Capitulares de Mendoza”, publicadas en Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Mendoza, 1961).

Vale agregar que, siguiendo cuatro siglos de dicha tradición local, desde hace más de cincuenta años que la ley provincial 4081 declara el 25 de julio feriado en todo el territorio de la Provincia de Mendoza en homenaje a su Patrono.

Por su parte, el 8 de septiembre se recuerda a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “Patrona y Generala del Ejército de Los Andes” por José de San Martín, quien a su vez le entregó en advocación su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora. Aquellos actos ya en su momento tuvieron gran significación para la comunidad mendocina con un notorio espíritu patriótico. Así lo relata Ricardo Rojas: “vestido de gala el ejército entró por la Cañada de la ciudad de Mendoza, con su general a la cabeza de la formación; se dirigió a la Matriz por calles adornadas de flores, gallardetes, cortinados e insignias nacionales; proclamó a la Virgen patrona del Ejército Libertador, como Belgrano lo hiciera en

Tucumán; y luego en la Plaza, delante de los soldados y del pueblo, enarboló la bandera de Los Andes para invitar al juramento” (Ricardo Rojas, “El Santo de la Espada”, Buenos Aires, Editorial Losada, 1940, pág. 164; ver también Ricardo Levene, “El genio político de San Martín”, Buenos Aires, Editorial Kraft, 1950, pág. 79). Son estos hechos históricos, en los que se exalta la figura del prócer nacido en Yapeyú y la campaña del Ejército de los Andes, los que se conmemoran, sin rendir culto a la figura de la Virgen María como madre de Jesucristo ni abordar los dogmas marianos sostenidos por la Iglesia Católica Apostólica Romana.

Por otro lado, tanto la norma impugnada en la demanda (resolución 2616-DGE-2012) como aquellas resoluciones que fijaron los posteriores calendarios escolares establecen que estas y otras muchas y variadas fechas conmemorativas incluirán actividades de gran significatividad que exalten los valores de identidad nacional, con la participación de toda la comunidad educativa, respetando el normal desarrollo de las tareas de enseñanza, aprendizaje y evaluación. Allí se indica, también, que los actos escolares pertinentes estarán presididos por las banderas de ceremonias y se entonará el himno nacional argentino. Además, la actual normativa (resolución 102-DGE-2020) en forma expresa ordena que las conmemoraciones de los días del Patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de esas fechas, y prevén que si, por su concepción religiosa o filosófica personal, un alumno o miembro del personal escolar prefiere abstenerse de participar, se le deberá eximir de estar presente.

En adición a lo expuesto, no debe perderse de vista que las conmemoraciones controvertidas forman parte de un amplio calendario escolar de claro espíritu humanista. En él se contemplan numerosas fechas de diversa índole, ya sean provinciales, nacionales o internacionales, históricas, culturales, vinculadas a los derechos humanos, al ambiente, a la salud, a los valores democráticos, a la educación, entre otras muchas temáticas, que en su conjunto conforman un organigrama que refleja una visión integral, plural, humanista y democrática. Como muestra vale mencionar que junto a las fechas nacionales e internacionales, se incluyen en el calendario escolar las siguientes jornadas conmemorativas de orden provincial, que se suman a las dos que fueron impugnadas por la asociación actora: 2 de marzo, Fundación de la Ciudad de Mendoza; 20 de marzo, Día Provincial de la Prevención Sísmica; 18 de julio, Día Provincial de la Memoria Activa en homenaje a las víctimas directas e indirectas del atentado terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA); durante todo el mes de agosto, Mes del General San Martín y del Pueblo Mendocino; 1º de agosto, Día del Ejército de los An-

des; 15 de agosto, Día Provincial del Árbol; 4 de septiembre, Día Provincial de la Construcción Colectiva de Conciencia Ciudadana en memoria de la desaparición de Johana Chacón; 15 de septiembre, Día Provincial de la Modalidad de Educación Domiciliaria y Hospitalaria y Día Provincial de la Adopción; del 5 al 9 de octubre, Semana de la Inclusión Educativa; del 12 al 16 de octubre, Semana de la Merienda Saludable; 30 de octubre, Día del Escudo de la Provincia de Mendoza; 10 de noviembre, Día de la Flor Provincial (Jarilla); y 20 de noviembre, Día Provincial del Agua (conforme al calendario aprobado por la resolución 102/20 de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza).

Ante el contexto fáctico y normativo descripto, se puede afirmar que la Provincia de Mendoza, al contemplar las conmemoraciones y actividades cuestionadas no tiene por objetivo imponer actos de culto o prácticas en una determinada fe, sino celebrar dos fechas destacadas por su importancia histórica y su significado secular, arraigado en la tradición y en la cultura local, procurando, de este modo, afianzar la existencia de una comunidad provincial y manteniendo incólume el principio de neutralidad religiosa del Estado.

7º) Que descartado entonces el carácter religioso de las conmemoraciones en cuestión, cabe destacar que, desde esta perspectiva, el calendario escolar responde a las claras directivas que emanan de la Constitución de la Provincia de Mendoza que dispone que “[l]a educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca” (artículo 212, inciso 1) y de la ley 6970 de Educación Pública de la Provincia de Mendoza (artículo 4º, inciso c, y 8º, inciso b), que reafirma el principio de laicidad de la educación pública en el ámbito provincial, las cuales, a su vez, guardan conformidad con las cláusulas de la Constitución Nacional referentes a la educación y al principio de neutralidad religiosa.

A este respecto, vale recordar que según la redacción del artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, fruto de la reforma del año 1994, el Congreso Nacional debe “[s]ancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

De ello se sigue que en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea las “bases de la educación”,

las que deben respetar las particularidades provinciales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo al artículo 5º de la Ley Fundamental.

Asimismo, con relación al principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación, esta Corte ha dicho que del debate que precedió a la aprobación del citado texto del artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina —su carácter neutral y gratuito— y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación. Este Tribunal también tuvo oportunidad de aclarar que más allá de las distintas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (Fallos: 340:1795).

En suma, conforme a los lineamientos trazados por el Estado Nacional en base a los reseñados principios y objetivos constitucionales, las provincias organizan la educación en sus respectivas jurisdicciones; por lo que es a la luz del referido principio de laicidad, que surge de la Constitución Nacional y que la Constitución de la Provincia de Mendoza establece expresamente (ver artículos 5, 6 y 212, inciso 1) que las autoridades educativas provinciales deben desarrollar la actividad escolar.

Tal como se explicó en párrafos precedentes, es en este marco de neutralidad religiosa que se llevan a cabo las conmemoraciones en cuestión en el ámbito educativo de la Provincia de Mendoza. Se trata de la celebración de eventos históricos y culturales, que hacen a la identidad y tradición provincial, y tienden a afirmar la pertenencia comunitaria, los cuales, más allá de su incidental vinculación con figuras de una determinada religión tienen un claro sentido y uso secular, y son abordados desde una perspectiva democrática, neutral y objetiva, despojada de adoctrinamiento y actos de fe. Aquellas figuras o símbolos identificados en su origen con el credo católico adquieren una significación diferente, secularizada y ajena a su estricto significado religioso. En este sentido, vale remarcar lo dicho en cuanto a que la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso.

Lo expuesto conduce, como se adelantó, a descartar que se configure en el caso una lesión a la libertad

religiosa y de conciencia de los alumnos, de las alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, así como una afectación a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación.

8º) Que es menester destacar que incluso tratándose de conmemoraciones y actividades que tienen un sentido y propósito secular, la norma cuestionada en su actual redacción contempla la posibilidad de eximirse de participar en ellas a quienes puedan ver afectadas sus convicciones o creencias personales. Vale aquí recordar que la objeción de conciencia es el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común (doctrina de Fallos: 312:496; 316:479, voto de los jueces Fayt y Barra, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi y disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano; 328:2966, disidencia de la jueza Highton de Nolasco y 335:799).

En esta línea, se advierte que, conforme surge de las constancias de autos, en los hechos se ha exceptuado de asistir a estos actos escolares a quienes así lo solicitaron, de acuerdo a las declaraciones de la Directora General de Escuelas de la Provincia de Mendoza y de la Subsecretaría de Educación de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, que lucen a fs. 213/214 y 215/216, respectivamente. Además, las resoluciones que fijan los calendarios de cada ciclo lectivo desde el año 2013 a la fecha de manera expresa prevén —como se señaló— que se deberá eximir de estar presentes en estas actividades a aquellos alumnos, alumnas y miembros del personal docente y no docente de los establecimientos educativos que, por sus convicciones religiosas o filosóficas, no deseen participar.

De esta forma, al contemplarse y tener lugar adecuadas exenciones, se salvaguarda la libertad de conciencia de todos los integrantes de la comunidad educativa. Por lo demás, la recurrente no aporta elemento alguno que respalde su afirmación acerca de que los miembros del personal de los establecimientos educativos se verían impedidos de exceptuarse de participar en los actos escolares en virtud de la responsabilidad de guarda de los menores a su cargo. Por el contrario, al presentarse en el expediente y adherir a las pretensiones de la asociación actora, Ricardo Alejandro Ermili, en su condición de Director de la escuela secundaria n° 4-130 “Profesor Jorge de la Reta” e integrante de las minorías no católicas de la Provincia de Mendoza, señaló que a lo largo de los veinte años bajo dependencia laboral de la Dirección General de Escuelas provincial nunca participó de los actos escolares cuestionados y reconoció jamás haber recibido un reproche por ello (fs. 285/285 vta.).

9º) Que, asimismo, el planteo de la recurrente referente a la vulneración del derecho a la intimidad de los miembros de la comunidad educativa que optaran por no participar en las actividades impugnadas carece de todo sustento. En primer lugar, el sistema de exención previsto en la norma no requiere la exteriorización de las creencias personales, ni de los motivos por los que no se desea estar presente en dichos eventos. Además, de las constancias de autos no surge que en la práctica hubiera habido casos de alumnos o integrantes del personal de las escuelas que hubieran dejado de hacer uso de esta posibilidad de abstención por temor a develar convicciones íntimas o a sentirse discriminados por su decisión. Por el contrario, el mecanismo de eximición contemplado en la norma luce como un modo razonable e inócuo de ejercer la objeción de conciencia. Por lo demás, se trata de actividades que se llevan a cabo solo en las dos fechas determinadas en el calendario escolar y no hay elementos que permitan entrever que la ausencia de algún alumno o trabajador en dichas jornadas pudiera provocar su estigmatización o su segregación dentro de la comunidad educativa.

Tampoco la recurrente ha logrado demostrar siquiera mínimamente de qué modo la conmemoración de estas fechas lesiona los derechos de los miembros del colectivo actor a la honra, entendido en relación con la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad, amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito (Fallos: 331:1530, voto de la jueza Highton de Nolasco; 337:1174) y a la dignidad, inherente a toda persona humana. Al respecto, alega que la misma fuente de autoridad que establece la doctrina de la que emanan los actos escolares del Patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo, a la que identifica en el “Código de Derecho Canónico y el papado y Obispos reunidos en Concilios”, contiene descalificaciones y condenas hacia quienes no profesan la fe católica (cfr. fs. 680). Ahora bien, en atención a las características de los actos escolares impugnados descriptas en los considerandos precedentes, resulta innecesario indagar en tales afirmaciones de la recurrente, pues cualquiera que fuere la postura de la autoridad eclesiástica respecto de las personas que no comparten el culto católico, no existe relación alguna entre dicha opinión y los fundamentos por los que la autoridad provincial incluyó las conmemoraciones en el calendario escolar, la forma y el contenido previsto para las actividades alusivas.

10) Que, finalmente, se destaca que el presente caso resulta diferente del registrado en la causa “Castillo” (Fallos: 340:1795). En este precedente, el Tribunal examinó la constitucionalidad de una disposición de la Ley de Educación de la Provincia de Salta que

establecía que la instrucción religiosa integraba los planes de estudio, se impartía dentro de los horarios de clase y debía contar con el aval de las autoridades religiosas. El análisis propuesto en dicho fallo consideró el contexto social en el que se aplicaba la disposición, las políticas públicas y las prácticas que de ella se derivaban, y de qué modo impactaba en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacía.

Allí se estableció que en los supuestos en los cuales exista una norma neutral resulta necesario que de las constancias de la causa surja prima facie que dicha norma causa una discriminación sistémica que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.

A diferencia de lo allí acontecido, no surge prima facie de los elementos de la presente causa que las conmemoraciones y actividades contempladas en la resolución cuestionada —cuyo carácter neutral ya se ha afirmado precedentemente— se lleven a cabo en las escuelas de la Provincia de Mendoza generando un impacto diferenciado en los miembros de algún grupo como, en el caso, el conformado por aquellos alumnos y personal de las escuelas públicas que no comulguen con la fe católica. Por ello, no puede pretenderse aquí la aplicación del estándar desarrollado en el mencionado precedente “Castillo”.

11) Que por las razones expuestas se concluye que la resolución 2616-DGE-2012 —en cuanto incluye en el calendario escolar mendocino la realización de actividades de “gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”— no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en las escuelas públicas y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la actora en la acción colectiva interpuesta.

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden, en atención a las particulares circunstancias del caso (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Horacio Rosatti* (por su voto). — *Ricardo L. Lorenzetti* (por su voto).

Voto del doctor *Rosatti*

Considerando:

1º) Que la Asociación Civil Permanente por los Derechos Humanos dedujo acción de amparo con-

tra la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución 2616/2012 en cuanto dispuso que en las escuelas públicas, para el ciclo lectivo del año 2013, los días 25 de julio y 8 de septiembre, respectivamente, se realicen actividades “de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” en conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, disposición que –en términos análogos– fue mantenida en las resoluciones posteriores para los ciclos lectivos subsiguientes (conf. resoluciones 2361/2014, 2959/2016 y 2900/2017).

Sostuvo que dicha resolución vulnera los derechos a la libertad religiosa dentro del ámbito escolar y, consecuentemente, el de la libertad de pensamiento, de igualdad, de no discriminación y el de los padres a que sus hijos menores reciban una educación ajustada a sus creencias religiosas (art. 212, inciso 1, de la Constitución provincial, art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 4 y 128 de la ley de Educación Nacional 26.206, art. 28 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, art. 4 de la ley provincial de educación 6970 y de la ley 2589).

En consecuencia, solicitó que se ordenara a la demandada que se abstuviera de instruir a sus docentes, alumnos y personal no docente sometidos a su potestad administrativa, a participar de cualquier modo (organización, asistencia, ejecución) de tales actos escolares.

2º) Que la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por la actora y confirmó la decisión de la Cámara que, al revocar la sentencia de primera instancia, había desestimado la acción intentada.

Después de reseñar los antecedentes del caso y los agravios de la parte, la corte local precisó que el a quo, de conformidad con lo decidido en distintos precedentes que mencionó y frente a la colisión de dos derechos fundamentales, había adoptado las vías interpretativas adecuadas para armonizarlos sin suprimir ninguno de ellos. Recordó que en los supuestos en los que se ventilaban dos o más derechos de igual rango, debía resolverse el asunto aplicando la regla según la cual la interpretación constitucional debía procurar la armonía de ellos dentro del espíritu que les había dado vida, al tiempo que no debía perderse de vista

que el reconocimiento de una sociedad pluralista que albergaba el amplio abanico de derechos fundamentales importaba el ejercicio de los mismos de manera razonable, dentro de los límites debidos.

Precisó que los derechos aquí involucrados (derecho de religión y de educación) habían sido expresamente reconocidos en el art. 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, a la vez que la constitución provincial establecía el principio de educación pública, laica y gratuita, el que era receptado en la ley de educación local 6970. Añadió que la laicidad que proclamaba dicha constitución con relación a la educación, tenía correlato con la laicidad que sustentaba la Constitución Nacional respecto del Estado Nacional; en consecuencia, reconocía la dimensión espiritual del ser humano y respetaba la esfera externa e interna que conllevaba el ejercicio de la libertad de conciencia. El laicismo mencionado respondía, por compromiso histórico, a una invocación a la libertad y no a la imposición de cultos ni al forzamiento de su pretendida ausencia absoluta.

A renglón seguido, afirmó que, de acuerdo con el criterio sostenido por la Corte Suprema en el precedente “Bahamondez” (Fallos: 316:479) según el cual la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia e incumplir una norma u orden de autoridad que violentara las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afectara significativamente los derechos de terceros ni el bien común, la sentencia no obligaba a ningún individuo a obrar contra sus creencias religiosas.

Por último, afirmó que la resolución cuestionada contemplaba las creencias religiosas de quienes profesaban otros credos al prever feriados no laborables con relación a fechas relevantes para otras religiones y que las conmemoraciones atacadas no eran actos de culto o adoctrinamiento, sino evocadores de tradiciones mendocinas, cuya conmemoración perseguía afianzar la identidad y pertenencia a la comunidad provincial. Destacó que no se había demostrado que tales conmemoraciones, a partir de dos figuras representativas de la iglesia católica solo en su vinculación con la historia de la ciudad de Mendoza, lesionaran o afectaran ostensiblemente el derecho a la libertad religiosa, a la no discriminación y al derecho de los padres de elegir la formación de sus hijos.

La pretendida erradicación del ámbito público escolar de tradiciones mendocinas vinculadas al homenaje periódico anual de las figuras del Santo Patrono –inseparable del hecho mismo de la fundación de la ciudad– y de la imagen de la Virgen del Carmen de Cuyo –quien fuera designada por el General San Martín como “Generala” del Ejército de Los Andes y

a quien entregó su bastón de mando- constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares que excedían su concreta religiosidad porque formaban parte de su patrimonio histórico y de su tradición.

La corte local concluyó que la decisión de rechazar el amparo no implicaba desconocer la laicidad que debía ostentarse en las aulas escolares, sino reconocer que una educación que tienda al desarrollo integral del niño, niña y adolescente podía evocar figuras religiosas que habían tenido influencia en acontecimientos históricos provinciales, sin incurrir en adocrtrinamiento (conf. arts. 15 y 28 de la ley 26.061, fines y objetivos de la Ley de Educación Nacional 26.206 y de la provincial 6970).

3º) Que contra dicho pronunciamiento la actora dedujo recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja.

En apretada síntesis, sostiene que la sentencia vulnera los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger la educación de sus hijos, a la honra y a la dignidad y a la igualdad, al tiempo que vulnera los derechos consagrados en las leyes 26.061 y 25.326.

Asimismo, aduce que la sentencia es arbitraria en cuanto: a) asume la homogeneidad de los sentimientos y la religiosidad de los habitantes de la Provincia, cuando en la causa existen presentaciones de algunos de ellos que dan cuenta de su disconformidad con dichas conmemoraciones y ponen de manifiesto que además de personas católicas mendocinas con sus propias tradiciones existen otros sectores que tienen las suyas, tan respetables como ellas; b) omite tratar su agravio atinente a que la posibilidad de hacer uso de la exención prevista en la resolución lesiona el derecho a la intimidad de los alumnos, docentes y personal no docente, en tanto importa su exposición automática ante la comunidad educativa aun cuando no estuviesen obligados a justificar las razones de su objeción de conciencia ante la autoridad escolar, agregando que, por temor a ser discriminados, el margen de autonomía real de los objetores se reduciría notablemente; y c) adopta una postura confesional y privilegia al catolicismo por sobre los derechos de los grupos no católicos que no se corresponde con un estado democrático.

Por último, además de desconocer que la evocación de las figuras religiosas responda a su influencia en los acontecimientos históricos provinciales destacados por la corte local, señala -con sustento en las publicaciones existentes en el portal de internet de la Dirección General de Escuelas local- que las conmemoraciones cuestionadas importan un claro

reconocimiento de los dogmas de la Iglesia Católica Apostólica Romana, conclusión que no ha sido ajena a la propia Dirección en tanto en su reglamentación admitió la posibilidad de que haya alumnos y docentes que puedan abstenerse de participar de tales actos en razón de sus convicciones religiosas o filosóficas.

4º) Que atento a la entidad de los derechos en juego, se solicitaron las actuaciones principales y se dio vista a la Procuración General de la Nación que dictaminó a fs. 71/77 del recurso de hecho en el sentido de que correspondía confirmar la sentencia apelada.

5º) Que los agravios de la recurrente suscitan cuestión federal que habilitan su examen por la vía del art. 14 de la ley 48, pues aun cuando este Tribunal ha sostenido que la interpretación asignada por los jueces locales a las normas rituales aplicables al caso impiden su revisión en la instancia extraordinaria, en virtud del respeto debido a las provincias de darse sus instituciones y regirse por ellas (Fallos: 275:133; 305:112, entre otros), ello encuentra su límite en la observancia a las declaraciones, derechos y garantías reconocidas en la Constitución Nacional, desde que ese límite resulta plenamente aplicable no solo a los poderes de gobierno federal sino también a los pertenecientes a los gobiernos provinciales (art. 5º Constitución Nacional; Fallos: 98:20).

En tales condiciones, toda vez que en el caso se cuestiona la validez de la resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza a la luz de los derechos constitucionales a la libertad de religión y de conciencia, a la igualdad y no discriminación, a la autonomía personal y a la intimidad, derechos todos reconocidos en la Ley Fundamental, y la decisión recurrida es favorable al acto de la autoridad local, corresponde que esta Corte, en uso de su facultad jurisdiccional propia y específica, entienda en el asunto (art. 14, inciso 2º, ley 48). Con relación a los agravios relativos a la arbitrariedad de sentencia, ellos se encuentran inescindiblemente unidos con aquellos referentes a la cuestión federal debatida, por lo que ambos aspectos serán tratados de manera conjunta (conf. Fallos: 326:4285; 327:3560 y 3597; 328:1893, entre muchos otros).

6º) Que la cuestión a resolver radica en determinar si la resolución mendocina de marras -en cuanto prevé en las escuelas públicas la conmemoración del "Día del Patrón Santiago" y del "Día de la Virgen del Carmen de Cuyo", los días 25 de julio y 8 de septiembre, respectivamente- vulnera (o no vulnera) los derechos constitucionales de libertad de religión y conciencia, igualdad, autonomía personal e intimidad.

Para ello, se habrán de analizar, en este orden, las siguientes cuestiones: i) titularidad de la competencia

educativa (considerando 7°); ii) alcance de la libertad de cultos (considerandos 8° y 9°); iii) impacto de la resolución cuestionada en los términos en que está planteado el conflicto (considerandos 10 a 15); iv) alcances del margen de apreciación local en la causa (considerandos 16 a 18). Como consecuencia de lo anterior, se extraerá la conclusión aplicable a la causa (considerando 19).

Competencia en materia de educación

7°) El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes del país el derecho de aprender (consagrado conjuntamente al de enseñar), que abarca, en el ámbito de la educación formal, el acceso a tal educación así como a no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje.

En ese marco, es competencia del Congreso de la Nación Argentina “sancionar *leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales*; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales” (art. 75, inciso 19, énfasis agregado). Si se trata de pueblos originarios, el Congreso debe asegurar una “educación bilingüe e intercultural”, responsabilidad que pueden ejercer concurrentemente las provincias (art. 75 inc. 17).

Con relación a la competencia provincial en la materia educativa, rige la cláusula del art. 121 que establece el estándar general de que “las provincias *conservan todo el poder no delegado* por esta Constitución al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado al tiempo de su incorporación” (énfasis agregado) y, más específicamente, la norma del art. 5 que dispone que “*cada provincia dictará para sí una Constitución* bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y *que asegure* su administración de justicia, su régimen municipal y *la educación primaria*. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones” (énfasis agregado).

En este marco plural de competencias, es oportuno recordar que “siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interac-

ción articulada”. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal, al sostener que “el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial”, que ello “no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes” (Fallos: 330:4564, considerando 11 *in fine* y Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012; 340:1695).

En la misma sintonía, esta Corte ha sostenido que, cuando el deslinde riguroso entre las competencias federales y provinciales ofrece duda “debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes” lo cual “implica asumir una conducta federal *leal*, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal ‘*in totum*’” (Bidart Campos, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ediar, 2007, Tomo I A, pág. 695. Fallos: 340:1695, considerando 6°).

Alcance de la libertad de cultos

8°) Que a fin de precisar el contexto en el que se inserta el conflicto a resolver, deviene oportuno recordar que este Tribunal ha reafirmado el criterio según el cual ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y que -no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida- la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (conf. Fallos: 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496).

La libertad de religión es de creencia y de práctica, desde que abarca la libertad de creer, o no creer, y de exteriorizar —en su caso— esas creencias practicando libremente el culto de una religión, sin que se le pueda imponer a una persona la obligación de tener o dejar de tener una creencia determinada, ni la de practicar un culto determinado (art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 14, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Para evitar que alguna religión obtenga privilegio sobre las demás, resulta pertinente recordar que la libertad religiosa incluye también la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, concebida

como el derecho de toda persona, con sustento en razones fundadas en la moral y en sus convicciones más íntimas, de no realizar determinados actos o de cumplir una norma u orden de la autoridad, cuyo ejercicio no puede ser restringido salvo que se ponga en riesgo o se afecte significativamente el orden público, la vida o los derechos de terceras personas (conf. Fallos: 316:479).

9º) Que lo dicho no implica que el Estado sea indiferente frente a las religiones, sino que -por considerarlas como una expresión de la espiritualidad humana- debe garantizar su protección y asegurar la libertad de su ejercicio dentro de un marco de pluralismo y tolerancia (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional).

La Resolución cuestionada

10) Que, establecidos los alcances de las normas que consagran los derechos a aprender y a profesar libremente el culto, corresponde analizar si la resolución cuestionada en autos entra en conflicto con alguna de estas prerrogativas, o con ambas.

En primer lugar, debe señalarse que la Constitución provincial mendocina dispone -en lo que aquí interesa- que “la educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca” (art. 212, inciso 1º) y que, en consonancia con ello, la ley 6970 de educación pública local prevé que los alumnos tienen derecho a “ser respetados en su integridad y dignidad personal y en sus convicciones religiosas, morales y políticas en el marco de la convivencia democrática” (arts. 4º, inciso c y 8º, inciso b).

A su turno, la resolución 2616/2012 establece el calendario escolar como una herramienta de planeamiento y orientación del trabajo anual para los distintos niveles y modalidades del sistema educativo provincial, y -entre otros temas- contempla la incorporación de efemérides nacionales y departamentales, atendiendo a las características propias de la Provincia que hacen a su identificación como estado integrante del sistema federal. Entre ellas, se encuentran la conmemoración del Patrón Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo (véase en especial Anexo I, punto 9, FORMA 2, y puntos 11 y 12; Anexo II).

Al respecto, dispone que “las instituciones escolares darán a los actos y conmemoraciones la importancia que revisten en la formación de nuestra identidad nacional, los valores democráticos y la formación de actitudes que tales actos procuran lograr” (conf. art. 8). Con particular referencia a todas las conmemoraciones allí contempladas, dispone que se llevarán a cabo “...actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional con

la participación de toda la comunidad educativa”, y respecto a las conmemoraciones en disputa establece que se realizarán con la presencia de la bandera de ceremonias de la escuela, entonándose el himno nacional argentino, y que “deberán ser conmemoradas y solemnizadas en el transcurso de los días de la semana en que ocurren, mediante el dictado de clases alusivas y actividades relacionadas con la festividad, las que serán organizadas por las autoridades de los establecimientos de forma tal que los alumnos profundicen en el conocimiento y significado de la fecha celebrada” (art. 3º, Anexo I, punto 9).

En las resoluciones posteriores para los ciclos lectivos escolares se mantienen las citadas conmemoraciones, aclarándose expresamente que las referidas al Patrón Santiago y a la Virgen del Carmen de Cuyo “deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de estas fechas. Si un alumno y/o personal de la institución, por su concepción religiosa o filosófica, prefiera abstenerse de participar de dicha conmemoración, se le deberá eximir de estar presente” (véase resoluciones 2361/2014, 2959/2016 y 2900/2017).

11) Que la pregunta que se proyecta, a partir de los conceptos resumidos y en relación a la resolución de la presente causa, es la siguiente: ¿pueden las celebraciones de mención “tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición”, como sostienen las autoridades locales, o están inexorable e irremediamente ligadas a convicciones religiosas y —más aún— propias de una sola religión? En el primer caso, las resoluciones de marras podrían sortear -bajo determinada percepción del federalismo argentino- el test de razonabilidad constitucional; en el segundo, no cabría otra alternativa que declarar su inconstitucionalidad por violación del derecho a aprender, a ejercer libremente el culto, a la intimidad y a la igualdad entendida como no discriminación.

12) Que una de las celebraciones cuestionadas, la del 25 de julio, conmemora el día de Santiago, que ciertamente —conforme al texto bíblico— fue un discípulo de Jesús de Nazaret, pero que es asimismo el patrono de la ciudad y la Provincia de Mendoza, entendiéndose por “patrón” o “patrono”, a estos efectos, a un protector espiritual o guardián de un grupo de personas o una comunidad.

Fuentes históricas mendocinas indican que esta celebración es de larga data: “desde que esta ciudad se fundó y pobló se ha usado y acostumbrado en cada un año nombrar alférez para que saque el pendón y estandarte que esta ciudad tiene, la víspera y día de fiesta del Señor Santiago”, quien lo paseaba por las calles de la ciudad agregando que “fue el Cabildo secular el que comenzó y vigorizó la fiesta del Patrono de

la ciudad” (Esteban Fontana, “El Patrono Santiago y su festividad en la época colonial”, Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Segunda época, Volumen 2, 1962, páginas 151 y sgtes.).

Las actas del Cabildo de Mendoza revelan que la celebración anual del patronazgo se organizaba desde mediados del siglo XVI. En el marco de aquella celebración se desarrollaba una actividad típicamente cívica, que era la elección del alférez real, una distinción que -en la tradición ibérica- recaía en quien se había destacado en el campo de batalla, y que se fue trasmutando -por el peso de la costumbre- en una designación cívica de alto contenido simbólico (“Actas Capitulares de Mendoza”, publicadas en Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Mendoza, 1961, tomo II, págs. 130-132, 182, 183, entre otras; “Actas Capitulares de Mendoza”, publicadas en Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1945, tomo I, página 149). En ese contexto, siguiendo cuatro siglos de tradición local, desde hace más de cincuenta años, la ley provincial 4081 declaró el 25 de julio feriado en todo el territorio de la Provincia de Mendoza en homenaje a su Patrono.

13) Que es pertinente recordar que el federalismo argentino se estructura desde las provincias hacia el Estado federal y no al revés. Dicho de otro modo: el Estado nacional es una creación de las provincias originarias (luego fortalecido por las provincias sobrevivientes a la Constitución de 1853/60); si no fuera por estas -por la voluntad de sus representantes y en cumplimiento de pactos preexistentes, conforme dice el Preámbulo- aquel no existiría. El texto mismo de la Norma Fundamental lo recuerda, en su art. 35, cuando designa a nuestro país no solo con el nombre de “República Argentina”, sino también como “Confederación Argentina” y como “Provincias Unidas del Río de la Plata”.

La preexistencia de las provincias al Estado federal permite comprender la regla de que conservan el poder no delegado constitucionalmente a aquel; ello ha sido expresamente reconocido por esta Corte desde temprana época (Fallos: 1:170) y reiterado en tiempos más recientes (Fallos: 324:3048; 327:3852 y 334:626, entre tantos otros).

Y si esto es indudablemente así, también lo es que las provincias originarias se gestan a partir de una extensión político-territorial del área de influencia de sus ciudades más antiguas: “No hay duda [...] que la fundación de ‘ciudades’ por las tres corrientes colonizadoras del norte, del oeste y del este, va a echar las bases del futuro localismo. Trece de estas ciudades -Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Córdoba, Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Jujuy, San Luis, La Rioja, Catamarca, San Juan y Mendoza- serán futuras

capitales de provincia en territorio argentino. Ello nos muestra que el núcleo urbano se zonifica en una dimensión geográfica de influencia más amplia...” (Germán J. Bidart Campos, “Historia política y constitucional argentina”, Ediar, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 186. Vide asimismo, p. 201, cita 8).

Debido a la relevancia de las circunstancias narradas, es necesario que un poder federal -como el que ejerce esta Corte-, actúe con el debido respeto institucional para no cercenar (o convalidar el cercenamiento) de una manifestación histórica vinculada a un momento fundacional de una ciudad constitutiva de una provincia originaria, que -además- se renueva año tras año por voluntad de sus protagonistas.

14) Que otra de las celebraciones cuestionadas, la del 8 de septiembre, recuerda a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “Patrona y Generala del Ejército de Los Andes” por el General José de San Martín, quien a su vez le entregó en advocación su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora. El acto tuvo gran significación para la comunidad mendocina, conforme lo relata Ricardo Rojas: “vestido de gala el ejército entró por la Cañada de la ciudad de Mendoza, con su general a la cabeza de la formación; se dirigió a la Matriz por calles adornadas de flores, gallardetes, cortinados e insignias nacionales; proclamó a la Virgen patrona del Ejército Libertador, como Belgrano lo hiciera en Tucumán; y luego en la Plaza, delante de los soldados y del pueblo, enarbó la bandera de Los Andes para invitar al juramento” (Ricardo Rojas, “El Santo de la Espada”, Buenos Aires, Editorial Losada, 1940, pág. 164; ver también Ricardo Levene, “El genio político de San Martín”, Buenos Aires, Editorial Kraft, 1950, pág. 79).

Es evidente que la celebración está vinculada en este caso no solo con la historia mendocina sino con la historia argentina. Su protagonista es el General San Martín, una de las figuras prominentes de la historia nacional, y el marco es el de la campaña del Ejército de Los Andes, que consolidó la independencia argentina y forjó la de pueblos hermanos. El atavío de la Virgen María y el bastón de mando en su mano derecha, con el que se representa a Carmen de Cuyo, expresan atributos que, sin pretender cuestionar el valor religioso que puede tener para los fieles del culto católico, le impregnan un sesgo simbólico vinculado a la gesta sanmartiniana, que expresaba la voluntad de un país de vivir liberado de toda dominación extranjera.

15) Que, conforme a lo descripto, las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o imposición -a los alumnos y/o personal docente y no docente- de una determinada religión o

que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación.

La propia resolución en disputa pone especialmente el acento en el modo y la forma en que dichas conmemoraciones deben llevarse a cabo, destacando que deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de las mismas, en consonancia con los objetivos de una educación pública y laica que respete los principios de pluralidad, diversidad y tolerancia previstos en la Constitución provincial y que rigen las normas locales en la materia.

No obsta a las conclusiones reseñadas, sino que las reafirma, la previsión de que estudiantes, docentes y/o personal no docente, se abstengan de concurrir a los actos conmemorativos locales que se objetan. Se trata de una exención que debe entenderse como un reaseguro hacia las percepciones más sensibles sobre el tema.

A estar a las constancias de la causa, en la práctica se ha exceptuado a las personas que han manifestado su voluntad de no participar de las actividades y se ha incluido en las resoluciones subsiguientes expresamente el derecho de los alumnos y/o personal de la institución a abstenerse –por su concepción religiosa o filosófica- de participar de las actividades, de lo que se desprende el correlativo deber de la autoridad educativa de eximirlos de estar presentes (conf. fs. 213/214 y 215/216 y resoluciones posteriores 2361/2014, 2959/2016 y 2900/2017), sin que se haya acreditado en debida forma que –como invoca la recurrente- los interesados no hubieran hecho uso de tal prerrogativa por temor a ser discriminados o a fin de no revelar sus creencias religiosas o no religiosas.

De los términos en que está redactada la norma que contiene la exención no se deriva que para hacer uso de ella se deba informar la creencia religiosa o el motivo expreso en que se sustenta tal pedido, y la parte no ha probado que, en la realidad, ello hubiera sido exigido por la autoridad educativa como condición necesaria para habilitar la exención requerida.

Al respecto, las críticas de la recurrente referidas a la imposibilidad de los docentes y/o personal no docente de hacer uso de la exención contemplada en las normas en razón de que, al encontrarse a cargo de los alumnos, estos “quedarían librados a su suerte”, no resultan atendibles. Al margen de que los dichos de quien se presentó en la causa en su condición de director de una escuela secundaria y afirma que nunca participó de los actos escolares y jamás fue cuestionado por ello (conf. fs. 285/285 vta.) le restan entidad a los planteos, no cabe pensar que, admitida dicha posibilidad, la propia autoridad educativa no adoptase

y/o previese los mecanismos necesarios para que el interesado pueda ejercer su derecho.

Margen de apreciación local

16) Que tanto la norma impugnada (resolución 2616-DGE-2012), como aquellas resoluciones que fijaron los posteriores calendarios escolares, incluyen además de las dos celebraciones cuestionadas en autos, otras conmemoraciones con la previsión de la participación de la comunidad educativa, tales como: 2 de marzo, Fundación de la Ciudad de Mendoza; 20 de marzo, Día Provincial de la Prevención Sísmica; 18 de julio, Día Provincial de la Memoria Activa en homenaje a las víctimas directas e indirectas del atentado terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA); durante todo el mes de agosto, Mes del General San Martín y del Pueblo Mendocino; 1º de agosto, Día del Ejército de Los Andes; 15 de agosto, Día Provincial del Árbol; 4 de septiembre, Día Provincial de la Construcción de Conciencia Ciudadana en memoria de la desaparición de Johana Chacón; 15 de septiembre, Día Provincial de la Modalidad de Educación Domiciliaria y Hospitalaria y Día Provincial de la Adopción; del 5 al 9 de octubre, Semana de la Inclusión Educativa; del 12 al 16 de octubre, Semana de la Merienda Saludable; 30 de octubre, Día del Escudo de la Provincia de Mendoza; 10 de noviembre, Día de la Flor Provincial (Jarilla); y 20 de noviembre, Día Provincial del Agua (conforme al calendario aprobado por la resolución 102/20 de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza).

17) Que las conmemoraciones citadas, incluyendo las cuestionadas en esta demanda, conforman un calendario escolar de claro espíritu humanista, y deben entenderse como expresión del “margen de apreciación local”, potestad inherente a la autonomía provincial reconocida por este Tribunal (Fallos: 340:1795, disidencia parcial del juez Rosatti; 341:1869; 342:1938, votos del juez Rosatti y 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti), que deriva del sistema federal establecido por el art. 1º de la Constitución Nacional, y que ha sido ejercida en este caso por la comunidad mendocina en materia educativa. No se trata de una potestad ilimitada sino controlable por los poderes (inicialmente) locales y (finalmente) federales, para evitar la vulneración de la Ley Suprema de la Nación consagrada en el art. 31 de la Constitución. Justamente, un ejemplo de ese control es el que se realiza por medio de esta sentencia.

18) Que no incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental.

Contrariamente a lo que puede haberse sostenido en la presente causa, la manifestación cultural local

cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos.

Conviene recordar lo afirmado reiteradamente por este Tribunal, en el sentido en que la Constitución Nacional ha reconocido “la autonomía provincial, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades, y en tales oportunidades, ha destacado el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de gobierno adoptado por nuestro país” (conf. doctrina de Fallos: 311:460 y sus citas; 317:1195 y sus citas; 329:5814).

19) Que a la luz de lo expresado, corresponde concluir que no se presentan en la causa motivos que permitan considerar que el texto de la resolución, y la implementación que de ella se ha efectuado en la Provincia de Mendoza, importe vulnerar los derechos fundamentales invocados que autoricen su declaración de invalidez constitucional.

Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del “margen de apreciación local” (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación. Es importante remarcar que la práctica debe acompañar en estos casos a la norma, para evitar que por medio de aquella se viole a esta (cfr. Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, especialmente considerandos 33 y 34).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible la queja, formalmente procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Horacio Rosatti*.

Voto del doctor *Lorenzetti*

Considerando:

1º) Que la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), filial San Rafael, promovió una acción de amparo colectivo contra la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución 2616/2012 en cuanto dispone la realización de acti-

vidades de “gran significatividad” y con la ‘participación de toda la comunidad educativa’ los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrón Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, respectivamente.

2º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza rechazó los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por la actora y confirmó la decisión de la Cámara que, al revocar la sentencia de primera instancia, había desestimado la acción intentada.

Contra dicho pronunciamiento la actora interpuso recurso extraordinario (fs. 664/684), cuya denegación motivó la presente queja. La recurrente alega que se afectan los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger la educación de los hijos, a la honra y la dignidad, a la igualdad, así como de las leyes nacionales 26.061, 26.206 y 25.326.

3º) Que el recurso extraordinario resulta admisible toda vez que se impugna la constitucionalidad de normas provinciales (resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas de Mendoza) a la luz de los derechos constitucionales a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la intimidad y a la igualdad, a la honra y a la dignidad; y la decisión apelada ha sido a favor de la validez de las normas locales (art. 14, inc. 2, ley 48). A su vez, los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia se encuentran inescindiblemente ligados con aquellos referentes a la cuestión federal debatida, por lo que ambos aspectos deben ser tratados en forma conjunta.

4º) Que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si, en el caso de autos, la Provincia de Mendoza a través de la resolución 2616/2012, emitida por la Dirección General de Escuelas provincial, al disponer que la comunidad educativa realice actividades “de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” en conmemoración del “Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, se encuentra dentro del margen de autonomía de las provincias o si bien lesiona los derechos a la libertad de religión y conciencia, a la igualdad, a la autonomía personal y a la intimidad previstos en la Constitución Nacional.

Se trata de un caso de indudable trascendencia institucional ya que la decisión de esta Corte tendrá un efecto relevante sobre otros casos en los cuales las provincias o la Nación han adoptado decisiones similares.

En estos supuestos, la decisión debe estar fundada razonablemente (art. 3º del Código Civil y Comercial de la Nación) lo que requiere delimitar con precisión

el conflicto debatido, ponderar los principios aplicables y considerar las consecuencias de la decisión que debe adoptarse.

5º) Que, en primer lugar, cabe señalar que la actora ha basado su pretensión en un encuadramiento del conflicto vinculado a la enseñanza y adoctrinamiento religioso en las escuelas, lo que resulta jurídicamente incorrecto.

La calificación normativa de una conducta de este tipo debe ser analizada teniendo en consideración el significado simbólico que el mismo tiene en el momento en que se lo juzga.

Para efectuar esa calificación se debe considerar:

- Que el principio de no discriminación implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa en la que nadie tiene el derecho de imponer su visión a los demás. Este principio permite diseñar sociedades en las que convivan diferentes visiones que enriquecen el debate público, y, que a través de la participación de cada sector se tengan en cuenta intereses, inquietudes y puntos de vista que aseguren su identidad cultural (Fallos: 344:441). La función del derecho en estos casos no es excluirlas o buscar la homogeneidad, sino lograr un consenso que surge de su interacción. Es lo que se denomina consenso entrecruzado (Rawls, John, "Teoría de la Justicia", México, Fondo de Cultura Económica, 1971; "Justice as Fairness: A Restatement", Harvard University Press, 2001).

- Que el derecho a la identidad dinámica individual y colectiva significa que todas las personas humanas o las comunidades pueden pretender preservar dicha identidad. Este principio es la contracara del anterior y resulta evidente que a medida en que avanza la globalización se refuerzan las identidades culturales locales como una búsqueda de sentido y seguridad.

- Que la ponderación de ambos principios permite admitir el ejercicio del derecho a la identidad cultural individual o colectiva en tanto no tenga una consecuencia discriminatoria.

- Que la identidad cultural se construye alrededor de bienes que son desprovistos de su contenido derivado del contexto en que fueron creados. En ese aspecto, cuadros, estatuas, monumentos que fueron elaborados con una finalidad religiosa y que pudieron tener un efecto discriminatorio en su origen, ya no lo tienen. Por el contrario, son visitados y admirados en museos y exposiciones en todo el mundo. El mismo fenómeno se observa con relación a determinadas prácticas culturales. Es por ello que fueron perdiendo su función de origen vinculada a la religión y al poder y ya no son reconocibles en su finalidad originaria

(Sánchez Cordero, Jorge, "Patrimonio Cultural-Ensayos de Cultura y Derecho", Unam, México, 2013).

- El "Día del Patrono Santiago", como muchos otros sucesos similares, ha sido transformado por la historia y se ha constituido en elemento definitorio de la identidad cultural de la Provincia de Mendoza.

- Una interpretación de "neutralidad estricta" llevaría a eliminar cualquier referencia religiosa en todo tipo de símbolos, días festivos y su impacto en la educación. En este supuesto habría que considerar el efecto que tendría sobre numerosas leyes provinciales que podrían resultar equiparadas. Por ejemplo: en la Provincia de Catamarca, se celebra el natalicio de Fray Mamerto Esquiú, y la Virgen del Valle; en Córdoba el día de San Jerónimo; en Corrientes la Señora de Itatí, San Juan Bautista y la Virgen de la Merced; en Entre Ríos el Santo Patrono San Miguel Arcángel; en Formosa el día de la Virgen del Carmen; en Jujuy la Virgen María de Río Blanco; en Salta la Virgen del Milagro; en San Luis el Santo de la Quebrada; en Santa Fe el Santo Patrono San Jerónimo. El nombre de provincias como San Juan, Santa Fe, Santa Cruz, San Luis o la ciudad de Rosario, debería ser cambiado o prohibidos los días festivos que recuerdan su fundación.

La verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que busque la paz social, fijando una jurisprudencia estable como un modo normal de la convivencia humana, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla. Pues, un sistema previsible de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de derecho (Fallos: 344:2601, disidencia del juez Lorenzetti).

6º) Que una interpretación del ordenamiento jurídico basada en un diálogo de fuentes permite afirmar claramente que el derecho argentino y comparado reconocen un derecho a la identidad cultural individual y colectiva.

Esta interpretación es consistente con diversas fuentes.

La Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (art. 75, incs. 17 y 19). El art. 41 de la Carta Magna, dispone que "las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural".

Los valores culturales están protegidos en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 240).

La Ley General del Ambiente (ley 25.675, art. 2º, inc. a) también reconoce el valor jurídico de la cultura al señalar que la política ambiental nacional deberá asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales tanto naturales como culturales.

La ley 25.197, si bien se refiere al registro de objetos materiales, establece claramente el valor jurídico de la cultura. Esta última entiende por “bienes culturales,” a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino.

En el mismo orden, la “Convención de San Salvador” sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las naciones americanas, aprobada por ley 25.568, se halla orientada fundamentalmente a preservar para las generaciones venideras el legado del acervo cultural.

De igual modo, la ley 26.206 (art. 11) establece como uno de los fines y objetivos de la política educativa nacional brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESCO, aprobada por ley 26.556, reconoce la importancia del patrimonio cultural subacuático como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común.

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, aprobada por ley 26.118, incluye las tradiciones y expresiones orales, y los usos sociales, rituales y actos festivos.

El derecho latinoamericano reconoce la identidad cultural individual y colectiva adoptando diferentes denominaciones: “derechos culturales” (art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), “tesoro cultural de la Nación” (arts. 60 y 61 de la Constitución Política de la República de Guatemala y art. 34 de la Constitución de Uruguay), “Patrimonio cultural de la Nación” (art. 21 de la Constitución Polí-

tica del Perú; art. 21 de la Constitución de la República del Ecuador; art. 81 de la Constitución de Paraguay y art. 99 de la Constitución Política de Bolivia), “Patrimonio cultural de los bienes de naturaleza material e inmaterial” (art. 216 de la Constitución de Brasil); “riquezas culturales y naturales de la Nación (arts. 7 y 8 de la Constitución Política de Colombia), “expresiones científicas, artísticas y populares de la cultura” (art. 64 de la Constitución de República Dominicana), “cultura nacional constituida por manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas” (art. 81 de la Constitución de Panamá) o “patrimonio arqueológico, histórico, lingüístico, cultural y artístico de la nación” (art. 128 de la Constitución de Nicaragua).

La ley 397 de 1997 de la República de Colombia define el patrimonio cultural “por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico, y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular”.

7º) Que, como se advierte, el derecho regula aspectos del “patrimonio cultural y natural” pero también del “patrimonio cultural inmaterial” como lo menciona la citada Convención de la UNESCO que incluye tradiciones o expresiones de vida heredadas de nuestros antepasados y que se han ido transmitiendo a nuestros descendientes, como las tradiciones orales, artes escénicas, prácticas sociales, rituales, eventos festivos, etc. Dentro de la categoría de los inmateriales se incluye el derecho a la identidad cultural.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la identidad individual está reconocido en relación a las personas humanas (art 52. del Código Civil y Comercial de la Nación); y comprende tanto la identidad estática como la dinámica. Este derecho encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano y fundamento legal como derecho personalísimo.

La “identidad cultural” es también un derecho de incidencia colectiva que encuadra en la tipificación efectuada por esta Corte en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111). Es un bien jurídico colectivo, indivisible, de uso común, que no puede ser apropiado por los individuos ni por el Estado, ya que pertenece a toda la comunidad, no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón, solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual

sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En tal sentido, los derechos culturales confieren legitimación para actuar en defensa del bien, y la pretensión debe enfocarse en la incidencia colectiva del derecho. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

El concepto jurídico de identidad cultural, al igual que la individual, tiene un aspecto estático y otro dinámico. El primero contempla las tradiciones consolidadas tanto en bienes físicos como inmateriales. El segundo incorpora también los cambios que se producen con el tiempo, ya que la diversidad cultural es variable.

8º) Que, es doctrina de esta Corte resaltar la importancia que tiene la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural de la Nación. En ese sentido, este Tribunal ha sostenido que el patrimonio cultural de una Nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia, puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros (conf. Fallos: 336:1390, considerando 9º y CAF 29528/2014/1/RH1 “EN-EMGE c/ Cencosud S.A. s/ varios”, sentencia del 2 de agosto de 2022).

9º) Que existe un derecho de incidencia colectiva a la identidad cultural dinámica tutelado en tanto no exhiba potencial discriminatorio. Esa interpretación es la que corresponde aplicar para la solución del conflicto que debe resolver esta Corte.

En el caso, la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, dictó la resolución 2616, del 12 de diciembre de 2012, que estableció que “En las siguientes fechas se realizarán actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional y con la participación de toda la comunidad educativa” (fs. 102/103). Menciona los días 24 de marzo (“Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia”), 2 de abril (“Día del Veterano y de los Caídos en la Guerra de las Malvinas”), 1º de mayo (“Día del Trabajo”), 10 de junio (Afirmación de los Derechos sobre las Islas Malvinas, Islas del Atlántico Sur y Antártida Argentina), 25 de julio (“Patrón Santiago”), 24 de agosto (Día del Padre de la Patria), 8 de

septiembre (“Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” y “Día Internacional de la Alfabetización”), 17 de septiembre (“Día del Profesor”), 12 de octubre (“Día del Respeto a la Diversidad Cultural”), 10 de noviembre (“Día de la Tradición”) y 20 de noviembre (“Día de la Soberanía Nacional”). Dispone que las actividades podrán consistir en “clases alusivas, carteleras, entrevistas, proyección de videos, actividades diversas en las que participen alumnos, docentes y miembros de la comunidad o personalidades relevantes del medio”. A su vez, esas conmemoraciones y sus características centrales se mantienen en la resolución 2959/2016 emitida por la Dirección General de Escuelas de Mendoza, que regula el ciclo lectivo en curso e indica que esas fechas deberán ser celebradas mediante el dictado de clases alusivas y actividades relacionadas con la festividad, organizadas por las autoridades de los establecimientos a fin de que los alumnos profundicen su conocimiento sobre la fecha en cuestión. Asimismo, esa resolución expresamente aclara que las conmemoraciones del Patrón Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo “deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de estas fechas. Si un alumno y/o personal de la institución, por su concepción religiosa o filosófica, prefiere abstenerse de participar de dicha conmemoración, se le deberá eximir de estar presente”.

10) Que las resoluciones mencionadas establecen con claridad que con las conmemoraciones y/o celebraciones se persigue una finalidad cultural.

La posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual y no hay evidencia, ni prueba aportada a la causa, de que los alumnos o personal docente que no compartan esas ideas puedan abstenerse de presenciarlas sin ninguna dificultad para ejercer esa libertad.

De este modo queda claro que las resoluciones tampoco persiguen un adoctrinamiento religioso, sino de preservación de la memoria a la identidad cultural colectiva y, como se dijo, no se verifica un potencial discriminatorio conforme el criterio señalado anteriormente. La participación de la comunidad educativa no es otra que la de exaltar los valores de la identidad provincial.

Con ello se desprende que la situación planteada en autos difiere sustancialmente de la analizada por esta Corte, e invocada por la actora, en la causa “Castillo” (Fallos: 340:1795) en tanto allí el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una disposición de una ley provincial y de la norma de la dirección general de educación local que establecían la enseñanza religiosa y prácticas de esa índole a realizarse durante el horario escolar en las escuelas públicas de la Provincia de Salta.

11) Que, en este contexto, afirmar la identidad cultural colectiva no lesiona el principio de neutralidad religiosa del Estado.

Existen registros históricos de los que surge que, desde mediados del siglo XVI, el Cabildo de la ciudad de Mendoza organizaba festividades en conmemoración del patronazgo de Santiago. Según reflejan fuentes historiográficas, esas actividades no eran solamente religiosas sino eminentemente cívicas y patrióticas. Su origen se remonta al traslado de la ciudad de Mendoza, efectuado por Juan Jufré, en 1562. Desde entonces, siempre fue Santiago Apóstol el patrono de la ciudad y con posterioridad de la Provincia de Mendoza.

Por otro lado, la Virgen del Carmen de Cuyo es recordada por haber sido nombrada “Generala” del Ejército de Los Andes por el General José de San Martín, quien, en una ceremonia pública, depositó ante la imagen de esa virgen su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora.

12) Que, de lo descripto anteriormente, se desprende que las conmemoraciones festivas relativas al “Patrono Santiago” y “Virgen del Carmen de Cuyo” durante los días 25 de julio y 8 de septiembre de cada año, constituyen tradiciones tendientes a resaltar la identidad cultural colectiva de la Provincia de Mendoza, y su celebración no afecta al derecho de la no discriminación ni la neutralidad religiosa estatal.

Pues no hay elementos que revelen que en esas celebraciones se realicen alusiones más allá de esas referencias históricas o culturales de la Provincia, manteniéndose el respeto de cualquier discrepancia que todo habitante de la Provincia de Mendoza pueda tener, como así también, como se señaló, la eximición de no concurrir a las festividades que se celebran para aquellos que no desean hacerlo.

También debe tenerse en cuenta que el contexto de celebración que fija la norma cuestionada no tiene una connotación religiosa en absoluto. Por el contrario, ambas establecen que las actividades serán presididas por las banderas de ceremonia y que en esa ocasión se entonará el himno nacional argentino. Además, la resolución 2959/2016 expresamente ordena que las conmemoraciones —que incluyen clases alusivas y actividades relacionadas— deberán tener características que enfatizen los aspectos culturales y tradicionales de las festividades y acontecimientos conmemorados.

13) Que esta Corte afirmó el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación (Fallos: 340:1795), además de ratificar el criterio según el cual

ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y que —no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida— la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (conf. Fallos: 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496).

Este principio de neutralidad se advierte claramente en la Constitución de la Provincia de Mendoza que en su art. 212, inc. 1º dispone: “la educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca”. A su vez, la ley 6970 (art. 4º) establece que el Estado garantizará que la educación sea laica y en su art. 8, inciso b, que los alumnos tienen derecho a “ser respetados en su integridad y dignidad personal y en sus convicciones religiosas, morales y políticas en el marco de la convivencia democrática”. Esas normas guían a la Provincia en la aplicación de la normativa impugnada, pues le exigen adoptar una perspectiva neutral y objetiva en las actividades escolares en general y en las conmemoraciones en particular.

Como se ha señalado, el conflicto no se refiere a la enseñanza y adoctrinamiento religioso en las escuelas, sino a la conmemoración de fechas relativas a la identidad cultural e histórica de la Provincia.

14) Que por las razones expuestas se concluye que la resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas provincial, en cuanto incluye en el calendario escolar mendocino la realización de actividades los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en los establecimientos educativos y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la parte actora en la acción de amparo interpuesta.

Esta interpretación armoniza de manera razonable la norma impugnada con la Constitución Nacional y la ampara por lo tanto de la tacha de inconstitucionalidad alegada por la recurrente. Debe recordarse que la invalidez de una norma es siempre la última ratio de la interpretación, a la que solo debe acudir, como tiene dicho esta Corte, cuando no exista alternativa de mantenerla dentro del sistema normativo pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre muchos otros).

15) Que el diseño constitucional dispone que el Congreso de la Nación debe dictar normas de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, pero admite un importante margen

de apreciación local que las provincias se han reservado con la finalidad de mantener la diversidad cultural local, que enriquece al régimen federal.

En este marco, la descentralización institucional es un poderoso instrumento para el desarrollo de las regiones, ciudades y diferentes tipos de actividades.

El significado concreto del federalismo, en este aspecto, es fortalecer ámbitos locales de decisión autónomos compatibles con una base de presupuestos mínimos nacionales.

La riqueza cultural y económica de cada región, provincia o ciudad se potencia en la medida en que pueden funcionar de acuerdo con proyectos que reflejen sus identidades. De este modo se generan múltiples decisiones diferentes, flexibles, que dialogan entre sí y ascienden progresivamente hasta formar un modelo más general (Fallos: 344:1151, voto del juez Lorenzetti).

Es en este orden que cabe considerar la competencia de la autoridad de la cual emana la norma impugnada.

La Constitución también establece como principio general que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación” (art.

121) y también que “cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones” (art. 5º). En el mismo sentido el citado artículo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia. Ambos principios han sido receptados en precedentes de esta Corte (Fallos: 338:249, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y Fallos: 344:809, voto del juez Lorenzetti).

Con ello, se debe concluir que la resolución cuestionada tiene por finalidad reafirmar valores y tradiciones culturales propias de la Provincia de Mendoza, razón por la cual se compadece con las facultades que le competen a la autoridad educacional de la provincia.

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden, en atención a las particulares circunstancias del caso (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Defensa del patrimonio cultural e identidad colectiva

Libertad de cultos, educación, régimen federal y margen de apreciación local

Néstor A. Cafferatta (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes del caso.— III. La cuestión.— IV. Sistema educativo.— V. Libertad de cultos.— VI. Resolución cuestionada.— VII. Federalismo argentino.— VIII. Margen de apreciación local.— IX. Encuadramiento del conflicto.— X. Identidad cultural.— XI. Diálogo de fuentes.— XII. Patrimonio cultural.— XIII. Colofón.— XIV. Bibliografía.

I. Introducción

La defensa de costumbres y tradiciones históricas culturales, de la neutralidad religiosa, el sentido secular de las celebraciones, del federa-

(*) Secretario de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, designación por Ac. 8/2015. Secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, designación por Ac. 28/2012 (2013-2015). Subsecretario de Control y Fiscalización de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (2009-2011). Director Nacional de Normativa Ambiental de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (2011-2012). Director de Gestión del Desarrollo Sustentable de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (2012-2013). Abogado (UBA). Profesor y subdirector de la carrera de Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho (UBA). Titular de cátedra de Derecho de los Recursos Naturales de la Facultad de Ciencias Jurídicas (USAL). Director de la *Revista de Derecho Ambiental* (Ed. AbeledoPerrot). Miembro correspondiente de la Sección de Derecho Agrario y Medio Ambiente Rural del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Santa Fe. Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Ambiental de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro correspondiente del Instituto de Política Ambiental de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro *ad honorem* de la Academia Mexicana de Derecho Juan Velázquez.

lismo y del “margen de apreciación local”; desde el punto de vista ambiental, la relevante tutela del patrimonio cultural y de la identidad cultural colectiva —en el caso de base local o provincial—; el “diálogo de fuentes” en la elaboración del juicio de ponderación, la educación laica, la libertad de cultos, el acceso a la educación, todas estas cuestiones de enorme relevancia institucional son objeto de tratamiento amplio por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una notable sentencia recaída en CSJ 4956/2015/RH1, “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c. Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”.

II. Antecedentes del caso

II.1. Acción de amparo colectivo

La Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) —filial San Rafael— promovió una acción de amparo colectivo contra la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la res. 2616-DGE-2012, en cuanto dispone la realización de actividades de “gran significatividad” y ‘con la participación de toda la comunidad educativa’ los días 25 de julio y 08

de septiembre, en conmemoración del patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo, respectivamente. En función de ello, solicitó que se ordene a la demandada abstenerse de instruir al personal docente y no docente y al alumnado bajo su potestad administrativa de participar, de cualquier modo, en tales actos escolares.

La Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza rechazó la acción; indicó que las conmemoraciones controvertidas hacen referencia a dos figuras representativas de la Iglesia católica únicamente en la medida en que se encuentran vinculadas con la historia de la provincia de Mendoza. En concreto, recordó que son jornadas en las que se homenajea a Santiago como patrono de la provincia y a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “general del Ejército de los Andes” por José de San Martín, quien en su momento también le ofreció su bastón de mando.

Manifestó que la formación en libertad del educando se vería ostensiblemente oprimida si se pretendiera una educación que ignorara estos componentes históricos y culturales insoslayables.

A partir de lo expuesto, concluyó que la sentencia apelada resultaba ajustada a derecho, según lo normado en los arts. 15 y 28 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y de acuerdo con los fines y objetivos perseguidos tanto por la ley 26.206 de Educación Nacional como por la ley 6970 de Educación de la provincia de Mendoza.

Contra este pronunciamiento, la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos interpuso un recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja. En su remedio federal, la recurrente plantea que la Corte local efectuó una interpretación arbitraria de las normas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que tutelan los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger el tipo de educación para los hijos, a la honra y a la dignidad, a la intimidad y a la igualdad, así como de las leyes nacionales 26.061, 26.206 y 25.326.

Sostiene que la Corte local, por el contrario, asume una postura confesional, que reafirma

el privilegio de la religión católica apostólica romana, adoptando una clara perspectiva discriminatoria de los grupos no católicos, en situación de vulnerabilidad. Expresa que resulta arbitraria e inverosímil la afirmación referida a que no hay elementos de culto o adoctrinamiento explícito en los actos escolares impugnados, pues ellos no son sino el resultado de la extensión de las creencias y tradiciones de la grey católica a la totalidad de la comunidad educativa.

La recurrente estructura su planteo sobre la base de la afirmación de que las dos conmemoraciones impugnadas y las actividades previstas en el calendario escolar para festejar esas fechas configuran actos de culto y adoctrinamiento en la fe católica.

A partir de esta premisa, sostiene que conmemorar el día 25 de julio como del patrón Santiago y el día 08 de septiembre como de la Virgen del Carmen de Cuyo, dos figuras correspondientes a la religión católica, realizando actividades de “gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa”, resulta discriminatorio para quienes no profesan dicha religión mayoritaria y, como consecuencia, lesiona varios de sus derechos.

III. La cuestión

En el caso se debe determinar si las conmemoraciones y actividades en cuestión constituyen actos de culto de la fe católica o implican de algún modo adoctrinamiento en esa religión. La Corte concluye que dichos eventos carecen del alegado contenido religioso y, en consecuencia, su celebración se encuentra dentro de las facultades de la provincia de organizar su calendario escolar, y que por la modalidad como están regulados no lesionan derecho constitucional alguno.

La pregunta que se proyecta, a partir de los conceptos resumidos y en relación con la resolución de la presente causa, es la siguiente: ¿pueden las celebraciones de mención “tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición”, como sostienen las autoridades locales, o están inexorable e irremediablemente ligadas a convicciones religiosas y —más aún— propias de una sola religión? En el primer caso, las resoluciones de marras podrían sortear —bajo determinada percepción del fe-

deralismo argentino— el test de razonabilidad constitucional; en el segundo, no cabría otra alternativa que declarar su inconstitucionalidad por violación del derecho a aprender, a ejercer libremente el culto, a la intimidad y a la igualdad entendida como no discriminación.

La cuestión a dilucidar consiste en determinar si, en el caso de autos, la provincia de Mendoza, a través de la res. 2616/2012, emitida por la Dirección General de Escuelas provincial, al disponer que la comunidad educativa realice actividades “de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” en conmemoración del patrono Santiago y del Día de la Virgen del Carmen de Cuyo, se encuentra dentro del margen de autonomía de las provincias, o bien si lesiona los derechos a la libertad de religión y conciencia, a la igualdad, a la autonomía personal y a la intimidad previstos en la Constitución Nacional.

La Corte, en un pronunciamiento con votos concurrentes, confirmó la sentencia apelada y consideró que los eventos carecen del alegado contenido religioso y que, en consecuencia, su celebración se encuentra dentro de las facultades de la provincia de organizar su calendario escolar y no lesionan derecho constitucional alguno.

Expresó que, si bien las conmemoraciones y actividades previstas en la norma impugnada se refieren a dos figuras que pertenecen a una religión determinada, solo lo hacen en la medida en que se vinculan con la historia y la tradición cultural de la provincia de Mendoza. En efecto, es la impronta histórica de estas dos fechas, su significado y arraigo en la cultura local, lo que define a estas festividades y la razón que determinó, según lo que surge de la reglamentación de la autoridad educativa provincial, su inclusión en el calendario escolar y la realización de actividades alusivas.

III.1. Celebración de Santiago

En concreto, el 25 de julio se celebra el Día de Santiago, como patrono de la ciudad y de la provincia de Mendoza. Es decir, se trata de una jornada en la que se evoca la figura de Santiago como protector y guardián de Mendoza, asignándole a la celebración el sentido de fiesta cívica, propia de la cultura, historia e identidad del pueblo mendocino. La celebración no es una

afirmación de convicción religiosa alguna por parte de la comunidad mendocina que se impone a quienes no comparten un credo determinado, sino una forma de mostrar, anclada en la historia provincial, que los mendocinos se consideran como parte de la misma comunidad.

Este carácter cívico y patriótico de la festividad se puede corroborar en las actas del Cabildo de Mendoza, que revelan que la celebración anual del patronazgo se organizaba desde mediados del siglo XVI. En el marco de aquella celebración se desarrollaba una actividad típicamente cívica, que era la elección del alférez real, una distinción que —en la tradición ibérica— recaía en quien se había destacado en el campo de batalla, y que se fue trasmutando —por el peso de la costumbre— en una designación cívica de alto contenido simbólico (1).

Existen registros históricos de los que surge que, desde mediados del siglo XVI, el Cabildo de la ciudad de Mendoza organizaba festividades en conmemoración del patronazgo de Santiago. Según reflejan fuentes historiográficas, esas actividades no eran solamente religiosas, sino eminentemente cívicas y patrióticas. Su origen se remonta al traslado de la ciudad de Mendoza, efectuado por Juan Jufré, en 1562. Desde entonces, siempre fue Santiago Apóstol el patrono de la ciudad y, con posterioridad, de la provincia de Mendoza.

Vale agregar que, siguiendo cuatro siglos de dicha tradición local, desde hace más de cincuenta años que la ley provincial 4081 declara el 25 de julio feriado en todo el territorio de la provincia de Mendoza en homenaje a su patrono.

III.2. Celebración de la Virgen del Carmen de Cuyo

Otra de las celebraciones cuestionadas, la del 08 de septiembre, recuerda a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “patrona y generala del Ejército de Los Andes” por el Gral. José de San Martín. Es evidente que la celebración está vinculada en este caso no solo

(1) “Actas capitulares de Mendoza”, Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Mendoza, 1961, t. II, ps. 130-132, 182, 183, entre otras; “Actas capitulares de Mendoza”, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1945, t. I, p. 149.

con la historia mendocina, sino con la historia argentina. Su protagonista es el Gral. San Martín, una de las figuras prominentes de la historia nacional, y el marco es el de la campaña del Ejército de Los Andes, que consolidó la independencia argentina y forjó la de pueblos hermanos. El atavío de la Virgen María y el bastón de mando en su mano derecha, con el que se representa a Carmen de Cuyo, expresan atributos que, sin pretender cuestionar el valor religioso que puede tener para los fieles del culto católico, le impregnan un sesgo simbólico vinculado a la gesta sanmartiniana, que expresaba la voluntad de un país de vivir liberado de toda dominación extranjera.

Aquellos actos ya en su momento tuvieron gran significación para la comunidad mendocina con un notorio espíritu patriótico.

III.3. Énfasis en aspectos culturales

Además, señala el tribunal que la actual normativa (res. 102-DGE-2020) en forma expresa ordena que las conmemoraciones de los días del patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de esas fechas, y prevén que si, por su concepción religiosa o filosófica personal, un alumno o miembro del personal escolar prefiere abstenerse de participar, se le deberá eximir de estar presente.

Agrega: “En adición a lo expuesto, no debe perderse de vista que las conmemoraciones controvertidas forman parte de un amplio calendario escolar de claro espíritu humanista. En él se contemplan numerosas fechas de diversa índole, ya sean provinciales, nacionales o internacionales, históricas, culturales, vinculadas a los derechos humanos, al ambiente, a la salud, a los valores democráticos, a la educación, entre otras muchas temáticas, que en su conjunto conforman un organigrama que refleja una visión integral, plural, humanista y democrática”.

III.4. Educación laica

En sus fundamentos, destaca que, ante el contexto fáctico y normativo descripto, se puede afirmar que la provincia de Mendoza, al contemplar las conmemoraciones y actividades cuestionadas, no tiene por objetivo imponer

actos de culto o prácticas en una determinada fe, sino celebrar dos fechas destacadas por su importancia histórica y su significado secular, arraigado en la tradición y en la cultura local, procurando, de este modo, afianzar la existencia de una comunidad provincial y manteniendo incólume el principio de neutralidad religiosa del Estado.

Descartado entonces el carácter religioso de las conmemoraciones en cuestión, cabe destacar que, desde esta perspectiva, el calendario escolar responde a las claras directivas que emanan de la Constitución de la provincia de Mendoza, que dispone que “[l]a educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca” (art. 212, inc. 1º), y de la ley 6970 de Educación Pública de la provincia de Mendoza [arts. 4º, inc. c), y 8º, inc. b)], que reafirma el principio de laicidad de la educación pública en el ámbito provincial, las cuales, a su vez, guardan conformidad con las cláusulas de la Constitución Nacional referentes a la educación y al principio de neutralidad religiosa.

IV. Sistema educativo

IV.1. Art. 75, inc. 19, CN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación recuerda que, según la redacción del art. 75, inc. 19, de la CN, fruto de la reforma del año 1994, el Congreso Nacional debe “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

De ello se sigue que, en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea las “bases de la educación”, las que deben respetar las particularidades provinciales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo con el art. 5º de la Ley Fundamental.

Asimismo, con relación al principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación, esta Corte ha dicho que del debate que precedió a la aprobación del citado texto del art. 75, inc. 19, de la CN surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina —su carácter neutral y gratuito— y, a la vez, asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.

En suma, conforme a los lineamientos trazados por el Estado Nacional sobre la base de los reseñados principios y objetivos constitucionales, las provincias organizan la educación en sus respectivas jurisdicciones, por lo que es a la luz del referido principio de laicidad, que surge de la Constitución Nacional y que la Constitución de la provincia de Mendoza establece expresamente (ver arts. 5º, 6º y 212, inc. 1º), que las autoridades educativas provinciales deben desarrollar la actividad escolar.

IV.2. Neutralidad religiosa

También pone de resalto la neutralidad religiosa de nuestro sistema legal.

Una interpretación de “neutralidad estricta” llevaría a eliminar cualquier referencia religiosa en todo tipo de símbolos, días festivos y su impacto en la educación. En este supuesto habría que considerar el efecto que tendría sobre numerosas leyes provinciales que podrían resultar equiparadas. Por ejemplo: en la provincia de Catamarca, se celebra el natalicio de fray Mamerto Esquiú y la Virgen del Valle; en Córdoba, el Día de San Jerónimo; en Corrientes, la Señora de Itatí, San Juan Bautista y la Virgen de la Merced; en Entre Ríos, el santo patrono San Miguel Arcángel; en Formosa, el Día de la Virgen del Carmen; en Jujuy, la Virgen María de Río Blanco; en Salta, la Virgen del Milagro; en San Luis, el Santo de la Quebrada; en Santa Fe, el santo patrono San Jerónimo. El nombre de provincias como San Juan, Santa Fe, Santa Cruz, San Luis o la ciudad de Rosario debería ser cambiado o prohibidos los días festivos que recuerdan su fundación.

Tal como se explicó en párrafos precedentes, es en este marco de neutralidad religiosa que se llevan a cabo las conmemoraciones en cues-

tion en el ámbito educativo de la provincia de Mendoza. Se trata de la celebración de eventos históricos y culturales que hacen a la identidad y tradición provincial y tienden a afirmar la pertenencia comunitaria, los cuales, más allá de su incidental vinculación con figuras de una determinada religión, tienen un claro sentido y uso secular y son abordados desde una perspectiva democrática, neutral y objetiva, despojada de adoctrinamiento y actos de fe.

Aquellas figuras o símbolos identificados en su origen con el credo católico adquieren una significación diferente, secularizada y ajena a su estricto significado religioso. En este sentido, vale remarcar lo dicho en cuanto a que la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso.

IV.3. Sentido secular de las conmemoraciones

Enfatiza el carácter secular de las efemérides en cuestión.

Es menester destacar que, incluso tratándose de conmemoraciones y actividades que tienen un sentido y propósito secular, la norma cuestionada en su actual redacción contempla la posibilidad de eximirse de participar en ellas a quienes puedan ver afectadas sus convicciones o creencias personales.

Asimismo, el planteo de la recurrente referente a la vulneración del derecho a la intimidad de los miembros de la comunidad educativa que optaran por no participar en las actividades impugnadas carece de todo sustento. En primer lugar, el sistema de exención previsto en la norma no requiere la exteriorización de las creencias personales ni de los motivos por los que no se desea estar presente en dichos eventos. Además, de las constancias de autos no surge que en la práctica hubiera habido casos de alumnos o integrantes del personal de las escuelas que hubieran dejado de hacer uso de esta posibilidad de abstención por temor a develar convicciones íntimas o a sentirse discriminados por su decisión. Por el contrario, el mecanismo de eximición contemplado en la norma luce como un modo razonable e inocuo de ejercer la objeción de conciencia.

Finalmente, destaca que el presente caso resulta diferente del registrado en la causa “Castillo” (2).

IV.4. Acceso a la educación

Otro aspecto que aborda el presente fallo es el relativo al acceso a la educación.

Recuerda el tribunal que el art. 14 de la CN reconoce a todos los habitantes del país el derecho de aprender (consagrado conjuntamente al de enseñar), que abarca, en el ámbito de la educación formal, el acceso a tal educación así como a no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje.

En ese marco, es competencia del Congreso de la Nación argentina “sancionar *leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales*; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales” (art. 75, inc. 19, énfasis agregado). Si se trata de pueblos originarios, el Congreso debe asegurar una “educación bilingüe e intercultural”, responsabilidad que pueden ejercer concurrentemente las provincias (art. 75, inc. 17).

IV.5. Competencia educativa

Con relación a la competencia provincial en la materia educativa, rige la cláusula del art. 121, que establece el estándar general de que “las provincias *conservan todo el poder no delegado* por esta Constitución al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado al tiempo de su incorporación” (énfasis agregado) y, más específicamente, la norma del art. 5º, que dispone que “cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria.

(2) Fallos 340:1795.

Bajo de estas condiciones el gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

En este marco plural de competencias, es oportuno recordar que “siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada”. En ese sentido se ha pronunciado el tribunal, al sostener que “el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial”, que ello “no implica, por cierto, subordinación de los Estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes” (3).

En la misma sintonía, esta Corte ha sostenido que, cuando el deslinde riguroso entre las competencias federales y provinciales ofrece duda, “debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes”, lo cual “implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal *in totum*” (4).

V. Libertad de cultos

V.1. Alcance de la libertad de cultos

A fin de precisar el contexto en el que se inserta el conflicto a resolver, deviene oportuno recordar que este tribunal ha reafirmado el criterio según el cual ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y que —no obstante la previsión constitucional de

(3) Fallos 330:4564, consid. 11, *in fine*, y Fallos 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012; 340:1695.

(4) BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ed. Ediar, 2007, t. I-A, p. 695. Fallos 340:1695, consid. 6º.

una religión especialmente sostenida— la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (5).

La libertad de religión es de creencia y de práctica, desde que abarca la libertad de creer o no creer, y de exteriorizar —en su caso— esas creencias practicando libremente el culto de una religión, sin que se le pueda imponer a una persona la obligación de tener o dejar de tener una creencia determinada, ni la de practicar un culto determinado (art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 14, inc. 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Para evitar que alguna religión obtenga privilegio sobre las demás, resulta pertinente recordar que la libertad religiosa incluye también la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, concebida como el derecho de toda persona, con sustento en razones fundadas en la moral y en sus convicciones más íntimas, de no realizar determinados actos o de cumplir una norma u orden de la autoridad, cuyo ejercicio no puede ser restringido salvo que se ponga en riesgo o se afecte significativamente el orden público, la vida o los derechos de terceras personas (6).

Lo dicho no implica que el Estado sea indiferente frente a las religiones, sino que —por considerarlas como una expresión de la espiritualidad humana— debe garantizar su protección y asegurar la libertad de su ejercicio dentro de un marco de pluralismo y tolerancia (arts. 14 y 19 de la CN).

VI. Resolución cuestionada

Establecidos los alcances de las normas que consagran los derechos a aprender y a profesar libremente el culto, corresponde analizar si la resolución cuestionada en autos entra en conflicto con alguna de estas prerrogativas, o con ambas. En primer lugar, debe señalarse que la

Constitución provincial mendocina dispone —en lo que aquí interesa— que “la educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca” (art. 212, inc. 1º) y que, en consonancia con ello, la ley 6970 de Educación Pública local prevé que los alumnos tienen derecho a “ser respetados en su integridad y dignidad personal y en sus convicciones religiosas, morales y políticas en el marco de la convivencia democrática” [arts. 4º, inc. c), y 8º, inc. b)].

A su turno, la res. 2616/2012 establece el calendario escolar como una herramienta de planeamiento y orientación del trabajo anual para los distintos niveles y modalidades del sistema educativo provincial, y —entre otros temas— contempla la incorporación de efemérides nacionales y departamentales, atendiendo a las características propias de la provincia que hacen a su identificación como Estado integrante del sistema federal. Entre ellas, se encuentran la conmemoración del patrón Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo.

Al respecto, dispone que “las instituciones escolares darán a los actos y conmemoraciones la importancia que revisten en la formación de nuestra identidad nacional, los valores democráticos y la formación de actitudes que tales actos procuran lograr” (conf. art. 8º).

Con particular referencia a todas las conmemoraciones allí contempladas, dispone que se llevarán a cabo “... actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional con la participación de toda la comunidad educativa”, y respecto a las conmemoraciones en disputa establece que se realizarán con la presencia de la bandera de ceremonias de la escuela, entonándose el himno nacional argentino, y que “deberán ser conmemoradas y solemnizadas en el transcurso de los días de la semana en que ocurren, mediante el dictado de clases alusivas y actividades relacionadas con la festividad, las que serán organizadas por las autoridades de los establecimientos de forma tal que los alumnos profundicen en el conocimiento y significado de la fecha celebrada” (art. 3º, Anexo I, punto 9).

En las resoluciones posteriores para los ciclos lectivos escolares se mantienen las citadas conmemoraciones, aclarándose expresamente que

(5) Conf. Fallos 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496.

(6) Conf. Fallos 316:479.

las referidas al patrón Santiago y a la Virgen del Carmen de Cuyo “deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de estas fechas. Si un alumno y/o personal de la institución, por su concepción religiosa o filosófica, prefiera abstenerse de participar de dicha conmemoración, se le deberá eximir de estar presente” (véase res. 2361/2014, 2959/2016 y 2900/2017).

VII. Federalismo argentino

Es pertinente recordar que el federalismo argentino se estructura desde las provincias hacia el Estado federal, y no al revés. Dicho de otro modo: el Estado Nacional es una creación de las provincias originarias (luego fortalecido por las provincias sobrevivientes a la Constitución de 1853/60); si no fuera por estas —por la voluntad de sus representantes y en cumplimiento de pactos preexistentes, conforme dice el Preámbulo—, aquel no existiría.

El texto mismo de la Norma Fundamental lo recuerda, en su art. 35, cuando designa a nuestro país no solo con el nombre de “República Argentina”, sino también como “Confederación Argentina” y como “Provincias Unidas del Río de la Plata”.

La preexistencia de las provincias al Estado federal permite comprender la regla de que conservan el poder no delegado constitucionalmente a aquel; ello ha sido expresamente reconocido por esta Corte desde temprana época (7) y reiterado en tiempos más recientes (8).

Y si esto es indudablemente así, también lo es que las provincias originarias se gestan a partir de una extensión político-territorial del área de influencia de sus ciudades más antiguas: “No hay duda [...] que la fundación de ‘ciudades’ por las tres corrientes colonizadoras del norte, del oeste y del este, va a echar las bases del futuro localismo. Trece de estas ciudades —Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Córdoba, Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Jujuy, San Luis, La Rioja, Catamarca, San Juan y Mendoza— serán futuras capitales de provincia en territorio argentino.

(7) Fallos 1:170.

(8) Fallos 324:3048; 327:3852 y 334:626, entre tantos otros.

Ello nos muestra que el núcleo urbano se zonifica en una dimensión geográfica de influencia más amplia...” (9).

Debido a la relevancia de las circunstancias narradas, es necesario que un poder federal —como el que ejerce esta Corte— actúe con el debido respeto institucional para no cercenar (o convalidar el cercenamiento) de una manifestación histórica vinculada a un momento fundacional de una ciudad constitutiva de una provincia originaria, que —además— se renueva año tras año por voluntad de sus protagonistas.

Las conmemoraciones citadas, incluyendo las cuestionadas en esta demanda, conforman un calendario escolar de claro espíritu humanista, y deben entenderse como expresión del “margen de apreciación local”, potestad inherente a la autonomía provincial reconocida por este tribunal (10), que deriva del sistema federal establecido por el art. 1º de la CN, y que ha sido ejercida en este caso por la comunidad mendocina en materia educativa.

No se trata de una potestad ilimitada sino controlable por los poderes (inicialmente) locales y (finalmente) federales, para evitar la vulneración de la Ley Suprema de la Nación consagrada en el art. 31 de la Constitución. Justamente, un ejemplo de ese control es el que se realiza por medio de esta sentencia.

El diseño constitucional dispone que el Congreso de la Nación debe dictar normas de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, pero admite un importante margen de apreciación local que las provincias se han reservado con la finalidad de mantener la diversidad cultural local, que enriquece al régimen federal. En este marco, la descentralización institucional es un poderoso instrumento para el desarrollo de las regiones, ciudades y diferentes tipos de actividades.

El significado concreto del federalismo, en este aspecto, es fortalecer ámbitos locales de de-

(9) BIDART CAMPOS, Germán J., “Historia política y constitucional argentina”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 186; asimismo, p. 201, cita 8.

(10) Fallos 340:1795, disidencia parcial del juez Rosatti; 341:1869; 342:1938, voto del juez Rosatti, y 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti.

cisión autónomos compatibles con una base de presupuestos mínimos nacionales. La riqueza cultural y económica de cada región, provincia o ciudad se potencia en la medida en que pueden funcionar de acuerdo con proyectos que reflejen sus identidades. De este modo se generan múltiples decisiones diferentes, flexibles, que dialogan entre sí y ascienden progresivamente hasta formar un modelo más general (11).

Es en este orden que cabe considerar la competencia de la autoridad de la cual emana la norma impugnada. La Constitución también establece como principio general que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación” (art. 121), y también que “cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria.

“Bajo estas condiciones, el gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones” (art. 5°). En el mismo sentido, el citado artículo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia. Ambos principios han sido receptados en precedentes de esta Corte (12). Con ello, se debe concluir que la resolución cuestionada tiene por finalidad reafirmar valores y tradiciones culturales propias de la provincia de Mendoza, razón por la cual se compeadece con las facultades que le competen a la autoridad educacional de la provincia.

VII.1. Costumbre y tradiciones locales

No incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental. Contrariamente a lo que puede haberse sostenido en la presente causa, la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosin-

crasia mendocina, pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente el respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos. Conviene recordar lo afirmado reiteradamente por este tribunal, en el sentido de que la Constitución Nacional ha reconocido “la autonomía provincial, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y Constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades, y en tales oportunidades, ha destacado el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de gobierno adoptado por nuestro país” (13).

VIII. Margen de apreciación local

A la luz de lo expresado, corresponde concluir que no se presentan en la causa motivos que permitan considerar que el texto de la resolución, y la implementación que de ella se ha efectuado en la provincia de Mendoza, importe vulnerar los derechos fundamentales invocados que autoricen su declaración de invalidez constitucional. Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del “margen de apreciación local” (en este caso, provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación. Es importante remarcar que la práctica debe acompañar en estos casos a la norma, para evitar que por medio de aquella se violente a esta (14).

IX. Encuadramiento del conflicto

En primer lugar, cabe señalar que la actora ha basado su pretensión en un encuadramiento del conflicto vinculado a la enseñanza y adoc-trinamiento religioso en las escuelas, lo que resulta jurídicamente incorrecto. La calificación normativa de una conducta de este tipo debe ser analizada teniendo en consideración el significado simbólico que tiene en el momento en que se lo juzga.

(11) Fallos 344:1151, voto del juez Lorenzetti.

(12) Fallos 338:249, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti, y Fallos 344:809, voto del juez Lorenzetti.

(13) Conf. doctrina de Fallos 311:460 y sus citas; 317:1195 y sus citas; 329:5814.

(14) Cfr. Fallos 340:1795, voto del juez Rosatti, especialmente consids. 33 y 34.

Para efectuar esa calificación se debe considerar:

- Que el principio de no discriminación implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa en la que nadie tiene el derecho de imponer su visión a los demás. Este principio permite diseñar sociedades en las que convivan diferentes visiones que enriquecen el debate público, y que a través de la participación de cada sector se tengan en cuenta intereses, inquietudes y puntos de vista que aseguren su identidad cultural (15). La función del derecho en estos casos no es excluirlas o buscar la homogeneidad, sino lograr un consenso que surge de su interacción. Es lo que se denomina consenso entrecruzado (16).

- Que el derecho a la identidad dinámica individual y colectiva significa que todas las personas humanas o las comunidades pueden pretender preservar dicha identidad. Este principio es la contracara del anterior y resulta evidente que a medida que avanza la globalización se refuerzan las identidades culturales locales como una búsqueda de sentido y seguridad.

X. Identidad cultural

- La ponderación de ambos principios permite admitir el ejercicio del derecho a la identidad cultural individual o colectiva en tanto no tenga una consecuencia discriminatoria.

- El Día del Patrono Santiago, como muchos otros sucesos similares, ha sido transformado por la historia y se ha constituido en elemento definitorio de la identidad cultural de la provincia de Mendoza.

- La identidad cultural se construye alrededor de bienes que son desprovistos de su contenido derivado del contexto en que fueron creados. En ese aspecto, cuadros, estatuas, monumentos que fueron elaborados con una finalidad religiosa y que pudieron tener un efecto discriminatorio en su origen, ya no lo tienen. Por el contrario, son visitados y admirados en museos

(15) Fallos 344:441.

(16) RAWLS, John, "Teoría de la justicia", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971; "Justice as Fairness: A Restatement", Harvard University Press, 2001.

y exposiciones en todo el mundo. El mismo fenómeno se observa con relación a determinadas prácticas culturales. Es por ello que fueron perdiendo su función de origen vinculada a la religión y al poder y ya no son reconocibles en su finalidad originaria (17).

XI. Diálogo de fuentes

Una interpretación del ordenamiento jurídico basada en un diálogo de fuentes permite afirmar claramente que el derecho argentino y comparado reconocen un derecho a la identidad cultural individual y colectiva. Esta interpretación es consistente con diversas fuentes.

La Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (art. 75, incs. 17 y 19).

XII. Patrimonio cultural

El patrimonio cultural es objeto de la defensa del derecho ambiental (voto del Dr. Lorenzetti).

El art. 41 de la Carta Magna dispone que "las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural". Los valores culturales están protegidos en el Código Civil y Comercial (art. 240).

La Ley General del Ambiente [art. 2º, inc. a), ley 25.675] también reconoce el valor jurídico de la cultura al señalar que la política ambiental nacional deberá asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales tanto naturales como culturales.

La ley 25.197, si bien se refiere al registro de objetos materiales, establece claramente el valor jurídico de la cultura. Esta última entiende por "bienes culturales" a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o

(17) SÁNCHEZ CORDERO, Jorge, "Patrimonio cultural. Ensayos de cultura y derecho", Ed. UNAM, México, 2013.

técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino.

En el mismo orden, la Convención de San Salvador sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, aprobada por ley 25.568, se halla orientada fundamentalmente a preservar para las generaciones venideras el legado del acervo cultural.

De igual modo, la ley 26.206 (art. 11) establece como uno de los fines y objetivos de la política educativa nacional brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESCO, aprobada por ley 26.556, reconoce la importancia del patrimonio cultural subacuático como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común.

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, aprobada por ley 26.118, incluye las tradiciones y expresiones orales, y los usos sociales, rituales y actos festivos.

El derecho latinoamericano reconoce la identidad cultural individual y colectiva adoptando diferentes denominaciones: “derechos culturales” (art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), “tesoro cultural de la Nación” (arts. 60 y 61 de la Constitución Política de la República de Guatemala y art. 34 de la Constitución de Uruguay), “patrimonio cultural de la Nación” (art. 21 de la Constitución Política del Perú; art. 21 de la Constitución de la República del Ecuador; art. 81 de la Constitución de Paraguay y art. 99 de la Constitución Política de Bolivia), “patrimonio cultural de los bienes de naturaleza material e inmaterial” (art. 216 de la Constitución de Brasil); “riquezas culturales y naturales de la Nación” (arts. 7º y 8º de la Constitución Política de Colombia), “expresiones científicas, artísticas y populares de la cultura” (art. 64 de la Constitución de República Dominicana), “cultura nacional constituida por manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas” (art. 81 de la Constitución de Panamá) o “patrimonio arqueológico, histórico, lingüístico, cultural y artístico de la nación” (art. 128 de la Constitución de Nicaragua).

La ley 397 de 1997 de la República de Colombia define el patrimonio cultural “por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico, y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular”.

Como se advierte, el derecho regula aspectos del “patrimonio cultural y natural” pero también del “patrimonio cultural inmaterial”, como lo menciona la citada Convención de la UNESCO, que incluye tradiciones o expresiones de vida heredadas de nuestros antepasados y que se han ido transmitiendo a nuestros descendientes, como las tradiciones orales, artes escénicas, prácticas sociales, rituales, eventos festivos, etcétera.

Dentro de la categoría de los inmateriales se incluye el derecho a la identidad cultural. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la identidad individual está reconocido en relación con las personas humanas (art 52 del Cód. Civ. y Com.), y comprende tanto la identidad estática como la dinámica. Este derecho encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano y fundamento legal como derecho personalísimo.

La “identidad cultural” es también un derecho de incidencia colectiva que encuadra en la tipificación efectuada por esta Corte en el precedente “Halabi” (18). Es un bien jurídico colectivo, indivisible, de uso común, que no puede

(18) Fallos 332:111.

ser apropiado por los individuos ni por el Estado, ya que pertenece a toda la comunidad, no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón, solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien, ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En tal sentido, los derechos culturales confieren legitimación para actuar en defensa del bien, y la pretensión debe enfocarse en la incidencia colectiva del derecho. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

El concepto jurídico de identidad cultural, al igual que la individual, tiene un aspecto estático y otro dinámico. El primero contempla las tradiciones consolidadas tanto en bienes físicos como inmateriales. El segundo incorpora también los cambios que se producen con el tiempo, ya que la diversidad cultural es variable.

Es doctrina de esta Corte resaltar la importancia que tiene la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural de la Nación. En ese sentido, este tribunal ha sostenido que el patrimonio cultural de una Nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia, puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros (19).

Existe un derecho de incidencia colectiva a la identidad cultural dinámica tutelado en tanto no exhiba potencial discriminatorio. Esa inter-

pretación es la que corresponde aplicar para la solución del conflicto que debe resolver esta Corte.

Las resoluciones mencionadas establecen con claridad que con las conmemoraciones y/o celebraciones se persigue una finalidad cultural. La posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual y no hay evidencia, ni prueba aportada a la causa, de que los alumnos o personal docente que no compartan esas ideas puedan abstenerse de presenciarlas sin ninguna dificultad para ejercer esa libertad. De este modo queda claro que las resoluciones tampoco persiguen un adoctrinamiento religioso, sino de preservación de la memoria a la identidad cultural colectiva y, como se dijo, no se verifica un potencial discriminatorio conforme al criterio señalado anteriormente. La participación de la comunidad educativa no es otra que la de exaltar los valores de la identidad provincial.

En este contexto, afirmar la identidad cultural colectiva no lesiona el principio de neutralidad religiosa del Estado.

XIII. Colofón

La Constitución reconoce la identidad y pluralidad cultural al establecer (art. 75, incs. 17 y 19) que corresponde al Congreso dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales. La Ley General del Ambiente [art. 2º, inc. a), ley 25.675] reconoce el valor jurídico de la cultura cuando dice que la política ambiental nacional deberá asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales. La necesidad de resguardar ese legado fue recogida por los constituyentes de 1994 en el art. 41 (20).

En ese sentido, se destaca que el art. 41 de la CN —que consagra el derecho al ambiente— dispone: “Las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural”.

(19) Conf. Fallos 336:1390, consid. 9º, y CAF 29528/2014/1/RH1, “EN - EMGE c. Cencosud SA s/ varios”, sentencia del 02/08/2022.

(20) Fallos 336:1390.

Bidart Campos se pregunta si hay o puede haber un federalismo cultural **(21)**. Señala: “Cuando hablamos de ‘unidad’ cultural no podemos pensar en un monoculturalismo (...). La ‘unidad’ cultural debe ser ‘una’ cultura (común) de composición e integración pluralista. Es decir, una cultura formada por varias, todas cuantas tengan presencia y existencia en una sociedad políticamente unificada” (Estado).

Agrega: “Si al conjunto de circunstancias culturales que hace parte de un entorno social y que influye en él y en su gente le atribuímos la dimensión peculiar del ‘ambiente’ (o medio ambiente), es fácil que a la cultura la hagamos formar parte de ese ambiente en el cual convive una sociedad. La cultura dentro del ambiente, como integrante de él, se hace visible —por ejemplo— cuando pensamos en el patrimonio histórico, artístico, natural, etc., de una comunidad”.

Para ello, argumenta: “En primer lugar, y obviando detalles, afirmamos con fuerte convicción que el reconocimiento de los pueblos indígenas argentinos en el art. 75, inc. 17, se ofrece como la mejor expresión de una hospitalidad que la cultura común de nuestra sociedad otorga a la cultura aborigen, con cuantos contenidos esta cultura alberga (...). El mejor y más claro ejemplo que la reforma de 1994 nos ofrece de una descentralización cultural creemos que es, sin demasiada duda, este del reconocimiento constitucional de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, que da cabida a un amplísimo desarrollo...” Así, el mismo art. 75, inc. 19, párr. 3º, destinado a la educación, prevé que las leyes respectivas de organización y de base han de consolidar la ‘unidad nacional’ (¿acaso una cultura común?) respetando ‘las particularidades provinciales y locales’ (en las que, sin duda, hay culturas —en plural— que multiculturalizan a la cultura común que las aloja). No olvidemos que el ya citado art. 17 sobre los pueblos indígenas les garantiza ‘el derecho a una educación bilingüe e intercultural’, que, sin duda alguna, funciona como bisagra unitiva con el reconocimiento en materia educacional de las ‘particularidades’ aludidas en el inc. 19”.

Destaca: “El párrafo final del inc. 19, art. 75, le asigna al Congreso la competencia de dictar

leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural y los espacios culturales y audiovisuales. Estamos, nuevamente, ante parámetros propios del multiculturalismo. Además, estos ‘espacios’ culturales no son únicamente geográficos o territoriales, sino de muy variada índole —p. ej., los propios de la diversidad cultural religiosa—”.

También apunta: “Como competencia concurrente entre el Estado federal y las entidades locales, el párr. 2º, art. 125, reconoce a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires la facultad de promover la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura, con lo que también está apuntando a espacios culturales múltiples, que se correlacionan con la facultad del Congreso que el inc. 19, art. 75, menciona en su párr. 1º al referirse a ‘promover lo conducente a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

Por fin, cierra su artículo con esta conclusión: “Acá cerramos ya nuestra reflexión. La pregunta del título —¿Un federalismo cultural?— parece que ha recibido respuesta afirmativa: la Constitución diseña con buenos trazos una descentralización de base cultural que, al diversificar las culturas y al integrarlas a una cultura común multiforme, muestra parentesco con la descentralización federal”.

Guillermo Orozco Pardo **(22)** manifiesta: “Puede afirmarse que el concepto de bienes culturales descansa sobre criterios extrajurídicos relativos a los valores inherentes a la idea de cultura en cuanto acervo de conocimientos, bienes y principios del pasado y presente de una comunidad por lo que se debe admitir como una categoría abierta, flexible y amplia, graduándola en función de la relevancia de los valores que cada bien comporta dentro de las distintas clases incluidas en el concepto”.

Los bienes y los valores colectivos hacen posible la participación social en la vida cultural comunitaria. Su tutela constituye un deber del Estado, para la vigencia de los derechos humanos (art. 75, inc. 22); así, conforme lo establece el art. 27, incs. 1º y 2º, de la Declaración de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a

(22) “La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico”, Ed. Mc Graw Hill, Monografía, Madrid, 1996, p. 56.

(21) LL 0003/010764; JA 2004-III, fasc. 8, ps 29-32.

tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, en concordancia con lo dispuesto por el art. 15, inc. 1º, apart. a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

El bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal de la comunidad. El patrimonio cultural aprehende al colectivo social. Es un testimonio de las culturas, tradiciones y usos pasados y presentes, siendo su salvaguarda una forma de preservar la memoria histórica de los pueblos, que a su vez es garantía de conservar el legado cultural de la colectividad y el mantenimiento de su identidad.

Los valores culturales, como se dice en el fallo bajo comentario (voto de Lorenzetti), están protegidos por el Código Civil y Comercial (art. 240, Cód. Civ. y Com.).

No cabe duda de la dimensión cultural de la Constitución, que refuerza el Estado de derecho. En este contexto, “La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y la Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho” (23).

Para ello es necesario reconocer la unidad en la diversidad cultural.

La irrupción de la idea del patrimonio cultural y de la identidad cultural colectiva (voto de Lorenzetti) en la jurisprudencia de la Corte, la consolidación del federalismo, del margen de apreciación local (voto de Rosatti), y la puesta en valor de las costumbres y de la historia de los pueblos (voto de Maqueda y Rosenkrantz) constituyen un notable aporte jurisprudencial doctrinario en temas de sensible relevancia social.

XIV. Bibliografía

BARRERA BUTELER, Guillermo, “El margen de apreciación provincial en la interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(23) Fallos 339:515.

BERBERIÁN, Eduardo, “La protección del patrimonio cultural argentino. Arqueológico y paleontológico”, Ed. Brujas, 2009.

BIDART CAMPOS, Germán J., “Patrimonio histórico-cultural. Acción de amparo, intereses difusos y legitimación procesal”, ED 159-361.

— “La defensa de nuestro idioma castellano como bien cultural colectivo”, LA LEY del 14/07/2003, Columna de Opinión, p. 1.

— “Derecho constitucional y cultura”, en *La Constitución que dura*, Ed. Ediar, 2004, p. 329.

— “Cultura”, en *Nociones constitucionales*, Ed. Ediar, 2007 p. 63.

— “Los valores en el sistema democrático”, en BIDART CAMPOS, Germán J. — GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coords.), *Los valores en la Constitución Argentina*, Ed. Ediar, 1999, p. 76.

— “Manual de la Constitución reformada”, Ed. Ediar, 1997, t. II, ps. 46, 47 y 83 y ss.

— “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, t. I-B, p. 227.

CAFFERATTA, Néstor A., “El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente. En torno a la defensa del patrimonio histórico-cultural”, JA 2004-III, fasc. 1.

— “Bienes y valores colectivos del patrimonio cultural”, *Revista de Derecho Público*, nro. 11, Ed. Infojus, año IV, 2015, p. 35.

CASSAGNE, Juan Carlos — IBARZÁBAL, Miguel, “La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103”, RDA 2016-105, del 05/06/2016, p. 677; LL AR/DOC/4344/2016.

CATALANO, Mariana, “Los bienes culturales como integrantes del medio ambiente”, RDAMB., AbeledoPerrot, octubre de 2006.

DENMON, Daniel E., “El patrimonio cultural y su protección en el derecho ambiental argentino. El nuevo paradigma ambiental”, RDAMB. 35-73, AbeledoPerrot, junio/septiembre de 2013.

DÍAZ SOLIMINE, Omar L. — DÍAZ SOLIMINE, Ignacio L., “El margen nacional de apreciación”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “Codificación y comentario de normas internacionales ambientales”, en *Tutela del patrimonio cultural*, Ed. La Ley, 2001.

JIMÉNEZ, Eduardo, “Los valores culturales. Capturados por la reforma constitucional argentina de 1994”, en BIDART CAMPOS, Germán J. — GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coords.), *Los valores en la Constitución Argentina*, Ed. Ediar, 1999, p. 281.

LEVRAND, Norma, “El patrimonio cultural, un deber de todos”, JA 2013-IV, Supl. del fasc. 12, p. 55.

LEVRAND, Norma — SPANO TARDIVO, Lucena, “La tutela del patrimonio cultural de los bienes de propiedad privada. La Casa Tons, Santa Fe”, RDAMB. 36-203.

LORENZETTI, Ricardo, “Los bienes culturales individuales y colectivos”, LA LEY del 19/05/2022, p. 1; LL AR/DOC/1608/2022.

MARTÍNEZ PRECIADO, Natalia P., “Defensa del patrimonio cultural, histórico y social”, en *Derecho ambiental. Dimensión social*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 353.

MOREIRA MARCHESAN, Ana N., “La importancia de la preservación del patrimonio cultural en la posmodernidad”, en *Derecho ambiental en evolución*, t. 4, Ed. Juruá, 2005, p. 49.

— “La tutela del patrimonio cultural sobre el enfoque del derecho ambiental”, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

— “A preservação do futuro a través do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira”, RDAMB. 26-135, AbeledoPerrot.

— “A tutela do patrimônio cultural sobre o enfoque do direito ambiental”, Ed. Livraria do Advogado, 2007.

MOREL ECHEVERRÍA, Juan C., “Ambiente y cultura como objeto del derecho”, Ed. Quorum, 2008.

PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María, “Protección del patrimonio cultural y derecho de propiedad”, LA LEY 2013-E, 585.

PROTT, Lydbek, “Normas internacionales sobre el patrimonio cultural”, en línea, <http://www.crim.unam.mx/cultura/informe/Art14.htm>.

RAMOS RODRIGUES, José E., “Apuntes sobre la preservación del patrimonio cultural artístico”, en *Derecho ambiental en evolución*, t. 4, Ed. Juruá, 2005.

REY, Gonzalo H., “La tutela del patrimonio cultural en la Constitución Nacional”, LA LEY, Supl. Actualidad del 06/08/2009, p. 1.

RODRÍGUEZ, Carlos A., “La protección del patrimonio cultural inmaterial”, RDAMB. 10-81, LexisNexis — Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, abril/junio de 2007.

— “Derecho ambiental. Patrimonio cultural e histórico”, LA LEY del 08 y 09/01/2014, p. 1.

RONDINA, Gerardo, “Nuevos derechos y garantías en la Constitución Nacional. Acerca de la preservación del patrimonio cultural”, *Zeus*, Rosario, 1994, t. 66, año XXI, nro. 5031, ps. 85/86.

— “La preservación del patrimonio monumental. Ley 12.665”, ED del 13/07/2005, p. 1.

ROSATTI, Horacio D., “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local”, *Revista de Derecho Público*, 2018-2: “Derechos humanos y nuevas tecnologías - II”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 653.

— “Consecuencias culturales de la tutela constitucional del medio ambiente”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011-1: “Daño ambiental”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 21.

— “Derecho ambiental constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

SENDRI, Liliana, “El patrimonio cultural y la identidad cultural”, JA del 30/05/2001.

SOZZO, Gonzalo, “El arca cultural: entre lo público y lo privado, un proyecto democratizador de la propiedad privada”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nro. 2, Nueva Época, año 2, Santa Fe, 2002, p. 101.

— “El derecho fundamental al patrimonio cultural en estado gaseoso (la narrativa de los casos jurisprudenciales como solvente)”, RDAMB. 10-49, LexisNexis, abril/junio de 2007.

— “El daño a los bienes culturales”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) — CATALANO, Mariana — GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena (coords.), *Derecho ambiental y daño*, Ed. La Ley, 2009, ps. 315-364.

— “La gestión de los bienes culturales como espacio de hibridación de dispositivos públicos y privados”, *Revista de Derecho Público*, 2009-II: “Derecho ambiental - II”, Ed. Rubinzal-Culzoni, noviembre de 2009, p. 265.

— (dir./coord.), “La protección del patrimonio cultural”, Ed. Universidad Nacional del Litoral, 2009.

USLENGUI, Alejandro — GATTI, Walter, “La tutela del patrimonio cultural y las cláusulas abiertas en la reforma de la Constitución Nacional”, *LA LEY*, Supl. Actualidad del 26/04/2019.

VENINI, Juan Carlos, “Tutela del patrimonio cultural”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011-1: “Daño ambiental”, Ed. Rubinzal-Culzoni.

ZABALA DUFAU, Andrea M., “Patrimonio cultural. Circulación. Protección”, *JA* 2008-II-1082.

ZENDRI, Liliana, “El patrimonio cultural y la identidad cultural”, *JA* 2001-II-723.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Cumplimiento del contrato. Principios del derecho. Buena fe contractual. Aplicabilidad al ámbito administrativo.

Con nota de Carlos Aníbal Rodríguez

1. — Es inadmisibles el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó a la concesionaria de un predio a que diera satisfacción al compromiso asumido en el contrato por el cual debía reciclar el Gran Pabellón Central de la Exposición Internacional Ferroviaria y de Transporte, pues el apelante no rebatió fundadamente las razones fácticas y de derecho no federal en las que el tribunal sustentó lo decidido.
2. — El patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad, es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros.
3. — El principio conforme al cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, resulta plenamente aplicable en el ámbito de la contratación administrativa, en tanto el principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura.

CS, 02/08/2022. - EN - EMGE c. Cencosud SA s/ varios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/98308/2022]

CAF 029528/2014/1/RH001

Buenos Aires, 2 de agosto de 2022

Considerando:

1º) Que el Estado Nacional inició la presente acción con el objeto de obtener el cumplimiento del contrato celebrado el 30 de noviembre de 1994 entre el Ejército

Argentino y Cencosud S.A., por el que se le otorgó a esta última la concesión sobre el predio sito en la avenida Bullrich, la calle Cerviño y las vías del Ferrocarril Mitre. Puntualmente, se pretendía que la concesionaria diera satisfacción al compromiso asumido en la cláusula décimo séptima, inciso d, del acuerdo, la que establecía que quedaba en cabeza de la firma demandada el reciclado del Gran Pabellón Central de la Exposición Internacional Ferroviaria y de Transporte efectuado en 1910, que se hallaba erigido en el predio mencionado.

El 22 de noviembre de 2009, las partes suscribieron una Addenda, pactando una prórroga por 60 meses a partir del 1º de diciembre de 2014, aclarando expresamente que las cláusulas del contrato de concesión original mantenían su vigencia en todo lo no modificado.

2º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –al confirmar la sentencia de primera instancia– hizo lugar a la demanda y ordenó que Cencosud S.A., previa aprobación de los proyectos y la correspondiente documentación técnica por parte de la Dirección de Construcciones, procediera a la restauración del Gran Pabellón Central hasta lograr un grado de terminación similar al que poseía originalmente, incluyendo el mantenimiento de sus fachadas anteriores, ornamentos y dispositivos conexos, con costas.

3º) Que, para resolver del modo en que lo hizo, la cámara, en primer lugar, desestimó el planteo de la demandada referente a que la obligación se había tornado de cumplimiento imposible. Consideró que la demandante había solicitado el acatamiento de una cláusula contractual específica que entrañaba una obligación de hacer y en subsidio, la cuantificación de los materiales y la mano de obra a efectos de posibilitar su realización por intermedio de terceros, es decir, una obligación de dar sumas de dinero. Entendió que la pretensión subsidiaria había sido efectuada a la luz del principio de eventualidad procesal para el caso de “imposibilidad de que se cumpliera la prestación reclamada en forma principal” y ello no significaba “dar a la parte incumplidora la opción de decidir cómo quería ejecutar su obligación contractual”. Añadió que el hecho de que la firma demandada no fuera especialista en realización de tareas de reciclaje o mantenimiento de edificios históricos no modificaba esa obligación, pues tampoco reunía tal calidad cuando aceptó obligarse. Ello, en todo caso, revelaba –a criterio de los sentenciantes– que la empresa se comprometía a recabar el asesoramiento necesario para realizar los trabajos indicados en el contrato.

En segundo lugar, el tribunal trató el agravio relativo a la incidencia que tendría en el pleito el convenio

suscripto entre la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) conforme al cual, la primera se comprometía a incluir en los pliegos para la venta del predio, la obligación de que el adjudicatario realizara a su costo las obras de restauración y puesta en valor del aludido pabellón (cláusula 5ta). El a quo puso de relieve que nada de lo que expresaba el tenor literal de esa cláusula autorizaba a sostener que el Estado Nacional hubiera desobligado a la demandada de realizar los trabajos comprometidos en el contrato a la luz del conocido principio del art. 1199 del Código Civil “en cuanto al efecto relativo de los contratos”. Remarcó que el sentido de la cláusula radicaba en la necesidad de preservación de un monumento histórico, obligación que va más allá del vencimiento del contrato que vincula a las partes. Por lo tanto, si bien la firma demandada estaba obligada a realizar las tareas de reciclaje y mantenimiento que había asumido contractualmente, una vez finalizado el vínculo, el organismo estatal debería adoptar los recaudos para que el Pabellón del Centenario siguiera siendo preservado por un eventual nuevo adjudicatario, atento a su condición de bien protegido.

4º) Que, contra esa sentencia, Cencosud S.A. dedujo su recurso extraordinario federal, que fue denegado, dando lugar al presente recurso de queja.

El recurrente tacha de arbitraria la sentencia. Afirma que la cámara incurrió en un exceso de rigorismo formal al interpretar el convenio celebrado entre la AABE y el GCBA, pues si la restauración y puesta en valor del inmueble era obligación de su parte —como se señalaba en la decisión apelada—, no podía endilgarse ese trabajo al eventual nuevo adjudicatario.

Asimismo, asegura que la calificación de las pretensiones —principal y subsidiaria— no se compadece con las constancias de la causa —concretamente, los términos de la demanda y del peritaje producido, en el que se determinó el costo que insumiría el cumplimiento de la obligación— ni con el contenido del art. 626 del Código Civil. Agrega que en ningún momento se avino a realizar las obras pretendidas, pues a lo largo de todo el proceso sostuvo la inexistencia de la obligación en cuestión. Por lo tanto, debía admitirse su realización por intermedio de terceras personas especializadas.

Además, sostiene que la sentencia no se expidió sobre el planteo relativo a la aplicación del art. 626 del Código Civil que expresamente autorizaba a que las obligaciones de hacer fueran realizadas por personas distintas a los obligados y que, dado que se trata de un inmueble con gran importancia por su data histórica y su relevancia a nivel cultural, lo más atinado al caso hubiera sido que se le ordenara correr con los gastos

de los trabajos presupuestados en el peritaje. Afirma que el reciclado del edificio “requiere de específicos conocimientos pues tiene gran antigüedad y significativas particularidades”, de modo que encomendar el trabajo a la actora o a terceros especialistas “a costa” suya habría “sido sin dudas la solución más atinada al caso”.

Finalmente alega que la interpretación del contrato ha sido arbitraria en tanto descarta sin fundamentos válidos la existencia de otras posibilidades de zanjar el litigio entre las partes que —sin dudas— resultarían más beneficiosas tanto para el Estado Nacional como para la recurrente: la realización de los trabajos por terceros a costa de Cencosud S.A. (fs. 572 vta. de los autos principales).

5º) Que, remitidos los autos a la Procuración General de la Nación, la señora Procuradora Fiscal emitió opinión en el sentido de declarar la inadmisibilidad de la queja y del recurso extraordinario interpuestos.

6º) Que los agravios de la parte recurrente no revisan entidad suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, en la medida que se trata de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal propias de los jueces de la causa, que han sido resueltas con fundamentos idóneos de igual naturaleza que, como se verá, bastan para sustentar el pronunciamiento de la cámara.

Vale recordar, a estos efectos, que solo cabe hacer excepción a la regla mencionada cuando la sentencia impugnada traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional, con menoscabo de garantías constitucionales, situación que no concurre en autos.

Tal como se señaló, la doctrina de la arbitrariedad posee carácter excepcional y no tiene por objeto corregir decisiones presuntamente equivocadas en orden a temas no federales. Para su procedencia se requiere, en cambio, un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación que descalifique la sentencia como acto jurisdiccional válido (doctrina de Fallos: 325:3083; 328:3922, entre muchos otros).

En efecto, para que resultara procedente la impugnación debería contener un análisis de los defectos lógicos de la decisión en recurso que habilitarían tal excepcionalísima vía. En ese sentido, la arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución a que arribó el tribunal, sino que exige la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de argumentación jurídica (conf. Fallos: 247:713; 330:4797 y 340:914).

7º) Que los extremos mencionados en modo alguno aparecen configurados en autos, ya que los apelantes no rebaten fundadamente las razones fácticas y de derecho no federal en las que el tribunal sustentó lo decidido. Todo ello basta, entonces, para declarar inadmisibles el recurso de hecho y el extraordinario interpuestos por la parte demandada.

8º) Que a lo dicho cabe agregar que la decisión de la cámara se halla en línea con la doctrina de esta Corte respecto de la importancia que se reconoce a la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural de la Nación.

En este sentido, es dable recordar que el Tribunal ha sostenido que el patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros (conf. Fallos: 336:1390, considerando 9º).

Asimismo, esta Corte señaló que la necesidad de resguardar ese legado fue recogida por los constituyentes de 1994 quienes en el art. 41 de la Constitución Nacional expresamente establecieron como obligación de las autoridades federales la de proveer a la "...preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica..." La trascendencia de la cuestión fue puesta de manifiesto por la convencional Rovagnati al señalar que "...es así que el patrimonio cultural constituye historia y sería oportuno recordar a Alfred Weber, cuando decía que 'nuestro mundo se haría espiritualmente pedazos si renunciara a orientarse en el espíritu de lo antiguo'. Por esta razón las manifestaciones del paisaje urbano, el arte y todas las expresiones culturales, deben ser garantizadas a todos los habitantes y a las generaciones futuras, porque constituyen elementos imprescindibles que hacen a la calidad de la vida..." (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 13ª Reunión - 3ª, Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994; pág. 1619); (conf. fallo cit., considerando 10).

Como también agregó el Tribunal en aquella oportunidad, la preocupación por la protección del patrimonio cultural aparece asimismo receptada en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural acordada por la UNESCO en 1972 (y aprobada por la ley 21.836) en la que se destacó que el patrimonio cultural y el patrimonio natural se encuentran cada vez más amenazados de destrucción no solo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y eco-

nómica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aun más temibles. Por tal motivo, los Estados partes al suscribir ese instrumento reconocieron su obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (conf. art. 4º) y en razón de ello se comprometieron: a adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general; a instituir servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural; a tomar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio (confr. artículo 5º, incs. a, b y d) (conf. fallo cit., considerando 11).

Finalmente, dentro del marco jurídico de protección del acervo cultural, corresponde mencionar a la ley 25.197, que fijó el Régimen del Registro del Patrimonio Cultural, definió al patrimonio cultural argentino como aquel integrado por "todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional" (art. 2º). Asimismo, caracterizó a los "bienes culturales histórico- artísticos" como todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico.

9º) Que, en el caso bajo examen, subyace la problemática relacionada con la restauración, puesta en valor y preservación de un bien de valor histórico, arquitectónico y cultural indiscutible.

En efecto, es importante recordar que, con motivo de los festejos por el centenario de la Revolución de Mayo, entre los meses de mayo y noviembre de 1910 se realizó la Exposición Internacional del Centenario, ocupando distintos espacios abiertos en el Barrio Norte de la ciudad de Buenos Aires, desde la Plaza San Martín hasta el Parque 3 de Febrero. Consistió, en rigor, en 5 muestras simultáneas en distintas ubicaciones, cuya organización, gestión y financiamiento estuvo en manos de diversas entidades, como la Sociedad Rural, la Sociedad Médica o la Unión Industrial, coordinadas por el Estado, que proporcionó los predios y aportó dinero de diversas formas (<https://cienciahoy.org.ar/el-pasado-en-imagenes-la-expo->

sición-internacional-del-centenario-ferrocarriles-y-transportes-terrestres/).

De esas cinco exposiciones, la de Ferrocarriles y Transportes Terrestres fue posiblemente la más importante y concurrida, y funcionó en el terreno del Regimiento I de Infantería. En ella se alzó el edificio del Servicio Postal, que hoy lleva el nombre de Pabellón del Centenario, y cuya restauración por parte de la empresa demandada se pretende con la presente acción (conf. sitio web mencionado en el párrafo precedente).

Cabe indicar que el pabellón es el único de las 35 construcciones erigidas para la Exposición que se mantiene en pie (conf. “Buenos Aires 1910: Memoria del Porvenir”, exposición realizada en el Abasto de Buenos Aires, mayo-julio 1999, Edición Margarita Gutman, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo del Plan Urbano Ambiental, Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Universidad de Buenos Aires, Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo IIED América Latina, pág. 327). Fue diseñado por el arquitecto italiano Virginio Colombo, quien llegó a la Argentina en 1906 contratado por el entonces ministro de Obras Públicas para trabajar en la decoración del Palacio de Justicia, que estaba en su etapa final. El Pabellón de Servicio Postal fue su primera obra, y por ella fue premiado con la medalla dorada al mejor diseño (conf. Fratarelli, Nicolás, “Virginio Colombo. Persistencia, arte, oficio”, Ed. Diseño, Sociedad Central de Arquitectos, págs. 31, 59 y 61; ver también <https://buenosaireshistoria.org/juntas/la-arquitectura-antiacademica-en-buenos-aires-dos-obras-de-virgilio-colombo-en-el-barrio-de-flores/>). Su composición responde al eclecticismo y la ornamentación -cuando aún existía- reconocía influencias de la llamada Secesión Vienesa. El frente curvo tenía una suerte de galería sostenida por grandes columnas pareadas. Todo se completa en una gran cúpula vidriada con una torre central que refuerza la altura y remataba en un grupo escultórico de cuatro figuras femeninas que sostenían, en lo más alto, un globo terráqueo (conf. Fratarelli op. cit. pág. 65; ver también en <https://palermtour.com.ar/tourdenoticias/la-asociacion-argentina-de-polo-aap-dio-a-conocer-las-fechas-de-los-torneos-de-la-temporada-primavera-2015/>).

10) Que por decreto 1358/2010, el Poder Ejecutivo Nacional declaró “monumento histórico nacional al PABELLÓN DEL CENTENARIO (antiguo PABELLÓN DE FIESTAS, CORREOS Y TELÉGRAFOS), del REGIMIENTO DE INFANTERÍA 1 ‘PATRICIOS’, ubicado entre las Avenidas SANTA FE, Luis María CAMPOS y DORREGO, con acceso principal por la Avenida Intendente BULLRICH números 475 al 517 de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (Datos catas-

trales: Circunscripción 17, Sección 23, Manzana 68)” (conf. art. 10). Tal declaración implicó someter el inmueble al régimen de custodia y conservación contemplado en la ley 12.665 y el decreto 84.005/41.

11) Que, ello sentado, se torna imprescindible poner de relieve que esta construcción, cuyo valor histórico se evidencia de manera innegable de la reseña precedente, se encuentra desde hace bastante tiempo en condiciones de deterioro.

La necesidad de restauración y adecuación fue advertida por el Estado al momento de contratar, y por tal motivo se introdujo en el contrato de concesión, celebrado el 30 de noviembre de 1994, la obligación -cuyo incumplimiento originó la presente acción- de ejecutar a cargo de la concesionaria el trabajo de “Reciclado del Gran Pabellón Central de la Exposición Internacional Ferroviaria y de Transporte Terrestre efectuada en el año 1910, erigido dentro del predio objeto de este contrato, según la ubicación determinada en el Plano N° 2046 A hasta lograr un grado de terminación similar al que poseía originariamente, de acuerdo con el respectivo Pliego de Especificaciones y planos complementarios, que forman parte del presente contrato como Anexo 2, incluyendo además el mantenimiento de sus fachadas exteriores, ornamentos y dispositivos conexos, durante la duración del contrato y/o de sus prórrogas” (cláusula décimo séptima).

Varios años después, algunos informes daban cuenta del alto nivel de deterioro y de riesgo (ver fs. 160 -informe de la Arq. Aguilar de la Dirección General de Patrimonio, Museos y Casco Histórico de la Ciudad de Buenos Aires, del 26 de febrero de 2013), así como del detalle de ese deterioro tanto en exteriores o como interiores (ver fs. 165/169, presentación mencionada, y fs. 340/342, informe de la Dirección de Ingenieros e Infraestructura del Ejército Argentino, de fecha 17 de marzo de 2016). En sentido coincidente respecto de las condiciones del pabellón se expidió asimismo el perito ingeniero civil designado de oficio en su informe pericial del 24 de diciembre de 2016 (ver. fs. 363/379 vta.). Por otra parte, notas periodísticas han puesto de relieve que el edificio en cuestión ya no cuenta con la parte superior mencionada, sus muros se hallan con grietas de donde emergen arbustos, muchos de los vidrios están rotos, los revoques y cielorrasos caídos, las columnas agujereadas revelan su estructura interior de hierro y los pisos de madera están ausentes casi por completo (conf. <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/pabellon-centenario-pasado-presente-edificio-historico-abandonado.phtml>; <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/abandono-y-desidia-de-un-sitio-historico-de-la-ciudad.phtml>; <https://www.nueva-ciudad.com.ar/notas/201704/32240-el-edificio-pabellon-del-centenario-de-palermo-esta-abandonado.html>;

https://www.clarin.com/ciudades/pabellon-centenario-plan-convertir-ultimo-monumento-festijos-1910-eje-paseo_0_4L7eYTBSR.html.

12) Que, con base en todo lo expuesto, queda robustecida aun más la conclusión respecto de la inadmisibilidad del recurso bajo examen.

Así, en lo atinente al planteo del quejoso relacionado con que el compromiso oportunamente asumido en el contrato de concesión ya no subsiste, en virtud del convenio celebrado el 5 de diciembre de 2017 entre la Administración de Bienes del Estado y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, cuadra rememorar que mediante decreto 225/2017 el Poder Ejecutivo Nacional autorizó a la AABE a disponer y enajenar diversos inmuebles pertenecientes al Estado Nacional. Entre ellos, el predio ubicado en Av. Cerviño n° 4820/50 esquina Av. Bullrich n° 345 de la Ciudad de Buenos Aires con excepción de la superficie ocupada por el monumento histórico nacional allí emplazado –esto es, el “Gran Pabellón Central de la Exposición Internacional Ferroviaria y de Transporte Terrestre” (Pabellón Centenario)- que continuaría en cabeza del Estado Nacional (conf. Anexo al art. 1° del decreto mencionado).

En el marco de esa normativa, el 5 de diciembre de 2017, la AABE y el Gobierno de la Ciudad suscribieron un convenio por el que –en cuanto interesa al sub lite- la primera se comprometió a “incluir en los Pliegos de Bases y Condiciones de los Procedimientos de Licitación y/o Subasta para la venta del predio referido en la Cláusula Primera, la obligación de que el adjudicatario realice a su costo las obras de restauración y de puesta en valor del Pabellón del Centenario, según los criterios, pautas y condiciones que de común acuerdo ‘LAS PARTES’ consideran deben ser establecidos por la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos, en consulta simultánea con la Autoridad de Aplicación en materia de Protección Patrimonial del Gobierno de la Ciudad”.

En sentido coincidente con lo sostenido por el tribunal a quo en la sentencia apelada y por la Procuración General en su dictamen, el texto de la disposición reseñada no autoriza a sostener que la celebración del acuerdo haya implicado, por parte del Estado Nacional, dejar sin efecto la obligación de la demandada de realizar los trabajos comprometidos en el contrato de concesión de uso. Antes bien, el compromiso de incluir en los pliegos de bases y condiciones obligaciones vinculadas a la restauración y puesta en valor del Pabellón Centenario se vincula con la condición de bien protegido que ostenta ese inmueble, que claramente subsiste con independencia de la relación jurídica que une a las partes.

Además, las obligaciones contractuales asumidas en su momento por Cencosud S.A. no pueden haber sufrido alteraciones por el hecho de que con posterioridad a la celebración del contrato se declarara al inmueble monumento histórico ni porque se celebrara el convenio aludido entre la AABE y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En efecto, conforme reiterada doctrina de este Tribunal, el principio conforme al cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, resulta plenamente aplicable en el ámbito de la contratación administrativa (conf. Fallos: 325:1787; 326:2081, 2625; 327:4723, 5073; 328:2004; 330:1649; 331:1186; 339:236, entre otros). Es que el principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura (Fallos: 312:1725).

Por lo tanto, la obligación de la concesionaria subsiste incólume. Solo es adecuado precisar que la recurrente deberá sujetar la ejecución de los trabajos de mantenimiento y restauración a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos, de acuerdo a lo previsto en la ley 12.665 y su reglamentación, y por la autoridad de aplicación; y, por su parte, estos órganos con competencia especial en la materia deberán arbitrar los medios necesarios para facilitar y fiscalizar el adecuado y completo cumplimiento de la obligación impuesta a la empresa en el contrato.

Por otra parte, y en la misma línea de ideas, vale indicar que la pretensión que la actora esgrime con carácter subsidiario, vinculada a la cuantificación de los materiales y la mano de obra para la eventual realización de los trabajos por intermedio de terceros, en modo alguno habilita a la demandada a escoger en el pleito el modo en que se ejecutará la obligación contractual incumplida. Esa y las restantes cuestiones fueron valoradas en la sentencia apelada con fundamentos razonables y suficientes que impiden su descalificación como acto jurisdiccional.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja y se declara inadmisibles el recurso extraordinario. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese la queja. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Los bienes culturales e históricos en una visión actualizada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Carlos Aníbal Rodríguez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Preservación del patrimonio cultural.— III. Antecedentes.— IV. Tipicidad del bien jurídico protegido.— V. Fallo "EN - EMGE c. Cencosud SA" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— VI. Colofón.

I. Introducción

Como sabemos, el derecho ambiental comprende la protección de los recursos naturales y culturales (sin perjuicio de las cuestiones socioeconómicas); de allí que dicha protección, como así también la conservación de los bienes culturales materiales e inmateriales, sea un tema propio del derecho ambiental, lo que muchas veces es olvidado por la doctrina y la jurisprudencia existente.

II. Preservación del patrimonio cultural

Así lo hemos recalcado en distintos artículos y comentarios referidos a la preservación del patrimonio cultural (e histórico) (1).

(*) Abogado. Doctor en Derecho (UNNE). Máster en Derecho Ambiental. Especialista en Derechos Humanos (Universidad del País Vasco, España). Magíster en Derecho Fundiario y Empresa Agraria (UNNE). Exdirector de Asuntos Jurídicos de la H. Cámara de Senadores de la Provincia de Corrientes. Exjuez de la Excm. Cámara Civil y Comercial de Corrientes. Profesor titular por concurso de Derecho Agrario y Ambiental y de Economía Política, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNNE).

(1) RODRÍGUEZ, Carlos A., "Derecho ambiental. Patrimonio cultural e histórico", LA LEY del 08/01/2014, p. 1; RODRÍGUEZ, Carlos A., "Nueva Ley de Monumentos y Lugares Históricos", LA LEY, Supl. Actualidad del 21/04/2015, p. 1; RODRÍGUEZ, Carlos A., "Comentario a un fallo sobre la protección del patrimonio cultural e

En efecto, la Constitución Nacional, en su art. 41, establece:

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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

"Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, 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.

"Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

"Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

histórico en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Casa Suiza)", DJ del 23/07/2014, p. 7.

Es decir que la preservación del patrimonio cultural es una obligación de las autoridades del Estado, ya sea que pertenezcan al Poder Ejecutivo, al Legislativo o Judicial, y de todos los habitantes del país.

Dicho patrimonio no es sino parte del derecho humano a disfrutar, por parte de todos los habitantes, de un ambiente limpio, sano y sostenible (2).

Porque el patrimonio cultural e histórico de un pueblo es la base de la Nación Argentina, como decía Fayt:

“La nación es una comunidad, determinada objetivamente por el nacimiento o su asimilación y subjetivamente por nexos sociológicos, como el lenguaje, la religión, los usos, costumbres y hábitos de vida, y psicológicos como la voluntad de pertenencia y conciencia de poseer un origen y un destino común, que se resuelven en determinadas formas de vida en común, cooperación y solidaridad. No predominan en ella los factores naturales sino los culturales. Adicionando al factor natural del nacimiento los restantes factores socioculturales, comprendemos la realidad de la comunidad nacional en cuanto formación social” (3).

Podemos decir en consecuencia y sin hesitación alguna que sin un patrimonio cultural e histórico no existe nación, y sin nación es muy difícil de hablar del Estado-Nación de la Argentina.

De allí la importancia del derecho humano ambiental de conservar dicho patrimonio, como lo establece la manda constitucional.

III. Antecedentes

El patrimonio cultural es aquel conjunto de bienes materiales e inmateriales de carácter intelectual, artístico o literario, perteneciente y valorado por una persona, comunidad, nación o Estado, que permanece o existe.

(2) Res. A/76/L.75, del 26/07/2022, de la Asamblea de las Naciones Unidas.

(3) FAYT, Carlos, “Derecho político”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1968, ps. 49/50.

Es de carácter histórico, sujeto a mutaciones y que debe ser revisado permanentemente (4).

El concepto de patrimonio cultural también es amplio, ya que comprende los bienes materiales e inmateriales que lo constituyen. El patrimonio histórico, la lengua, las costumbres, la edificación, las ruinas arqueológicas y paleontológicas, los objetos celestes (meteoritos) y el paisaje, por nombrar solamente los más relevantes.

Veamos algunos antecedentes internacionales y locales referentes a la preservación del patrimonio cultural:

- *La Carta de Atenas de 1931*, que propone la conservación de los monumentos artísticos e históricos, recomienda respetar la obra histórica y artística del pasado, sin menospreciar el estilo de ninguna época, y permite la ocupación de los monumentos que les asegure la continuidad vital, siempre y cuando el destino moderno sea tal que respete el carácter histórico y artístico.

- *La Convención de La Haya de 1954 sobre Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado* (adoptada el 14/05/1954, en vigor desde el 07/08/1956), que indica:

Art. 1º: “Definición de los bienes culturales:

”Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

”a) Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;

”b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes cultura-

(4) RODRÍGUEZ, Carlos A., “Lecciones de derecho ambiental”, 2ª ed., Ed. Moglia, Corrientes, 2022, p. 146.

les muebles definidos en el apart. a) tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apart. a);

"c) Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los aparts. a) y b), que se denominarán 'centros monumentales'".

- *La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en la 17ª reunión celebrada en París el 16/11/1972 (ratificada por ley 21.836), que dispone:

Art. 1º:

"A los efectos de la presente Convención se considerarán 'patrimonio cultural':

"- los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,"

- los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,"

- los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico".

- *La Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas —Convención de San Salvador—*, adoptada en Washington el 16/06/1976 (ratificada por ley 25.568, del año 2002), que establece:

"Los bienes culturales a que se refiere el artículo precedente son aquellos que se incluyen en las siguientes categorías:

"a) monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y flora, relacionados con las mismas;

"b) monumentos, edificios, objetos artísticos, utilitarios, etnológicos, íntegros o desmembrados, de la época colonial, así como los correspondientes al siglo XIX;

"c) bibliotecas y archivos; incunables y manuscritos; libros y otras publicaciones, iconografías, mapas y documentos editados hasta el año de 1850;

"d) todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados partes tengan registrados como bienes culturales, siempre que hayan notificado tal registro a las demás partes del Tratado;

"e) Todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados partes declaren o manifiesten expresamente incluir dentro de los alcances de esta Convención".

- *La Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales* (ley 19.943, del 13/11/1972), que indica:

Art. 1º:

"Para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

"a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;

"b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;

"c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;

"d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;

"e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;

"f) el material etnológico;

"g) los bienes de interés artístico tales como:

"I) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano);

"II) producciones originales de arte estatutario y de escultura en cualquier material;

"III) grabados, estampas y litografías originales;

"IV) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia;

"h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;

"i) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;

"j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;

"k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos".

- *La ley 25.197 de Patrimonio Cultural (1999)*. Establece la centralización del ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación, define los bienes culturales histórico-artísticos y crea el Registro Único de Bienes Culturales. Así, dispone:

"Se entiende por 'bienes culturales histórico-artísticos' todas las obras del hombre u obras

conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico.

"Por lo tanto, será un 'bien cultural histórico-artístico' aquel que pertenezca a alguna de las siguientes categorías:

"1. El producto de las exploraciones y excavaciones arqueológicas y paleontológicas, terrestres y subacuáticas.

"2. Los objetos tales como los instrumentos de todo tipo, alfarería, inscripciones, monedas, sellos, joyas, armas y objetos funerarios.

"3. Los elementos procedentes del desmembramiento de monumentos históricos.

"4. Los materiales de interés antropológico y etnológico.

"5. Los bienes que se refieren a la historia, incluida la historia de las ciencias y las técnicas, la historia social, política, cultural y militar, así como la vida de los pueblos y de los dirigentes, pensadores, científicos y artistas nacionales.

"6. Los bienes inmuebles del patrimonio arquitectónico de la Nación.

"7. Los bienes de interés artístico tales como:

"- Pinturas y dibujos hechos sobre cualquier soporte y en toda clase de materias.

"- Grabados, estampas, litografías, serigrafías originales, carteles y fotografías.

"- Conjuntos y montajes artísticos originales cualquiera sea la materia utilizada.

"- Obras de arte y artesanías.

"- Producciones de arte estatutario.

"- Los manuscritos raros e incunables, códices, libros, documentos y publicaciones de interés especial, sueltos o en colecciones.

"- Los objetos de interés numismático, filatélico.

"- Los documentos de archivos, incluidos colecciones de textos, mapas y otros materiales, cartográficos, fotografías, películas cinematográficas, videos, grabaciones sonoras y análogas.

"- Los objetos de mobiliario, instrumentos musicales, tapices, alfombras y trajes".

- *La ley 25.743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico*, para la preservación, protección y tutela del patrimonio arqueológico y paleontológico como parte integrante del patrimonio cultural de la Nación y su aprovechamiento científico y cultural.

Ella establece: Art. 2º:

"Forman parte del patrimonio arqueológico las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes."

Forman parte del patrimonio paleontológico los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales".

- *El Código Civil y Comercial argentino*, que regla:

Art. 235: "Quedan comprendidos entre los bienes públicos: (...)

"f) Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;

"g) Los documentos oficiales de los poderes del Estado;

"h) Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico".

Y asimismo: "Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva.

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

- *El Mercosur*: Protocolo de Integración Cultural del Mercosur, suscripto por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay en Fortaleza —República Federativa del Brasil— el 16/12/1996 (ley 24.993, del año 1998), que indica:

"1. Los Estados partes se comprometen a promover la cooperación y el intercambio entre sus respectivas instituciones y agentes culturales, con el objetivo de favorecer el enriquecimiento y la difusión de las expresiones culturales y artísticas del Mercosur.

"2. Para ello, los Estados partes promoverán programas y proyectos conjuntos en el Mercosur, en los diferentes sectores de la cultura, que definan acciones concretas.

"Art. III:

Los Estados partes favorecerán producciones de cine, video, televisión, radio y multimedia, bajo el régimen de coproducción y codistribución, abarcando todas las manifestaciones culturales".

- *La ley 12.665*, que crea el Registro Nacional de Museos y Lugares Históricos del país (modificada por ley 27.103, BO del 23/1/2015), que dispone:

"La Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos es continuadora de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, dependiente del organismo que determine el Poder Ejecutivo Nacional.

"La Comisión Nacional será integrada por un presidente y diez [10] vocales, designados por el

Poder Ejecutivo Nacional, que durarán en sus cargos seis [6] años, pudiendo ser reelectos.

“Son atribuciones de la Comisión: a) Ejercer la superintendencia inmediata sobre los monumentos, lugares y bienes históricos nacionales y demás bienes protegidos en los términos de la presente ley, en concurrencia con las respectivas autoridades locales, cuando se trate de monumentos, lugares y bienes del dominio provincial o municipal; b) Proponer al Poder Ejecutivo Nacional la declaratoria de monumentos, lugares y bienes históricos nacionales, y demás bienes protegidos en los términos de la presente ley, indicando con precisión el perímetro del área protegida conforme las clases enunciadas en la presente ley; c) Establecer, revisar y actualizar criterios y pautas de selección, clasificación y valoración para los monumentos, lugares y bienes protegidos; d) A solicitud del Congreso de la Nación, designar expertos para evaluar los méritos históricos artísticos, arquitectónicos, industriales o arqueológicos del monumento, lugar o bien sometido a opinión, quienes expedirán su dictamen por escrito, no vinculante, en el plazo establecido por la Comisión. Dicho dictamen será refrendado por la Comisión; e) Designar delegados en base a una terna vinculante remitida por los gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con asiento en los respectivos distritos, y por sí, subdelegados locales, asesores consultos, honorarios y eméritos; f) Organizar mecanismos de representación regional y federal; g) Establecer “áreas de amortiguación” en el entorno de los monumentos, coordinando con la autoridad local las restricciones urbanísticas que correspondan; h) Establecer los alcances y límites de la protección inherente a cada declaratoria; i) Recomendar al Poder Ejecutivo que impulse ante el Congreso Nacional la declaración de utilidad pública de los inmuebles que así lo ameriten; j) Llevar un registro público de los bienes protegidos según su clase; k) Intervenir con carácter previo y vinculante en toda transacción, transferencia de dominio, gravamen u otra modificación del estatus jurídico de un bien protegido; l) Intervenir con carácter previo y vinculante, aprobar o rechazar, y supervisar toda intervención material sobre los bienes protegidos; m) Proponer al Poder Ejecutivo Nacional la adquisición de bienes de particulares cuando sea de interés público su ingreso al dominio del Estado nacional; n) Realizar por sí o auspiciar publicaciones de las materias de

su competencia; o) Organizar, auspiciar o participar en congresos, seminarios, encuentros, jornadas, programas periodísticos y toda otra actividad de difusión de sus competencias; p) Proponer al Poder Ejecutivo Nacional la aceptación de herencias, legados y donaciones vinculadas a la materia de esta ley; q) Aceptar y recibir subsidios y aportes en dinero o en especie; r) Celebrar convenios de cooperación con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, gubernamentales o no gubernamentales”.

Y luego enuncia las distintas categorías:

“Corresponde a la Comisión Nacional llevar un registro público de los bienes protegidos, enunciados en las siguientes clases: 1. Monumento histórico nacional. 2. Lugar histórico nacional. 3. Poblado histórico nacional. 4. Área urbana histórica nacional. 5. Área de amortiguación visual. 6. Bien de interés histórico nacional. 7. Bien de interés artístico nacional. 8. Bien de interés arquitectónico nacional. 9. Bien de interés industrial nacional. 10. Bien de interés arqueológico nacional. 11. Sepulcro histórico nacional. 12. Paisaje cultural nacional. 13. Itinerario cultural nacional”.

- *La ley 26.118, que ratifica la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial*, adoptada en París en octubre de 2003 por la Conferencia General de la UNESCO, la que entró en vigencia el 20/04/2006 (5) y preceptúa: “A los efectos de la presente Convención, (...) [s]e entiende por ‘patrimonio cultural inmaterial’ los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad

(5) RODRÍGUEZ, Carlos A., “La protección del patrimonio cultural inmaterial”, RDAMB., LexisNexis, Buenos Aires, junio de 2007, p. 81.

humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible⁶.

- *La Ley General del Ambiente (ley 25.675)*, que establece como objetivos de la política ambiental el de asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas.

- *El art. 75, inc. 19, CN*, aclara asimismo que el Congreso debe dictar leyes que protejan el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

IV. Tipicidad del bien jurídico protegido

Podemos decir que la cultura es el bien jurídico protegido. En tal sentido, corresponde definir la “tipicidad” del bien jurídico protegido, distinguiendo entre:

- La “cultura” como un bien jurídico delimitado, que puede generar un derecho subjetivo individual, que causa un derecho de propiedad privada o una apropiación estatal.- La “cultura” como un bien jurídico colectivo, indivisible, de uso común, que no puede ser apropiado individualmente ni por el Estado (6).

El bien jurídico es nominado de muchas maneras distintas y con una amplitud muy diferente en distintos sistemas jurídicos.

La denominación es variada, y los vocablos más usados han sido: “bien cultural”, “patrimonio cultural”, “patrimonio cultural inmaterial”, “propiedad cultural” o “cultura”.

En cuanto a la amplitud del contenido, se han mencionado:

- Bienes de carácter artístico, histórico, arqueológico o etnográfico.

- Colecciones privadas.

- La preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios.

- El respeto a la identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

- El patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

- La memoria histórica del pueblo; testimonios de civilizaciones pasadas y presentes.

- El patrimonio que se transmite a generaciones futuras.

- El que tiene carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico.

- Las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico.

- El tesoro cultural de la nación.

- La identidad de un pueblo, tal como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico, y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular.

- Los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural.

- Lo recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno.

- Las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; artes del espectáculo; usos sociales, rituales y actos festivos; conocimientos

(6) LORENZETTI, Ricardo, “Los bienes culturales individuales y colectivos”, LA LEY del 19/05/2022, p. 1.

y usos relacionados con la naturaleza y el universo; técnicas artesanales tradicionales (7).

V. Fallo "EN - EMGE c. Cencosud SA" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Teniendo en cuenta dichos antecedentes normativos y doctrinales, analizaremos el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa, 'EN - EMGE c. Cencosud SA s/ varios'", del 02/08/2022, CAF 29528/2014/1/RH1.

Dijo la Corte:

"1º) Que el Estado Nacional inició la presente acción con el objeto de obtener el cumplimiento del contrato celebrado el 30/11/1994 entre el Ejército Argentino y Cencosud SA, por el que se le otorgó a esta última la concesión sobre el predio sito en la avenida Bullrich, la calle Cerviño y las vías del Ferrocarril Mitre. Puntualmente, se pretendía que la concesionaria diera satisfacción al compromiso asumido en la cláusula décimo séptima, inc. d), del acuerdo, la que establecía que quedaba en cabeza de la firma demandada el reciclado del Gran Pabellón Central de la Exposición Internacional Ferroviaria y de Transporte efectuado en 1910, que se hallaba erigido en el predio mencionado.

"El 22/11/2009, las partes suscribieron una *addenda*, pactando una prórroga por 60 meses a partir del 01/12/2014, aclarando expresamente que las cláusulas del contrato de concesión original mantenían su vigencia en todo lo no modificado."2º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal —al confirmar la sentencia de primera instancia— hizo lugar a la demanda y ordenó que Cencosud SA, previa aprobación de los proyectos y la correspondiente documentación técnica por parte de la Dirección de Construcciones, procediera a la restauración del Gran Pabellón Central hasta lograr un grado de terminación similar al que poseía originalmente, incluyendo el mantenimiento de sus fachadas anteriores, ornamentos y dispositivos conexos, con costas.

(7) LORENZETTI, Ricardo, "Los bienes culturales...", ob. cit.

"Que, en contra esa sentencia, Cencosud SA dedujo su recurso extraordinario federal, que fue denegado, dando lugar al recurso queja.

"La demandada afirma que el reciclado del edificio 'requiere de específicos conocimientos pues tiene gran antigüedad y significativas particularidades,' de modo que encomendar el trabajo a la actora o a terceros especialistas 'a costa' suya habría 'sido sin dudas la solución más atinada al caso'".

Asimismo, afirmó la Corte:

"6º) Que los agravios de la parte recurrente no revisten entidad suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, en la medida que se trata de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal propias de los jueces de la causa, que han sido resueltas con fundamentos idóneos de igual naturaleza que, como se verá, bastan para sustentar el pronunciamiento de la Cámara.

"Tal como se señaló, la doctrina de la arbitrariedad posee carácter excepcional y no tiene por objeto corregir decisiones presuntamente equivocadas en orden a temas no federales. Para su procedencia se requiere, en cambio, un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación que descalifique la sentencia como acto jurisdiccional válido (doctrina de Fallos 325:3083; 328:3922, entre muchos otros)".

Para concluir en ese aspecto considera que los extremos mencionados en modo alguno aparecen configurados en autos, ya que los apelantes no rebaten fundadamente las razones fácticas y de derecho no federal en las que el tribunal sustentó lo decidido. Todo ello basta, entonces, para declarar inadmisibles el recurso de hecho y el extraordinario interpuestos por la parte demandada.

Sin perjuicio de ello, para la inadmisibilidad del recurso impetrado la Corte se explaya y ratifica sus antecedentes en relación con la importancia que se reconoce a la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural de la Nación.

En este sentido, se recuerda que "el tribunal ha sostenido que el patrimonio cultural de una na-

ción preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros (conf. Fallos 336:1390, consid. 9º)". Es decir, se refiere al fallo del 27/08/2013, "Zorrilla, Susana y otro c. EN - PEN s/ expropiación - servidumbre administrativa", LL AR/JUR/47004/2013.

Después hace un análisis de la opinión de los constituyentes de 1994, al recordar:

"Asimismo, esta Corte señaló que la necesidad de resguardar ese legado fue recogida por los constituyentes de 1994 quienes en el art. 41 de la CN expresamente establecieron como obligación de las autoridades federales la de proveer a la '... preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica...'. La trascendencia de la cuestión fue puesta de manifiesto por la convencional Rovagnati al señalar que '... es así que el patrimonio cultural constituye historia y sería oportuno recordar a Alfred Weber, cuando decía que *nuestro mundo se haría espiritualmente pedazos si renunciara a orientarse en el espíritu de lo antiguo*. Por esta razón las manifestaciones del paisaje urbano, el arte y todas las expresiones culturales, deben ser garantizadas a todos los habitantes y a las generaciones futuras, porque constituyen elementos imprescindibles que hacen a la calidad de la vida...' [Convención Nacional Constituyente, 13ª Reunión, 3ª, Sesión Ordinaria (continuación), 20/07/1994; p. 1619] (conf. fallo cit., consid. 10).

"Como también agregó el tribunal en aquella oportunidad [se refiere al fallo "Zorrilla, Susana y otro c. EN - PEN s/ expropiación - servidumbre administrativa", en su consid. 11] la preocupación por la protección del patrimonio cultural aparece asimismo receptada en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural acordada por la UNESCO en 1972 (y aprobada por la ley 21.836) en la que se destacó que el patrimonio cultural y el patrimonio natural se encuentran cada vez más amenazados de destrucción no solo por las causas tradi-

cionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más temibles. Por tal motivo, los Estados partes al suscribir ese instrumento reconocieron su obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (conf. art. 4º) y en razón de ello se comprometieron: a adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general; a instituir servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural; a tomar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio [conf. art. 5º, incs. a), b) y d)] (conf. fallo cit., consid. 11).

"Finalmente, dentro del marco jurídico de protección del acervo cultural, corresponde mencionar a la ley 25.197, que fijó el Régimen del Registro del Patrimonio Cultural, definió al patrimonio cultural argentino".

Considera también la Corte que en el caso bajo examen subyace la problemática relacionada con la restauración, puesta en valor y preservación de un bien de valor histórico, arquitectónico y cultural indiscutible.

Haciendo un relato histórico del monumento en cuestión: "Es importante recordar que, con motivo de los festejos por el Centenario de la Revolución de Mayo, entre los meses de mayo y noviembre de 1910 se realizó la Exposición Internacional del Centenario, ocupando distintos espacios abiertos en el Barrio Norte de la ciudad de Buenos Aires, desde la Plaza San Martín hasta el Parque 3 de Febrero. Consistió, en rigor, en cinco muestras simultáneas en distintas ubicaciones, cuya organización, gestión y financiamiento estuvo en manos de diversas entidades, como la Sociedad Rural, la Sociedad Médica o la Unión Industrial, coordinadas por el Estado, que proporcionó los predios y aportó dinero de diversas formas.

"De esas cinco exposiciones, la de Ferrocarriles y Transportes Terrestres fue posiblemente la

más importante y concurrida, y funcionó en el terreno del Regimiento I de Infantería. En ella se alzó el edificio del Servicio Postal, que hoy lleva el nombre de Pabellón del Centenario, y cuya restauración por parte de la empresa demandada se pretende con la presente acción.

”Cabe indicar que el pabellón es el único de las 35 construcciones erigidas para la Exposición que se mantiene en pie [conf. ‘Buenos Aires 1910: Memoria del porvenir’, exposición realizada en el Abasto de Buenos Aires, mayo-julio de 1999, Ed. Margarita Gutman — Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires — Consejo del Plan Urbano Ambiental — Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Universidad de Buenos Aires — Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo (IIED) América Latina, p. 327]. Fue diseñado por el arquitecto italiano Virginio Colombo, quien llegó a la Argentina en 1906 contratado por el entonces ministro de Obras Públicas para trabajar en la decoración del Palacio de Justicia, que estaba en su etapa final. El Pabellón de Servicio Postal fue su primera obra, y por ella fue premiado con la medalla dorada al mejor diseño (conf. Fratarelli, Nicolás, ‘Virginio Colombo. Persistencia, arte, oficio’, Ed. Diseño, Sociedad Central de Arquitectos, ps. 31, 59 y 61).

”Su composición responde al eclecticismo, y la ornamentación —cuando aún existía— reconocía influencias de la llamada Secesión Vienesa. El frente curvo tenía una suerte de galería sostenida por grandes columnas pareadas. Todo se completa en una gran cúpula vidriada con una torre central que refuerza la altura y remataba en un grupo escultórico de cuatro figuras femeninas que sostenían, en lo más alto, un globo terráqueo”.

Hace notar que “por dec. 1358/2010, el Poder Ejecutivo Nacional declaró ‘monumento histórico nacional al Pabellón del Centenario (antiguo Pabellón de Fiestas, Correos y Telégrafos) del Regimiento De Infantería 1 Patricios, ubicado entre las Avenidas Santa Fe, Luis María Campos y Dorrego, con acceso principal por la Avenida Intendente Bullrich nros. 475 al 517 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (datos catastrales: circunscripción 17, sección 23, manzana 68)’ (conf. art. 10). Tal declaración implicó someter el inmueble al régimen de custodia y

conservación contemplado en la ley 12.665 y el dec. 84.005/1941”.

Pone en relieve que “esta construcción, cuyo valor histórico se evidencia de manera innegable de la reseña precedente, se encuentra desde hace bastante tiempo en condiciones de deterioro.

”La necesidad de restauración y adecuación fue advertida por el Estado al momento de contratar, y por tal motivo se introdujo en el contrato de concesión, celebrado el 30/11/1994, la obligación —cuyo incumplimiento originó la presente acción— de ejecutar a cargo de la concesionaria el trabajo de ‘Reciclado del Gran Pabellón Central de la Exposición Internacional Ferroviaria y de Transporte Terrestre efectuada en el año 1910, erigido dentro del predio objeto de este contrato, según la ubicación determinada en el plano nro. 2046 A hasta lograr un grado de terminación similar al que poseía originariamente, de acuerdo con el respectivo pliego de especificaciones y planos complementarios, que forman parte del presente contrato como Anexo 2, incluyendo además el mantenimiento de sus fachadas exteriores, ornamentos y dispositivos conexos, durante la duración del contrato y/o de sus prórogas’ (cláusula décimo séptima).

”Varios años después, algunos informes daban cuenta del alto nivel de deterioro y de riesgo (ver fs. 160 —informe de la Arq. Aguilar de la Dirección General de Patrimonio, Museos y Casco Histórico de la Ciudad de Buenos Aires, del 26/02/2013—), así como del detalle de ese deterioro tanto en exteriores o como interiores (ver fs. 165/169, presentación mencionada, y fs. 340/342, informe de la Dirección de Ingenieros e Infraestructura del Ejército Argentino, de fecha 17/03/2016). En sentido coincidente respecto de las condiciones del pabellón se expidió asimismo el perito ingeniero civil designado de oficio en su informe pericial del 24/12/2016 (ver. fs. 363/379 vta.). Por otra parte, notas periódicas han puesto de relieve que el edificio en cuestión ya no cuenta con la parte superior mencionada, sus muros se hallan con grietas de donde emergen arbustos, muchos de los vidrios están rotos, los revoques y cielorrasos caídos, las columnas agujereadas revelan su estructura interior de hierro y los pisos de madera están ausentes casi por completo”.

Afirma el Magno Tribunal que “en sentido coincidente con lo sostenido por el tribunal *a quo* en la sentencia apelada y por la Procuración General en su dictamen, el texto de la disposición reseñada no autoriza a sostener que la celebración del acuerdo haya implicado, por parte del Estado Nacional, dejar sin efecto la obligación de la demandada de realizar los trabajos comprometidos en el contrato de concesión de uso. Antes bien, el compromiso de incluir en los pliegos de bases y condiciones obligaciones vinculadas a la restauración y puesta en valor del Pabellón Centenario se vincula con la condición de bien protegido que ostenta ese inmueble, que claramente subsiste con independencia de la relación jurídica que une a las partes.

“Además, las obligaciones contractuales asumidas en su momento por Cencosud SA no pueden haber sufrido alteraciones por el hecho de que con posterioridad a la celebración del contrato se declarara al inmueble monumento histórico ni porque se celebrara el convenio aludido entre la AABE y el gobierno de la ciudad de Buenos Aires. En efecto, conforme reiterada doctrina de este tribunal, el principio conforme al cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, resulta plenamente aplicable en el ámbito de la contratación administrativa (conf. Fallos 325:1787; 326:2081, 2625; 327:4723, 5073; 328:2004; 330:1649; 331:1186; 339:236, entre otros). Es que el principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura (Fallos 312:1725).

”Por lo tanto, la obligación de la concesionaria subsiste incólume. Solo es adecuado precisar que la recurrente deberá sujetar la ejecución de los trabajos de mantenimiento y restauración a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos, de acuerdo a lo previsto en la ley 12.665 y su reglamentación, y por la autoridad de aplicación; y, por su parte, estos órganos con competencia especial en la materia deberán arbitrar los medios necesarios para facilitar y fiscalizar el adecuado y completo cumplimiento de la obligación impuesta a la empresa en el contrato”.

Finalmente, llega a la parte dispositiva de la sentencia:

“Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. procuradora fiscal, se desestima la queja y se declara inadmisibile el recurso extraordinario”.

VI. Colofón

1º) Se trata de un nuevo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ratifica su antecedente “Zorrilla”, pero que, más allá de la parte formal de inadmisibilidad del recurso, hace un pormenorizado análisis de cómo el Poder Judicial debe comprometerse en la defensa del patrimonio cultural de la Nación.

2º) Ratifica la necesidad de la defensa del patrimonio cultural e histórico de la Nación y su normativa constitucional, internacional y legal.

3º) Es un nuevo hito en la historia jurisprudencial a tener en cuenta por todos los tribunales del país.

DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Energía eléctrica. Federalismo. Facultades concurrentes de la Nación y las provincias. El ambiente como un bien transgeneracional.

Con nota de Marta S. Juliá y Rocío Loza Serra

1. — No obstante las modificaciones introducidas por la resolución 376/18 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) a las normas impugnadas —res. 1118/02 de la Secretaría de Política Ambiental de Pcia. de Bs. As. y sus modificatorias 618/03 y 964/03—, en cuanto establece que los equipos eléctricos cerrados ya descontaminados en los que se verifique el mantenimiento de la concentración de PCB por debajo del valor de 50 ppm, podrán continuar en estado operacional sin una intervención específica de descontaminación hasta el final de su vida útil (arts. 1° y 2°), en mérito al interés manifestado por las partes en relación a la definición de la cuestión por los efectos jurídicos producidos durante la vigencia de la regulación anterior, corresponde que la Corte Suprema se expida al respecto.
2. — No existe colisión entre las res. SPA 1118/02, SPA 618/03 y SPA 964/03 de la Provincia de Buenos Aires y la ley nacional 25.670, pues del cotejo de las normas no se advierte de qué modo y en qué medida las primeras vendrían a contradecir las disposiciones de la ley nacional, sancionada esta última con arreglo al art. 41 de la Constitución Nacional, según el cual, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, en cuyo caso, podría decirse que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada (del dictamen de la Procuración General que los Dres. Maqueda y Lorenzetti hacen suyo en su voto).
3. — La res. SPA 1118/02 de la Provincia de Buenos Aires y sus modificatorias no colisionan con la ley 25.670, pues con ellas la provincia ha ejercido su facultad de complementación con ambos efectos, tanto al incorporar el concepto de residuo o sustancia contaminada con PCBs como también al imponer un cronograma de plazos más reducidos para su ejecución y dicha potestad si bien puede implicar un sacrificio para las empresas de energía, no por ello se toma en ilegítima, toda vez que fue ejercida dentro del marco de presupuestos mínimos dispuesto por el legislador nacional, en cuanto

la provincia comprendió que en su territorio la presencia de esta sustancia contaminante (PCBs) debía ser menor que la que consideró aquél (del dictamen de la Procuración General que los Dres. Maqueda y Lorenzetti hacen suyo en su voto).

4. — La res. SPA 1118/02 de la Provincia de Buenos Aires y sus modificatorias son constitucionales, toda vez que las empresas de distribución de energía eléctrica actoras no han alegado ni demostrado una absoluta y directa incompatibilidad entre el servicio público de carácter federal que ellas prestan y el ejercicio por parte de la Provincia del poder de policía ambiental que haga notoria una interferencia real, por parte de las autoridades locales, en la jurisdicción federal ejercida por la Nación (del dictamen de la Procuración General que los Dres. Maqueda y Lorenzetti hacen suyo en su voto).
5. — La res. SPA 1118/02 de la Provincia de Buenos Aires y sus modificatorias son constitucionales, pues fueron dictadas por la Provincia en ejercicio del poder de policía ambiental, sin que ello constituya un avance sobre las facultades delegadas a la Nación, en tanto no se contraponen con las normas que regulan los aspectos técnicos, de funcionamiento y organización del servicio público de distribución de energía eléctrica de competencia exclusiva del Gobierno Federal (del dictamen de la Procuración General que los Dres. Maqueda y Lorenzetti hacen suyo en su voto).
6. — Aun cuando el ejercicio del poder de policía para la protección del ambiente, en el caso de la transmisión y distribución de energía eléctrica —de jurisdicción federal— debe estar regido por el Estado Nacional, constituye una facultad concurrente con la de las provincias en virtud de lo dispuesto en el art. 41 de la Ley Suprema (del dictamen de la Procuración General que los Dres. Maqueda y Lorenzetti hacen suyo en su voto).
7. — En materia de medio ambiente las provincias pueden complementar, aun siendo más rigurosas o aumentando, las condiciones o requisitos impuestos por la Nación, aunque no podrían establecer menores exigencias ni oponerse a ellas, puesto que la norma nacional constituye un piso inderogable sobre el que las provincias tienen la posibilidad de imponer mayores condiciones maximizando los estándares de conservación del medio ambiente, ya que en caso contrario, estaríamos en presencia de una competencia provincial supletoria

- y no complementaria, sin que este haya sido el espíritu de la norma ni el fin querido por el constituyente (del dictamen de la Procuración General que los Dres. Maqueda y Lorenzetti hacen suyo en su voto).
8. — Las res. SPA 1118/02 de la Provincia de Buenos Aires y sus modificatorias (SPA 618/03 y SPA 964/03) no colisiona con la ley nacional 25.670, en tanto la regulación provincial no restringe ni limita la tutela ambiental brindada por la norma federal, sino que suma a la legislación nacional una mayor protección al reglamentar las sustancias contaminadas con PCBs, los aspectos cuantitativos aplicables a estas últimas, impone un cronograma de plazos más reducidos y acrecienta las exigencias del objetivo a cumplir al finalizar el plan de eliminación (del voto del Dr. Rosatti).
 9. — A la luz de la pluralidad jerárquica con complementación sustantiva instrumentada por la llamada cláusula jurisdiccional ambiental del art. 41, tercer párrafo, CN, corresponde al Estado Nacional la regulación del nivel básico y a la autoridad local —en el caso la Provincia de Buenos Aires— la regulación de un nivel complementario de protección ambiental que considere conducente para el bienestar de la comunidad que gobierna, a condición de no resultar incompatible con el fin nacional perseguido, y de satisfacer el test de razonabilidad —que implica relacionar adecuadamente medios y finalidad— propio de toda reglamentación (del voto del Dr. Rosatti).
 10. — 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 y en términos ambientales, la Nación entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una deuda ambiental que deba ser soportada o sufrida por el porvenir (del voto del Dr. Rosatti).
 11. — 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 este 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) (del voto del Dr. Rosatti).
 12. — El punto de equilibrio entre los derechos de propiedad y ejercer industria lícita con el derecho-deber a un ambiente sano y equilibrado, exige recordar que en el sistema capitalista contemporáneo, Estado y Mercado se necesitan recíprocamente; así 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 (del voto del Dr. Rosatti).
 13. — 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; así 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 (del voto del Dr. Rosatti).
 14. — La res. 1118/02 emitida por la ex Secretaría de Políticas Ambientales de la Provincia de Buenos Aires no constituye un impedimento ni ocasiona una interferencia en el cumplimiento de los objetivos de protección ambiental trazados por el Congreso en relación con las sustancias que caen bajo la definición legal de la expresión “PCB”. El régimen nacional sirve como piso normativo, pero no constituye obstáculo alguno para el desarrollo de las reglamentaciones provinciales que sirvan para fijar niveles más altos de protección ambiental y en consecuencia, estas últimas solo podrían constituir una interferencia con el programa nacional de presupuestos mínimos si permitiesen las acciones lesivas del medio ambiente que estos prohíben, es decir, si consagrasen normativamente o mediante vías de hecho una protección ambiental menor (del voto del Dr. Rosenkrantz).
 15. — Corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de poner en práctica los criterios de protección ambiental que consideren conducentes al 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 (del voto del Dr. Rosenkrantz).

16. — Aun cuando se trate de una actividad sujeta a jurisdicción federal, como es el caso de la distribución de la energía eléctrica, el ejercicio de facultades de regulación complementarias por parte de las provincias no necesariamente agrava el modo de distribución de competencias entre la Nación y las provincias que ha diseñado nuestra Constitución Nacional, por lo cual a los fines de constatar si se produce una indebida intrusión en atribuciones federales, es necesario determinar si, en los hechos la regulación provincial impide, o hace extremadamente dificultosa, la actividad permitida por normas federales (del voto del Dr. Rosenkrantz).

CS, 20/09/2022. - Edenor SA y otro c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/130408/2022]

S.C., E. 380, L.XXXDC

Suprema Corte:

- I -

A fs. 168/197, Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR) y Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (EDESUR) promueven acción declarativa de certeza, en los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de las resoluciones 1118/02, 618/03 y 964/03, dictadas por la Secretaría de Política Ambiental (SPA) de esa Provincia, en cuanto establecen el régimen atinente al uso en su territorio de los bifenilos policlorados, denominados PCBs (sustancias químicas utilizadas por las actoras para mejorar los fluidos refrigerantes de los transformadores de tensión eléctrica, a las que se atribuyen consecuencias negativas para la salud).

Aducen que las resoluciones locales cuestionadas no revisten, en los términos del art. 41 de la Ley Fundamental, el carácter de legislación complementaria y necesaria a la norma que le corresponde dictar a la Nación. Ello, por cuando entienden que se superponen y contraponen a la ley nacional 25.670 que fija los

presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión y eliminación de los PCBs, desnaturalizando su carácter de legislación uniforme.

Señalan que el régimen local así dispuesto prevé exigencias adicionales, diversas y más estrictas que las establecidas en la ley nacional, en relación a lo que debe entenderse por PCBs y a los plazos y criterios de descontaminación y eliminación, puesto que: (i) introduce el concepto de “residuo o sustancia contaminada con PCBs”; (ii) distingue las concentraciones aplicables, según el estado del residuo o de la sustancia de que se trate, disponiendo una concentración menor para los líquidos de 2 ppm, en vez de 50 ppm; y (iii) fija plazos más acotados de cumplimiento para los planes de descontaminación y eliminación de los equipos que posean dicha sustancia, estableciendo que deberán ejecutarse de conformidad con un cronograma que divide en tres etapas de acuerdo con los niveles de concentración de PCBs. Igual reproche —indican— cabe hacer a las disposiciones referidas a escapes, fugas o pérdidas de PCBs y a infracciones y sanciones, así como de la resolución SPA 964/03 sobre la instalación de carteles en los aparatos que contengan o puedan haber contenido tal sustancia.

Sostienen que según el reparto de competencias establecido en el art. 41 de la Constitución Nacional, las provincias no tienen potestad para dictar este tipo de disposiciones sobre cuestiones ya previstas en el régimen nacional, puesto que sólo pueden introducir regulaciones en virtud de situaciones específicas de carácter local que lo requieran como necesario, o bien dictar normas para poner en ejecución la legislación nacional de presupuestos mínimos o reglar cuestiones no contempladas por ésta. Entienden que se ha operado un supuesto de derogación implícita de las resoluciones SPA 1118/2002 y de sus modificatorias SPA 618/2003 y SPA 964/2003, en tanto la ley nacional 25.670, dictada con posterioridad, contiene un precepto derogatorio de “toda norma que se oponga” a ella (art. 23), estableciendo, a su vez que, en forma independiente a ésta, “los PCBs usados y residuos conteniendo PCBs siguen alcanzados por la normativa específica de residuos peligrosos” (art. 24).

Asimismo, manifiestan que tales resoluciones les resultan inaplicables, en cuanto interfieren con las facultades exclusivas que, en materia de energía eléctrica, tiene la Nación y con los fines específicos que persigue respecto de este servicio público interjurisdiccional de distribución de energía eléctrica, el cual se encuentra sujeto exclusivamente a la competencia nacional y al poder de policía de control del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), entre otros organismos, de conformidad con las leyes 24.065 y 15.336.

Por último, arguyen que además aquéllas son impugnables por razones formales, en cuanto interpretan que la competencia complementaria a la que se refiere el art. 41 de la Constitución Nacional sólo le corresponde a la legislatura provincial, de conformidad con el decreto local 1025/2003 que establece la necesidad de que se dicte una ley provincial que regule lo concerniente a PCBs y materiales que lo contengan.

En suma, tachan de inconstitucionales las resoluciones indicadas por resultar violatorias del principio de supremacía establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional, además de sus arts. 17, 41, 75 incs. 13 y 18, y 126, de la ley nacional 25.670 de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs y del régimen federal que regula el servicio público nacional de distribución de energía eléctrica contemplado en las leyes 15.336 y 24.065, así como también de las resoluciones 655/2000 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, 369/1991 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, 437/2001 del Ministerio de Salud de la Nación y 209/2001 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos.

Solicitan que se dicte una medida cautelar, con arreglo a lo previsto en el art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, suspendiendo los efectos de las resoluciones que impugnan y de los demás actos que se hayan dictado en su consecuencia, y que se ordene a la Provincia de Buenos Aires que se abstenga de exigir su cumplimiento hasta tanto se dicte sentencia sobre el fondo del asunto.

A fs. 197, la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina adhiere a la demanda.

A fs. 203/228, las actoras denuncian diversas actuaciones de la Secretaría de Política Ambiental Provincial, tales como comunicaciones cursadas y actas de inspección, dirigidas al control del cumplimiento de las normas atacadas.

A fs. 281/282, V.E. declara que la causa es de su competencia originaria de conformidad con lo dispuesto por este Ministerio Público a fs. 199/201, y que la observación hecha en ese dictamen respecto de la falta de un caso concreto que permita dar curso a la demanda ha quedado superada con las constancias agregadas posteriormente por las actoras a fs. 203/226. Por último, rechaza la medida cautelar solicitada, en cuanto entiende que con ella se persiguen iguales efectos que con el pronunciamiento definitivo.

A fs. 571/572, las actoras amplían la demanda con respecto a los decretos 1021/04 y 2323/04 del Poder

Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, dictados como consecuencia de la denegación de los recursos jerárquicos interpuestos en sede administrativa.

A fs. 574/575, solicitan que se dicte una nueva medida cautelar a fin de que la demandada suspenda el curso de las actuaciones sumariales de los expedientes 2145-19249/04 y 2145-19252/04, en trámite ante la Secretaría de Política Ambiental local, por la falta de colocación de carteles en los transformadores y, en su caso, la ejecución de las sanciones que eventualmente se impongan en dichos procedimientos.

A fs. 576/577, V.E. entiende que esta medida cautelar tampoco puede ser proveída favorablemente, con fundamento en que le está vedado a la Corte obstaculizar los trámites administrativos que las provincias se crean con derecho de llevar a cabo, como en el caso, que tienen su origen en infracciones ambientales.

- II -

A fs. 619/625, la Provincia de Buenos Aires contesta la demanda y aduce que en razón de lo dispuesto en los arts. 41, tercer párrafo, 121 y 122 de la Constitución Nacional, el poder de policía en materia ambiental, en principio, es de competencia local y que de acuerdo con lo establecido específicamente en ese art. 41 las normas nacionales sobre presupuestos mínimos constituyen un piso, quedando habilitadas las provincias a colocar un techo más alto para complementarlas, pudiendo así ampliar el resguardo ambiental.

Indica que el hecho de que las actoras desarrollen un servicio público regulado por una ley federal (24.065) no las habilita a poner en riesgo la seguridad, higiene y salubridad de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires, cuya tutela reside directamente en el poder de policía de control y fiscalización que ésta tiene por expresas normas constitucionales (arts. 5°, 75 inc. 30, 121 y 122).

Alega que tampoco existe contradicción o superposición con la ley nacional 25.670 pues, en este caso, la complementariedad de la resolución SPA 1118/2002 aumenta el control estatal sobre sustancias de alto riesgo que se justifica cuando está en juego la salud de la población, adecuándose la norma local al objetivo y al criterio nacional e internacional (de la Convención Mundial de Estocolmo de 2001, de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y de la Environmental Protection Agency de los Estados Unidos), en orden a evitar y controlar la contaminación ambiental con motivo de la disposición de residuos especiales (según la ley local 11.720).

Afirma que el reproche de las demandantes es tan sólo de índole económico —pues se quejan de las ero-

gaciones que deberían soportar de adecuar el servicio a la normativa provincial— sin tomar en cuenta que no se puede privilegiar su protección patrimonial por sobre el derecho a la salud y al medio ambiente de la comunidad bonaerense.

Entiende que al ser la ley nacional 25.670 un cuerpo normativo de “presupuestos mínimos” la provincia puede legislar en materia ambiental aplicando leyes o reglamentaciones más estrictas, como sucede en autos, sin que ello implique una alteración de lo dispuesto en aquélla. Tal es así —ejemplifica— que el art. 24 de la ley nacional al expresar que “independientemente a esta ley, los PCBs usados y residuos conteniendo PCBs siguen alcanzados por la normativa específica de residuos peligrosos”, no invalida la aplicación de la ley local 11.720 de Residuos Especiales cuando corresponda.

Aclara que si bien es cierto que algunos criterios internacionales han estipulado como valor máximo el de 50 ppm de PCBs para aceites en transformadores, la autoridad de aplicación ambiental provincial ha estimado conveniente fijar como concentración máxima 2 ppm de PCBs, requisito estipulado por las normas internacionales para aceites reciclados o para aceites “libres de PCBs” (según la Environmental Protection Agency de los Estados Unidos) y que la Subsecretaría de Política Ambiental provincial ha tomado esta decisión para evitar problemas en los aceites que se reutilicen, como así también para evitar riesgos en el manejo de un aceite destinado a disposición final.

Declara que esta posibilidad queda dentro de la facultad discrecional de la provincia y no resulta por ello irrazonable, puesto que en nada se contrapone con el piso de presupuestos mínimos que establece el art. 41 de la Constitución Nacional y la ley nacional 25.670.

- III -

Clausurado el período probatorio, la Provincia de Buenos Aires presentó su alegato a fs. 963/964, mientras que las actoras hicieron lo propio mediante el escrito de fs. 983/1001.

A fs. 1003, el Tribunal remitió las actuaciones en vista a este Ministerio Público.

- IV -

Ante todo, es mi parecer que V.E. continúa siendo competente para seguir entendiendo en este proceso.

En cuanto a la procedencia de la acción declarativa deducida considero que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del Cód. Proc.

Civ. y Com. de la Nación, tal como lo sostuvo el Tribunal en su sentencia de fs. 281/282.

- V -

El thema decidendum de la presente causa estriba en determinar si las resoluciones SPA 1118/2002, y sus modificatorias, SPA 618/2003 y SPA 964/2003 son violatorias del tercer párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional, hipótesis que las actoras sostienen con apoyo sustancialmente en dos argumentos:

a) que las disposiciones locales no revisten el carácter de legislación complementaria y necesaria, en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional, en tanto se superponen y contraponen a la ley nacional 25.670 que fija los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión y eliminación de los PCBs, desnaturalizando su carácter de legislación uniforme y;

b) que interfieren con las facultades exclusivas que en materia de energía eléctrica posee la Nación y con los fines específicos que ella persigue respecto de este servicio público interjurisdiccional de distribución de energía eléctrica, el cual se encuentra sujeto exclusivamente a la jurisdicción nacional, según el marco regulatorio del sector conformado por las leyes 24.065 y 15.336 y sus normas complementarias.

A fin de examinar los planteamientos de las actoras cabe, preliminarmente, destacar que desde antiguo la Corte ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 324:920, entre muchos otros); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 321:441).

Además, en lo atinente a este caso, corresponde señalar que las provincias conservan todo el poder no delegado por ellas al momento de constituirse la Nación, y como lo tiene dicho la Corte desde sus orígenes mismos y de modo reiterado, los actos dictados por las autoridades locales no pueden ser invalidados sino en aquellos supuestos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas (conf. doctrina de Fallos: 3:131; 302:1181 y 322:2331).

Por esas razones, la atribución que tiene el Tribunal de declarar inaplicables leyes o actos emanados de otros poderes del Estado Nacional, de las provincias o de los municipios, como contrarios a la Constitución o a las leyes nacionales debe ejercerse con suma prudencia (doctrina de Fallos: 312:1437).

- VI -

Efectuada esta aclaración preliminar, es necesario recordar, también, que el sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de las provincias al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin. No debe verse aquí enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista de metas comunes (conf. considerando 40 del precedente de Fallos: 304:1186).

Surge con meridiana claridad del precedente de V.E. en la causa “Litsa” (Fallos: 322:2862) que aun cuando el ejercicio del poder de policía para la protección del ambiente, en el caso de la transmisión y distribución de energía eléctrica —de jurisdicción federal— debe estar regido por el Estado Nacional, constituye una “facultad concurrente” con la de las provincias en virtud de lo dispuesto en el art. 41 de la Ley Suprema.

Por ello, estimo que en el *sub lite*, por tratarse de un conflicto derivado del ejercicio del poder de policía ambiental, de seguridad y salubridad, aparecen en conflicto atribuciones del gobierno nacional y de las autoridades provinciales en el marco de las que se denominan facultades concurrentes, las cuales se evidencian cuando esas potestades pueden ejercerse conjunta y simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia, sin que tal circunstancia derive violación de principios o precepto jurídico alguno. No cabe, pues, desconocer las facultades que en el derecho ambiental compete a cada uno de los estados.

En esa línea de pensamiento, V.E. ha resuelto que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección que consideren conducentes en pro del bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido (Fallos: 318:992).

Tal conclusión es la que debe extraerse de la propia Constitución Nacional, 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 tal materia,

las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional y Fallos: 318:992; 329:2212 y 330:549).

Sobre la base de dichas pautas interpretativas, cabe poner de resalto que la pretendida colisión entre las resoluciones SPA 1118/2002, SPA 618/2003 y SPA 964/2003 y la ley nacional 25.670 no es tal, a poco que se repare en el contenido de las disposiciones de unas y de la otra.

En efecto, en cuanto al concepto de PCBs, la ley 25.670 dispone en su art. 3° que se consideran tales “a los policlorobifenilos (Bifenilos Policlorados), los policloroterfenilos (PCT), el monometiltetraclorodifenilmetano, el monometildiclorodifenilmetano, el mono-metildibromodifenilmetano, y a cualquier mezcla cuyo contenido total de cualquiera de las sustancias anteriormente mencionadas sea superior al 0,005% en peso (50ppm)”. Por su parte, la resolución SPA 1118/2002 de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 5°, define de igual modo a los PCBs sólo que luego introduce el concepto de “residuo o sustancia contaminada con PCBs” no contenido en la ley nacional, distinguiendo las concentraciones de PCBs según la materia de que se trate: para líquidos, debe entenderse todo líquido que contenga PCBs con una concentración superior a 0,0002% en peso. Para sólidos no porosos, debe entenderse todo sólido no poroso que contenga en su superficie una concentración superior a 10 microgr./dm² de PCBs. Para sólidos porosos debe entenderse todo sólido poroso que contenga PCBs con una concentración superior a 50 ppm en peso.

Cuando se refiere al plan de eliminación, la ley 25.670 ordena en su art. 15 que antes del 2005 todo poseedor debe presentar ante la autoridad de aplicación un programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, con el objetivo de que al 2010 no queden en todo el territorio de la Nación equipos instalados conteniendo PCBs y el art. 14 establece que antes del 2010 todos los aparatos que contengan PCBs, y que su poseedor quiera mantenerlos en operación, deberán ser descontaminados a exclusivo cargo del poseedor y hasta tanto ello suceda éste no podrá reponer PCBs, debiendo reemplazarlo por fluidos libres de dicha sustancia. En este aspecto, también la resolución SPA 1118/2002 se ajusta al término de la ley nacional, pues ordena, en su art. 7°, que el Plan de Eliminación de PCBs en sistemas cerrados, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, tendrá como plazo de ejecución máximo el 31 de diciembre de 2009, cuyo objetivo es que al 2010 los sistemas cerrados operativos no podrán poseer concentraciones superiores a los 0,0002% (2 ppm), añadiendo esta última exigencia y, además, dispone —dentro de esos parámetros— un cronograma para dar cumplimiento al plan de eliminación que fija

diversos plazos de ejecución de acuerdo con el tipo de prioridad de que se trate según lo establecido en el anexo I y en el art. 8°. Este último prevé, asimismo, que “los obligados a dar cumplimiento al Plan de Eliminación son todos los poseedores de sistemas cerrados que contengan PCBs en concentración superior a 0,0002 % (2 ppm) en peso, los sistemas deben ser descontaminados a exclusivo cargo del poseedor. Hasta tanto esto suceda el poseedor no podrá reponer PCBs debiendo reemplazarlo por fluidos libres de dicha sustancia”. Por su parte el art. 9°, agrega que “Todo poseedor deberá presentar en el plazo máximo de un (1) año a partir de la puesta en vigencia de la presente resolución ante la Secretaría de Política Ambiental, un programa de minimización o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, con el objetivo que no queden en todo el territorio de la Provincia equipos instalados conteniendo PCBs en concentración superior a 0,0002% (2 ppm)...” y el art. 11 fija como plazos de ejecución para prioridad alta 12 meses, para prioridad media 48 meses y para prioridad baja 84 meses, a partir de su vigencia, según lo establecido en el anexo I.

Corresponde advertir que la resolución 17/09 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, que modificó el art. 7° de la resolución SPA 1118/2002, por la cual se ampliaron los plazos establecidos para la descontaminación y eliminación de los equipos con PCBs, no modifica el planteamiento sobre inconstitucionalidad formulado por las actoras, puesto que se mantiene la concentración de 2 ppm para los sistemas cerrados.

Debe acotarse que igual criterio al señalado en este acápite cabe aplicar respecto de las disposiciones referidas a escapes, fugas o pérdidas de PCBs, infracciones y sanciones, y colocación de carteles en los equipos.

En suma, del cotejo de las normas provinciales y nacionales invocadas no se advierte de qué modo y en qué medida las primeras vendrían a contradecir las disposiciones de la ley nacional 25.670, sancionada esta última —cabe recordar— con arreglo al art. 41 de la Constitución Nacional, según el cual, como se indicó, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, en cuyo caso, podría decirse que “complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada” (conf. Fallos: 330:1791, “Villivar”, voto de los doctores Lorenzetti, Fayt y Petracchi, considerando 7°).

Entiendo que de esa doctrina podrían derivarse dos posibilidades: a) que la norma provincial se superponga con la nacional, al exigir el cumplimiento de

requisitos más rigurosos, o b) que la norma provincial añada un contenido no regulado por la norma nacional, tal como sucedió en la causa “Villivar” citada, en cuya oportunidad los jueces, que decidieron según su voto, consideraron válida la norma provincial que exigía, para la habilitación de un emprendimiento minero, un procedimiento de evaluación de impacto ambiental con audiencia pública, recaudo que no estaba previsto por la norma nacional de minería.

En esa línea de pensamiento —que comparto—, las provincias pueden complementar, aun siendo más rigurosas o aumentando, las condiciones o requisitos impuestos por la Nación, aunque —vale aclarar— no podrían establecer menores exigencias ni oponerse a ellas, puesto que la norma nacional constituye un piso inderogable sobre el que las provincias tienen la posibilidad de imponer mayores condiciones maximizando los estándares de conservación del medio ambiente. En caso contrario, estaríamos en presencia de una competencia provincial supletoria y no complementaria, sin que éste haya sido, en mi criterio, el espíritu de la norma ni el fin querido por el constituyente.

En autos, la Provincia de Buenos Aires ha ejercido su facultad de complementación con ambos efectos, tanto al incorporar el concepto de “residuo o sustancia contaminada con PCBs” —pues establece criterios de concentraciones diferentes según la materia de que se trate—, al reducir el tope máximo de concentración de PCBs a 2 ppm al momento de finalizar el plan de eliminación, como también al imponer un cronograma de plazos más reducidos para su ejecución. Dicha potestad si bien puede implicar un sacrificio para las actoras, no por ello se toma en ilegítima, toda vez que fue ejercida dentro del marco de presupuestos mínimos dispuesto por el legislador nacional, en cuanto la provincia comprendió que en su territorio la presencia de esta sustancia contaminante (PCBs) debía ser menor que la que consideró aquél.

Además, la circunstancia de que la ley la ley 25.670 de Presupuestos mínimos citada imponga a los poseedores de dicha sustancia que presenten “un programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, con el objetivo de que al año 2010 no queden en todo el territorio de la Nación equipos instalados conteniendo PCBs” (art. 15), no tiene otro sentido que el de dejar libre de PCBs, a esa fecha, todos los equipos que la hubieran contenido y que estuvieran localizados en el territorio nacional.

Tal conclusión —que, como se indica, emerge de la propia literalidad del texto de la norma (doctrina de Fallos: 299:167, su cita y muchos otros)— resulta, además, abonada por los convenios de carácter interna-

cional por los cuales el Estado Argentino se ha comprometido a reducir al mínimo y eliminar definitivamente los Bifenilos Policlorados. Tal el caso del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs), adoptado en Estocolmo —Reino de Suecia— el 22 de mayo de 2001, aprobado por ley 26.011 (v. art. 5°, anexos A y C). En similar forma se expresa en la Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos, de los desechos peligrosos y su eliminación (v. anexo I, p. Y10, Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, suscrito en la ciudad de Basilea —Confederación Suiza— el 22 de marzo de 1989, aprobado por ley 23.922).

Por su parte, la norma ASTM D 4059 de la Environmental Protection Agency de los Estados Unidos y el Code of Federal Regulation de la misma Agencia, Title 40: Protection of Environment. PART 761.79 sugiere considerar a un fluido como libre de PCB's cuando la concentración es menor a 2 ppm. y la directiva 96/59/CE del Consejo de la Unión Europea, relativa a la eliminación de los policlorobifenilos y de los policloroterfenilos (PCB/PCT), establece entre sus objetivos llegar progresivamente a la completa prohibición de dichas sustancias.

Asimismo, corresponde destacar las normas de la Ley de Presupuestos Mínimos ya citada, tales como los arts. 19 y 20 en cuanto consideran, salvo prueba en contrario, que “el PCBs, PCBs usado y todo aparato que contenga PCBs, es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Cód. Civil” (art. 19) y que “todo daño causado por PCBs, y PCBs usado es equivalente al causado por un residuo peligroso” (art. 20) y otras disposiciones de carácter federal que, en armonía con las introducidas por dicha ley, consideran a los PCBs como sustancias altamente nocivas para la salud y el medio ambiente.

En tal sentido, cabe señalar la resolución 249/2002 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) que, tras definir a los “PCBs”, como los bifenilos policlorados (“BPC”) o difenilos policlorados (“DPC”), los terfenilos policlorados (“TPC”), los bifenilos polibromados (“BPB”) y las distintas mezclas de tales sustancias” (art. 1°), por la razón antes indicada prohibió el ingreso en el territorio nacional de PCBs, así como de todo material que contenga estas sustancias o esté contaminado con ellas, cualquiera sea la forma de uso que se haya adoptado (art. 3°), del mismo modo que prohibió la producción, comercialización y/o nuevas aplicaciones de PCBs y los materiales que contengan estas sustancias o estén contaminados con ellas (6°).

La resolución conjunta 437/2001 y 209/2001 del Ministerio de Salud y del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos que trata, la descontaminación de equipos y la eliminación de los bifenilos policlorados o aparatos que los contengan, también como residuos peligrosos (art. 4°), establece la prohibición, en todo el territorio del país, de “la producción, importación y comercialización de bifenilos policlorados y productos y/o equipos que los contengan” (art. 1°); el reemplazo gradual de los PCBs contenidos en equipos que (en perfecto estado de conservación y mantenimiento a la fecha de la entrada en vigencia de la resolución) se encuentren en uso, mientras dure su vida útil, no excediendo de un plazo máximo comprometido hasta el año 2010 (art. 2°); y el aseguramiento de discontinuar en forma controlada el uso de PCBs hasta su eliminación total (art. 3°).

En razón de su alto grado de toxicidad, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por resolución 369/1991, aprobó las normas para su uso, manipuleo y disposición segura y el de sus desechos.

Así también, la ley nacional 24.051 de Residuos Peligrosos y, en igual sentido, la ley provincial 11.720 de Gestión, Manipulación, Almacenamiento, Transporte, Tratamiento y Disposición Final de Residuos Especiales, incluyen como categoría de desecho sometida a control las sustancias y artículos de desecho que contengan o estén contaminados por bifenilos policlorados (PCB).

Es menester destacar que todas estas disposiciones legales y reglamentarias resultan vinculantes para las actoras en virtud de lo expresamente convenido en sus respectivos contratos de concesión, toda vez que por ellos se obligaron a instalar, operar y mantener las instalaciones y/o equipos, de forma tal que no constituyan peligro para la seguridad pública, respetando las normas que regulan la materia, adecuando su accionar al objetivo de preservar y/o mejorar los ecosistemas, cumpliendo con las normas destinadas a la protección del medio ambiente en vigencia y las que se dicten en el futuro y con las disposiciones emanadas del ENRE y todas las leyes y regulaciones que por cualquier concepto le sean aplicables (v. art. 25, incs. m), n), y) y z) del Contrato de Concesión de las Distribuidoras aprobado por resolución SEE 170/1992). Es decir, que el objetivo de la prevención y preservación ambiental por parte de las concesionarias de distribución de energía eléctrica estará determinado, básicamente, por el cumplimiento de los preceptos ambientales vigentes y los que se dicten en el futuro que por cualquier concepto le sean aplicables —tanto para el caso, por ejemplo, del art. 41 de la Constitución Nacional, las leyes nacionales 25.670 y 24.051, la ley 11.720 de la Provincia de Buenos Aires o la resolución SPA 1118/2002 y de las otras normas citadas— y

acarreará la posibilidad de aplicar sanciones pecuniarias cuando las distribuidoras, con su accionar pongan en peligro la seguridad pública o no cumplan con las obligaciones ambientales emergentes del contrato (puntos 6.4 y 6.5 del subanexo 4, del contrato de concesión citado).

- VII -

Por último, cabe examinar si la Provincia, mediante las resoluciones SPA 1118/2002, SPA 618/2003 y SPA 964/2003 —dictadas en ejercicio de su poder de policía ambiental—, ha interferido la potestad exclusiva de la Nación de regular las: cuestiones técnicas atinentes al servicio público de distribución de electricidad; condicionando la satisfacción de un interés público nacional (conf. Fallos: 322:2862).

En ese sentido, corresponde reiterar aquí lo ya dicho respecto de facultades concurrentes, en cuanto a que es la regla y no la excepción la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, por lo que las normas constitucionales que rigen el caso deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Fallos: 271:186; 293:287; 296:432; 304:1186), pero sin perder de vista que las provincias, dada la posición que ocupan dentro del régimen constitucional, deben observar una conducta que no interfiera ni directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional.

Así, se ha sostenido que para considerar inconciliables los poderes de policía concurrentes debe mediar una repugnancia efectiva entre una y otra facultad, la nacional y la provincial, en cuyo caso y siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema (Fallos: 137:212; 300:402; 315:1013; y 322:2862).

De acuerdo a los principios enunciados, la tesis de las actoras estaría en la verdad legal si, efectivamente, las resoluciones impugnadas constituyeran un óbice al imperio y a los objetivos de las normas nacionales; y las disposiciones que aparecen en pugna en este debate no lo estarán en realidad siempre que actúen en las órbitas distintas que les competen y en ellas se mantengan. Sin embargo, extralimitada una u otra de las dos facultades aludidas, se habría producido como consecuencia la incompatibilidad alegada en esta causa y entonces sería el caso de decidir cuál de las dos disposiciones en controversia estaría con arreglo a la Constitución llamada a prevalecer (Fallos: 137:212; 300:402 y 322:2862).

A la luz de tales precedentes y de los preceptos legales y constitucionales citados, en mi concepto, tampoco puede tener éxito el agravio indicado. En efecto, las disposiciones locales cuestionadas fueron dictadas por la Provincia —como se dijo— en ejercicio del poder de policía ambiental, sin que ello constituya un avance sobre las facultades delegadas a la Nación, toda vez que no se contraponen con las normas que regulan los aspectos técnicos, de funcionamiento y organización del servicio público de distribución de energía eléctrica de competencia exclusiva del Gobierno Federal (conf. E.97.XLIV, “Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima [Edenor SA] c/ Municipalidad de Pilar p/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 18 de octubre de 2011 y dictamen del 23 de junio de 2010, al que remitió la Corte).

Así lo pienso, puesto que las distribuidoras si bien denuncian que el estándar local tiene una incidencia fundamental respecto de los fluidos utilizados en los transformadores que operan y que éstos no están en condiciones de alcanzar dicho nivel de concentración a los fines de poder cumplir con lo exigido, sus argumentaciones sólo se circunscriben a que la descontaminación de los equipos con base en el parámetro de 2 ppm no es compatible con la exactitud y precisión de los métodos de análisis que actualmente emplean (v. fs. 186 vta.), pero lo que no niegan es la probabilidad cierta de proceder al reemplazo de los equipos, por el contrario, la afirman como alternativa (v. fs. 186/187), y aunque ello suponga la eventual inversión de importantes erogaciones, no mencionan de qué forma concreta y efectiva ello podría interferir u obstaculizar el servicio de distribución de electricidad en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires.

Corresponde señalar que la solución que se propicia no altera la existencia de las necesarias atribuciones nacionales para la reglamentación de los servicios de distribución de carácter federal, incluso de aquellos aspectos técnicos de las actividades interiores de las provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el servicio en estudio, atribuciones que han sido reconocidas por el marco regulatorio de la energía eléctrica (leyes 15.336 y 24.065 y sus normas reglamentarias, complementarias y concordantes), antes bien, en el caso queda claro que han sido las actoras quienes no han alegado ni demostrado una absoluta y directa incompatibilidad entre el servicio público de carácter federal que ellas prestan y el ejercicio por parte de la Provincia de Buenos Aires del poder de policía ambiental que haga notoria una interferencia real, por parte de las autoridades locales, en la jurisdicción federal ejercida por la Nación.

Por último, en cuanto al planteamiento de las actoras referente a que las disposiciones de carácter

ambiental deben ser dictadas por la legislatura de la Provincia considero que debe desestimarse pues, además de no estar suficientemente fundado, remite a la interpretación de cuestiones de derecho público local que exceden el marco de esta instancia.

- VIII -

Por todo lo expuesto, opino que debe rechazarse la acción intentada. Buenos Aires, diciembre 2 de 2011.
— *Laura M. Monti*.

CSJ 380/2003 (39-E)/CS1

ORIGINARIO

Buenos Aires, septiembre 20 de 2022.

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir por razones de brevedad.

Que solo cabe agregar que este Tribunal ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (Fallos: 336:593 y sus citas).

En consecuencia, no obstante las modificaciones introducidas por la resolución 376/2018 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) a las normas impugnadas, en cuanto establece que los equipos eléctricos cerrados ya descontaminados en los que se verifique el mantenimiento de la concentración de PCB por debajo del valor de 50 ppm., podrán continuar en estado operacional sin una intervención específica de descontaminación hasta el final de su vida útil (artículos 1° y 2°), en mérito al interés manifestado por las partes en relación a la definición de la cuestión por los efectos jurídicos producidos durante la vigencia de la regulación anterior, corresponde que el Tribunal se expida al respecto.

Por ello, se resuelve: Rechazar la demanda. Con costas (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese. — *Horacio D. Rosatti* (por su voto). — *Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto). — *Juan C. Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Voto del doctor *Rosatti*

Resulta:

Las firmas Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (Edenor SA) y Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (Edesur SA),

con la adhesión de la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEE-RA), promueven demanda contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 1118/2002, dictada el 6 de agosto de 2002 por la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires, así como la de sus modificatorias y complementarias, resoluciones 618/2003 y 964/2003, emitidas el 5 de junio y el 22 de julio de 2003 respectivamente, por la Subsecretaría de Política Ambiental de la misma provincia.

Por un lado, aduce la parte actora que las resoluciones cuestionadas vendrían a desnaturalizar el régimen de la ley nacional 25.670 con el que serían incompatibles por superposición y contraposición. Por otra parte, alega que la aplicación de aquellas normas ocasionaría una interferencia con la prestación del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica que se encuentra a cargo de las empresas actoras en su condición de concesionarias del Estado Nacional.

En relación con el primero de los fundamentos referidos, señala que las resoluciones regulan diversas cuestiones atinentes al uso, manipulación, almacenamiento, transporte, descontaminación y eliminación de las sustancias conocidas bajo el nombre de “PCBs” en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, pero lo hace de manera incompatible con la legislación nacional, en particular con la ley 25.670, sancionada el 23 de octubre de 2002. En esta última, el Congreso Nacional estableció “los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCBs, en todo el territorio de la Nación en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional”. Dicha incompatibilidad estaría dada por diversos motivos. En primer término, porque la ley 25.670, sancionada poco después de que se dictara la resolución 1118/2002, habría derogado esta última, sea en virtud de su artículo 23, que dispone la derogación de “toda norma que se oponga” a la ley, sea de manera implícita u “orgánica”, sea por efecto de la supremacía establecida en el artículo 41 de la Constitución Nacional. La segunda fuente de incompatibilidad estaría dada por las diferencias entre una y otra regulación. Menciona especialmente la presencia en las normas locales del concepto de “residuo o sustancia contaminada”, ausente en el régimen nacional. También cuestiona la mayor exigencia del estándar que establece la concentración máxima permitida en las sustancias líquidas en dos partes por millón (2 ppm.), mientras que el fijado por la ley 25.670 sería de cincuenta partes por millón (50 ppm.). Niega que los transformadores utilizados por las distribuidoras estén en condiciones de alcanzar el nivel exigido por la demandada. Añade que el régimen de descontaminación y eliminación previsto en las resoluciones impugnadas contiene exigencias adicionales

y, en ciertos casos, reduce los términos contemplados en la ley 25.670. También se refiere a la incorporación de la “cartelería”, y al deber de adecuación establecido por la resolución provincial 964/2003, lo cual sería “contrario” a la ley nacional.

En lo concerniente al servicio que dan las actoras en su condición de concesionarias del Estado Nacional, manifiestan que el cumplimiento de las disposiciones cuestionadas afecta gravemente la prestación del servicio a su cargo, por cuanto vulneran el ordenamiento jurídico federal al que se halla sujeta su actividad. Al respecto, señalan que pretenden regular un servicio interjurisdiccional, circunstancia que, de admitirse, conspiraría contra su unidad técnica y económica, debido a la concurrencia de una multitud de normas disímiles, y contra la unidad tarifaria, puesto que los costos diferirían de una jurisdicción a otra. Recuerda la demandante la vigencia de las leyes 15.336 y 24.065 así como determinados pronunciamientos de esta Corte, y advierte que las resoluciones que la afectan plantean exigencias no contempladas por las normas contractuales y regulatorias dictadas por las autoridades nacionales, que son aplicables a las distribuidoras. Al efecto hace referencia al dictado de la resolución 655/2000 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), y de la resolución 369/1991 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; la última de las cuales califica como “libres en D.P.C. las sustancias o materiales cuyo tenor sea inferior a 50 ppm,” a diferencia del máximo de 2 ppm. que la resolución 1118/2002 cuestionada establece para las sustancias líquidas. Si bien reconoce que hay puntos en los que media una casi absoluta identidad entre las normas nacionales y provinciales, considera que debe resultar excluida toda injerencia de las autoridades locales, puesto que ello representaría una interferencia en los intereses nacionales involucrados en la materia energética.

En la misma línea de impugnación trae a colación que la exigencia de que ninguna sustancia contenga una concentración que supere las 2 ppm. de PCBs; excede en mucho lo previsto en diversas disposiciones internacionales (Convenio de Estocolmo) y extranjeras (Directiva 96/56 del Consejo de la Unión Europea; Environmental Protection Agency, Part 761; Real Decreto 1378/1999, artículo 2, incs. “a” y “b” de España; resolución 9/1993 del Consejo Nacional del Medio Ambiente de Brasil, entre otros).

Asimismo le expone al Tribunal que de considerarse admisible la exigencia que pretende imponer la Provincia de Buenos Aires, resultaría de imposible cumplimiento debido a que no existen en el país técnicas de medición y descontaminación disponibles para garantizar el nivel exigido por la resolución 1118/2002. Las mediciones posibles tendrían un

margen de error que superaría las 2 ppm., al tiempo que no existiría en Argentina planta alguna habilitada para proceder a la disposición final de los transformadores con PCBs, que deberían para ello ser enviados a Europa.

Concluye que la exigencia de la resolución 1118/2002 revela su falta de justificación, si se tiene en cuenta que el máximo de 2 ppm. es tomado en la reglamentación estadounidense como límite para la presencia del tóxico en los alimentos, mientras que ese máximo es aplicado en el caso al refrigerante totalmente confinado de los equipos eléctricos.

Sobre la base de los argumentos antedichos, requirió que se dictara sentencia, y se declarase la inconstitucionalidad de las resoluciones referidas.

El escrito de inicio fue acompañado por la presentación hecha por la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEERA); en la que adhirió en todos sus términos a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Como fundamento de su legitimación, arguyó que uno de sus fines es el de defender a los asociados representándolos ante los organismos oficiales, y agregó que el interés que motiva la demanda es común a todas las empresas distribuidoras de energía eléctrica que operan en la Provincia de Buenos Aires. En tales condiciones, peticionó que se hiciera lugar a la acción declarativa, en los términos y con los alcances peticionados.

A fs. 227/228 vta., fue ampliada la demanda con el objeto de agregar copias de actuaciones llevadas a cabo por la Secretaría de Política Ambiental por medio de las cuales se perseguía que las actoras cumplieren con las exigencias locales.

A fs. 571 se amplió nuevamente la demanda para incorporar dentro de su objeto y alcance la inconstitucionalidad de los decretos provinciales 1921/2004 y 2323/2004, por medio de los que se rechazaron sendos recursos jerárquicos interpuestos por las dos empresas actoras, contra la resolución 1118/2002. En esa misma oportunidad se denunció la confección de numerosas actuaciones sumariales tendientes a lograr el cumplimiento por parte de las interesadas de las resoluciones 618/2003 y 964/2003.

II. A fs. 281/282 se declaró la competencia de esta Corte para conocer en la causa por vía de su jurisdicción originaria, sobre la base del dictamen emitido a fs. 199/201 por el Ministerio Público Fiscal.

III. A fs. 619/625 contestó la demanda la Provincia de Buenos Aires. Expresó que las sustancias conocidas como PCBs forman parte de la familia de contaminantes orgánicos persistentes (COP) cuya vida

media es elevada, de modo que perdura su peligroso efecto contaminante. Agregó que cuando un PCB se quema, su transformación molecular genera dioxinas y furanos que emitidos a la atmósfera son altamente tóxicos para los seres vivos. Por ello, un transformador colocado en la vía pública, en caso de incendio, sea por accidente, sea por vandalismo, constituye uno de los riesgos previstos al emitir las regulaciones cuestionadas. Entre las consecuencias para la salud de estas sustancias destaca su probable efecto carcinogénico en seres humanos a cuyo cuerpo pueden ingresar por aspiración o mero contacto.

Luego de mencionar la lista de procedimientos llevados a cabo contra las empresas actoras por posibles incumplimientos a la normativa local, manifiesta que los dos argumentos presentados en la demanda, la superposición con la ley 25.670 y el vinculado con la condición de concesionarios de la Nación, son endebles para fundar la pretensión.

Niega que la ley 25.670 impida ampliar la protección del medio ambiente más allá de sus propios términos, por cuanto se trata, de acuerdo con la letra de su artículo 1°, de una ley de presupuestos mínimos, lo cual implica la posibilidad para las provincias de colocar un techo más alto de protección ambiental.

Por lo demás niega que por ser las actoras concesionarias del Estado Nacional, estén autorizadas a poner en riesgo la seguridad, higiene y salubridad de las personas, y afirma que el poder de policía que tienen las autoridades para su protección es de carácter local.

Acto seguido, expresó que las normas provinciales no pueden ser impugnadas por excesivas o irrazonables si se tiene en cuenta que su propósito es el de proteger la salud de la población y que dicho objetivo se adecua al contemplado en las normas nacionales. A tal efecto también indicó que el interés de las empresas es puramente patrimonial, y no es de aquellos que puedan considerarse tutelados por la ley nacional 25.670.

En lo que específicamente se refiere a la concentración máxima de PCBs fijada en la resolución 1118/2002, 2 ppm, explica que se trata de una decisión discrecional de las autoridades provinciales en busca de prevenir los efectos dañinos derivados del mal manejo de las sustancias peligrosas. Si bien reconoce que existen normas que adoptan un estándar más alto de concentración, 50 ppm, la autoridad local ha buscado evitar problemas en los aceites que se reutilicen, como así también prever riesgos en el manejo de un aceite destinado a su disposición final. Niega que se trate de exigencias de imposible cumplimiento y que

los plazos sean incompatibles con los previstos en la normativa nacional.

IV. A fs. 1004/1011, emitió su dictamen final la señora Procuradora Fiscal.

V. A fs. 1030 se les requirió a las partes que en forma previa al dictado del pronunciamiento definitivo y sin perjuicio de lo que quepa decidir al Tribunal, se expidan acerca de la incidencia que puede tener la resolución 376/2018 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) en la cuestión objeto de controversia en la presente causa.

A fs. 1040/1041 y 1048/1049 las empresas Edenor SA y Edesur SA señalaron que aun cuando las resoluciones 1118/2002, 618/2003 y 964/2003 aquí impugnadas habrían quedado sin efecto desde la vigencia de la resolución OPDS 376/2018 citada, lo cierto es que no han sido declaradas nulas y que mantienen interés en la definición de la situación planteada, ya que si no se dictase sentencia y la autoridad ambiental provincial decidiera eventualmente aplicar aquellas normas respecto de períodos pasados, quedaría afectado su derecho de defensa, como así también se les impediría reclamar los daños que les habría causado en los hechos la vigencia de dichos reglamentos.

Por su parte, a fs. 1051/1058 la Provincia de Buenos Aires se expidió al respecto y sostuvo que la nueva resolución no tiene incidencia en la cuestión debatida en el pleito, en la medida en que no ha derogado las resoluciones impugnadas, sino que viene a complementarlas; en consecuencia, también solicita el dictado del pronunciamiento definitivo.

Considerando:

1°) Que el juicio corresponde a la competencia originaria de esta Corte, de acuerdo con lo resuelto a fs. 281/282 (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que esta Corte ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (Fallos: 336:593 y sus citas).

En consecuencia, no obstante las modificaciones introducidas por la resolución 376/2018 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) a las normas impugnadas, en cuanto establece que los equipos eléctricos cerrados ya descontaminados en los que se verifique el mantenimiento de la concentración de PCB por debajo del valor de 50 ppm., po-

drán continuar en estado operacional sin una intervención específica de descontaminación hasta el final de su vida útil (artículos 1° y 2°), en mérito al interés manifestado por las partes en relación a la definición de la cuestión por los efectos jurídicos producidos durante la vigencia de la regulación anterior, correspondiendo que el Tribunal se expida al respecto.

3°) Que se encuentran reunidos los requisitos para la procedencia de la acción declarativa de certeza (artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y, por consiguiente, se configura en autos un caso o causa contenciosa, en los términos de los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2° de la ley 27.

En efecto, se encuentra habilitada la jurisdicción de los tribunales nacionales cuando la demanda declarativa no tiene por objeto una opinión consultiva o una indagación meramente especulativa, sino que busca precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal.

En este proceso, tal como lo puso de manifiesto el Tribunal en la resolución de fs. 281, las demandantes Edenor SA y Edesur SA, con posterioridad a la intervención de la Procuración General de la Nación de fs. 199/201, acompañaron constancias que acreditaban la presencia de un caso o causa contenciosa.

Dicha documentación acredita la actividad de las autoridades locales orientada a imponerles el cumplimiento de las resoluciones cuestionadas, en especial, el levantamiento de actas y la iniciación de sumarios por incumplimiento de la normativa (conf. presentación conjunta de fs. 227, y copias glosadas a fs. 203/226). A ello debe añadirse la documentación acompañada al momento de ampliar la demanda (fs. 289/569), como asimismo la actividad fiscalizadora, que fue admitida por la provincia al contestar la demanda.

No corresponde hacer extensiva esta consideración a la litigante adherente, ADEERA, por cuanto no ha probado que las normas hayan tenido algún tipo de efecto actual o inminente sobre ella misma o respecto del resto de sus asociados. En consecuencia, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante a fs. 199/201, debe concluirse que, a su respecto, no se ha configurado un caso justiciable sobre el que esta Corte tenga jurisdicción para expedirse.

4°) Que el tema a decidir en el subjuicio consiste en determinar si en el diseño federal consagrado por el texto constitucional argentino, la Provincia de Buenos Aires tiene la potestad de adoptar las resoluciones SPA 1118/2002 y sus modificatorias SPA 618/2003 y SPA 964/2003 a la luz de lo establecido por la ley 25.670 —de presupuestos mínimos de protección am-

biental para la gestión de los PCBs en todo el territorio de la Nación— y de las facultades que en materia de energía eléctrica posee la Nación.

Sobre el particular, cuadra recordar la tipificación formulada por esta Corte respecto del federalismo argentino, al que ha considerado como “un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento”, por lo que “el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada” (“La Pampa, Provincia de”, Fallos: 340:1695, considerando 6°); “ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes” (Fallos: 330:4564, considerando 11 *in fine*, Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012, entre otros).

La funcionalidad del sistema se imbrica en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual “en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, puede ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes” (Bidart Campos, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Editorial Ediar, 2007, Tomo I A, p. 695), evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 338:1183).

5°) Que, a esos efectos, la Constitución Nacional prevé diversas modalidades de colaboración, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial.

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, como es el caso previsto para la sanción de la ley-convenio de coparticipación federal (artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional) o puede ser facultativa, como ocurre en la hipótesis de las cláusulas del progreso y del desarrollo (artículo 75, incisos 18 y 19, de la Ley Fundamental).

La “pluralidad jerárquica con complementación sustantivo-adjetiva”, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, con la regulación del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente.

La “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva”, en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad entre los sectores o tramos aludidos (“nivel básico” - “nivel complementario”). Este tipo de complementación es el previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental, que resulta aplicable al presente caso.

6°) Que a la luz de la “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva” instrumentada por la llamada cláusula jurisdiccional ambiental del artículo 41, tercer párrafo, de la Ley Suprema, corresponde al Estado Nacional la regulación del “nivel básico” y a la autoridad local —en este caso la Provincia de Buenos Aires— la regulación de un “nivel complementario” de protección ambiental que considere conducente para el bienestar de la comunidad que gobierna, a condición de no resultar incompatible con el fin nacional perseguido (Fallos: 318:2374), y de satisfacer el test de razonabilidad —que implica relacionar adecuadamente medios y finalidad— propio de toda reglamentación (Fallos: 338:1183).

7°) Que las resoluciones SPA 1118/2002 y sus modificatorias SPA 618/2003 y SPA 964/2003 satisfacen los estándares reseñados precedentemente.

Tal como lo ha sostenido la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, no existe la pretendida colisión entre las resoluciones citadas y la ley nacional 25.670.

En efecto, en su artículo 3°, la ley nacional considera PCBs a: “los policlorobifenilos (Bifenilos Policlorados), los policloroterfenilos (PCT), el monometiltetraclorodifenilmetano, el monometildiclorodifenilmetano, el monometildibromodifenilmetano, y a cualquier mezcla cuyo contenido total de cualquiera de las sustancias anteriormente mencionadas sea superior al 0,005% en peso (50ppm)”. En tal sentido, la regulación provincial parte del mismo concepto en el artículo 5°, e incorpora la regulación del “residuo o sustancia contaminada con PCBs”, no contenido en la ley nacional. En torno a este último, prevé diversas concentraciones a partir de la materia contamina-

da: para líquidos, debe entenderse todo líquido que contenga PCBs con una concentración superior a 0,0002% en peso. Para sólidos no porosos, superior a 10 microgr./dm² de PCBs. Para sólidos porosos debe entenderse todo sólido poroso que contenga PCBs con una concentración superior a 50 ppm. en peso.

En lo que refiere al programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, ambas normativas coinciden en fijar el objetivo en el año 2010. La legislación nacional establece que en tal tope temporal no queden en todo el territorio de la Nación equipos instalados conteniendo PCBs (artículo 14), mientras que la normativa provincial (SPA 1118/2002) establece que a tal fecha los sistemas cerrados operativos no podrán poseer concentraciones superiores a los 0,0002% (2 ppm.), previendo a tal efecto programas y cronogramas específicos —extendido por la resolución 17/2009—.

De la comparación de ambas normas, se concluye que la regulación provincial no restringe ni limita la tutela ambiental brindada por la norma federal, sino que suma a la legislación nacional una mayor protección al reglamentar las sustancias contaminadas con PCBs, los aspectos cuantitativos aplicables a estas últimas, imponer un cronograma de plazos más reducidos y acrecentar las exigencias del objetivo a cumplir al finalizar el plan de eliminación.

La regulación adoptada por la provincia resulta razonable, en cuanto responde a los objetivos de la norma nacional de tutela ambiental mediante la progresiva disminución de dichas sustancias. En efecto, la reglamentación del residuo o sustancia contaminada con PCB se vincula con su artículo 19 que considera —bajo la forma de presunción juris tantum— como cosa riesgosa al PCBs, PCBs usado y todo aparato que contenga PCBs y equipara su daño al causado por un residuo peligroso (artículo 20). Tal orientación resulta conteste con diversas normas nacionales que refieren específicamente a los PCBs (vgr. la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, la resolución 369/1991 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que reglamentó las normas para su uso y manipuleo, la resolución conjunta 437/2001 y 209/2001 del Ministerio de Salud y del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos sobre prohibición de producción, importación y comercialización de PCBs y productos y/o equipos que los contengan, y la resolución 249/2002 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable que prohibió el ingreso de PCBs al territorio nacional y la producción, comercialización y/o nuevas aplicaciones de PCBs y materiales que contengan estas sustancias o estén contaminados con ellas).

Finalmente, la regulación provincial también resulta acorde a los tratados internacionales suscriptos por

el Estado Nacional en la materia (Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes COPs, ratificado por ley 26.011, y Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos Transfronterizos, de los desechos peligrosos y su eliminación, aprobado por ley 23.922), y resulta conteste a la normativa internacional relativa a la materia, en cuanto contribuye con el objetivo de llegar progresivamente a la completa prohibición de dichas sustancias (cfr. la directiva 96/59/CE del Consejo de la Unión Europea) e incluso adopta el parámetro de tope de 2 ppm. que es el tenido en cuenta, por ejemplo, por la norma ASTM D 4059 y el Code of Federal Regulation - Part 761.79 de la Environmental Protection Agency de los Estados Unidos.

8°) Que esta Corte ha sostenido que los principios reseñados precedentemente son aplicables aun cuando el ejercicio del poder de policía para la protección del ambiente se proyecta en relación a la transmisión y distribución de energía eléctrica (Fallos: 322:2862).

Así, en el marco del federalismo de concertación que se ha desarrollado con anterioridad, que permite la interacción articulada de los diversos estados provinciales y el estado federal en el ejercicio de sus respectivas competencias constitucionales, esta Corte ha sostenido que para considerar inconciliables los poderes de policía concurrentes debe mediar una repugnancia efectiva entre una y otra facultad, la nacional y la provincial, en cuyo caso y siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de Ley Suprema (Fallos: 137:212; 300:402; 315:1013 y 322:2862).

Tal colisión no se verifica en los presentes actuados, puesto que las normas ambientales adoptadas por las autoridades competentes resultan vinculantes para las actoras en virtud de lo expresamente convenido en sus contratos de concesión toda vez que por ellos se obligaron a instalar, operar y mantener las instalaciones y/o equipos de forma tal que no constituyan peligro para la seguridad pública, respetando las normas que regulan la materia, adecuando su accionar al objetivo de preservar y/o mejorar los ecosistemas, cumpliendo con las normas destinadas a la protección del medioambiente en vigencia y las que se dicten en el futuro (artículo 25, incs. m, n y z del contrato de concesión aprobado por la resolución SEE 170/1992, cfr. acápite VI *in fine*, dictamen del señora Procuradora Fiscal).

9°) Que, por su parte, la norma provincial es razonable a la luz de los derechos involucrados en la causa. En efecto, el artículo 14 de la Constitución Nacional consagra el derecho de usar y disponer de la propiedad, y en el artículo 17 se reconoce su carácter

inviolable. Desde antiguo, esta Corte consideró 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 la segunda, cuando se emplea en los artículos 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...” (Fallos: 145:307).

Tan amplia definición, no impidió que este Tribunal reconociese —en diversos ámbitos— un fin social en la propiedad privada (Fallos: 286:166; 289:67; 322:3255, entre otros). La doctrina también sostuvo este criterio: “[l]as 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...” (Bidart Campos, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo I, “El derecho constitucional de la libertad”, Capítulo XIV, ps. 480/481).

Por otra parte, el texto constitucional se encarga de reconocer “...el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita [...] y comerciar...” (artículo 14); la importancia de la industria y el comercio libre dentro del territorio de la Nación queda puesta de manifiesto a lo largo de su articulado, que impide la existencia de aduanas interiores (artículos 9 y 10), reconoce a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los ciudadanos (artículo 20), promueve el establecimiento de nuevas industrias y la importación de capitales extranjeros (artículo 75, inc. 18), procura el progreso económico con justicia social y la productividad de la economía nacional (artículo 75, inc. 19) y busca la unificación de las regulaciones comerciales (artículos 75, inc. 12 y 126).

10) Que así caracterizados los derechos de ejercer industria lícita y propiedad, corresponde analizar los límites dentro de los cuales ellos pueden ejercerse válidamente.

Al respecto, la propia Constitución se encarga de señalar que los derechos por ella reconocidos no son absolutos, sino que se encuentran sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (artículos 14 y 28). Esta Corte ha dejado establecido 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” (Fallos: 136:161,

entre otros). Desde allí, es lógico que aun cuando los derechos no sean absolutos, tampoco lo sean 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 (artículos 1º, 19 y 28 de la Constitución Nacional).

En ese entendimiento, 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.

De este modo, la atribución de reglamentar los derechos presupone no solo la actuación del órgano habilitado constitucionalmente para hacerlo, con observancia del procedimiento previsto al efecto, sino también el respeto por su contenido esencial. Los derechos constitucionales no pueden sufrir un menoscabo que importe aminorar sus atributos nucleares, a punto tal de desnaturalizarlos, aniquilarlos, destruirlos o dejarlos vacíos de sentido. En tal orientación, esta Corte ha dicho que el legislador no puede alterar la sustancia o esencia de los derechos constitucionales de propiedad (“SA Empresa Mate Larangeira Mendes”, Fallos: 269:393 y arg. Fallos: 331:2068, entre otros). En definitiva, “reglamentar no es destruir” (Linares, Juan Francisco, “La razonabilidad de las leyes”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 38, con cita a Burdick, Charles, “The Law of the American Constitution”, Nos. 266 a 274).

Así, los medios empleados por el legislador deben estar orientados a un fin constitucionalmente válido, y ser proporcionados a tal fin perseguido; en palabras de este Tribunal “[l]a 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” (entre otros: arg. doct. “Pedro Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes”, Fallos: 199:483).

11) Que, por su parte, los constituyentes de 1994, en el artículo 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.

En ese marco, la Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente, al extremo que esta Corte ha entendido esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho (Fallos: 339:515), que gira en torno a la noción de “desarrollo humano”.

En la misma orientación, en el plano supra legal (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional), el denominado “Acuerdo de Escazú” (“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”, ley 27.566) establece en su artículo 1º como uno de sus objetivos el contribuir a “la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”. En tal orientación, en su preámbulo recuerda que el compromiso de lograr el desarrollo sostenible debe ser abarcativo de sus tres dimensiones —económica, social y ambiental— de forma equilibrada e integrada (documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en 2012, titulado “El futuro que queremos” y resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015, titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, entre otros).

12) Que, como se ha señalado (Fallos: 344:3476), de la fórmula constitucional y legal trascriptas en el considerando anterior, se infieren ciertas pautas de inexcusable consideración:

a) en primer lugar, el medio ambiente 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 perspectiva constitucional, resulta elocuente la visión sistémica del ambiente, al referir entre sus cualidades a la idea de “equilibrio” y exigir a los poderes constituidos la protección del patrimonio natural y cultural, como así también de la diversidad biológica. Dicho de otra forma: en la mirada del constitu-

yente 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.

b) en sintonía con lo anterior, 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. 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.

Al respecto, este Tribunal ha dejado establecido 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” (Fallos: 340:1695).

c) 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. En términos ambientales, la Nación entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una “deuda ambiental” que deba ser soportada o sufrida por el porvenir.

Por su parte, la sustentabilidad expresa una concepción humanista y antimercantista 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.

d) También la Constitución se encarga de exigir el uso racional de los recursos, lo que supone deberes mancomunados entre distintos actores sociales: productores, consumidores, organizaciones de la sociedad civil y autoridades públicas. En otras palabras: 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 este 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 (artículos 41 y 42, Constitución Nacional).

13) Que el punto de equilibrio entre los derechos de propiedad y ejercer industria lícita 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 infra-constitucionales con aquella compatible, y el Mercado demanda del Estado el sostenimiento de reglas de juego que otorguen previsibilidad a los intercambios (Fallos: 344:3476, voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

Así, 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. 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.

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. 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 (“Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As.”, Fallos: 341:1017).

El proceder de los poderes públicos debe ser prudente y coherente, generar certeza antes que incertidumbre e indeterminación en los derechos de los habitantes; pues es la razonabilidad con la que se ejercen las competencias constitucionales lo que otorga validez a los actos de los órganos del Estado. Ya en el año 1871, esta Corte tuvo ocasión de decir que “...la administración debe ser leal, franca y pública en sus actos”, este es un mandato exigible a todos los Poderes del Estado (Fallos: 10:203).

En el marco de lo expuesto, y a la luz de lo mencionado sobre las bases descriptas precedentemente, se concluye que la regulación provincial impugnada fue adoptada en el marco de las competencias reconocidas por el texto constitucional al Estado provincial, de manera satisfactoria con las exigencias de razonabilidad reseñadas, de lo que se concluye su constitucionalidad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se rechaza la demanda, con costas (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese. — *Horacio D. Rosatti.*

Voto del doctor *Rosenkrantz*

Resulta:

Las firmas Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (Edenor SA) y Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (Edesur SA), con la adhesión de la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEERA), promueven demanda contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 1118/2002, dictada el 6 de agosto de 2002 por la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires, así como la de sus modificatorias y complementarias, resoluciones 618/2003 y 964/2003, emitidas el 5 de junio y el 22 de julio de 2003 respectivamente, por la Subsecretaría de Política Ambiental de la misma provincia.

El planteo se ha sustentado en dos líneas argumentales. Por un lado, se aduce que las resoluciones cuestionadas vendrían a desnaturalizar el régimen de la ley nacional 25.670 con el que serían incompatibles por superposición y contraposición. Por otra parte, la actora alega que la aplicación de las normas provinciales ocasionaría una interferencia con la prestación del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica que se encuentra a cargo de las empresas actoras en su condición de concesionarias del Estado Nacional.

De acuerdo con lo sostenido en la demanda, las resoluciones provinciales regulan diversas cuestiones atinentes al uso, manipulación, almacenamiento, transporte, descontaminación y eliminación de las sustancias conocidas bajo el nombre de "PCBs" en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires de manera incompatible con la legislación nacional, en particular con la ley nacional 25.670, sancionada el 23 de octubre de 2002. En ella, el Congreso de la Nación estableció "los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCBs, en todo el territorio de la Nación en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional". Dicha incompatibilidad estaría dada por diversos motivos. En primer término, porque la ley nacional 25.670, sancionada poco después que se dictara la resolución 1118/2002, habría derogado a esta última, sea por virtud de su artículo 23, que dispone la derogación de "toda norma que se oponga" a la ley, sea de manera implícita u "orgánica", sea por efecto del principio de supremacía establecido en el

artículo 41 de la Constitución. La segunda fuente de incompatibilidad estaría dada por las diferencias entre una y otra regulación. Las actoras mencionan especialmente la presencia en las normas provinciales del concepto de "residuo o sustancia contaminada", ausente en el régimen nacional. También cuestionan la mayor exigencia del estándar provincial que establece la concentración máxima permitida en las sustancias líquidas en dos partes por millón (2 ppm.), mientras que el fijado por la ley nacional 25.670 sería de cincuenta partes por millón (50 ppm.). Aducen que los transformadores utilizados por las distribuidoras no están en condiciones de alcanzar el nivel exigido por la demandada. Añaden que el régimen de descontaminación y eliminación previsto en las resoluciones impugnadas contiene exigencias adicionales y, en ciertos casos, reduce los términos contemplados en la ley nacional 25.670. También aluden a la incorporación de la "cartelería" al deber de adecuación por la resolución provincial 964/2003, lo cual sería "contrario" a la ley nacional.

En lo concerniente al servicio que prestan las actoras en su condición de concesionarias del Estado Nacional manifiestan que el cumplimiento de las resoluciones impugnadas afecta gravemente la prestación del servicio a su cargo, por cuanto vulneran el ordenamiento jurídico federal al que se halla sujeta su actividad. Al respecto, señalan que las disposiciones locales pretenden regular un servicio interjurisdiccional, circunstancia que, de admitirse, conspiraría contra la unidad técnica y económica del servicio, por la concurrencia de una multitud de normas disímiles y contra la unidad tarifaria puesto que los costos diferirían de una jurisdicción a otra. Las demandantes se refieren a las disposiciones de las leyes 15.336 y 24.065, así como al pronunciamiento de esta Corte publicado en Fallos: 320:1302 y advierten que las resoluciones impugnadas plantean exigencias no contempladas por las normas contractuales y regulatorias dictadas por las autoridades nacionales que son aplicables a las distribuidoras. Mencionan la resolución 655/2000 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y la resolución 369/1991 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la última de las cuales califica como "libres en D.P.C. las sustancias o materiales cuyo tenor sea inferior a 50 ppm.", a diferencia del máximo de 2 ppm. que la resolución 1118/2002 cuestionada establece para las sustancias líquidas. Sostienen que aun cuando hay puntos en los que media una casi absoluta identidad entre las normas nacionales y provinciales, existiendo regulación específica en el orden nacional aplicable a la materia, deben excluirse las disposiciones y autoridades provinciales. Además, alegan que las resoluciones impugnadas producen una interferencia en los intereses nacionales involucrados en la materia energética.

En su parte final, la demanda señala que la exigencia de que ninguna sustancia contenga una concentración que supere las 2 ppm. de PCB excede con mucho lo previsto en diversas disposiciones internacionales (Convenio de Estocolmo) y extranjeras (Directiva 96/59 del Consejo de la Unión Europea; Environmental Protection Agency, Part 761 de los Estados Unidos; Real Decreto 1378/1999, artículo 2, incs. “a” y “b” de España; resolución 9/93 del Consejo Nacional del Medio Ambiente de Brasil, entre otros). A continuación, se aduce la imposibilidad de cumplimiento debido a que no existen en el país técnicas de medición y descontaminación para garantizar el nivel exigido por la resolución 1118/2002. Las mediciones posibles tendrían un margen de error que supera las 2 ppm., al tiempo que no existiría en Argentina planta alguna habilitada para proceder a la disposición final de los transformadores con PCBs que deberían para ello ser enviados a Europa. Concluye diciendo que la exigencia de la resolución 1118/2002 revela su falta de justificación si se tiene en cuenta que el máximo de 2 ppm. es tomado en la reglamentación estadounidense como límite para la presencia del tóxico en los alimentos, mientras que ese máximo es aplicado en la resolución impugnada en relación con el refrigerante totalmente confinado de los equipos eléctricos.

Sobre la base de estos argumentos, las actoras solicitaron que se dictase una medida cautelar suspendiendo los efectos de las resoluciones 1118/2002, 618/2003 y 964/2003 y que se dictase sentencia declarando su inconstitucionalidad.

El escrito de inicio fue acompañado con la manifestación hecha por la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEERA) que adhería en todos sus términos a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Como fundamento de su legitimación, ADEERA hizo saber que uno de sus fines es el de defender a sus asociados representándolos ante los organismos oficiales y públicos y agregó que el interés que motiva la demanda es común a todas las empresas distribuidoras de energía eléctrica que operan en la Provincia de Buenos Aires.

A fs. 227/228 vta., la demanda fue ampliada con el objeto de introducir a las constancias de autos copias de actuaciones llevadas a cabo por la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires con el propósito de que las actoras cumplieran con las resoluciones cuestionadas. A fs. 571 la demanda fue nuevamente ampliada para incluir dentro de su alcance la inconstitucionalidad de los decretos provinciales 1921/2004 y 2323/2004 —en los que se rechazan sendos recursos jerárquicos interpuestos por las dos empresas accionantes en contra de la resolución 1118/2002— y denunciar la confección de numerosas

actuaciones sumariales contra las actoras por incumplimiento de las resoluciones 618/2003 y 964/2003.

A fs. 199/201 el Ministerio Público Fiscal se expidió en sentido favorable a la competencia originaria del Tribunal, por entender que se trataba de un caso en que, además de ser parte una provincia, las actoras —quienes se encuentran regidas por el marco regulatorio eléctrico nacional— aducen que las resoluciones impugnadas contradicen leyes nacionales y, en consecuencia, violan la Constitución, lo que asigna naturaleza federal a la materia en examen.

A fs. 281/282, esta Corte decidió que la causa corresponde a su competencia originaria como lo había sostenido el señor Procurador Fiscal subrogante y rechazó la procedencia de la medida cautelar.

A fs. 619/625 contesta demanda la Provincia de Buenos Aires. Expresa que las sustancias conocidas como PCBs forman parte de la familia de contaminantes orgánicos persistentes COPs cuya vida media es elevada y, por tanto, su efecto contaminante perdura como peligroso. Agrega que cuando un PCB se quema, su transformación molecular genera dioxinas y furanos que, emitidos a la atmósfera, son altamente tóxicos para los seres vivos. Por ello, un transformador colocado en la vía pública en caso de incendio, sea por accidente, sea por vandalismo, constituye uno de los riesgos previstos al emitir las regulaciones cuestionadas. Entre los riesgos para la salud de estas sustancias se destaca su probable efecto carcinogénico en seres humanos a cuyo cuerpo pueden ingresar por aspiración o mero contacto.

Luego de mencionar la lista de actuaciones iniciadas por las autoridades provinciales contra las empresas actoras por posibles incumplimientos a la normativa local, la Provincia de Buenos Aires manifiesta que los dos argumentos presentados en la demanda —la superposición con la ley nacional 25.670 y el vinculado con la condición de las demandantes de concesionarias de la Nación— son endeble para fundar la pretensión. Niega que la ley nacional 25.670 impida ampliar la protección del medio ambiente más allá de sus propios términos, por cuanto se trata, de acuerdo con la letra de su artículo 1º, de una ley de presupuestos mínimos, lo cual implica la posibilidad para las provincias de colocar un techo más alto de protección ambiental. Por lo demás, niega que el hecho de revestir las actoras el carácter de concesionarias del Estado Nacional las autorice a poner en riesgo la seguridad, higiene y salubridad de las personas y afirma que el poder de policía que tienen las autoridades para su protección es de carácter local. Luego expresa que las normas contenidas en las resoluciones cuestionadas mal pueden ser atacadas por excesivas o irrazonables, si se tiene en cuenta que el propósito es proteger la

salud de la población, que dicho objetivo se adecua al contemplado en las normas nacionales y que el interés de las empresas es de carácter puramente patrimonial y no puede considerarse tutelado por la ley nacional 25.670 que se invoca en la demanda.

En lo que puntualmente se refiere a la concentración máxima de PCBs fijada en la resolución 1118/2002 en 2 ppm., la Provincia de Buenos Aires explica que se trata de una decisión discrecional de las autoridades provinciales en busca de prevenir los efectos dañinos derivados del mal manejo de las sustancias peligrosas. Si bien reconoce que existen normas que adoptan un estándar más alto de concentración, 50 ppm., la autoridad local ha buscado evitar problemas en los aceites que se reutilicen, como así también prever riesgos en el manejo de un aceite destinado a su disposición final. Niega que se trate de exigencias de imposible cumplimiento y que los plazos sean incompatibles con los previstos en la normativa nacional.

El Ministerio Público, a través de la señora Procuradora Fiscal, emitió su opinión en sentido adverso a la procedencia de la demanda (fs. 1004 a 1011).

A fs. 1030 se les requirió a las partes que en forma previa al dictado del pronunciamiento definitivo y sin perjuicio de lo que quepa decidir al Tribunal, se expidan acerca de la incidencia que puede tener la resolución 376/2018 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) en la cuestión objeto de controversia en la presente causa.

A fs. 1040/1041 y 1048/1049 las empresas Edenor SA y Edesur SA señalaron que aun cuando las resoluciones 1118/2002, 618/2003 y 964/2003 aquí impugnadas habrían quedado sin efecto desde la vigencia de la resolución OPDS 376/2018 citada, lo cierto es que no han sido declaradas nulas y que mantienen interés en la definición de la situación planteada, ya que si no se dictase sentencia y la autoridad ambiental provincial decidiera eventualmente aplicar aquellas normas respecto de períodos pasados, quedaría afectado su derecho de defensa, como así también se les impediría reclamar los daños que les habría causado en los hechos la vigencia de dichos reglamentos.

Por su parte, a fs. 1051/1058 la Provincia de Buenos Aires se expidió al respecto y sostuvo que la nueva resolución no tiene incidencia en la cuestión debatida en el pleito, en la medida en que no ha derogado las resoluciones impugnadas, sino que viene a complementarlas; en consecuencia, también solicita el dictado del pronunciamiento definitivo.

Considerando:

1°) El juicio corresponde a la competencia originaria de esta Corte, de acuerdo con lo resuelto a fs.

281/282 (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Esta Corte ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (Fallos: 336:593 y sus citas).

En consecuencia, no obstante las modificaciones introducidas por la resolución 376/2018 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) a las normas impugnadas, en cuanto establece que los equipos eléctricos cerrados ya descontaminados en los que se verifique el mantenimiento de la concentración de PCB por debajo del valor de 50 ppm., podrán continuar en estado operacional sin una intervención específica de descontaminación hasta el final de su vida útil (artículos 1° y 2°), en mérito al interés manifestado por las partes en relación a la definición de la cuestión por los efectos jurídicos producidos durante la vigencia de la regulación anterior, corresponde que el Tribunal se expida al respecto.

3°) Se encuentran reunidos los requisitos para la procedencia de la acción declarativa de certeza (artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y, por consiguiente, se configura en autos un caso o causa contenciosa, en los términos de los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2° de la ley 27.

En efecto, ha resuelto esta Corte que se encuentra habilitada la jurisdicción de los tribunales nacionales cuando la demanda declarativa no tiene por objeto una opinión consultiva o una indagación meramente especulativa, sino que busca precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal.

En este proceso, tal como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal en su resolución de fs. 281, las demandantes han producido prueba documental suficiente que demuestra la actividad de las autoridades locales orientada a imponerles el cumplimiento de las resoluciones cuestionadas, en especial, el levantamiento de actas y la iniciación de sumarios por incumplimiento de la normativa (fs. 203/226). A ello debe añadirse la documentación acompañada al momento de ampliar la demanda (fs. 289/569). Tales actos fueron también reconocidos por la provincia al contestar demanda.

4°) La ley nacional 25.670, sancionada el 23 de octubre de 2002, tuvo por objeto establecer "los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCBs, en todo el territorio de la Nación en los términos del artículo 41 de la Constitución

Nacional” (artículo 1°). Se fijó como finalidades expresas la fiscalización de las operaciones asociadas a los PCBs; la descontaminación o eliminación de aparatos que contengan PCBs; la eliminación de PCBs usados; la prohibición de ingreso al país de PCBs y la prohibición de producción y comercialización de los PCBs (artículo 2°). En lo concerniente especialmente a la fiscalización, el decreto 853/2007, reglamentario de la ley, en su Anexo I dispone que la “fiscalización de las operaciones asociadas a los PCBs comprenderá las actividades de control de gestión ambiental que deban realizarse en las jurisdicciones en donde ocurren dichas operaciones. La fiscalización será realizada por las autoridades locales”. A continuación establece que la autoridad de aplicación nacional ejercerá la fiscalización cuando se trate de “PCBs ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional”, mientras que si los PCBs se hallan en territorio provincial o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dicha autoridad ha de intervenir “subsidiariamente, y a requerimiento de la jurisdicción o jurisdicciones locales”.

De acuerdo con el artículo 3° de la ley 25.670, la expresión “PCBs” utilizada en la ley debe entenderse referida a “los policlorobifenilos (Bifenilos Policlorados), los policloroterfenilos (PCT), el monometiltetraclorodifenilmetano, el monometildiclorodifenilmetano, el monometildibromodifenilmetano, y a cualquier mezcla cuyo contenido total de cualquiera de las sustancias anteriormente mencionadas sea superior al 0,005% en peso (50ppm.)”. En relación con los PCBs así definidos, en las disposiciones subsiguientes la ley establece la prohibición de instalar equipos que contengan dichas sustancias (artículo 5°) y faculta al Poder Ejecutivo Nacional para adoptar las medidas necesarias a los fines de “garantizar la prohibición de la producción, comercialización y del ingreso al país de PCBs, la eliminación de PCBs usados y la descontaminación o eliminación de los PCBs y aparatos que contengan PCBs dentro de los plazos estipulados en la presente, a fin de prevenir, evitar y reparar daños al ambiente y mejorar la calidad de vida de la población” (artículo 4°).

Son de particular relevancia para esta decisión las obligaciones que el artículo 11 impone a la autoridad de aplicación de la ley, entre las cuales merecen señalarse la de entender en la determinación de políticas en materia de gestión de PCBs en forma coordinada con las autoridades competentes de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); la de formular e implementar, en el ámbito del COFEMA, un Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs; la de dictar las normas de seguridad relativas al uso, manipulación, almacenamiento y eliminación de PCBs y controlar el cumplimiento de las mismas y la de asesorar y apoyar a las jurisdicciones locales en

los programas de fiscalización y control de la gestión de los PCBs (incisos “a”, “b”, “c” e “i”).

Es de importancia señalar aquí que, de acuerdo con la ley 25.670, antes del año 2010 todos los aparatos que contuvieran PCBs, cuyo poseedor hubiera decidido mantenerlos en operación, debieron ser descontaminados a exclusivo cargo del poseedor. Por otra parte, antes del año 2005 todo poseedor debió presentar ante la autoridad de aplicación, un programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contuviesen PCBs, con el objetivo de que al año 2010 no quedaran en todo el territorio de la Nación equipos instalados conteniendo PCBs (artículos 14 y 15). Por su lado, el decreto 853/2007, al reglamentar el artículo 15 aclaró que el programa de descontaminación debía ser presentado por ante la autoridad local.

5°) La resolución 1118/2002, dictada por la ex Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires con fecha 6 de agosto de 2002, también tiene por objeto reglamentar aspectos vinculados con el uso, manipulación, almacenamiento y eliminación de las sustancias denominadas bifenilos policlorados o PCBs. A tal efecto, la resolución dispone prohibir su fabricación e ingreso en el ámbito de la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires (artículos 2° y 3°), así como la instalación de aparatos que lo contengan (artículo 4°). En su artículo 5°, entre otras definiciones, califica como “residuo o sustancia contaminada” a “todo líquido que contenga PCBs con una concentración superior a 0,0002% en peso”. A continuación, dispone que los poseedores de sistemas cerrados que contengan PCBs en concentración superior a 0,0002% (2 ppm.) en peso, deberán descontaminarlos a su exclusivo cargo (artículos 7° y 8°), entendiéndose por “sistema cerrado” todo “sistema químico que no intercambia materia con el medio exterior” (artículo 5°). La descontaminación de sistemas “con concentraciones de PCB superiores a 2 ppm. y hasta 50 ppm.” debía ejecutarse hasta el 31 de diciembre del año 2010; las concentraciones iguales o mayores a 50 ppm. debían ser reducidas antes del 31 de diciembre de 2009 o del 31 de diciembre de 2010, según se tratara, respectivamente, de equipos operativos y no operativos (artículo 7°, modificado por la resolución 17/09 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable). A tal efecto, en el artículo 9°, se impone a todo poseedor el deber de presentar en el plazo máximo de un año a partir de la puesta en vigencia de la resolución un programa de minimización o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, con el objetivo que no queden en todo el territorio de la provincia equipos instalados conteniendo PCBs en concentración superior a 0,0002% (2 ppm.). El artículo 14 de la resolución 1118/2002 dispone que “todo equipo que contenga o pueda haber contenido estos materiales deberá poseer una inscripción en lugar legible indi-

cando ausencia o concentración de PCB's", al tiempo que en el Anexo III se describen las características que deben cumplir dichos carteles. En el artículo 11 (texto según resolución 964/03 de la Subsecretaría de Política Ambiental), se fijan los criterios de urgencia para proceder a la descontaminación o minimización de los aparatos que contengan PCBs según se trate de lugares con prioridad alta (12 meses), media (48 meses) o baja (72 meses), plazos que se cuentan desde la aprobación de los respectivos programas por parte de la autoridad. Por último, de acuerdo con su artículo 16, las infracciones a la resolución 1118/2002, "se encuadran en la reglamentación de la Ley 11.720".

6°) Esta Corte ha reconocido que, como norma general y según la distribución de potestades entre la Nación y las provincias propia de nuestro sistema federal, el poder de policía en protección de la salud pública corresponde a las provincias (Fallos: 192:350), aunque no de manera exclusiva sino admitiéndose la posibilidad de concurrencia con facultades reconocidas a la Nación (Fallos: 315:1013; 322:2780). Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 dicha regla se ha mantenido con la precisión de que el cuidado del medio ambiente constituye una materia en que las potestades regulatorias son compartidas por el Estado Nacional y las provincias. Al debatirse el texto del referido artículo 41 de la Constitución Nacional, en el plenario de la Convención Constituyente reunida en 1994, el miembro informante del proyecto finalmente aprobado por la Comisión de Redacción, expresó: "Es importante precisar que esto no significa en la opinión de esta comisión que las facultades en materia ambiental dejen de ser concurrentes entre los gobiernos federal, provinciales y municipales. Esta norma no importa entonces una alteración de los criterios clásicos del derecho constitucional argentino sobre el alcance de la concurrencia de facultades. En segundo lugar, el gobierno federal estará habilitado para sancionar normas, contenidos mínimos de protección en esta materia. Ello es así porque dentro de las facultades concurrentes el gobierno federal está facultado para ello y porque también el tema ambiental tiende a lo interjurisdiccional. Pero queda claro que, cuando se hace referencia a la legislación complementaria por parte de las provincias y a la imposibilidad de alteración de las jurisdicciones locales, las provincias y los municipios podrán continuar con el ejercicio de sus atribuciones" (Intervención del convencional A. M. Hernández en la sesión del 21 de julio de 1994, conf. Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, Tomo V, página 4661).

En virtud de lo anterior, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de poner en práctica los criterios de protección ambiental que conside-

ren conducentes al 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, Fallos: 318:992; 329:2280; 334:1143 y Expte. CSJ 1312/2007 (43-M)/CS1 "Medina Rodríguez, Nidia Elena y otro c. Estado Nacional y otros s/ acción de amparo", sentencia del 16 de noviembre de 2009). Todo ello, en vistas de la singular dimensión que presentan los asuntos de naturaleza ambiental, en tanto en ellos participan y convergen aspectos de competencia federal y otros de neta competencia provincial (Fallos: 334:1143, cit., considerando 5°).

7°) Por tratarse, como queda dicho, de facultades concurrentes, solo en caso de producirse un conflicto grave y manifiesto entre los actos y las normas de uno y otro origen corresponderá otorgar primacía a las disposiciones nacionales para asegurar de esa manera el principio de jerarquía consagrado en el artículo 31 de la Constitución Nacional. En este sentido, se ha dicho: "...Para que resulte incompatible el ejercicio de los dos poderes, el nacional y el provincial,... es menester que haya repugnancia efectiva entre esas facultades al ejercitarse, en cuyo caso y siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema..." (Fallos: 137:212, considerando 8°; 300:402 y 322:2862).

8°) Por otro lado, es de destacar que la resolución 1118/2002 emitida por la ex Secretaría de Políticas Ambientales de la Provincia de Buenos Aires no necesariamente constituye un impedimento ni ocasiona una interferencia en el cumplimiento de los objetivos de protección ambiental trazados por el Congreso en relación con las sustancias que caen bajo la definición legal de la expresión "PCB".

De acuerdo con los propios términos de la ley 25.670, sus disposiciones tienen el propósito de servir como "presupuestos mínimos", en los términos del artículo 41 de la Constitución (artículo 1°). Ello significa que el régimen nacional sirve como piso normativo, pero no constituye obstáculo alguno para el desarrollo de las reglamentaciones provinciales que sirvan para fijar niveles más altos de protección ambiental. En consecuencia, estas últimas solo podrían constituir una interferencia con el programa nacional de presupuestos mínimos si permitiesen las acciones lesivas del medio ambiente que estos prohíben, es de-

cir, si consagraran normativamente o mediante vías de hecho una protección ambiental menor.

No ha sido este el fundamento de la demanda, ni tampoco puede inferirse de la prueba producida en autos una situación de tales características. En modo alguno han alegado las demandantes que el cumplimiento de la resolución 1118/2002, sus complementarias y modificatorias les impediría alcanzar el estándar de protección fijado en la ley nacional 25.670, ni que el cumplimiento de esta última se vería entorpecido por el seguimiento de las normas dictadas por la Provincia de Buenos Aires. Por el contrario, en el mismo escrito de demanda se señala que el régimen cuestionado contiene normas prácticamente idénticas aunque introduce exigencias adicionales más rigurosas que el nacional en cuanto a la concentración permitida de PCBs (fs. 184). Lo dicho, por lógica inferencia, lleva a concluir que la adecuación al ordenamiento provincial (máximo de 2 ppm. de PCBs para sustancias líquidas) llena con creces las exigencias contenidas en las normas nacionales (50 ppm.).

9°) En lo concerniente a la alegada vulneración o desconocimiento de las atribuciones del gobierno federal para regular las actividades vinculadas con la energía eléctrica, se advierte que la resolución 1118/2002 tampoco se constituye como una obstrucción o impedimento al ejercicio de los derechos contenidos en la concesión otorgada a las firmas demandantes.

Una arraigada doctrina del Tribunal establece que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal derivado del artículo 75, inciso 13 de la Constitución, interpretada esta cláusula conforme a un concepto abarcador de la expresión “comercio”. Esta ha sido la inteligencia bajo la cual el Congreso dictó las leyes 15.336 —Régimen de Energía Eléctrica— y 24.065 —Normas que rigen la generación, transporte, distribución y demás aspectos vinculados con la energía eléctrica— (conf. Fallos: 320:1302; 322:2624; causa CSJ 1518/2006 (42-D)/CS1 “Distrocuyo c. Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 19 de noviembre de 2013). La distribución de electricidad que llevan a cabo las actoras, presenta las características de un servicio público nacional (artículo 1° de la ley 24.065), y a su respecto resulta de aplicación el artículo 12 de la ley 15.336 el cual, además de la exención de tributos locales, protege las instalaciones y la energía eléctrica transportada contra “medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación”. Ahora bien, esta disposición, según resulta expresamente de su texto, no exige el cumplimiento de toda norma provincial, sino solamente cuando ello comporte una efectiva interferencia o entorpecimiento del servicio.

10) En autos “Griet Hermanos contra Provincia de Tucumán” y “Líneas de Transmisión del Litoral SA (LITSA) c. Corrientes, Provincia de”, esta Corte sostuvo que la actora debe demostrar que “si efectivamente la ley local impugnada constituyera un óbice al imperio y a los objetivos de la ley nacional... las dos leyes que aparecen en pugna en este debate, no lo estarán en realidad siempre que actúen en las órbitas distintas que les competen y en ellas se mantengan...; pero extralimitada una u otra de las dos facultades aludidas, se habría producido como consecuencia la incompatibilidad alegada en esta causa y entonces sería el caso de decidir cuál de las dos leyes en controversia estaría con arreglo a la Constitución llamada a prevalecer” (Fallos: 137:212, considerando 8°; 322:2862).

11) Por lo anterior, aun cuando se trate de una actividad sujeta a jurisdicción federal, como es el caso de la actividad desarrollada por las actoras, el ejercicio de facultades de regulación complementarias por parte de las provincias no necesariamente agravia el modo de distribución de competencias entre la Nación y las provincias que ha diseñado nuestra Constitución Nacional. A los fines de constatar si se produce una indebida intrusión en atribuciones federales, es necesario determinar si, en los hechos la regulación provincial impide, o hace extremadamente dificultosa, la actividad permitida por normas federales.

12) Se llega de esta manera a la conclusión de que el problema fundamental de estos autos requiere pronunciarse sobre una cuestión de hecho “porque es en realidad de circunstancias de hecho que ha de derivar el concepto jurídico con que habrá de decidirse si existe o no entre las leyes de referencia la incompatibilidad alegada” (Fallos: 137:212, considerando 9° y 322:2862).

13) La existencia de la alegada interferencia por parte de la Provincia de Buenos Aires en atribuciones federales es un hecho cuya demostración, por no surgir de manifiesto, corre por cuenta de quien lo invoca y esta carga no se ha cumplido en el caso. Más allá de las afirmaciones que las demandadas hacen en tal sentido, debe ponerse de resalto que las accionantes han admitido la obligación que pesa sobre ellas de adecuarse a los parámetros que fija la ley nacional 25.670 y, como se ha señalado más arriba, han reconocido que su normativa guarda un amplio margen de coincidencia con la resolución 1118/2002. Por consiguiente, y tomando en consideración que, por efecto de la legislación nacional, ya pesa sobre la actividad de las actoras la carga de poner fin al uso de PCBs, y dadas las constancias de autos, no se advierte en qué medida la exigencia provincial de que la reducción de las concentraciones de PCBs se lleve a 2 ppm. y no solo hasta 50 ppm., podría imposibilitar o hacer extremadamente dificultosa la prestación

del servicio público de distribución de energía eléctrica. En autos no se ha probado dicha imposibilidad o dificultad y ello impide formular un juicio como el pretendido en la demanda sobre la total incompatibilidad entre el régimen provincial y el nacional que conduzca a la descalificación integral del primero. Al respecto es oportuno mencionar que ni las consultas técnicas hechas a las universidades de Buenos Aires y de La Plata (fs. 771/780 y 783/788), ni la prueba informativa (fs. 931/933), han aportado elementos de juicio que sustenten la pretensión de la actora.

No obsta a estas conclusiones la resolución dictada por el ENRE bajo el número 655/2000. En primer lugar, dicha resolución se limita a establecer los procedimientos a que debía sujetarse un relevamiento de transformadores y a esos efectos remitió a estándares de concentración máxima (50 ppm.) fijados en otra resolución y a otros efectos (resolución 369/1991 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación,

dictada, según su texto, en uso de las atribuciones conferidas por la ley

19.587 sobre higiene y seguridad en el trabajo). Por otro lado, la resolución ENRE 655/2000 es de fecha anterior a la sanción de la ley 25.670 que, como se dijo, enmarcó la regulación de los PCBs en un sistema de presupuestos mínimos de protección ambiental establecido en el artículo 41 de la Constitución.

14) Las consideraciones precedentes resultan suficientes para decidir sobre la materia federal en relación con la que esta Corte abriera su competencia originaria.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se rechaza la demanda, con costas (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese. — *Carlos F. Rosenkrantz.*

Ambiente, presupuestos mínimos y sistema federal en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia

Marta S. Juliá (*)

Rocío Loza Serra (**)

Sumario: I. Introducción. Aspectos relevantes del fallo.— II. Descripción del caso.— III. Federalismo, reparto de competencias y el art. 41 de la CN: ¿deroga una ley nacional de presupuestos mínimos la normativa provincial anterior que regula igual materia?— IV. Estado de derecho ambiental, sustentabilidad, nación y función social de la propiedad.— V. Las regulaciones y el poder de policía ambiental local en relación con actividades de carácter federal.

I. Introducción. Aspectos relevantes del fallo

El objetivo del presente artículo es analizar y reflexionar sobre algunos aspectos explicitados en el fallo “Edenor SA y otro c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad [CSJ 380/2003 (39-E)/CS1 original]”, tanto en las apreciaciones realizadas por la procuradora como en las realizadas por cada integrante de la Corte Suprema.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesora titular efectiva en la asignatura Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de San Luis). Directora de PROICO 15-1020, “Derecho y política ambiental”.

(**) Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora miembro del Instituto de Derecho Ambiental de la Universidad Católica de Córdoba. Cursando la especialización y el máster en Derecho Ambiental y Gestión del Patrimonio Cultural (Universidad Nacional del Litoral y Universidad de Limoges, Francia). Litigante en procesos ambientales e integrante de diversos proyectos de investigación vinculados a política ambiental.

La relevancia de la sentencia analizada radica en las definiciones que la Corte establece, a raíz del conflicto suscitado por la divergencia de posturas de las partes litigantes —en relación con la regulación de los PCB—, respecto a cuestiones atinentes al sistema de presupuestos mínimos y el funcionamiento de sus normas, así como las condiciones, posibilidades y límites de las competencias nacionales y provinciales en el sistema federal. Además, el Máximo Tribunal introduce novedosas e interesantes nociones sobre el ambiente, la sustentabilidad, el Estado de derecho, la definición de nación y la tutela ambiental —desde la óptica de los derechos intergeneracionales—; y también expone una serie de pautas sobre las funciones e interrelaciones entre el Estado, el mercado y los consumidores, en relación con la internalización de costos, el consumo y la racionalidad en su uso y regulación, en el marco del límite a los derechos y la función social de la propiedad. Asimismo, realiza apreciaciones sobre el funcionamiento del sistema federal y algunas consideraciones sobre las relaciones intergubernamentales.

II. Descripción del caso

Para contextualizar la temática, describimos el origen del fallo, que se produce cuando las firmas Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR SA) y Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (EDESUR SA), con la adhesión de la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEERA), promueven una demanda contra la provincia de Buenos Aires con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la res. 1118/2002, dictada el 06/08/2002 por la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires, así como la de sus modificatorias y complementarias, res. 618/2003 y 964/2003, emitidas el 05/06 y el 22/07/2003, respectivamente, dictadas por la Subsecretaría de Política Ambiental de la misma provincia. Además, solicitan la inconstitucionalidad de los decs. provinciales 1921/2004 y 2323/2004, que rechazan los recursos jerárquicos interpuestos por las dos empresas actoras contra aquella resolución original.

Los argumentos que originan la demanda se fundan en dos aspectos claramente diferenciados. Por una parte, las empresas exponen la contradicción y superposición entre las resoluciones provinciales, que regulan los objetos y sustancias contaminados con PCB (1), y la ley nacional 25.670 de Presupuestos Mínimos que

hace lo propio, pero estableciendo exigencias menores. Por el otro, las actoras manifiestan la posible interferencia en la aplicación de dichas resoluciones con la prestación del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica que ellas llevan a cabo.

Ambos aspectos involucran definiciones trascendentes en la interpretación del marco normativo, en las relaciones existentes entre las leyes de presupuestos mínimos y otras normativas como es el caso de la legislación provincial, en las vinculaciones entre las competencias nacionales y las provinciales, y algunas definiciones en materia de energía a tener en cuenta.

Cabe aclarar que en el año 2018 el OPDS (organismo provincial que asume la competencia en materia ambiental) dispuso, por res. 873/2018, una sustancial modificación a la normativa impugnada por las empresas, por la cual se permite la continuación en operaciones, sin descontaminar nuevamente y hasta el final de su vida útil, de aquellos equipos eléctricos cerrados ya descontaminados en los que se verifique el mantenimiento de la concentración de PCB por debajo del valor de 50 ppm. No obstante, aunque la nueva resolución deja virtualmente sin efecto las anteriores, aquellas no han sido declaradas nulas e incluso funcionan de manera complementaria.

De tal modo, aunque se ha considerado el cambio de marco fáctico jurídico, la Corte sostuvo que corresponde igualmente dictar fallo si existe interés de las partes en los efectos jurídicos producidos con anterioridad a la modificación, aunque la resolución no tenga utilidad hacia el futuro. Esto se vincula con el sistema de control de constitucionalidad difuso que aplica en la Argentina, por lo que se requiere la existencia de un caso concreto y la verificación de la utilidad de resolver en relación con dicho caso, sin que la cuestión haya devenido abstracta, más aún cuando nos encontramos frente a una acción declarativa de certeza o inconstitucionalidad. Es decir, el hecho de que existan eventualmente motivos para valorar el aporte que la interpretación de la Corte pudiera hacer sobre algún tema puntual, como el funcionamiento del régimen de presupuestos mínimos, no alcanzaría por sí mismo, en principio, para habilitar la facultad de juzgamiento del tribunal,

(1) Los PCB (policlorobifenilos —bifenilos policlorados—, policloroterfenilos —PCT—, monometiltetraclorodifenilmetano, monometildiclorodifenilmetano, monometildibromodifenilmetano, o sustancias que contengan estos compuestos en cierta concentración de acuerdo con la regulación) son compuestos químicos sintéticos formados por cloro, carbón e hidrógeno, categorizados como contaminantes orgánicos persistentes (COP). Se caracterizan por ser resistentes al fuego, no conducir la electricidad, ser muy estables y tener baja volatilidad a temperaturas normales. Estas características lo han hecho ideal para su utilización como aislante o refrigerante en transformadores y equipos eléctricos. Asimismo, estas mismas cualidades son las que han hecho que el PCB sea peligroso para el ambiente, especialmente por su resistencia extrema a la ruptura química y biológica a través de procesos naturales, y por su acumulación progresiva en organismos vivos con sus consecuentes efectos, perdurando su efecto contaminante. Fuente: <https://www.gecop.cl/que-es-el-pcb/>; ley 25.670, extraída de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/75000-79999/79677/norma.htm>.

requiriendo un conflicto particular en su aplicación. Así, en el caso en análisis, consultadas las partes, respondieron que sí existía interés en los efectos del fallo respecto del lapso en que estuvieron vigentes las resoluciones impugnadas y luego modificadas, con lo cual la Corte asume la jurisdicción para su resolución.

III. Federalismo, reparto de competencias y el art. 41 de la CN: ¿deroga una ley nacional de presupuestos mínimos la normativa provincial anterior que regula igual materia?

Respecto a esa línea argumental, las empresas sostienen la postura por la cual, de acuerdo con el reparto de competencias establecido en el art. 41 de la CN, las provincias no tienen potestad para regular cuestiones ya previstas en el régimen nacional, y solo pueden introducir disposiciones sobre situaciones específicas de carácter local que lo requieran como necesario, o bien dictar normas para poner en ejecución la legislación nacional de presupuestos mínimos o regular cuestiones no contempladas por esta.

De tal modo, el planteo de las empresas expone la existencia de incompatibilidad entre la res. 1118/2002 y la ley nacional 25.670 de Presupuestos Mínimos, sancionada con posterioridad a dicha resolución. Su fuente, de acuerdo con las actoras, radica, en principio, en la derogación que la ley habría producido respecto de la resolución —explícita mediante la disposición de derogación de “toda norma que se oponga” (art. 23 de la ley 25.670), o implícita por la aplicación del principio de supremacía establecido en el art. 41 de la Constitución—.

A su vez, una segunda fuente de incompatibilidad se encontraría en las diferencias existentes entre las diversas regulaciones respecto a la gestión de los PCB (uso, manipulación, almacenamiento, transporte, descontaminación y eliminación de las sustancias conocidas bajo el nombre de “PCB”). En este aspecto, las actoras mencionan cuestiones atinentes a la consideración y definición de términos (p. eje., la resolución provincial incluía la definición de residuo o sustancia contaminada, término que no existe en la ley nacional), mayores exigencias como cartelería y otros deberes y, fundamentalmente, una divergente consideración respecto al estándar permitido en la concentración de PCB

en sustancias líquidas. En relación con este último punto, la res. 1118/2002 establecía una concentración máxima permitida en las sustancias líquidas que contengan PCB de dos partes por millón (2 ppm), mientras que la ley 25.670 dispone un límite de 50 partes por millón (50 ppm).

Además, hay que tener en cuenta que la ley establece un proceso para evitar la contaminación, finalizar la comercialización del producto con plazo y descontaminar equipos teniendo en cuenta la posibilidad de mantener hasta la cantidad indicada de la sustancia.

En consecuencia, de aplicarse la resolución tal como pretendía la provincia de Buenos Aires, de acuerdo con la postura de las empresas, se produciría una desnaturalización del régimen dispuesto por una ley de presupuestos mínimos.

Por su parte, la provincia de Buenos Aires considera endeble los argumentos presentados y alega la inexistencia de contradicción con la ley 25.670 y la resolución. Destaca su responsabilidad en materia de seguridad, higiene y salubridad como organismo de control y fiscalización y afirma que el poder de policía que tienen las autoridades para su protección es de carácter local, lo cual aparece directamente relacionado con las responsabilidades ambientales que la involucran y en las temáticas en las que tiene competencia.

De ese modo, la provincia demandada se basó en cuatro aspectos que nos parecen principales, a saber: 1) el elevado riesgo de contaminación ambiental de los transformadores que contienen PCB existentes en la vía pública y la grave amenaza para la salud pública en caso de quemarse accidentalmente; 2) una ley de presupuestos mínimos permite la posibilidad a la provincia de disponer un techo más alto en cuanto a las exigencias de protección ambiental; 3) corresponde el poder de policía local en lo que hace a seguridad, higiene y salubridad, aunque las empresas sean concesionarias del Estado Nacional; y 4) el interés de las empresas es puramente patrimonial y no se vincula con los intereses públicos tutelados por la ley nacional 25.670.

Expuestos los argumentos de cada parte, la Corte, en el voto de su presidente, Dr. Rosatti,

definió el conflicto indicando que el tema a decidir “consiste en determinar si en el diseño federal consagrado por el texto constitucional argentino, la provincia de Buenos Aires tiene la potestad de adoptar las res. SPA 1118/2002 y sus modificatorias SPA 618/2003 y SPA 964/2003 a la luz de lo establecido por la ley 25.670 —de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los PCB en Todo el Territorio de la Nación— y de las facultades que en materia de energía eléctrica posee la Nación” (consid. 4º, voto del Dr. Rosatti). Ello encuadrado en la comprensión del federalismo como sistema armónico, de convivencia, articulación y coordinación de esfuerzos para el bien común, antes que simple subordinación o enfrentamiento de poderes, dentro del cual deben analizarse las competencias de cada estamento. De tal modo, la funcionalidad del sistema “se imbrica en el principio de lealtad federal o buena fe federal” y se basa “en un juego armónico y dual de competencias federales y provinciales” (consid. 4º, voto del Dr. Rosatti), también denominado “federalismo de concertación”.

En ese marco, el magistrado del Máximo Tribunal expone que la Constitución Nacional prevé diversas modalidades de colaboración, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial:

a) La “pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo”, donde existe paridad jerárquica para regular un tema, sea obligatoria o no. En este caso hace referencia a las situaciones planteadas en el art. 75, incs. 2º, 18 y 19, de la CN.

b) La “pluralidad jerárquica con complementación sustantivo-adjetiva”, con competencias exclusivas y complementación forzosa entre cada nivel de decisión. Menciona aquí la situación derivada de la facultad establecida en el art. 75, inc. 12, de la CN, para el dictado de Códigos de fondo y procesales.

c) La “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva”, donde se establece una “jerarquía de intensidad entre los sectores o tramos aludidos (‘nivel básico’, ‘nivel complementario’). Esta sería la categoría aplicable al objeto de análisis, como derivación del art. 41 de la CN (consid. 5º, voto del Dr. Rosatti).

Ante ello, la Corte analiza la incorporación de una ley de presupuestos mínimos (en este caso, la ley 27.670) al sistema federal. Sostuvo que tal circunstancia implica, por las propias disposiciones legales, un proceso de cambio en aquel sistema en, al menos, dos aspectos relevantes: en primer lugar, el mínimo establecido es exigible en todo el territorio; y, en segundo plano, las provincias deben revisar su marco normativo y adecuarse al mínimo establecido.

En opinión de la Procuración, “[p]odría decirse que ‘complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada’ (conf. Fallos 330:1791, ‘Villivar’, voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Petracchi, consid. 7º). Entiendo que de esa doctrina podrían derivarse dos posibilidades: a) que la norma provincial se superponga con la nacional, al exigir el cumplimiento de requisitos más rigurosos, o b) que la norma provincial añada un contenido no regulado por la norma nacional, tal como sucedió en la causa ‘Villivar’ citada, en cuya oportunidad los jueces, que decidieron según su voto, consideraron válida la norma provincial que exigía, para la habilitación de un emprendimiento minero, un procedimiento de evaluación de impacto ambiental con audiencia pública, recaudo que no estaba previsto por la norma nacional de minería” (dictamen de la procuradora, Dra. Monti).

En efecto, a la luz de esa tercera categoría y del mencionado art. 41 de la CN, la Corte considera que le corresponde al Estado Nacional la regulación del “nivel básico” de protección, y a la provincia de Buenos Aires la determinación de un “nivel complementario”. Para su validez, el tribunal dispone que la regulación complementaria debe cumplir con algunos requisitos: a) ser conducente para el bienestar de la comunidad que gobierna, b) no resultar incompatible con el fin nacional perseguido, y c) satisfacer el test de razonabilidad o adecuación entre medios y fines propio de toda reglamentación (consid. 6º, voto del Dr. Rosatti).

Derivado de dichas consideraciones, el fallo establece que “[d]e la comparación de ambas normas, se concluye que la regulación provincial no restringe ni limita la tutela ambiental brindada por la norma federal, sino que suma a la legislación nacional una mayor protección

al reglamentar las sustancias contaminadas con PCB” (consid. 7º, voto del Dr. Rosatti), por lo que se considera razonable la normativa provincial acorde a las normativas nacionales e internacionales.

Desde su lado, en voto del Dr. Rosenkrantz, respecto a la distribución de competencias entre Nación y provincia, se afirma que “el poder de policía en protección de la salud pública corresponde a las provincias (Fallos 192:350), aunque no de manera exclusiva sino admitiéndose la posibilidad de concurrencia con facultades reconocidas a la Nación (Fallos 315:1013; 322:2780)” (consid. 6º, voto del Dr. Rosenkrantz). Además, se hace mención de que, con posterioridad a la reforma de 1994, dicha regla se ha mantenido en materia ambiental.

En el mismo sentido, y continuando con el análisis, se establece que “corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de poner en práctica los criterios de protección ambiental que consideren conducentes al 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” (consid. 6º, voto del Dr. Rosenkrantz).

De tal modo, sostiene la Corte en este voto que, al tratarse de facultades concurrentes, debe probarse la existencia de un conflicto grave y manifiesto entre ámbitos, en cuyo caso “corresponderá otorgar primacía a las disposiciones nacionales para asegurar de esa manera el principio de jerarquía consagrado en el art. 31 de la CN. En este sentido, se ha dicho: ‘... Para que resulte incompatible el ejercicio de los dos poderes, el nacional y el provincial, (...) es menester que haya repugnancia efectiva entre esas facultades al ejercitarse, en cuyo caso y siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema... (Fallos 137:212, consid. 8º; 300:402 y 322:2862)’” (consid. 7º, voto del Dr. Rosenkrantz).

El argumento que queda absolutamente claro es que “[e]llo significa que el régimen nacional sirve como piso normativo, pero no constituye obstáculo alguno para el desarrollo de las regla-

mentaciones provinciales que sirvan para fijar niveles más altos de protección ambiental”.

Respecto del régimen de presupuestos mínimos, el Dr. Rosenkrantz reconoce, en primer lugar, que la propia ley 25.670 dispone expresamente que sus disposiciones operan como “presupuestos mínimos” en el marco del art. 41 de la CN. En consecuencia, queda clara la postura por la cual la normativa nacional de presupuestos mínimos, como el analizado en el caso, constituye un piso normativo que permite a las provincias fijar niveles más altos de protección ambiental. De tal modo, las normas provinciales “solo podrían constituir una interferencia con el programa nacional de presupuestos mínimos si permitiesen las acciones lesivas del medio ambiente que estos prohíben, es decir, si consagrasen normativamente o mediante vías de hecho una protección ambiental menor” (consid. 8º, voto del Dr. Rosenkrantz).

Un punto importante, ya que define los límites del sistema de presupuestos mínimos y las normas complementarias, es que, en este caso, la mayor protección regulada por la norma provincial abarca disposiciones cuantitativas respecto de las sustancias contaminadas con PCB, así como también cronogramas con plazos más reducidos y un acrecentamiento de las exigencias en relación con el objetivo a cumplir al finalizar el plan de eliminación. En esa línea, la Corte considera que la regulación provincial ha sido razonable, haciendo énfasis en la progresividad prevista para la eliminación total de las sustancias contaminantes, en compatibilidad con los objetivos de la norma nacional.

IV. Estado de derecho ambiental, sustentabilidad, nación y función social de la propiedad

Asimismo, la Corte reitera su ya definido criterio en relación con que el art. 41 de la CN incluye “un componente ambiental del Estado de derecho (Fallos 339:515), que gira en torno a la noción de ‘desarrollo humano’”, al que entiende en sintonía con el Acuerdo de Escazú (consid. 11, voto del Dr. Rosatti).

Seguidamente, en el marco de las argumentaciones expuestas, aparece un conjunto de definiciones importantes sobre: 1) *el ambiente*

y su visión constitucional sistémica, derivada del concepto de equilibrio, biodiversidad y la consideración del patrimonio natural cultural, que excede al humano y su tiempo presente; 2) *la tutela ambiental*, como un derecho-deber individual y social, no concentrada en una visión antropocéntrica, estableciendo como pauta ética y jurídica que “en nombre de cierta calidad de vida humana no podría convalidarse (...) el perjuicio al equilibrio medioambiental”; 3) *la Nación*, “entendida como vinculación intergeneracional” que implica evitar contraer en el presente una “deuda ambiental” para el futuro, en el marco de un “deber de solidaridad intergeneracional y de desarrollo sustentable”; y 4) *el uso racional de los recursos*, desde la óptica de deberes mancomunados de los diferentes actores sociales, con pautas para los productores, que deben internalizar “al ambiente como un bien antes que un costo”, para los consumidores, a quienes corresponde racionalizar sus pautas de consumo, y para las autoridades públicas, quienes tienen el deber de procurar educación para el consumo y regulación razonable de las actividades productivas en pos de la protección ambiental (consid. 12, voto del Dr. Rosatti).

En esa línea, una definición de gran interés que otorga la Corte se refiere a la sustentabilidad desde “una concepción humanista y antimerkantista 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” (consid. 12, voto del Dr. Rosatti).

Dentro de ese contexto, considerando el sistema capitalista contemporáneo, marca como punto de equilibrio, por un lado, entre los derechos de propiedad y de ejercer la industria lícita y, por otro lado, el derecho-deber al ambiente, la concepción por la cual Estado y mercado se interrelacionan y necesitan mutuamente. Esto ya que el mercado aporta los recursos económicos que permiten al Estado cumplir con los objetivos constitucionales, y este último debe procurar establecer y sostener reglas claras, previsibles e igualitarias para los intercambios comerciales (Fallos 344:3476, voto de los jueces Rosatti y Maqueda), entre las cuales se inserta la cuestión ambiental, como pauta de utilización racional y responsable para la industria y el

consumo, en relación con lo cual el Estado debe tanto regular como incentivar en forma idónea, proporcionada y eficaz (consid. 13, voto del Dr. Rosatti).

Por tanto, sostiene la Corte que “[l]a 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” (consid. 13, voto del Dr. Rosatti).

A su vez, se reafirma el principio por el cual los derechos constitucionales de libertad y propiedad deben ser tomados en un sentido amplio, lo que, se sostiene, “no impidió que este tribunal reconociese —en diversos ámbitos— un fin social en la propiedad privada (Fallos 286:166; 289:67; 322:3255, entre otros)” (consid. 9º, voto del Dr. Rosatti), exigible razonablemente por el Estado, ya sea en relación con el Estado mismo, el bienestar general o las relaciones entre particulares.

De igual modo, el derecho de ejercer la industria lícita debe analizarse dentro de sus límites, valorando la Corte la pauta constitucional que señala que ningún derecho reconocido es absoluto, sujetándolos a las leyes que reglamenten su ejercicio (Fallos 136:161, entre otros). En consecuencia, se sostiene que “[e]n 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 28 de la CN) (...) el principio de razonabilidad repele toda arbitrariedad” (consid. 10, voto del Dr. Rosatti).

V. Las regulaciones y el poder de policía ambiental local en relación con actividades de carácter federal

En este contexto de argumentos aparece una cuestión muy relevante que incorpora en el análisis la situación de las concesionarias de servicios del Estado nacional, los servicios interjurisdiccionales y excluye a las autoridades locales, puesto que ello representaría una interferencia en los intereses nacionales involucrados en la materia energética. Hay que considerar cómo

los servicios se ejecutan en los territorios y las facultades de las autoridades jurisdiccionales sobre su ambiente.

Respecto a este segundo aspecto, las empresas sostienen que la provincia pretende regular un servicio interjurisdiccional (puesto que brindan el servicio de energía eléctrica en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la provincia de Buenos Aires), vulnerando el ordenamiento jurídico federal al que se halla sujeta su actividad, lo que iría en contra de la unidad técnica, económica y tarifaria. De ese modo, manifestaron que se produciría una interferencia en los intereses nacionales involucrados en la materia energética.

Adicionalmente, consideraron que la res. 1118/2002 sería inaplicable, ya que no existirían en la Argentina técnicas de medición y descontaminación disponibles para garantizar el nivel exigido de 2 ppm.

Por su parte, el fallo reconoce que “[u]na arraigada doctrina del tribunal establece que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal derivado del art. 75, inc. 13 de la Constitución, interpretada esta cláusula conforme a un concepto abarcador de la expresión ‘comercio’” (consid. 8º, voto del Dr. Rosenkrantz). No obstante lo cual, el magistrado entiende que en esos casos debe igualmente cumplirse con la normativa provincial aplicable, salvo que ello suponga una efectiva interferencia o entorpecimiento del servicio.

En ese sentido, una afirmación muy interesante y que retoma un criterio relevante es: “Que esta Corte ha sostenido que los principios reseñados precedentemente son aplicables aun cuando el ejercicio del poder de policía para la protección del ambiente se proyecta en relación a la transmisión y distribución de energía eléctrica (Fallos 322:2862)” (consid. 8º, voto del Dr. Rosatti).

En relación con ello, un argumento muy importante es que “el ejercicio de facultades de

regulación complementarias por parte de las provincias no necesariamente agravia el modo de distribución de competencias entre la Nación y las provincias que ha diseñado nuestra Constitución Nacional”, aun cuando, por el tipo de actividad, corresponda la regulación federal (consid. 11, voto del Dr. Rosenkrantz).

De ese modo, debería probarse en el caso en análisis una cuestión de hecho, tal es que “la regulación provincial impide, o hace extremadamente dificultosa, la actividad permitida por normas federales” (consid. 11, voto del Dr. Rosenkrantz). No obstante, en el particular caso considerado, “tomando en consideración que, por efecto de la legislación nacional, ya pesa sobre la actividad de las actoras la carga de poner fin al uso de PCB, y dadas las constancias de autos, no se advierte en qué medida la exigencia provincial de que la reducción de las concentraciones de PCB se lleve a 2 ppm y no solo hasta 50 ppm, podría imposibilitar o hacer extremadamente dificultosa la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica” (consid. 13, voto del Dr. Rosenkrantz).

Así, la sentencia considera que no han existido en este caso circunstancias que hagan inconciliable el ejercicio del poder de policía local, concurrente con el nacional, que prevalecería si se diera dicha situación de contraposición. Más aún teniendo en cuenta que en los mismos contratos de concesión firmados entre las empresas y el Estado Nacional, aquellas se obligaron expresamente a no constituir con sus operaciones un peligro para la salud pública, respetando la normativa aplicable presente y futura.

En ese contexto, el tribunal concluye que no surge manifiesto ni ha sido probado por la parte actora que la resolución provincial constituya una interferencia ni vaya en contra de los objetivos ambientales planteados por la ley nacional. Por lo cual, rechaza la demanda, imponiendo costas a la parte vencida.

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

La prueba judicial ambiental no es una investigación científica

Aníbal J. Falbo (*)

Sumario: I. La prueba judicial ambiental como prueba “difícil”.— II. El ajuste, la mutación, la relectura y la reescritura ambiental de la prueba judicial para facilitar la dificultad.— III. La prueba judicial ambiental no es una investigación científica.

I. La prueba judicial ambiental como prueba “difícil”

Entre otras más, son características salientes de la temática ambiental judicial y de los casos ambientales su inherente incertidumbre y su acentuada complejidad —son casos altamente complejos—. Como consecuencia directa de estas dos características aparece la dificultad probatoria ambiental judicial.

Como lo destacan Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti, “la incertidumbre es inherente a los problemas ambientales” (1), y Goldenberg y Cafferatta expresan —con toda razón— que si no hay incertidumbre no estamos ante un verdadero caso ambiental (2), y agregan que al ingresar a las temáticas de derecho ambiental nos hallamos ante “el fin de las certezas” (3). Por otro lado, explican Morello y Cafferatta que “la problemática ambiental forma parte de los

denominados ‘casos de alta complejidad’” (4) y agregan que “la prueba del daño ambiental constituye una hipótesis de ‘prueba difícil’ engorrosa” (5).

En concreto: ante este escenario, los sistemas tradicionales del proceso judicial encuentran dificultades (6), dificultades que abarcan —centralmente— a la prueba judicial. Quadri advierte que el derecho probatorio ante la temática ambiental “se encuentra ante nuevos desafíos: la problemática que las causas ambientales anidan es compleja, diferente de las demás” (7).

Superar esas dificultades y lograr un proceso judicial eficaz, urgente y de real protección ambiental es una tarea ineludible para el derecho ambiental. Para avanzar en ese sentido y lograr un proceso ambiental que verdaderamente

(4) MORELLO — CAFFERATTA, “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 241.

(5) *Ibidem*, p. 252.

(6) Ya Taruffo destacaba que “los sistemas tradicionales del proceso civil entren en crisis o al menos encuentren notables dificultades de funcionamiento, cuando la situación controvertida es multipolar”, TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 150, y la visión policéntrica ha sido establecida por la Corte Nacional para los casos ambientales en CS, 04/06/2019, “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 342:917.

(7) QUADRI, Gabriel H., “Algunas particularidades probatorias en materia ambiental”, RDAMB, 20, Ed. AbeledoPerrot, p. 123.

(*) Profesor de posgrado en la especialización de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor de Derecho Ambiental y de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Director de la Clínica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Abogado litigante en casos de derecho ambiental. Autor de los libros “Derecho ambiental” y “Derecho administrativo ambiental”.

(1) LORENZETTI, Ricardo L. — LORENZETTI, Pablo, “Derecho ambiental”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 156.

(2) GOLDENBERG Isidoro — CAFFERATTA, Néstor, “Daño ambiental. Problemática de su determinación causal”, Ed. AbeledoPerrot, 2001, p. 48.

(3) *Ibidem*, p. 39.

“funcione” resulta imprescindible no confundir a la prueba judicial ambiental con una investigación científica: ese es el tema central de este trabajo, al que nos abocamos seguidamente, no sin antes plantear algunas ideas relativas al ajuste, la mutación y la relectura y reescritura “ambiental” de la prueba judicial.

II. El ajuste, la mutación, la relectura y la reescritura ambiental de la prueba judicial para facilitar la dificultad

El proceso judicial ambiental obliga al dictado de decisiones judiciales urgentes y eficaces —además de definitivas—, como magistralmente lo ha establecido la Corte Nacional cuando dejó sentado que “la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces” (8).

De tal forma, para que la complejidad de los casos ambientales, la inherente incertidumbre de toda temática ambiental judicial y la dificultad probatoria no impidan ni obstaculicen ni ralenticen esas decisiones judiciales urgentes y eficaces —además de definitivas—, resulta imprescindible un abordaje especial y específico de la prueba judicial en materia ambiental, en concreto un ajuste, una relectura y una reescritura ambiental de la prueba judicial, como anticipamos, con el objetivo de facilitar y simplificar su dificultad.

Para comenzar a plantear el tema resulta de gran utilidad recordar a Taruffo, cuando explica: “No se pudo sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir en el contexto judicial” (9), y concluye que “el propósito posible de la toma de decisiones es solo lograr una verdad relativa” (10).

A esto se agrega que, como ya anticipamos, la incertidumbre es inherente a toda cuestión ambiental y que es una materia donde se observa

(8) CS, 08/07/2008, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, Fallos 331:1622.

(9) TARUFFO, Michele, “La prueba”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 26.

(10) Ídem.

sin espacio para las dudas que “los días de la absoluta certeza han quedado atrás” (11).

De tal manera, en la materia judicial ambiental, signada fuerte y principalmente por su inherente incertidumbre y altísima complejidad (y policentrismo), la verdad que puede ser establecida por la prueba judicial ambiental es mucho menos absoluta —y simétricamente mucho más relativa— que la aceptada en otras temáticas jurídicas no ambientales.

La verdad relativa, que es aquello que se puede establecer con pruebas judiciales en las demás temáticas no ambientales, en los casos ambientales aumenta esa relatividad de la verdad que puede llegar a establecerse, operando un plus ambiental de relatividad de la verdad. Por eso Quadri explica que en materia ambiental el sistema de la sana crítica se aplica, pero con “adaptaciones en pos de la protección del derecho elemental vulnerado” (12), lo que determina que el juez pueda decidir en su sentencia que tutela al ambiente solamente con un “convencimiento aceptable” (13) ante las “indóviles controversias ambientales” (14). En esa línea, señala Cafferatta que en los casos ambientales “se admite que el juez pueda fundar su decisión cuando le resulta evidente a tenor de los elementos de convicción aportados la existencia de un alto grado de probabilidad” (15).

Así, como explica Müller, en la prueba de daño ecológico, la verosimilitud reemplaza a la certeza (16) y, como señala Mosset Iturraspe, en igual sentido: “En materia de hechos que

(11) DE SADELEER, Nicolás, “La aplicación del principio de precaución en la responsabilidad civil”, en ALLENDE RUBINO, Horacio — NOVELLI, Mariano (dirs.), *Responsabilidad y acciones ambientales*, Ed. Nova Tesis, 2018, p. 157.

(12) QUADRI, Gabriel H., “Algunas particularidades probatorias en materia ambiental”, ob. cit., p. 126.

(13) Íbidem, p. 127.

(14) Íbidem, p. 128.

(15) CAFFERATTA, Néstor A., “La prueba del daño ambiental”, JA, número especial “Derecho ambiental”, 2005-IV, Ed. LexisNexis, p. 22.

(16) Conf. MÜLLER, Enrique, “La prueba en el daño ecológico”, *Revista de Derecho de Daños*, nro. 4, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 256/7.

desencadenan la polución, en derecho ambiental, la probabilidad sustituye a la certeza, la verosimilitud a la verdad, el fundamento de la sentencia está, la mayoría de las veces, en un juicio de probabilidad seria, conforme con la experiencia social, con lo normal o adecuado, lo que habitualmente ocurre...” (17).

Es por ello que en la prueba ambiental judicial opera con central fuerza el *favor probationem*, como lo denominan Morello y Cafferatta (18).

Ese *favor probationem* significa, por un lado, que ante cualquier duda ha de ponderarse la prueba judicial ambiental a favor de dictar una decisión que tutele al ambiente [encontrando así especial aplicación los principios ambientales como el *in dubio pro natura* (19), entre otros] y, por otro, significa que una decisión judicial que tutele al ambiente puede ser dictada ante la más acentuada y más alta falta de verdad absoluta que la exigida en otros casos no ambientales. Implica simultáneamente entonces facilitar pronunciadamente la corroboración de la afectación o daño ambiental.

Ese *favor probationem* recién descrito opera solo (y exclusivamente) a favor de la tutela —

(17) MOSSET ITURRASPE, “Daño ambiental”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 112, nota 13.

(18) MORELLO — CAFFERATTA, “Visión procesal de cuestiones ambientales”, ob. cit., p. 252.

(19) Establecido por la Corte Federal en CS, 11/07/2019, “Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, Fallos 342:1203, donde se establece que “corresponde recordar que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (Fallos 340:1695). En efecto, al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 4º de la ley 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que ‘en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales’...”. Incluso Hutchinson expresa que el principio *in dubio pro natura* termina “implicando (...) una regla sobre la carga de la prueba”. HUTCHINSON, Tomás, en AA.VV., “Daño ambiental”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999, t. I, p. 216.

protección— del ambiente. Es “finalista”, ya que es un *favor probationem* dirigido a un objetivo: proteger eficaz, efectiva, urgente, sustentable y realmente el bien ambiente. Ese carácter “finalista pro ambiente” lo plasma normativamente la Ley General del Ambiente (LGA) en el art. 32, en la medida en que las potestades probatorias ampliadas, de fuerte activismo, instructorias son concedidas “a fin de proteger efectivamente el interés general”, es decir, se otorgan solo, y exclusivamente a favor de la protección del ambiente. Como explica Mosmann refiriéndose a esa norma, el juez, en la tarea de hacer justicia ambiental, “es auxiliado por la norma ambiental habilitante, que asigna facultades ordenatorias e instructorias al magistrado interviniente para proteger el interés general en juego” (20), que no es otro que el interés general de proteger el bien ambiente.

Consecuentemente, esa muy pronunciada y decididamente alta falta de verdad absoluta que es suficiente para decidir judicialmente en temas ambientales, y que está en el centro de la noción de prueba judicial ambiental, no opera, ni es de aplicación, para descartar el daño ambiental o la afectación ambiental negativa, o la probabilidad de daño o afectación ambiental. Para decidirse en contra del ambiente debe lograrse una verdad muy cercana a la certeza o verdad absoluta.

Se observa entonces que la dificultad de la prueba ambiental en contra de paralizar, complicar, ralentizar u obstruir la gestión judicial probatoria y la decisión judicial consecuente en realidad las dinamiza, simplifica y agiliza, siempre a favor del ambiente. Esa es la orientación del ajuste, relectura y reescritura ambiental de la prueba judicial, siempre —no dejemos de recordarlo— con el fin de la eficaz, urgente, real y definitiva protección ambiental.

La prueba judicial ambiental significa un ajuste, una mutación, una relectura y reescritura de la prueba judicial “en clave ambiental” que determina una diferente y nueva gestión judicial de la prueba que la “facilite” —como establece Escazú [art. 8º, punto 3.e)] (21)— a favor

(20) MOSMANN, María Victoria, “La prueba en los procesos ambientales”, RDAMB. 7, Ed. LexisNexis.

(21) Nos referimos como “Escazú” al Acuerdo Regio-

del ambiente (lo que abarca la admisibilidad, la ejecutoriedad, la tramitación y la valoración) y que concretamente significa, cuando menos (y como primeras ideas): 1. que la complejidad e incertidumbre propias y omnipresentes de los temas ambientales —y la dificultad probatoria que los define— no ralenticen o paraliquen o complejicen el trámite del proceso ni —menos aún— el urgente y eficaz dictado de una sentencia ambiental en pro del ambiente; y 2. sienta enfoques y premisas que dinamizan, aceleran, simplifican y facilitan la corroboración ambiental probatoria dentro de una razonabilidad ambiental diferenciada, por contener esquemas y pautas propias, ajenas a otras ramas del derecho (22).

Aquí resulta fundamental, para lograr “facilitar” (y aligerar) la prueba ambiental judicial, recordar ciertos dispositivos probatorios como las “pruebas *leviores*” y las “pruebas *prima facie*”.

Con relación al primero de estos dispositivos probatorios es fundamental recordar, como explica Lorenzetti, la importancia de lo que la doctrina denomina “pruebas *leviores*” cuando resulta “difícil cumplimentar la carga demostrativa”; en concreto señala: “La doctrina procesal ha ido elaborando por su parte la teoría de las pruebas *leviores* aplicable a asuntos en que resulta difícil cumplimentar la carga demostrativa, por circunstancias ajenas al titular. En estos casos se admiten simples argumentos de probabilidad (*perspicua indicia*) que no producen una evidencia objetiva, pero que se tienen en cuenta como excepción debido a la aludida dificultad probatoria” (23). De tal forma, consi-

nal sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, celebrado en la ciudad de Escazú, República de Costa Rica, el 04/03/2018, que la Argentina, por ley 27.566 del 19/10/2020, aprobó.

(22) Recuérdese que la Corte Nacional ha expresado: “no es admisible sostener que la prueba producida carece de precisión o que resulta imprescindible llevar a cabo estudios de mayor alcance, puesto que, como prevé el art. 4º de la ley 25.675, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”, CS, 28/07/2009, “Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas SA”, Fallos 332:1600.

(23) LORENZETTI, Ricardo L., “Carga de la prueba en

deramos que las “pruebas *leviores*” pueden ser razonablemente adquiridas en el proceso como prueba suficiente, para —facilitando la prueba ambiental— tener por corroborada la afectación, la alteración o bien el daño al ambiente (o bien el mero riesgo —o probabilidad— de un daño al ambiente).

Lo mismo cabe concluir con respecto a la denominada “prueba *prima facie*”, en el sentido de su indudable peso corroboratorio de la afectación, alteración o daño al ambiente (o de la mera probabilidad de daño al ambiente), ya que, como señala Lorenzetti: “Un modo de superar la dificultad probatoria es la denominada ‘prueba *prima facie*’ o *res ipsa loquitur*” (24); indica Cafferatta con relación a esa prueba *prima facie*: “Esta noción se ha generalizado en el derecho comparado. Es en el derecho anglosajón donde más se ha desarrollado, denominándose *res ipsa loquitur*, *the things speaks for itself*” (25).

Por otro lado, se ha afirmado con toda claridad y razón que en los casos ambientales se deben profundizar los dispositivos que, como hipótesis, permiten la prueba difícil, como por ejemplo “un aflojamiento del rigor probatorio, un inusual emplazamiento de las pruebas indirectas y eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias” (26), además de “un reforzamiento del poder activo de iniciativa instructoria del juez, la adopción de un método eficaz de asunción y práctica de la prueba...” (27).

En concreto, se va “diseñando un derecho probatorio con fisonomía propia (...) forjándolo al calor de sus singulares necesidades” (28),

los procesos de daños”, LA LEY 1991-A, 995 y ss.

(24) LORENZETTI, Ricardo L., “La adjudicación del riesgo probatorio”, *Revista de Derecho de Daños*, 1999-5: “La prueba del daño - II”, Ed. Rubinzal-Culzoni.

(25) CAFFERATTA, Néstor A., “La prueba del daño ambiental”, ob. cit., p. 21.

(26) MORELLO — CAFFERATTA, “Visión procesal de cuestiones ambientales”, ob. cit.

(27) *Ibidem*, p. 253.

(28) QUADRI, Gabriel H., “Algunas particularidades probatorias en materia ambiental”, ob. cit., p. 124.

que Bestani (29) ilustra cuando explica que en la temática ambiental existe una “justicia diferenciada” o de “trámite diferencial” que, como indica la autora, se define por —entre otras cosas—: un juez con grandes atribuciones, un nuevo reparto de las cargas probatorias, una más laxa recepción y ponderación de las pruebas, un apartamiento de las matrices clásicas (30). Con ese mismo enfoque, Quadri expresa que “la naturaleza de la agresión no se compadece con los sistemas habituales de análisis de las probanzas” (31).

Es así que Sbdar señala que en los juicios ambientales se requiere de un juez “movilizado”, “muy activo durante todo el trámite del proceso, especialmente en la etapa probatoria” (32). De tal manera, el juez se destaca porque su “actitud es diferente”, ya que al buscar la verdad “y en esa búsqueda al no poder encontrar sino incertidumbre el juez decide —porque está obligado, no puede esperar— pero intentando preservar los bienes más preciados en juego” (33), pues en la temática judicial ambiental “se debe estar por la protección, aun ante la incertidumbre” (34).

(29) BESTANI, Adriana, “Principio de precaución”, Ed. Astrea, 2012, p. 307.

(30) Ídem.

(31) QUADRI, Gabriel H., “Algunas particularidades probatorias en materia ambiental”, ob. cit., p. 126. Debe aquí recordarse que Highton explica: “Las particularidades de la causalidad en materia de medio ambiente son difíciles de integrar dentro de los esquemas habituales de la causalidad jurídica. Los elementos que producen molestias son difusos y lentos, se suman y acumulan entre sí y son susceptibles de producir efectos a grandes distancias”. HIGHTON, Elena, “Reparación y prevención del daño al ambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?”, en AA.VV., *Derecho de daños*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, 2ª parte, p. 807.

(32) SBDAR, Claudia B., “Proceso colectivo ambiental”, LA LEY 2009-A, 922.

(33) SOZZO, Gonzalo, “Los conflictos socioambientales en la arena judicial en Argentina: diseños institucionales para la decisión judicial de base científica”, *Bioderecho.es*, nro. 14, julio-diciembre de 2021, ps. 83/84.

(34) SCHEJTMAN, Flavia, “Una mirada al principio de precaución ambiental en los Estados Unidos de América”, *RD Amb.* 26, Ed. AbeledoPerrot, p. 38, donde la autora indica que así surge de las leyes americanas.

Esto viene también impuesto por Escazú, en la medida en que determina —por ejemplo— que los procedimientos ambientales deben ser “efectivos y oportunos” [art. 8º, punto 3.b)] y que cada Estado parte establecerá “medidas para reducir o eliminar barreras al derecho de acceso a la justicia” [art. 8º, punto 4.a)].

Consecuentemente, en lo que respecta a la admisibilidad, ejecución, producción y valoración probatoria ambiental, el juez adquiere otro rol, siempre orientado hacia el fin de proteger al ambiente con decisiones urgentes, definitivas, eficaces y de protección real. Eso significa otra (más evolucionada e involucrada dentro del paradigma ambiental) forma de pensar, enfocar y gestionar la prueba (tanto su admisibilidad como su ejecución, tramitación, producción y ponderación), pues “no podemos ya pensar de modo conservador, sino como imposición constitucional y legal reelaborar las posiciones probatorias y, en consecuencia, mutará la regla de comprensión del sentenciante” (35).

Se trata entonces —ante complejidades, incertidumbres y dificultades probatorias— de facilitar la prueba judicial con el fin de proteger al ambiente, como lo ha establecido impecablemente Escazú al determinar la concreción normativa procesal de “medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental” (36) y la ley 25.675 General del Ambiente, especialmente —pero no exclusivamente— en su art. 32.

Sobre ese artículo de la LGA explica Sozzo: “La norma del art. 32 es el punto axial, la fuente primaria de regulación del modelo de juez ambiental y ha sido retomado y desarrollado varias veces por los tribunales y sobre todo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para fundamentar decisiones judiciales en las que el juez toma medidas que van más allá de la ortodoxia. Esta es la regla legal de base que la Corte Suprema utilizó para construir esta doctrina sobre el

(35) MOSMANN, María Victoria, “La prueba en los procesos ambientales”, ob. cit.

(36) El artículo referido de Escazú establece “medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba” [art. 8º, punto 3.e)].

papel del juez ambiental” (37); por lo tanto, el art. 32 de la LGA permite al juez “un margen de maniobra mayor a nivel de las pruebas y su apreciación” (38).

No puede dejar de mencionarse en este punto, como otro dato de importancia en este análisis (que debe continuar), aquello decidido hace algún tiempo por la justicia cuando, al abordar la cuestión probatoria ambiental, ha indicado: “En el daño ambiental hay mucho de sutil, de inasible, de cambiante de un momento a otro en la relación de los ‘elementos físicos’ con las personas y cosas, como para limitarnos a una tosca y rutinaria aplicación de los ‘elementos jurídicos’, sin penetrar con perspicacia en lo zahorí de la cuestión. Si alguna vez se ha dicho que el juez, a menudo ‘esculpe sobre la niebla’ (*Anales de la Academia de Derecho*, XXXIII, nro. 26, 2ª parte, 1986, académico Risolía, parafraseando a Unamuno) es en esta materia del daño ambiental donde más ha de evidenciar su espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad” (39). Incluso ha destacado, en la valoración de la prueba, el valor excepcional que recibe en los supuestos de daño ambiental la prueba de presunciones, y ha resaltado

(37) SOZZO, Gonzalo, “Los conflictos socioambientales...”, ob. cit.

(38) SOZZO, Gonzalo, “Las pericias científicas no rutinarias en los procesos ambientales (o cómo diseñar el *expertise precautorio*)”, *RD Amb.* 54, 2018, p. 82.

(39) Causa CCiv. y Com. La Plata, Sala II, 27/04/1993, “Pinini de Pérez c. Copetro SA”, *JA* 1993-III-368; *Rev. Jur. Delta*, nro. 0, 1993; *Rev. de Jurisprudencia del CALP*, nro. 38. En esa misma línea, se ha expresado la Cámara Nacional Civil en CNCiv., sala H, 01/10/1999, “Subterráneos de Buenos Aires S.E. c. Propietario de la estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia”, *JA* 1999-IV-309, que “es necesario efectuar la valoración de la prueba aportada a los autos. A tal efecto es menester adoptar un criterio amplio e integrador, pues, como se ha sostenido: ‘En este tipo de daño hay mucho de sutil, inasible, de cambiante en la relación de los elementos físicos con las personas y las cosas, como para limitarse a una tosca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos sin penetrar con la perspicacia del zahorí en la cuestión. El juez esculpe sobre la niebla, con espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad’ [ver CAFFERATTA, Néstor A., ‘Daño ambiental (Evolución de nuestra jurisprudencia)’, *JA* 1999-III-1162, pto. 15 y cita de jurisprudencia realizada]”.

el análisis comprensivo y no atomístico de los elementos. En este sentido, ni el juez ni las partes han de proceder a un desmenuzamiento atomístico de las pruebas que haga perder a estas su unidad sistemática (40).

Tampoco pueden dejar de mencionarse enfoques clave de la reescritura y del ajuste ambiental de la prueba judicial como los que Lorenzetti explica: “Es conocida la regla que beneficia a la parte económicamente débil por sus dificultades de acceso a la prueba” (41), ni tampoco puede olvidarse aquello que ha indicado Cafferatta: “la extraordinaria complejidad de la prueba del daño ambiental, o de los procesos de contaminación, deterioro o polución ambiental, requieren de elastizar posturas rígidas, para allanar la labor judicial, dada la existencia de una realidad fluida, mutante” (42), posibilitando de tal forma, como indicaba Morello, “mediante un proceder más libre y valioso en el acto sentencial, manipular y conducirse con prueba compuesta, indirecta u oblicua. Una red de indicios que se acople al comportamiento

(40) En concreto, la sentencia indica: “El análisis comprensivo y no atomístico de los elementos. En este sentido ni el juez ni las partes han de proceder a un desmenuzamiento atomístico de las pruebas que haga perder a estas su unidad sistemática; quienes siguen ese sistema, pesquisan contradicciones —que en la mayor parte de los supuestos no son más que maneras diversas de expresarse—, señalan párrafos aislados *ad unguem*, subrayan una expresión como si fuera la única a tener en cuenta y computan todos los elementos de convicción con un valor igual; con todo ello se desarma el edificio probatorio total, que no puede sino ser sistemático y orientado valorativamente”, y agrega: “El valor excepcional que recibe en los supuestos de daño ambiental la prueba de presunciones (art. 163, inc. 5º, Cód. Proc.). Carnelutti (*La prova civile*, Roma, 1947, t. X, p. 115) ha sostenido que entre la prueba de presunciones y la prueba histórica no existe diferencia de jerarquía. Por su parte Scardaccione (*Le prove*, en *Giurisprudenza sistemática civile e commerciale*, p. 286, Torino, 1971), puntualiza que bien puede el juez fundar el propio convencimiento sobre presunciones con preferencia a otras pruebas, inclusive en contra de la prueba testimonial”. Causa CCiv. y Com. La Plata, Sala II, 27/04/1993, “Pinini de Pérez c. Copetro SA”, *JA* 1993-III-368; *Rev. Jur. Delta*, nro. 0, 1993; *Rev. de Jurisprudencia del CALP*, nro. 38.

(41) LORENZETTI, Ricardo L., “Carga de la prueba en los procesos de daños”, ob. cit.

(42) CAFFERATTA, Néstor A., “La prueba del daño ambiental”, ob. cit., p. 22.

(la conducta de acción u omisión, es decir la falta de colaboración) de las partes durante el desarrollo de la controversia” (43).

III. La prueba judicial ambiental no es una investigación científica

Uno de los principales obstáculos, rémoras y complejidades que pueden ocurrir en un proceso judicial ambiental es confundir la prueba judicial ambiental con algo que no es: con una investigación científica. Esa confusión determina, normalmente, consecuencias muy graves y negativas para la justicia ambiental, como la de impedir u obstaculizar o ralentizar el dictado de una sentencia judicial eficaz, urgente y de protección real y definitiva del ambiente.

Por eso es indispensable aclarar que la prueba ambiental judicial, aun cuando dictamine sobre aspectos científicos o técnicos y lo haga a través de expertos científicos, no es investigación científica (ni una prueba científica en sentido estricto), sino una prueba judicial ambiental que se vale de saberes y métodos científicos para lograr su dictamen.

Por eso la prueba ambiental judicial no es una investigación científica, como Sozzo explica cuando indica que en los temas ambientales “no interesa que las pruebas sean pruebas de la verdad desde una perspectiva estrictamente científica” (44). Básicamente, sucede que “el afán de conocer que los científicos tienen no se corresponda con la necesidad del juez de conocer” (45). Y el juez no debe quedar “acorralado” por los científicos (46).

Las características de los procesos judiciales ambientales hacen que, como indica Sozzo, “el

(43) MORELLO, Augusto M., “La prueba. Tendencias modernas”, Ed. Platense — AbeledoPerrot, 1991, p. 125.

(44) SOZZO, Gonzalo, “Las pericias científicas...”, ob. cit., p. 84.

(45) *Ibidem*, p. 82, por lo que el autor agrega en ese trabajo que “la ciencia tiene un carácter singular que proviene del contexto en el cual ese conocimiento actúa, en una palabra: hay una ciencia judicial”. SOZZO, Gonzalo, “Las pericias científicas...”, ob. cit., p. 82, nota 51.

(46) CAFFERATTA, Néstor A., “La prueba del daño ambiental”, ob. cit., ps. 17 y ss.

conocimiento científico cumple una función diferente, que aquella que tiene en el campo científico” (47).

Bunge patentiza las profundas diferencias entre la prueba judicial —aun cuando incursione en temas científicos y el dictamen lo produzcan científicos sobre la base de conocimientos científicos— y la prueba científica o investigación científica estricta.

Así, Bunge deja claramente establecida una diferencia que es tan importante que permite afirmar que la prueba judicial no es investigación científica, cuando establece que el peso que cabe requerir a la prueba judicial es “mucho menor” que el exigido a una investigación científica o prueba científica; así lo señala expresamente cuando afirma: “el peso de la prueba es mucho menor en el caso legal que en el científico” (48). Incluso al comparar el razonamiento jurídico con el razonamiento científico o tecnológico, aunque inicialmente aclara que no difieren formalmente (49), seguidamente desarrolla las múltiples, importantes y trascendentes diferencias entre ambos, básicamente en el contenido de sus premisas y enunciados tecnológicos (50), ya que el razonamiento jurídico —explica— se conduce y posee conceptos que no aparecen en ningún razonamiento científico (como justicia o equidad), y además por el hecho de que el razonamiento jurídico y legal —y no el científico— difiere absolutamente en sus “enunciados tecnológicos”, ya que el jurídico y legal —a diferencia del científico— está “subordinado a principios de nivel superior de por lo menos seis clases diferentes: a) principios jurídicos de alto nivel (...); b) principios metalegales (...); c) preceptos constitucionales (...); d) juicios de valor (...); f) principios ideológicos” (51). Y, a su vez, aclara Bunge: “estos principios se combinan

(47) SOZZO, Gonzalo, “Las pericias científicas...”, ob. cit., p. 82.

(48) BUNGE, Mario, “Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1999, p. 398.

(49) *Ibidem*, p. 396.

(50) *Ibidem*, p. 397.

(51) *Ídem*.

con datos como (...) ideología y filosofía” (52). La aparición de principios ideológicos marca para Bunge una crucial disimilitud entre el razonamiento jurídico y el científico (53).

A todo esto Bunge suma otro dato muy trascendente que vuelve a dejar en evidencia que la prueba judicial no es una investigación científica, cuando indica que “el sistema legal presupone la posibilidad de averiguar la verdad del asunto, aun cuando sea parcial y falible. Es decir que el derecho supone un realismo epistemológico” (54).

En definitiva, no solo queda claro que la prueba judicial no es una investigación científica; además, se observa que lo judicial-ambiental se superpone —dentro de lo jurídico— a lo científico estricto, que queda de algún modo opacado por adquirir un papel meramente auxiliar y subsidiario de lo judicial, que dicta el modo o método de razonar y decidir. Como explica Sozzo, se opera una “profunda imbricación” de las ciencias por el derecho ambiental (55).

Por ello, como explica Sozzo con toda contundencia: “no se puede transformar el proceso judicial en un proceso de experimentación científica. Ello implicaría desnaturalizar su objetivo que es —no perder de vista— decidir qué hacer o no hacer y podría conllevar a una dilación temporal indefinida. Aunque los efectos de la dilatación de la decisión final pueden atenuarse por medio de medidas provisionales —que no siempre son posibles en el marco de una acción de amparo— es claro que tiene que haber un límite para la introducción de conocimiento, que tiene que ser previsionado de antemano por el juez. La búsqueda de la verdad judicial está moldeada en estos casos por un contexto y por una obligación del juez de decidir el caso. Como muy bien explica Alain Supiot [SUPIOT, A., ‘L’*autorité de la science. Vérité scientifique et vérité légale*’, en ROSANVALLON, P. (dir.), *Science*

et democratie, Odile-Jacob, France, 2014, p. 85], el juez a diferencia del científico no puede dejar de decidir y por tanto busca la verdad como un medio para cumplir su obligación. El científico la busca porque ese es su trabajo” (56).

Incluso otro dato agiganta las diferencias entre la prueba judicial ambiental y la investigación científica: el contexto y la obligación de decidir. Bunge afirma que “el derecho no puede entenderse correctamente al margen de su contexto extralegal” (57). De tal forma, la verdad judicial se diferencia de la verdad científica en otro aspecto también muy importante: “la verdad judicial esta moldeada en estos casos —procesos ambientales— por un contexto y fundamentalmente por la obligación del juez de decidir el caso” (58).

Además, no debe olvidarse que, como explican Morello y Cafferatta: “Cuando del medio ambiente se trata, es fácil intuir (...) las dudas científicas que constantemente se plantean” (59). Y que, como señala Highton, “no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura” (60).

Por lo que “en ese sentido, una de las preocupaciones esenciales ha sido la de aligerar la carga probatoria de la víctima con el fin de restituir un equilibrio afectado por la masividad y la producción anónima de daños...” (61).

Por último, no puede dejar de hacerse una referencia a que la justicia norteamericana decide en el sentido de que “si la propia ciencia es incierta, un tribunal no puede resolver el conflicto

(56) SOZZO, Gonzalo, “Los conflictos socioambientales...”, ob. cit.

(57) BUNGE, Mario, “Las ciencias sociales en discusión...”, ob. cit., p. 384.

(58) SOZZO, Gonzalo, “Las pericias científicas...”, ob. cit., p. 84.

(59) MORELLO — CAFFERATTA, “Visión procesal de cuestiones ambientales”, ob. cit., p. 240.

(60) HIGHTON, Elena, “Reparación y prevención del daño al ambiente...”, ob. cit., p. 807.

(61) MORELLO — CAFFERATTA, “Visión procesal de cuestiones ambientales”, ob. cit., p. 246.

(52) Ídem.

(53) Íbidem, p. 398.

(54) Ídem.

(55) SOZZO, Gonzalo, “Las pericias científicas...”, ob. cit., p. 84.

y hacer la cuestión cierta. El tribunal debe fijarse en la probabilidad, y no en la posibilidad” **(62)**,

(62) También habla de “un grado de probabilidad preponderante o un grado suficiente de probabilidad” DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño”, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1995, ps. 77-79, apart. 4º, cap. V: “Una nueva visión de la relación de causalidad”, cit. por CAFFERATTA, Néstor A., “La prueba del daño ambiental”, ob. cit., p. 26.

lo que ha llevado a Cafferatta a establecer con toda razón que el fundamento de la aplicabilidad de dicha teoría en las causas ambientales constituye además un plus de protección y responde a la idea de una tutela diferenciada o privilegiada, dada la relevancia del derecho ambiental **(63)**.

(63) CAFFERATTA Néstor A., “La prueba del daño ambiental”, ob. cit., p. 26.

Recursos procesales y acceso a la justicia (*)

Gonzalo Augusto Flores (**)

Sumario: I. Recursos procesales y acceso a la justicia.— II. El acceso a la justicia en materia ambiental y el recurso.— III. Derecho internacional ambiental y el derecho al acceso a la vía recursiva.— IV. El Acuerdo de Escazú y el acceso a la justicia.— V. Articulado de Escazú.— VI. Reflexiones finales.

I. Recursos procesales y acceso a la justicia

1.1. Recursos. El impacto del derecho ambiental en la materia

Los recursos en derecho procesal son los distintos remedios que tienen las partes para impugnar las distintas resoluciones judiciales. Técnicamente se entiende por recurso al acto jurídico procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea al mismo juez o tribunal que la dictó o a un juez o tribunal jerárquicamente superior.

Los distintos principios construidos por el derecho ambiental repercutieron en este instituto procesal, generando diversos cambios en él, flexibilizando sus reglas procesales comunes. Son tres los grandes cambios estudiados:

I.1.a. Primer cambio, relativo a los efectos de la concesión del recurso

En cuanto a los efectos de la concesión del recurso de apelación contra las medidas cautelares o las sentencias adoptadas en el proceso de amparo ambiental, según las enseñanzas Au-

gusto Morello y Carlos Vallefín, de concederse o negarse, no deben hacerse con efectos “suspensivos”, sino con efecto “devolutivo”, ello a fin de no causar agravios irreparables en defensa del ambiente, debido a que —consideramos— el juzgador no puede esperar en su cumplimiento hasta que se pronuncie el Tribunal de Alzada (Rivas, Sagüés, Lazzarini, Salgado) (1).

Asimismo, Falbo, siguiendo a Emilio Faggi, sostiene que los recursos deben otorgarse con “efecto devolutivo” en razón de que “los problemas que se plantean como consecuencia de los graves daños que produce a la naturaleza la desordenada actividad humana en el planeta, imponen a la ciencia jurídica la necesidad de revisar algunas instituciones fundamentales, que han sido consideradas, aun en el presente, principios jurídicos convenientes” (2).

Por “efecto devolutivo” Hitters explica que debe entenderse el resultado de “transferir los autos al superior para que decida el embate” (3). En el habla hispana se habla de que dicho efecto permite que la sentencia se cumpla “provisoriamente” pese a las objeciones. Este efecto es propio para los recursos de apelación. Finalmente, es menester aclarar que el efec-

(*) Trabajo publicado dentro del marco del Programa de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de La Plata: FALBO, Aníbal J. (dir.) — COSENTINO, Gabriela M. (coord.), “Extensión ambiental 2. Enfoques desde y hacia el Acuerdo de Escazú. Proceso y procedimiento”, p. 105.

(**) Abogado integrante de la Clínica Jurídica Ambiental de la Universidad Nacional de La Plata, matriculado en el CALP.

(1) CAFFERATTA, Néstor, en CAFFERATTA, Néstor (dir.) — LORENZETTI, Pablo — RINALDI, Gustavo — ZONIS, Federico, “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho ambiental”, Ed. La Ley, 2012, t. I, ps. 691 y ss.

(2) FALBO, Aníbal, “Derecho ambiental”, Ed. Platense, La Plata, 2009, p. 233.

(3) HITTERS, Juan C., “Técnica de los recursos ordinarios”, Ed. Platense, La Plata, p. 124.

to devolutivo produce los siguientes efectos: a) hacer cesar los poderes del *a quo*; b) paralelamente, el *ad quem* asume el conocimiento de la causa para “reexaminar” lo decidido, *ejerciendo su propia competencia*; c) la sentencia queda en un estado de “interinidad”.

I.1.b. Segundo cambio, en cuanto a las medidas cautelares y al recurso extraordinario federal

Como bien se afirma en la obra de Cafferatta, las resoluciones que se adoptan en aplicación de los principios precautorio y preventivo ambiental no son cautelares clásicas, sino de un *proceso autónomo, urgente y definitivo* (Ricardo Lorenzetti), de modo que hay sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal (art. 116, CN; ley 48; art. 14, ley 4055) **(4)**.

I.1.c. Tercer cambio, en cuanto a la cuestión federal

En general, el dictado de una sentencia ambiental, por tocar sensibles intereses sociales o de amplios sectores, conmueve a la comunidad toda (Augusto M. Morello, Carlos Fayt). Es de una *especial gravedad institucional*, por lo que se configura una cuestión federal susceptible de ser examinada en la sentencia vía recurso extraordinario federal.

Asimismo, en cuanto a la provincia de Buenos Aires, cabe referirnos a la inapelabilidad de las sentencias definitivas y las demás resoluciones que se dicten en las acciones de amparo, dispuesta por las leyes 7166 y 13.928 de la provincia de Buenos Aires, siendo una excepción a tal materia.

I.2. Variantes recursivas

Siendo más específicos, en la materia recursiva tenemos que diferenciar entre dos posibles vertientes de este acto jurídico:

1. en un procedimiento administrativo;
2. en un proceso judicial.

En la provincia de Buenos Aires, los recursos dentro de los procedimientos administrativos se

encuentran regulados por dec.-ley 7647/1970, arts. 86 a 101.

Respecto del efecto de los recursos administrativos en la provincia de Buenos Aires, el art. 98 regula un efecto interruptivo (en los casos de recurso jerárquico) de los plazos y, fundamentalmente, *faculta a la Administración a suspender la ejecución del acto impugnado, cuando el interés público lo aconseje o la petición del interesado invoque perjuicios irreparables*.

A nivel nacional, en cambio, un artículo primordial sobre la materia es el art. 9º, inc. b), de la ley 19.549. Se limita el carácter ejecutorio de los actos administrativos cuando se encuentre pendiente algún “... recurso administrativo de los que en virtud de una norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquel...”

Posteriormente, los regulan los arts. 23 a 25.

Esta diferencia entre la Nación y la provincia de Buenos Aires, entre el “efecto suspensivo legal” y el “efecto suspensivo facultativo”, debe necesariamente armonizarse en los procedimientos ambientales, siendo necesario que se aplique un “efecto devolutivo” en los casos en que exista un riesgo cierto de daño irreparable o, mejor dicho, se vulnere el principio ambiental preventivo o precautorio.

I.3. Fallos rectores

Ya a nivel judicial, la jurisprudencia nacional fue sentando bases sobre la materia de los recursos procesales, siendo los principales fallos rectores los siguientes:

- CS, 08/07/2008, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” **(5)**.

- CS, 10/11/2009, “Mendoza, Beatriz Silvia c. Estado Nacional y otros” **(6)**.

En el consid. 21 del fallo del 2008, la Corte Suprema establece el recurso del art. 14 de la ley 48 por ante dicho estrado como única instancia revisora de las resoluciones que dictara el Juzgado

(5) Fallos 331:1622.

(6) Fallos 332:2522, LA LEY 2010-A, 350.

(4) CAFFERATTA, Néstor, ob. cit., ps. 691 y ss.

Federal de Quilmes. Así, dijo que "... las decisiones finales que tomare el magistrado cuya intervención se ha ordenado serán consideradas como dictadas por el superior tribunal de la causa a fin de permitir su impugnación por ante esta Corte, de verificarse todos los otros recaudos que condicionan su admisibilidad, en la instancia del art. 14 de la ley 48, *sustrayendo así de toda actuación a cualquier tribunal intermedio...*" Esta creación pretoriana, conocida doctrinariamente como *per saltum*, ya sentaba las bases de un acceso más flexible a la Corte Suprema en materia recursiva para asuntos de emergencias ambientales.

- CS, 11/07/2002, "Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek T' Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable" (7).

En dicho fallo rector, la Corte Suprema explica cómo el concepto de *exceso de rigor formal* es sostener que las cuestiones requieren mayor debate y prueba en los casos donde los actos impugnados no hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigente para autorizar la actividad. "... A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la CN".

- CCiv. y Com. Mercedes, Sala II, 19/03/2009, "Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo" (8).

Dicho fallo "... utiliza los caracteres de la tutela del bien colectivo ambiental para flexibilizar las reglas procesales relativas a la concesión del recurso de apelación..." (9), estableciendo: "Si la acción de amparo se sustentó en la vulneración de los derechos fundamentales contemplados por el art. 41 de la CN, *corresponde hacer una excepción a las limitaciones de apelabilidad en las*

acciones de amparo dispuestas por las leyes 7166 y 13.928 de la provincia de Buenos Aires, pues de lo contrario las normas se constituirían en vallas a la protección de esos derechos de incidencia colectiva a vivir en un ambiente adecuado" (del voto del Dr. Bagattin).

- CS, 13/05/2003, "Maulonas Estancias Sociedad en Comandita por Acciones c. Provincia del Neuquén" (10).

En dicho fallo se dispone: "... El *thema decidendum* remite al examen de cuestiones de derecho público local —responsabilidad del Estado por su actividad lícita— que, en principio, son ajenas a la instancia extraordinaria, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas. No obstante ello, a mi modo de ver, el recurso extraordinario es procedente porque lo resuelto satisface solo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente y pone de manifiesto un enfoque parcial del asunto (Fallos 311:1826), en violación a los derechos de propiedad y de defensa de la actora (...). En tales condiciones, considero que en el *sub lite* existe una relación directa e inmediata entre las garantías constitucionales invocadas por la recurrente y la cuestión materia del pleito. Opino, por tanto, que corresponde admitir la queja, declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto, revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de este y devolver los autos al tribunal de procedencia para que, por medio de quien corresponda, se dicte una nueva ajustada a derecho (del dictamen del procurador que la Corte hace suyo)" (11).

II. El acceso a la justicia en materia ambiental y el recurso

La Ley General del Ambiente (ley 25.675 —LGA—) ya fue sentando las bases del acceso irrestricto a la justicia en el derecho ambiental, modificando los principios procesales en todos sus institutos, incluyendo los recursos y/o impugnaciones a las resoluciones judiciales.

(10) TR LALEY AR/JUR/8584/2003; Fallos 326:1556.

(11) CAFFERATTA, Néstor en la obra CAFFERATTA, Néstor (Director) - en coautoría con LORENZETTI, Pablo - RINALDI, Gustavo - ZONIS, Federico...Ob. Cit. p. 693.

(7) LLNOA 2002-1294; LA LEY 2004-C, 276.

(8) LLBA 2009-491.

(9) CAFFERATTA, Néstor en la obra CAFFERATTA, Néstor (Director) - en coautoría con LORENZETTI, Pablo - RINALDI, Gustavo - ZONIS, Federico, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, Tomo I, La Ley, 2012, p. 692.

Es así que el art. 32 de la LGA explica: “... El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie...”

Esain sostiene que dicha manda genera los siguientes nuevos criterios procesales:

a) “Idoneidad del proceso para proteger el bien jurídico ambiental”: Esto se traduce en el deber del proceso de brindar una justa división de las tareas probatorias, respetar las condiciones en que llegan las partes a él.

b) “Acceso no solo a formas, sino también a resultados”: Morello ya hablaba de que el esquema procesal no solo debe ser garantístico de las formas, sino también de los resultados valiosos y efectivos de la tutela, impidiendo la frustración de los derechos de mayor tutela.

c) “Tutela más enérgica y efectiva a favor del ciudadano”: Esta se concreta con formas más específicas de prevención, *injuctions* o mandatos de prohibición, o de contención o impeditivos de los daños ambientales.

d) “Subsidiaridad”: El cual no se condice con la regla clásica de los instrumentos internacionales.

e) Y, finalmente, “inversión de las cargas probatorias a favor del actor”: Esto motivado en que los conflictos ambientales tienen una marcada desigualdad de las partes en el proceso, derivada de la relación “ciudadano-mercado” (12).

III. Derecho internacional ambiental y el derecho al acceso a la vía recursiva

En la XVII Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, se acordó la creación de la *Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental*.

En el año 2018, en la XIX Edición, realizada en Quito, Ecuador, dicha Comisión trabajó en la elaboración del documento denominado “Principios jurídicos medioambientales para un de-

sarrollo ecológicamente sustentable”, instrumento que tiene la “virtud de identificar y sistematizar los principios internacionales de protección del medioambiente reconocidos por instrumentos internacionales y por la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia”.

Es así que en el punto 26 del cap. I de dicho documento se establece: “Respecto de los derechos personales, civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, la premisa se encuentra en reconocer que todo derecho está dotado de acción para reclamar su vigencia y amparo ante los tribunales. Lo anterior, teniendo en cuenta que el interés es la medida de la acción y que, si no se da paso a la efectividad de los derechos de acceso, siempre tiene cabida el accionar de la justicia. Un entendimiento distinto transforma en programáticos los dictados del Parlamento, sin que puedan aplicarse directamente por el juez tales determinaciones. Conclusión que se impone con especial fuerza en la realidad presente, en que ya ningún Estado desconoce la existencia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los que igualmente ninguna autoridad o persona puede anular”.

Asimismo, dicho documento establece una serie de principios rectores para los operadores jurídicos y la justicia, siendo el que analizaremos en el presente apartado: “Principio N° 10: tutela judicial efectiva”.

Este principio encuentra su vínculo directo con el acceso irrestricto a la justicia en materia ambiental por cuanto el juez no solo debe emitir resoluciones protectorias del ambiente y temporalmente adecuadas, sino que el ordenamiento jurídico del país —en conjunto con los operadores jurídicos— debe permitir al ciudadano acceder a los distintos organismos estatales y judiciales con amplitud, no siendo la excepción a esta amplitud la materia procesal de recursos.

Los artículos rectores de este principio, derivados de los distintos tratados internacionales, son:

- El art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (protección judicial: *dere-*

(12) ESAIN, José A., “Juicios por daño ambiental”, Ed. Hammurabi, ps. 50-52.

cho al recurso sencillo y rápido que tutele derechos fundamentales, constitucionales o del presente Convenio).

- El art. 2º, inc. 3º, letras a), b) y c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*derecho a interponer un recurso efectivo*, el cual debe ser estudiado por las autoridades del Estado y cumplido).

- El Objetivo 16 de Desarrollo Sostenible de la Organización de Naciones Unidas (“Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, proporcionar acceso a la justicia para todos y construir instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles”. El Objetivo tiene metas que deben alcanzarse para 2030).

- La Declaración de Principios adoptada en 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro). En el Principio 10 establece: “... El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. *Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos*, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes...”

Correlativamente, en la Cumbre de Desarrollo Sostenible de 1996, en Santa Cruz de la Sierra, reafirmaron el Principio 10. Por ello, encomendaron a la OEA la formulación de una *Estrategia Interamericana para la Promoción de Participación Pública en el Proceso de Toma de Decisiones para el Desarrollo Sostenible* (en adelante, ISP).

Uno de estos principios del ISP es el “acceso”, entendiendo por tal que los ciudadanos deben tener acceso oportuno, en los diversos niveles

del gobierno, a la información, al proceso político y al sistema judicial.

Por su parte, el cap. I del documento denominado “Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable”, en su punto 23, inc. g), establece el deber de “*Garantizar una intervención judicial efectiva, rápida, eficiente* y con la posibilidad de actuar mediante una regla de competencia preventiva, en la que participa quien conoce del negocio, sin perjuicio de resolver luego cualquier cuestión, contienda o conflicto de competencia o jurisdicciones”.

Este desarrollo jurídico interamericano encontró en estos años una norma madre, que plasmó todos sus principios. Dicha norma es el Acuerdo de Escazú.

IV. El Acuerdo de Escazú y el acceso a la justicia

El Acuerdo de Escazú es el resultado de una evolución de convenios celebrados internacionalmente, tendientes a tutelar derechos ambientales fundamentales.

Dicho proceso comenzó en junio de 1992, con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, cuando se aprobó “El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” de 1992. Explica claramente la importancia del público (participación activa, acceso a la información y acceso a la justicia) para abordar las cuestiones medioambientales.

Veinte años después, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20) en 2012, se celebró 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.

Ambos documentos persiguen alcanzar un adecuado acceso a la justicia en asuntos ambientales, sentando las bases del Acuerdo, que pasaremos a desarrollar.

El Acuerdo de Escazú se celebró en Costa Rica, el 04/03/2018, después de dos años de reu-

niones preparatorias y cuatro años de negociaciones en las que el público participó de manera significativa. Es el único acuerdo vinculante que emana de Río+20, teniendo la naturaleza propia de un tratado de derechos humanos.

Algunos autores intentan interpretar una cierta “similitud” entre el Convenio de Aarhus (13), firmado por 39 países de Europa, y este Convenio latinoamericano; sin embargo, en lo que respecta al acceso a la justicia, Escazú mantiene un principio rector mucho más amplio. Ello porque el “... poder es mucho más amplio, ya que garantiza no solo el acceso a la justicia por denegación de información o imposibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones, sino también por ‘cualquier decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar negativamente al medio ambiente o contravenir las normas jurídicas ambientales’ [art. 8.2.c)]...” (14).

V. Articulado de Escazú

El art. 1º del Convenio de Escazú establece el objetivo de garantizar la implementación plena y efectiva, en América Latina y el Caribe, del derecho al acceso a la justicia (entre otros) en asuntos ambientales.

El art. 2º habla del derecho al “acceso” en su sentido más amplio, explicando la terminología del convenio.

Pero el principal artículo que debemos desmenuzar es el art. 8º.

Los principales puntos que resaltamos, por tener vinculación directa con la temática en materia de recursos, son:

- *El punto 1:* Establece que cada parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso.

(13) Véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en.

(14) BARCHICHE, D. — HEGE, E. — NAPOLI, A., “El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral a favor del derecho ambiental?”, IDDRI, 2019, Issue Brief nro. 03/19.

- *El punto 2:* Establece que cada parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas *para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento:*

a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental;

b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y

c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.

- *El punto 3:* Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada parte, considerando sus circunstancias, contará con: f) *mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que corresponda*. Este tercer punto también tiene una vinculación directa con el efecto de los recursos ambientales dictados por las autoridades judiciales, ya que es necesario que aquellos tengan un *efecto devolutivo*, como sostiene amplia doctrina nacional, a fin de no entorpecer la efectividad y eficacia de la tutela ambiental.

- *El punto 4:* Dicta que, para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada parte establecerá medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Estas medidas tienen una necesaria vinculación con el poder económico que poseen las partes legitimadas activas en el proceso ambiental. Son un claro ejemplo las concesiones de beneficios de litigar sin gastos para los actores legitimados que radican en la zona de afectación, a petición de parte.

En lo que respecta a este punto y su vinculación con los recursos procesales, existe un límite de acceso a los Tribunales de Alzada, el cual encuentra su razón de ser en el “monto del pleito”, debiendo superar topes mínimos para ser cuestión recurrible.

Estos límites surgen de las leyes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del Código Procesal de Buenos Aires y de distintas normativas de procedimiento de las distintas materias y jurisdicciones.

Lo que se propone desde este lado es la necesidad de atenuar este requisito formal de los recursos procesales. Ello porque, si bien es cierto que la mayoría de los litigios ambientales son de montos elevados —en razón de la dimensión de los intereses en juego—, no por ello resulta lógico limitar el espectro de revisión de los juzgadores con motivo en las razones monetarias del caso.

VI. Reflexiones finales

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, tenemos que resaltar que en los procesos ambientales nos encontramos ante reclamos cuyos jueces no son especializados en la materia, no existiendo un tribunal de casación que sienta jurisprudencia acorde en cada jurisdicción local sobre este derecho. Por ello, es menester que exista una amplitud recursiva para estos procesos; ello con el fin de no vulnerar los principios normativos derivados de los tratados internacionales firmados por nuestro país.

Si bien lo básico de esta amplitud recursiva es el derecho a un recurso sencillo, simple y sujeto a revisión, no por ello debemos dejar de mencionar que los procesos ambientales tutelan bienes cuyo valor colectivo necesita de una tutela temporal especial, no debiendo caer la justicia en procesos excesivamente extensos

que tornen ilusoria la adecuada tutela efectiva del ambiente.

Por esto, siguiendo a los distintos autores del derecho ambiental como Vallefin y Morello, entre otros, en aquellos recursos judiciales que persigan “frenar” “amparos ambientales” y/o “medidas cautelares ambientales”, se debe, necesariamente, velar por la prevención del daño futuro; por lo que sostengo que las concesiones de los recursos sobre estos supuestos *deben tener un efecto devolutivo*, o como mínimo tener una adecuada fundamentación que permita al operador jurídico entender “por qué” el juzgador se separa de la pretensión preventiva (del amparo y/o medida cautelar).

Esto no quiere decir que todo amparo ambiental y/o medida cautelar ambiental deba ser concedido, pero sí es necesario entender que la justicia en los procesos ambientales tiende a llegar siempre tarde, por lo que un actuar judicial próximo puede llegar a “atenuar” el daño que el operador jurídico está reclamando.

Finalmente, el Acuerdo de Escazú debe ser la oportunidad jurídica de ampliar el acceso del ciudadano a la justicia *en todos sus estamentos (primera y segunda instancia, Supremas Cortes provinciales y Corte Suprema)*, siendo el “recurso procesal” la herramienta que debe flexibilizar el juzgador. Porque si bien es cierto que el debido proceso es un valor que permite ordenar y organizar las acciones en la justicia, no deja de ser verdad que las realidades ambientales deben ser analizadas con un prisma distinto a los parámetros clásicos del derecho.

DERECHO PENAL AMBIENTAL

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Conducta penalmente típica. Disposición de restos orgánicos. Residuos peligrosos. Derecho del imputado a ser defendido por un profesional de su confianza.

Con nota de Gabriela A. Arruiz

1. — Es a partir de la cantidad y el modo en que fueron dispuestos los restos orgánicos enterrados en el suelo que adquirieron la característica de residuos peligrosos, sobre todo cuando quedó acreditado, que producían el proceso llamado “lixiviación”, que ocurre cuando los residuos son dejados sin protección en contacto con el suelo y que, a lo largo del tiempo, con la lluvia y los cambios climáticos, van produciendo líquidos que penetran en el suelo y llegan a las napas subterráneas, afectándolas de sobremana, con peligro para el medio ambiente y la población allí lindante, no sólo la actual, sino esencialmente la compuesta por las futuras generaciones.
2. — El imputado contaminó, de un modo peligroso para la salud, el agua, la atmósfera y el suelo del lugar donde se desarrollaban las tareas de la empresa que dirigía.
3. — Escoger sin restricciones a un abogado defensor, que llene las condiciones legales pertinentes y pueda producir, en nombre de su representado, los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, es una garantía que se extiende a todo tipo de proceso, ya sea como actor o demandado, querellante o acusado y hace al respeto del derecho de defensa en juicio. Constituye un resguardo inalienable del inculpado, a modo de garantía mínima y para que no se vea vulnerado el derecho, no sólo el de ser asistido durante el proceso por un defensor de su elección, sino también el de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
4. — Entre la renuncia de estos abogados, la posterior designación en su reemplazo de la defensa pública oficial y la fijación de la audiencia de debate por parte del órgano jurisdiccional de juicio transcurrió un tiempo más que prudencial para que el nombrado hiciera uso del derecho a designar a un letrado particular de su confianza que lo representara durante esta etapa sustancial del proceso.
5. — A partir de los elementos de prueba se logró constatar que en el predio del establecimiento de la firma de la cual era gerente el imputado, se acumularon y enterraron desechos industriales, se quemaron a cielo abierto desechos sólidos industriales; todo lo cual produjo la contaminación del ambiente en general producto de la liberación de dioxinas y furanos en el aire y la contaminación del suelo producto de la lixiviación en la tierra y napas del agua subterránea a raíz de tales actividades (del voto del Dr. Borinsky).
6. — El *a quo* sopesó las evidencias y pudo acreditar la hipótesis acusatoria, vinculada a que las actividades desarrolladas por la empresa de la cual era gerente el imputado contaminaban de un modo peligroso para la salud el suelo, el agua y la atmósfera; es decir, el ambiente en general, produciendo una afectación a la salud pública (del voto del Dr. Hornos).
7. — No puede entenderse el derecho a la salud de los habitantes como algo limitado a estar sano, o no sufrir una enfermedad en particular. La ley 24.051 no se limita a castigar penalmente una afectación concreta y particular a la salud humana, sino que abarca el peligro potencial que la contaminación mediante residuos peligrosos significa para la especie humana (del voto del Dr. Hornos).
8. — El acusado contó con tiempo suficiente para poder designar a su abogado de confianza y diagramar su estrategia defensiva previo al inicio del juicio oral, sin presentarse obstáculos que le impidiesen ejercer plenamente su derecho a una defensa técnica eficaz (del voto del Dr. Hornos).

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 20/04/2022. - Mocarbel, Jorge Elías s/ infracción ley 24.051 (art. 55).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/42136/2022]

Expte. n° FPA 005117/2016/TO01/CFC001

Buenos Aires, 20 de abril de 2022.

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, Provincia de Entre Ríos, resolvió por veredicto del 11 de diciembre de 2020, en lo que aquí interesa:

“1) DECLARAR a Jorge Elías Mocarbel, demás datos personales obrantes al inicio, autor penalmente responsable del delito descrito en los artículos 55 y 57 de la ley 24.051, que castiga con las penas previstas

en el artículo 200 del Código Penal, a quién, utilizando los residuos a que se refiere dicha ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el agua, la atmósfera y el suelo, o sea, el ambiente en general. 2) En consecuencia, CONDENAR a Jorge Elías Mocarbel a las penas de TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL Y MULTA DE PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000) (arts. 200, 22 bis y 26, todos del CP). 3) Conforme lo establecido en el art. 27 bis incisos 5 y 8 del Código Penal, IMPONER a Jorge Elías Mocarbel a: a) la realización de un curso sobre el cuidado del medio ambiente por cualquier modo, presencial o virtual, cuyo cumplimiento deberá acreditar ante el Juzgado de Ejecución de este Tribunal y b) la efectivización de tareas comunitarias por el lapso de dos horas semanales y por el término de dos años a favor de la municipalidad de Aldea Brasileira o cualquier institución de dicha localidad. En caso de imposibilidad de realización de las mismas, deberá efectuar la donación de lo estipulado en el convenio que rige para los trabajadores de su fábrica, por el valor de dos horas semanales por el término de dos años, a los fines de la reparación del medio ambiente según lo estipulado en el art. 41, primer párrafo, última parte de la Constitución Nacional. 4) IMPONER las costas de la causa al condenado (art. 531 del C.P.P.N.).”

II. Contra dicha resolución, interpusieron recursos de casación los letrados defensores de Elías Mocarbel, doctores Leopoldo L. F. Lambruschini y Julio A. Federek, el que fue concedido por el tribunal a quo el 23 de febrero de 2021; y mantenido en esta instancia.

III. Los defensores particulares fundaron su recurso en ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer lugar, plantearon que se había afectado la garantía de ser defendido por un abogado de su confianza, al haberse rechazado el pedido de postergación del inicio del debate para que asumieran su defensa los letrados particulares en reemplazo del defensor oficial que se encontraba designado para asistir legalmente al señor Mocarbel.

Indicaron que el cambio de defensores por parte del imputado se debió a que no conocía personalmente a los defensores oficiales, “... no sabía qué defensa se iba a articular a su respecto, qué planteos se harían, si iba a declarar o no, qué iba a declarar, etc. Tan es así que no hubo una articulación del imputado y su defensa en este sentido que la propia defensora oficial se opuso a que contestara preguntas en el debate pese a que el imputado quiso hacerlo”.

Y que fue sometido a juicio “... sin contar con la defensa que éste hubiese querido, pero no en términos voluntaristas, sino en términos materiales, los planteos que este hubiera querido realizar -vgr. la inexplicable no realización de una inspección judicial (...)-, el asesoramiento y circunstancias que el proceso ameritaba, sobre el contenido y alcance de su declaración en el debate, sobre el contenido y alcance de los interrogatorios a los testigos, sobre la decisión estratégica del caso y su defensa, etc.-”.

En definitiva, que la decisión por la que se denegó la suspensión del debate que le hubiera permitido contar con un defensor de su confianza devino arbitraria.

Por otra parte, se agravaron de la condena dictada respecto de su asistido, por considerar que la jueza de grado realizó una interpretación “integradora’ del tipo penal contraviniendo el principio de legalidad”.

Señalaron que, contrariamente a lo resuelto en la sentencia, el tipo penal del art. 55 de la ley 24.051 es un delito de peligro concreto dirigido a proteger la salud pública.

Afirmaron que lo que se busca proteger “... es la salud humana, el peligro concreto sufrido por ésta y, en su caso, agravada en los supuestos de lesión del bien jurídico protegido -resultado muerte-; y que con la “interpretación” realizada por el “a quo” se amplió la materia de prohibición, “... creando pretorianamente el delito medioambiental como así también anticipando la punibilidad mediante su entendimiento como delito de peligro abstracto”.

Asimismo, alegaron que la magistrada de grado sustentó la condena en una arbitraria interpretación de la prueba.

En tal sentido, en primer lugar argumentaron que el informe realizado por la Licenciada Química de la Unidad Fiscal de Investigación en Materia Ambiental, María Fernanda Cúneo Basaldúa, fue transcrito en forma parcial en la sentencia; ya que en aquél se había concluido que el “lixiviado” podría ocurrir, no que efectivamente hubiese ocurrido; y que inciden múltiples variables de distinta índole que no fueron analizadas -en particular referenció los testimonios de Daniel Hess, del ingeniero Borda y de Elizabeth Saavedra-, por lo que concluyeron que no habría podido acreditarse fehacientemente la contaminación del suelo.

En cuanto a la contaminación del aire, afirmaron que de conformidad con lo regulado por la ley 26.911 que aprobó el Convenio de Estocolmo, en el anexo C,

se estableció que sólo es contaminante si la quema de residuos orgánicos se realiza con cloro o elementos que contenga el elemento cloro; extremo, que, según sostuvieron, tampoco se habría demostrado.

Asimismo, que conforme surge de la letra de la ley, existen actividades que generan un riesgo permitido y uno desaprobado, refiriendo que "... habrá desaprobación jurídico penal solo si con la quema se produjeran dioxinas y furanos (...), por encima de los valores permitidos". Y que, en el particular, no se pudo constatar las emisiones de aquellos, por lo que tampoco puede sostenerse que hubo contaminación en el sentido jurídico penalmente reprobado.

Sobre esta imputación en concreto, indicaron una serie de irregularidades en la medición de la supuesta contaminación del aire que impedirían arribar a la certeza requerida en esta etapa del proceso para condenar a su pupilo Mocarbel.

Por otra parte, en cuanto a la imputación de contaminación del arroyo "El Salto", sostuvieron que la jueza de grado soslayó "... el sistema de tratamiento de efluentes líquidos que tenía la planta de la firma Mocarbel". Y que conforme quedó acreditado durante el debate, las muestras valoradas -en las que persistían niveles de DBO mayores a los permitidos- habían sido tomadas dentro de la "laguna de tratamiento", lugar que no estaba destinado para ser vertido a ningún curso de agua.

Señalaron que, en todo caso, debía responsabilizarse a Mocarbel por no haber reparado el talud que permitió el vertido de efluentes líquidos al arroyito "El Salto", por negligencia o imprudencia.

Para ello también consideraron que debieron haberse valorado los distintos testimonios recibidos en el juicio en los que se hizo referencia a la reparación del referido talud. Y que los vertidos al afluente eran excepcionales y se producían frente a procesos exógenos a la planta de tratamiento.

Luego de analizar el "Informe Prevencional" de la PFA valorado por la magistrada de grado, concluyeron que "... solo da valores más allá de lo permitido, en lo que hace a la demanda química de oxígeno (DQO) y sólo respecto del punto de vuelco"; que debió haber sido contrastado con el informe producido por el experto presentado por la defensa. Y que "... existen elementos técnicos para sostener que las conclusiones a las que arriba el informe de la PFA en lo que hace a las mediciones de DQO son equivocadas, incompatibles con otras mediciones -DBO-, lo que se explicaría por un error técnico en su confección, prueba que fuera completamente soslayada por la sentencia".

Ello, sin perjuicio de que no se habría acreditado un peligro concreto que afecte el bien jurídico protegido -salud pública-, de conformidad con lo establecido por el art. 55 de la ley 24.051.

En definitiva, solicitaron que se casara la sentencia recurrida y se decretara la nulidad del juicio por haberse privado al señor Mocarbel de la posibilidad de contar con un defensor de su confianza; subsidiariamente, que se dispusiera la absolución de su pupilo por haberse violado el principio de legalidad al establecerse su condena por un delito ambiental no legislado; o, subsidiariamente también, se lo absuelva por cuanto no se encontraría acreditada la contaminación del suelo, aire y aguas.

Hicieron expresa reserva del caso federal.

IV. Durante el término de oficina, previsto por los artículos 465, cuarto párrafo, y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó el señor Fiscal General en la instancia, doctor Mario A. Villar, y solicitó el rechazo del recurso de casación interpuesto por los letrados defensores de Jorge Mocarbel.

Señaló que la resolución aquí recurrida fue sustentada en forma razonable y que "... bajo la invocación de arbitrariedad en la argumentación y valoración de los elementos de prueba, únicamente se exteriorizan divergencias de criterio con el razonamiento efectuado por el a quo al momento de condenar, de cuya compulsión no surge en modo alguno un apartamiento de las constancias de la causa, sino que se ajustan de manera concluyente a éstas".

En cuanto a la nulidad planteada, concluyó que los recurrentes no lograron demostrar un perjuicio efectivo en los derechos del imputado, por lo que por aplicación del principio de trascendencia correspondía su rechazo.

Por otra parte, refirió que también corresponde rechazar el recurso deducido por la defensa en tanto el tipo penal en cuestión protege al medio ambiente -citó en apoyo de su postura jurisprudencia de esta Cámara- y que si bien en la ley 24.051 se exige el acaecimiento de un peligro concreto, éste puede ser para "la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general"; por lo que concluyó que "esto asegura la correcta tutela del medio ambiente".

Asimismo, que el hecho investigado en autos fue debidamente acreditado mediante las tareas de inteligencia, los testimonios policiales y de los peritos, los relatos de los vecinos, prueba documental y pericial; y que todos estos elementos de prueba "... resultan con-

cordantes los unos con los otros y justifican la condena impuesta”.

En definitiva, postuló la confirmación de la sentencia impugnada por la defensa.

V. Superada la etapa prevista en los artículos 465, último párrafo, y 468 del Código Procesal Penal de la Nación, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

Considerando:

El doctor *Carbajo* dijo:

I. El recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que corresponde a esta Cámara Federal de Casación Penal resolver cuestiones como la que en esta oportunidad viene impugnada, de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes de Fallos: 318:541 (“Giroldi”), 328:1108 (“Di Nunzio”) y 330:393 (“Garrone”).

Además, los recurrentes se encuentran legitimados para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N), y sus agravios encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, y se ha cumplido con el art. 463 del citado código.

En este sentido, cobra vocación aplicativa la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal, Matías Eugenio” (Fallos 328:3399), pues al tratarse, en la especie, de la impugnación de una sentencia de condena se impone su control de acuerdo con los estándares de ese fallo, a cuyo tenor se exige un máximo esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar.

De todos modos, el examen casatorio quedará ceñido a las cuestiones planteadas oportunamente al interponerse el recurso y, además, no implicará una revisión integral de oficio de la sentencia impugnada.

II. Por una cuestión metodológica y de claridad expositiva se abordará en primer término el planteo vinculado con cuestiones preliminares al dictado de la sentencia, pues lo decidido podrá tener incidencia directa en los restantes.

En segundo lugar, los agravios relativos a la fundamentación de la condena de Jorge Mocarbel -con el alcance antes señalado-, y luego, aquellos referidos a la aplicación de la ley sustantiva -título de imputación discernido-

III. Como quedó reseñado ab initio, para los recurrentes, al haberse denegado la postergación del inicio del debate frente al cambio de asistencia técnica articulado, se configuró una clara afectación a la garantía de Mocarbel de ser defendido por un profesional de su confianza.

Al respecto, cabe señalar que escoger sin restricciones a un abogado defensor, que llene las condiciones legales pertinentes y pueda producir, en nombre de su representado, los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, es una garantía que se extiende a todo tipo de proceso, ya sea como actor o demandado, querellante o acusado y hace, como inveteradamente sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al respeto del derecho de defensa en juicio (cfr. Fallos 312:1042, entre otros, y, especialmente, voto de la señora Ministra Carmen M. Argibay, en “López, Ramón Angel s/recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar -causa N° 2845-” en Fallos 330:399).

Constituye un resguardo inalienable del inculpado, a modo de garantía mínima y para que no se vea vulnerado el derecho, no sólo el de ser asistido durante el proceso por un defensor de su elección (cfr. art. 8, punto 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sino también el de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (cfr. art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por otra parte y como se sabe, el Alto Tribunal ha afirmado que la garantía de la defensa en juicio tiene carácter sustancial (Fallos 189:306 y 391; 192:240 y 308; 193:487, entre muchos otros) y por ello exige de parte de quien la invoca, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto (Fallos 298:279 y 498).

Y, en el caso, no sólo esa demostración se encuentra ausente por parte de la asistencia letrada de Mocarbel, sino que, en todo momento a lo largo del proceso -desde su génesis-, se observa que éste pudo contar con una defensa técnica para su debido asesoramiento.

Tal como reseñó la señora jueza de grado en el proveído del 17 de noviembre de 2020, el nombrado designó como letrados defensores al doctor *Ciro Muzza-chiodi* y a la doctora *Ailin Duarte* en el inicio de estas actuaciones, con carácter previo a prestar declaración indagatoria en el mes marzo de 2018, los que aceptaron debidamente el cargo conferido.

En esa línea, se observa también que entre la renuncia de estos abogados, la posterior designación en su reemplazo de la defensa pública oficial y la fijación de la audiencia de debate por parte del órgano jurisdiccional de juicio, transcurrió un tiempo más que prudencial para que el nombrado hiciera uso del derecho a designar a un letrado particular de su confianza (en reemplazo de aquellos y si no deseaba continuar siendo asistido por la Defensa Oficial) que lo representara durante esta etapa sustancial del proceso.

Desde esa perspectiva y como remarcó con acierto el señor Fiscal General ante esta Cámara, "... el argumento defensorista entraña meramente una distinta valoración de las circunstancias tenidas en cuenta, de modo que no se debería imponer la nulidad del juicio planteada, alegando que no se respetó el derecho a designar defensor de confianza, ya que claramente no se le impidió al acusado designarlo. Como la propia defensa lo reconoce, lo que el tribunal rechazó fue la suspensión del debate, ya que fue solicitada un día antes de la fecha establecida para su inicio y sin alegar razones sobrevinientes, cuando razonablemente pudo hacerlo con mayor antelación, en cuanto estaba notificado de ello varios días antes".

Coincido con su mirada en cuanto a que "... [N]o debe confundirse el respeto a los recaudos que tienden a asegurar la protección del ejercicio de una garantía constitucional con la incolumidad de la garantía misma, pues suponer que una hipotética omisión formal pudiera causar la nulidad del acto, implicaría convertir a los medios tendientes a proteger el ejercicio de aquella garantía en una garantía en sí misma, con olvido del carácter meramente instrumental que tales medios revisten (CSJN, Fallos: 325:1404)".

Es que, en efecto, tal como surge del legajo, las actuaciones ingresaron al tribunal oral -provenientes del Juzgado Federal n° 1 de Paraná- el 13 de junio de 2019, siendo defendido en ese momento Mocarbel por sus letrados particulares Muzzachiodi y Duarte; posteriormente, el 2 de octubre de 2019, ante la renuncia de éstos, se llevó a cabo la designación de la defensa pública oficial; más de un año después, el 9 de noviembre de 2020, se notificó a las partes de la fijación de las audiencias de debate a partir del 18 de ese mes y año; sin embargo, recién el 17 de noviembre, esto es, el día anterior al comienzo del juicio y a más de un año de que la causa se radicara en el órgano cuya función por antonomasia es precisamente esa, el acusado hizo saber no sólo su pretensión de mutar de representante legal para ejercer su defensa -derecho que, obviamente, le asiste-, sino también la de que se postergue su anunciado arranque.

Como respuesta por parte de la jurisdicción -según se lee en el proveído correspondiente- se le comunicó

que "... [n]o habiendo aceptado el cargo ni presentado en la causa los Dres. Federick y Lambruschini, se admitirá su intervención en el caso que decidan aceptar, sin interferir la audiencia fijada".

Y ese rechazo al pedido de postergación del debate, a la luz de las circunstancias referidas, luce razonado y razonable, sin que se advierta la tacha invocada por su actual defensa ni ninguna otra vinculada a afectación de garantía constitucional en contra de Mocarbel.

En el *sub judice*, la parte recurrente sólo se ha limitado a invocar la conculcación del derecho de defensa en juicio sin acreditar, en concreto y de modo patente, qué medidas de prueba se vio impedida de ofrecer o de realizar como consecuencia de la decisión de mi colega de grado de mantener el comienzo del debate, sin que pueda sostenerse con suficiencia que no pudo disponer del tiempo o de los medios adecuados para la preparación de su defensa a la vista del relevamiento antes detallado.

En suma y con especial miramiento en el marco jurisprudencial y convencional precisado, cabe concluir que, en las especiales circunstancias del caso, no se ha logrado demostrar la conculcación al derecho con que cuenta el imputado a tener una defensa técnica efectiva, oportuna y eficaz, por lo que el agravio introducido por la parte será rechazado, lo que así dejo postulado a mis colegas de Sala.

IV. También se cuestionan las conclusiones a las que arribó la magistrada del tribunal de mérito en lo que respecta a la acreditación de los hechos por los que fue condenado Mocarbel.

De inicio he de remarcar que el agravio no prosperará pues los planteos introducidos sólo revelan un desacuerdo poco convincente frente a las sólidas conclusiones a las que llegó la colega del tribunal de juicio en la sentencia aquí recurrida.

Considero necesario destacar que en las presentes actuaciones se le imputó a Jorge Elías Mocarbel que "... durante el período comprendido entre el 19 de mayo de 2014 y el 1° de julio de 2017, en su carácter de socio gerente de la empresa 'Saul Mocarbel S.R.L.', ubicada sobre la ruta n° 11 a la altura del km 20 ½ de la localidad de Aldea Brasilera, departamento Diamante, provincia de Entre Ríos, la cual se dedica a la fabricación de jabones, detergentes, aceites y grasas de origen animal, como al procesamiento de su carne con la elaboración de sub productos cárnicos y la fabricación de calzado de tela, plástico, goma, caucho y otros materiales, derramó efluentes líquidos sin tratamiento y por fuera de los límites permitidos

en el Decreto 5837/91 en el arroyo 'El Salto' que se comunica con el río Paraná, asimismo quemó a cielo abierto y sin ningún tipo de tratamiento residuos sólidos industriales tales como restos de animales, sus cabezas, huesos, pelos, cueros y grasas liberando tóxicos en contacto con el aire; del mismo modo acumuló y enterró en suelo natural y sin los recaudos necesarios desechos industriales correspondientes a animales muertos (bovinos); todo ello sin ningún tipo de autorización, habilitación o certificado de aptitud ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos, contaminando de modo peligroso para la salud, el suelo, el agua y el ambiente en general" (cfr. requerimiento fiscal reseñado en la sentencia).

Que a esas conductas se las calificó como constitutivas del delito de contaminación del agua, suelo y ambiente en general de un modo peligroso para la salud, de conformidad con lo previsto en el art. 55, en función del art. 57 de la ley 24.051 y 200 del C.P., solicitando los acusadores, por las razones brindadas en su alegato de cierre, que se lo condene a la pena de cinco años y dos meses de prisión.

En la pieza procesal atacada, una de las juezas del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, provincia de Entre Ríos, actuando de manera unipersonal, concluyó que la empresa "Mocarbel SRL", de la que el imputado Jorge Elías Mocarbel era su responsable y socio gerente, "... utilizó residuos o desechos industriales, sin el tratamiento correspondiente, convirtiéndolos en peligrosos, con los cuales contaminó el agua, el suelo, el aire y el ambiente en general, con efectos en la salud".

Asimismo que "... se acumularon y enterraron desechos industriales, se quemó a cielo abierto desechos sólidos industriales, o sea se produjo la contaminación del ambiente en general producto de la liberación de dioxinas y furanos al aire y la contaminación del suelo producto de lixiviación en las napas subterráneas, en el período comprendido desde el 19 de mayo de 2014 y el 1º de julio de 2017".

Que "... se pudo determinar la contaminación del agua a partir de diversos factores, como un exceso en los valores permitidos de DBO, DQO, conductividad eléctrica, según las muestras tomadas en los lugares indicados al enunciar y valorar las fuentes de datos". Y que "... el imputado realizó esta conducta con permanencia en el tiempo, con continuidad, constantemente desarrollaba o aprobaba conductas excedidas de los límites legalmente tolerables, creando de esta manera el riesgo jurídicamente desaprobado, que impactaba en el medio ambiente".

Para arribar a ese corolario, precisó el contenido de la prueba y reseñó los elementos de cargo admisibles y conducentes a tal fin presentados por la acusación.

Así, para tener por debidamente probado los hechos atribuidos a Jorge Mocarbel, tuvo en cuenta -entre otras-: las constancias de la investigación preliminar N° 1723/15 que llevó a cabo la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA); las declaraciones del Sargento Carlos Alberto Frías y el Oficial Guillermo Haberckon -de la Policía Federal Argentina-, en el mencionado expediente y que luego ampliaron en el debate; las actuaciones llevadas adelante por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos respecto de la empresa Mocarbel; los informes técnicos presentados por la licenciada en química Fernanda Cuneo Basaldúa, del Subcomisario químico Candia, de los ingenieros ambientales Elisabet Saavedra y Rodrigo Borda, y de los especialistas Martín Irigoytía y Germán Rivero Solari. Y también lo señalado por el ingeniero Daniel Hess, ex asesor de la empresa aquí investigada.

Puntualmente, refirió que la UFIMA, ante la noticia periodística del Diario UNO de Entre Ríos, que daba cuenta de que el establecimiento "Mocarbel S.R.L." vertía efluentes líquidos y gaseosos que contaminaban el medio ambiente, inició la investigación preliminar que encomendó a la Delegación Paraná de la Policía Federal.

Reseñó que el sargento Frías declaró que las primeras tareas de observación fueron efectuadas el día 7 de octubre de 2015, oportunidad en la que "... constató las existencias de piletones, que se encontraban en muy mal estado, de los cuales es notable sentir mucho olor nauseabundo, observándose también una especie de vapor blancuzco o similar"; que "... uno de los piletones posee un caño que comunica con el arroyo Salto, el cual luego desemboca en el río Salto". También que "... los vecinos más próximos al lugar manifestaron que es constante sentir olores nauseabundos y gases que emanan de los piletones, como de la fábrica en sí"; que "... cuando se volcaban los efluentes se formaba una capa grasosa, de grasa aceitosa, de la que surgía un olor nauseabundo"; que "... también manifestaron los vecinos que tiempo atrás utilizaban el agua del arroyo para riego y para consumo de animales, lo que provocó que muchos animales y vegetales se enfermaran, hasta en muchos casos producir la muerte" y que "... se contaminaron las napas para extraer agua de pozo".

Luego, que el 15 de octubre de 2015 observó restos de animales en la parte trasera de la fábrica y que allí el olor era aún más fuerte.

Que volvió a presentarse en la empresa los días 10, 18 y 24 de junio y el 1° de julio de 2017, cumpliendo directivas del juez federal que había ordenado nuevas inspecciones, y refirió que "... la fábrica seguía en funciones; que el mayor volumen de camiones era recibido los fines de semana, en horario nocturno, y que los vecinos del lugar informaron que los responsables de la empresa estaban al tanto de las consecuencias negativas de su accionar y pese a ello continuaban con el volcado de efluentes contaminantes en el arroyo Salto, que pudo observar que el agua del arroyito presentaba un color rojizo y con espuma blanca y que en el lugar había un notable olor nauseabundo".

Por otra parte, que el oficial Guillermo Haberckon, de la División Operaciones del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, destacó que se constituyó en la vera de los cursos de agua donde desembocaban los piletones y tomó distintas muestras a fin de analizar los efluentes líquidos volcados por la empresa; también indicó que pudo advertir "... a simple vista que la firma posee gran cantidad de restos vacunos (huesos) en la parte posterior al predio de la firma, los cuales se encontraban quemados en su mayoría, otros enterrados, algunos emanando humo de la incineración al aire libre, percibiendo un fuerte olor a materia putrefacta". Por otra parte, que el 15 de octubre de 2015 "... extrajo las muestras en distintos puntos, tomando como punto de partida el caño de vuelco al arroyito el Salto, también aguas arriba y aguas abajo"; y que "... no percibió la presencia de maquinaria que dé cuenta del tratamiento de efluentes volcados, pero observó una cantidad importante de bolsas de arpillera con tierra o arena en su interior, para contener el terraplén armado para la creación de los piletones".

Mi colega del tribunal de juicio valoró todo cuanto surgía de las investigaciones preliminares realizadas por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos y detalló, en tal sentido, las distintas actuaciones administrativas que habían tenido lugar en abril de 2013, junio, julio, octubre y noviembre de 2014, febrero, mayo y agosto de 2015, las que daban cuenta de las reiteradas observaciones hechas a la empresa por las irregularidades detectadas en el tratamiento de los desechos.

También hizo mérito de la resolución n° 296 de la Secretaria de Ambiente por la que se le aplicó a la empresa una sanción pecuniaria y se le otorgó un plazo de 10 días para que presentara un plan de tratamiento de residuos sólidos y de efluentes gaseosos -notificada el 6 de agosto de 2015-, a pesar de lo cual -según se afirmó- persistieron "... los incumplimientos a las sanciones y además no [se] presentó ningún plan de tratamiento de efluentes líquidos y gaseosos".

Por otra parte y en cuanto a la contaminación del aire, valoró los informes y testimonios brindados durante el debate por los especialistas Martín Irigoytía y Germán Rivero Solari. En particular, indicó que éste último "... fue contundente al afirmar que los vapores de la quema causaban contaminación, sostuvo que se logró determinar que los valores de dióxido de azufre, nitrógeno y sulfídico eran superiores a los límites y que también detectaron monóxido de carbono, que podía estar asociado a la combustión de combustibles fósiles, agregando precisamente esos gases se consideraban peligrosos y generaban contaminación".

Tuvo en cuenta el informe de la Secretaría de Ambiente acerca del monitoreo de la calidad del aire (del 22/11/2016), por el que concluyó que "... En el primer punto de medición (vientos arriba) se exceden los valores límites reglamentados en el Anexo II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 y en la Tabla 10 del Anexo II de la ley n° 24.051 para las siguientes contaminantes criterio: NO₂, H₂S y SO₂"; y que "... en el segundo punto de medición (vientos abajo) se exceden los valores límites reglamentados en el Anexo II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 y en la Tabla 10 del Anexo II de la Ley N° 24051 para las siguientes contaminantes criterio: NO₂, H₂S, CO y SO₂".

En este punto, también valoró lo señalado por el señor Daniel Hess, profesional que asesoraba a la firma Mocarbel, quien reconoció que la empresa no había logrado solucionar definitivamente la existencia de los olores nauseabundos que provocaba la producción de la fábrica.

Con relación al suelo, tomó en consideración las conclusiones de la licenciada en química Fernanda Cúneo Basaldua en cuanto a que "... las actividades de enterramiento son una fuente de contaminación en las napas subterráneas, o sea lixiviación, pues el líquido que disuelve total o parcialmente ciertos compuestos y suspende otros, los arrastra hacia las capas más profundas del suelo".

Aunada a la ya referida declaración del sargento Frías, sumó, a modo de prueba de cargo en esa dirección inculpativa, que los vecinos de la zona le habían manifestado que habían tenido que hacer los pozos de agua a mayor profundidad por efecto de la contaminación y concluyó que, si bien los residuos sólidos encontrados "... no son residuos peligrosos, de todos modos llegan a serlo, por la práctica ilegal de tratamiento, enterramiento en suelo natural y quema a cielo abierto".

Agregó la señora jueza que desde la propia empresa habían reconocido la necesidad de cambiar el método de disposición de los residuos, ya que habían fir-

mado frente a la Secretaría de Ambiente un compromiso para solucionar este tema y que actualmente -al momento del juicio- se "... los coloca en un contenedor para ser trasladados a un predio o basural del Estado, en modo de admitir el accionar ilegal".

Por último, al referirse a la afectación de las aguas del arroyo El Salto, valoró que "... la presencia de los piletones en el predio de la fábrica es un hecho no controvertido, los cuales no tenían el cuidado suficiente"; y que "... de estos piletones salía un caño por el que se volcaba los efluentes líquidos"; todo ello conforme surgía de los informes de la Secretaría de Ambiente y de lo señalado por los preventores que hicieron las tareas de observación y recolección de muestras.

También que "... la Secretaria de Ambiente, en oportunidad de realizar una inspección al predio, en fecha 10 de junio 2014, tomó una muestra del efluente líquido final de un sector de ruptura del talud de la laguna de estabilización previo a descargar en el arroyo, donde comprobó que la empresa estaba volcando fuera del Anexo I del decreto 5837/91, reglamentario de la ley 6260, pues la DBO, que estipula un valor permitido menor 50 mg/I para descarga a arroyo y el resultado de la muestra es de 103 mg/I (fs. 68/71)".

Luego que "... el 11 de noviembre de 2016 se volvió a constatar que la rotura del talud de la laguna de estabilización no fue reparada, por lo cual el volcado de efluentes peligrados era una realidad".

Continuando con el análisis de las pruebas referidas a la contaminación del arroyo, valoró los dichos del subcomisario Candia, quien al analizar las muestras extraídas por el oficial Haberckon refirió que el agua estaba contaminada, pues "... las muestras obtenidas en el punto de vuelco, evidenciaron turbidez y determinada coloración, dada sus características físicas. Así esa muestra dio un valor de oxígeno disuelto de 4,96 mg/l, próximo al límite determinado como riesgoso. Para el caso de las muestras tomadas aguas arriba y aguas abajo se presentaron valores de oxígeno muy superiores al del punto de vuelco, lo que demuestra que el efluente que se vuelca en el arroyito El Salto produce contaminación, por eso el bajo valor de oxígeno."

Y que "... otro punto de referencia que da cuenta de la contaminación del agua, lo establece la conductividad del agua. La muestra tomada en el punto de vuelco exhibió un valor elevado y mayor respecto [de] las muestras tomadas aguas arriba y abajo, lo que se relaciona con una alta carga de sales minerales".

Asimismo que "... la contaminación se correspondía con contaminantes de contenido orgánico: grasas,

aceites y que había un peligro para la salud de la vida acuática."

A su vez, también señaló que el ingeniero Hess, declaró en el debate sobre esta cuestión que "... para obtener grasa industrial se utilizaba dióxido de sodio y cloruro de sodio (soda caustica), que los restos acuosos y el agua que se utilizaba para limpiar la grasa y las instalaciones eran los efluentes líquidos que se volcaban en las piletas, reconociendo que se rompió un talud que permitió que los efluentes líquidos salgan, siendo viable colegir que estas materias se arrojaban al arroyo el Salto".

Por último, la sentenciante también valoró lo afirmado por el ingeniero ambiental Rodrigo Borda en cuanto manifestó que "... del análisis de las muestras obtenidas del sistema de tratamiento de lagunas, estaban por encima de lo reglamentado por la provincia y que la elevada demanda biológica de oxígeno generaba contaminación"; y que, en similar sentido, la ingeniera Elisabet Saavedra arguyó que "... se habían obtenido muestras de efluentes líquidos y que dieron como resultado que estaban por arriba del límite permitido por la normativa ambiental, pues en laboratorio se determinó que la demanda biológica de oxígeno no respetaba lo preceptuado por la ley 6260 y su anexo".

Confrontado el plexo cargoso que referenció la magistrada de grado para demostrar la responsabilidad penal de Jorge Mocarbel, con los planteos esgrimidos por los letrados defensores del nombrado, considero que la sentenciante ha detallado con suficiencia y lógica los sucesos por los que se le reprochó materialmente la conducta al referido, en tanto él era el socio gerente de la firma "Mocarbel S.R.L." al momento de que aquellos ocurrieron.

Desde una perspectiva heurística, observo que, a fin de recrear históricamente los hechos comprensivos de la contaminación ambiental aquí investigada, el a quo reseñó los elementos de prueba -directos e indirectos- admisibles y conducentes y arribó a la solución condenatoria adoptada como consecuencia de un examen crítico de los elementos convictivos reunidos, no existiendo reparo alguno que formular al iter lógico desarrollado a la sazón, por lo que el agravio no puede prosperar.

Es que, sentada la suficiencia de la prueba y el ajuste a los parámetros de la lógica y de la experiencia común en la forma de deducir y razonar por parte de la jueza del tribunal oral, la discusión sobre el mayor o menor valor de unos medios de prueba por sobre otros, la correspondencia entre todos ellos, el contraste entre la reclamada inocencia del acusado y los

elementos probatorios instrumentales, testimoniales y periciales que apuntan en sentido contrario, no puede ser reeditado en esta sede casatoria a espaldas de los principios de inmediación de la prueba, de oralidad y de contradicción que gobierna los juicios orales.

Esas evidencias, como se sostuvo y reseñó, son válidas, es decir, que han sido obtenidas e introducidas al debate con respeto a los derechos fundamentales y con apego a las normas procedimentales que regulan su práctica.

Así, cabe poner de resalto que la magistrada ponderó no sólo los testimonios de los distintos funcionarios que realizaron los procedimientos en la firma en cuestión y el de los preventores que estuvieron presentes en el lugar, escucharon y recogieron los dichos de los vecinos que hicieron mención a la contaminación de las napas, sino también los informes técnicos realizados por los expertos que, contrapuestos con las referencias efectuadas por el ingeniero Hess -de las que se vale el recurrente para cuestionar la sentencia-, la llevaron a determinar la responsabilidad de la firma en la falta de tratamiento adecuado de los desechos y, a la sazón, en la responsabilidad penal de Mocarbel en el delito atribuido.

Y esa valoración integral realizada por el a quo para arribar a la conclusión que configura la base de la condena, no se aparta de las reglas de la lógica y del criterio humano y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria.

Dicho de otro modo, considero que el marco fáctico acreditado en el pronunciamiento supera el test de fundamentación a tenor de lo dispuesto por los arts. 123 y 404 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Nación para ser considerado un acto jurisdiccional válido, por lo que la tacha de arbitrariedad pretendida por la asistencia del nombrado no será de recibo.

En los casos en que se investiga la presunta infracción a los delitos previstos en la ley 24.051, cobran particular relevancia, en tanto elementos de prueba, no sólo los peritajes que se lleven a cabo sobre las muestras recolectadas, sino también las distintas inspecciones oculares y constataciones que se hayan realizado en el lugar.

En el *sub lite*, como acertadamente precisó mi colega del tribunal oral, los resultados de las pericias técnicas han sido decisivos para precisar la incidencia que tuvieron los distintos elementos encontrados y, consecuentemente, el impacto pernicioso en el medio ambiente por no estar correctamente tratados y manipulados.

Con ajustado criterio se ha sostenido que en estos casos de daños ambientales la prueba científica tiene una superlativa preponderancia pues "... cumple con las reglas de la ciencia y supone rigor epistemológico ... [p]ese a no estar regulada en el digesto ritual, normalmente se la emparenta con la prueba pericial, pues al igual que ésta, posee un peso específico que limita la libertad de apreciación judicial ... Es que, frente a un dictamen pericial o informe científico categórico, el juez no tiene demasiadas opciones de apartamiento, más allá de una irrazonabilidad manifiesta o, mejor dicho, inteligible (tenemos en cuenta que, como abogado, aquel carece de conocimientos técnicos expertos) o la verificación de falta de respaldo en la comunidad científica de que se trate. Hipótesis en las cuales el magistrado deberá fundar el no seguimiento (cfr. Mariana Catalano, Prueba ambiental y teoría de la prueba, con cita de Augusto Morello, quien sostiene que la opinión técnica de perito o experto arrastra y suplanta al dictum jurídico, artículo disponible en línea en RDamb 55, 28/09/2018, 89, AR/DOC/3405/2018).

Y esos estudios técnicos han sido valorados como elementos cargosos en contra de Mocarbel para determinar la gravedad de los hechos objeto de análisis, atendiendo al bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión, que reconoce tutela convencional y constitucional.

En definitiva, la resolución impugnada, en cuanto a la materialidad y responsabilidad asignada al imputado, se encuentra razonablemente sustentada con base en la prueba arimada al juicio por la acusación, la que ha podido ser oída y controvertida por la defensa en el debate.

Y, en esa línea de análisis, la decisión a la que se arribó cuenta, en ese sentido, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido.

V. Corresponde ahora analizar el cuestionamiento vinculado con la alegada errónea aplicación de la ley sustantiva.

Como quedó reseñado, la defensa planteó que el delito reprochado, configurativo del tipo penal previsto en los arts. 55 y 57 de la ley 24.051, debía ser considerado como de peligro concreto y que, como no se había acreditado una afectación real y directa sobre la salud pública, debió haberse absuelto a su asistido.

De adverso a lo postulado, considero que en el particular caso de autos, la señora jueza de grado ha concluido acertadamente en su decisorio que los hechos

de contaminación debidamente corroborados –como quedó reseñado en los párrafos precedentes–, han quedado alcanzados por la figura prevista en la primera disposición citada, siendo penalmente responsable en carácter de autor el socio gerente de la firma en cuestión, Jorge Elías Mocarbel, de conformidad con lo dispuesto por el art. 57 de la ley 24.051.

Y se concluyó de esa manera pues se probó que en el sub iudice, pese a los reclamos recibidos en la empresa por las autoridades de control, Mocarbel contaminó, de un modo peligroso para la salud, el agua, la atmósfera y el suelo del lugar donde se desarrollaban las tareas de la empresa homónima.

En primer término es preciso resaltar que si de lo que se trata es de la aplicación de la ley sustantiva a casos como el de autos, no es posible soslayar lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional.

Esta disposición, que se ubica en el vértice superior de nuestro ordenamiento legal, delimita la adecuada planificación de la política ambiental del Estado y es útil para determinar la definición del bien jurídico y de los intereses vitales que se busca proteger.

Se reconoce la existencia de un surgimiento de lo que se llama el “bien ambiental”, que ha redimensionado el ejercicio de los derechos subjetivos, marcando un límite externo que se denomina “función ambiental”.

En su obra *Teoría del derecho ambiental*, Ricardo Lorenzetti señala que “... en el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el artículo 41 y consta de los siguientes elementos: el derecho a un ambiente sano, el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras. Estos datos normativos conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica. El derecho se expresa aquí mediante prohibiciones (no contaminar), o mandatos (preservar), que influyen sobre la propiedad y al contrato” (cfr. ob. cit., Ed. Porrúa, México, 1a. Edición, 2008, p. 50, disponible en línea www.librosderechoperu.org).

Sin dudas, y en sintonía con esa autorizada doctrina, el nuevo art. 41 “... coloca al hombre en el centro de la protección, otorga un derecho a todos los habitantes (el de gozar de un ambiente sano y equilibrado) y dispone un deber (el de preservarlo). Habla del hoy y también del mañana, pero dice que el ambiente debe ser ‘apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones

futuras’. Medio ambiente protegido en función de la vida y salud de las personas, pero también en sintonía con el desarrollo, en una ecuación equilibrada y con términos que no deben autoexcluirse. No es otra cosa que la idea de desarrollo sustentable, acuñada por las Naciones Unidas” (cfr. Alejandro Freeland López Lecube, *Apuntes sobre la problemática penal ambiental*, *El Derecho*, Suplemento de Derecho Penal y Política Criminal, 182-1355).

Es que en el mundo actual, es necesario compatibilizar el progreso económico y social con un medio ambiente sano y saludable, próspero y, a la vez, como dice la manda constitucional, apto para el disfrute de la vida y el desarrollo de las personas, las que hoy vivimos y las que nos sucederán.

Resalta esta disposición que todos tenemos “el deber de preservarlo [y] el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Y, continúa, “... [l]as autoridades proveerán la protección de este derecho, 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.

... Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, ya las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”

Es en el marco del último de los párrafos transcritos que debe interpretarse la ley 24.051, aún vigente al haberse vetado parcialmente la ley 25.612 – cfr. decreto 1343/2002- y las normas dictadas por la provincia de Entre Ríos –citadas en el pronunciamiento impugnado–, en las que se regula el modo de tratamiento de los distintos desechos generados por la actividad, tanto de particulares como de las fábricas y empresas emplazadas en las respectivas jurisdicciones.

En efecto, el art. 55 de la ley 24.051 dispone –en lo que aquí interesa– que “... será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general...”

A su vez, el decreto del Gobierno de la provincia de Entre Ríos n° 5837/91, reglamentario de la ley n° 6260, dispone en su art. 19, que “... a los fines de la presente reglamentación, el término ‘residuo industrial’ designa todo material sólido, líquido o gaseoso que deba

ser eliminado de un establecimiento, así como los ruidos y vibraciones que se generen en el mismo...”

Por otra parte, en el art. 24 se establece la prohibición “... a todos los establecimientos, ya sean propiedad privada o estatal, la descarga o emisión de cualquier tipo de efluente de las condiciones permitidas por este Decreto Reglamentario y las normas complementarias que se dicten”. Luego de lo cual indica que “... A tal fin sus propietarios deberán construir, operar y mantener a su costa todas las instalaciones de depuración de residuos y transporte de efluentes y atenuación de ruidos y vibraciones que resulten necesarios. En los casos en que la autoridad de aplicación lo considere necesario, también se deberán instalar y mantener a costa de los propietarios, elementos de medición, registro y alarma de niveles de contaminación”.

Y en el art. 25 se dispone que “... Los residuos en espera de su tratamiento, o los afluentes antes de su evacuación tampoco deberán afectar en forma directa o indirecta a la salud, seguridad y bienestar de la población ni sus bienes. Cualquiera sea el proceso de depuración, las instalaciones de tratamiento deberán contar con los medios adecuados, ya sean mecánicos o manuales, que permitan la fácil limpieza y mantenimiento de sus partes sin que se vea afectada la calidad del efluente durante esas operaciones. De no ser posible el cumplimiento de esta condición, deberá interrumpirse el funcionamiento del establecimiento hasta que los sistemas de tratamiento estén en condiciones de operar normalmente”.

Que ese fue el marco normativo tenido en cuenta en la especie, el que luce razonablemente aplicado por la señora jueza de grado en el decisorio impugnado.

Ahora bien, en cuanto al motivo de concreto agravio presentado por la defensa, me remito in totum a un precedente de esta Sala -con una integración parcialmente diferente- en el que se resolvió que “... tal como está redactado el tipo penal previsto en el art. 55 de la ley 24.051 ... se contempla un delito doloso y pluriofensivo: de lesión y de peligro abstracto, por lo que, no sólo incumbe a la acusación pública probar la sola existencia de una degradación concreta del medio ambiente (lesión), sino que además debe acreditarse la existencia de una relación de imputación con el peligro al menos potencial para la salud de las personas (peligro abstracto). En este orden de ideas, cuadra mencionar que -a mi entender- las disposiciones penales de la ley 24.051 se dirigen a la protección de dos bienes jurídicos fundamentales: la salud y el medio ambiente. Dicho criterio, ha sido seguido por nuestro más Alto Tribunal en Fallos: 323:163, en cuanto sostuvo que ‘... Corresponde declarar la competencia de la justicia provincial para entender en la causa instruida

por infracción a la ley 24.051 de residuos peligrosos..., toda vez que no se probó que los desechos pudieron afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de dicha provincia..’ (...) postura [que] fue seguida en forma concordante en Fallos: 326: 1642, 328:3500, entre otros)” (cfr. FTU 400830/2007/CFC1 “Azucarrera, J. M. Terán S.A., Ing. Santa Bárbara, José Agustín Colombres y Julio José Colombres s/recurso de casación”, Reg. 937/16, del 14/7/2016).

En dicha oportunidad se precisó que “... más allá de que la norma en cuestión prevé una responsabilidad penal sólo cuando se dañe al medio ambiente de un modo ‘peligroso para la salud’, lo cierto es que no puede entenderse el derecho a la salud de los habitantes como algo limitado a estar sano, o no sufrir una enfermedad particular. La ley no se limita a castigar penalmente una afectación concreta y particular a la salud humana, sino que abarca el peligro potencial que la contaminación mediante residuos peligrosos significa para la especie humana.” Y que “... se advierte que si bien, efectivamente, el tipo penal en cuestión, tutela dos bienes jurídicos de suma importancia -el medio ambiente y la salud-, no debe entenderse como enmarcados en compartimientos estancos independientes el uno del otro, como si el daño al primero de ellos no pudiese resultar, al menos, un peligro para el segundo”.

En apoyo de esta posición, se citó la obra de Sebastián Creus y Marcelo C. Gervasoni “Tipos penales de la ley de residuos peligrosos” (en Carlos Creus, “Derecho Penal. Parte Especial”, 6ª. Edición, Ed. Astrea, Bs. As., 1997, p. 69) que sostiene que “... [e]l concepto de salud, como bien jurídico protegido en estos tipos, no es el de la salud humana o el de la salud pública tradicional que tutela el Código Penal (arts. 200 ss.), restringido a la protección del estado sanitario de la población. Aquí se trata de una conceptualización más amplia, comprensiva de la salud de todos los componentes vivos que interactúan en el ecosistema. Eso es así puesto que los tipos penados comentados nacen en el contexto de una ley cuyo objeto de protección es el medio ambiente (...). El actual estado de la conciencia comunitaria viene exigiendo la protección del medio ambiente, por considerar su preservación como uno de los elementos condicionantes del futuro de la vida humana. La ley 24.051 es la institucionalización de dichas exigencias, de manera que los delitos insertos allí no pueden escapar a los intereses que satisfacen”.

En similar sentido, se expidió la Sala I de esta Cámara en el fallo “Cruz, Marcelo Delsmiro s/recurso de casación” (FMP 23116/2016/2/CFC1, Reg. 2316/19, del 23/12/2019).

Es que tal como indicó el señor Fiscal General en la instancia, "... claramente se advierte, entonces, que la conducta de autos no solo pone en peligro (concreto) el mantenimiento de la composición del agua, del aire y del suelo, sino que, en la medida en que ella modifica al propio medio ambiente, se podría observar una 'lesión' a la salud pública. Sin perjuicio de que, frente a bienes jurídicos individuales, como la salud, en tanto 'indemnidad corporal', el tipo penal solo exige un peligro abstracto".

Este criterio, a su vez, coincide con la posición doctrinaria que postula que "... la norma refiere que la acción de contaminar lo sea de modo peligroso para la salud, lo que implica, no la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino la generación de un peligro común. No es el daño, sino la posibilidad del daño que entraña el delito. La salud es el mejor indicador de la degradación ambiental: es por tal razón que el derecho al medio ambiente se relaciona en primer lugar con el derecho a la salud" (cfr. Néstor A. Cafferata, Contaminación atmosférica por gases tóxicos, en JA 2001-I-347).

Cierto es que, tal como se sostiene en el fallo, es a partir de la cantidad y el modo en que fueron dispuestos los restos orgánicos enterrados en el suelo que adquirieron la característica de residuos peligrosos, sobre todo cuando quedó acreditado, en base al plexo cargoso analizado con logicidad -como ya vimos- que producían el proceso llamado "lixiviación," que ocurre cuando los residuos son dejados sin protección en contacto con el suelo y que, a lo largo del tiempo, con la lluvia y los cambios climáticos, van produciendo líquidos que penetran en el suelo y llegan a las napas subterráneas, afectándolas de sobremanera, con peligro para el medio ambiente y la población allí lindante, no sólo la actual, sino esencialmente la compuesta por las futuras generaciones.

Otro tanto ocurrió con el vertido de los efluentes al arroyo "El Salto" ya que, como indicó la señora jueza en la sentencia atacada, no puede atribuirse el volcado a un evento aislado y que podría ser considerado accidental o inmerso en una conducta neutral, sino que fue reiteradamente observado por los distintos funcionarios que realizaron tareas de investigación en la firma y también corroborado por los expertos, los que determinaron la constatación de valores superiores a los permitidos en la Demanda Biológica de Oxígeno (DBO) y Demanda Química de Oxígeno en el curso de agua.

Repárese, como se sostuvo, que éstos son parámetros indispensables cuando se necesita determinar el estado o la calidad del agua de ríos, lagos, lagunas o efluentes y que, según las reglamentaciones, en estos casos se fijan valores de D.B.O. máximos que pueden

tener las aguas residuales, para poder verterlas a los ríos y otros cursos de agua. De acuerdo a estos valores se establece si es posible arrojarlas directamente o si deben sufrir un tratamiento previo.

Por lo demás, si bien hay determinadas actividades que implican la producción de riesgos que se consideran permitidos, lo cierto es que, en la especie, se acreditó que se concretaron hechos de contaminación que fueron más allá de esos riesgos legal y socialmente tolerados.

Ciertamente existen en nuestra época actividades que generaran riesgos tolerables o autorizados y, por tanto, permitidos, mas la contraposición que el recurrente intenta introducir como motivo de concreto agravio entre el desarrollo industrial y la protección ambiental no puede ser de recibo.

Es que el desarrollo nunca puede ser ilimitado, siendo necesario tener una guía acerca de los bienes en juego y los valores comprometidos.

Indudablemente este es el rumbo a seguir en la coyuntura, delineado con acierto por Ricardo Lorenzetti en su reciente obra "El nuevo enemigo, el colapso ambiental, cómo evitarlo", al resaltar la contienda que en nuestros tiempos se presenta entre Desarrollo versus Ambiente y la Admisibilidad del balance riesgo-beneficio, al precisar que "... las ideas de desarrollo sustentable y consumo sustentable están basadas, justamente, en la necesaria ponderación entre la necesidad de riqueza y los límites que deben respetarse ... No puede haber duda de que, en caso de conflicto de valores, la protección ambiental es prevalente. Por esta razón no se puede invocar el análisis costo-beneficio como una vía indirecta para imponer la primacía del desarrollo económico por sobre la tutela ambiental, alterando así la decisión valorativa" (cfr. ob. cit., ps. 48/9 y 254, Sudamericana, Bs. As., 2021).

Es que, como se señala "... el Derecho Penal no debe extender la grave calificación de injusto penal a conductas que incluso una persona prudente y respetuosa del Derecho no dejaría de realizar por una remota posibilidad de que resultasen lesivas". Y que "... el Derecho Penal -por lo menos en un Estado democrático- ha de respetar las valoraciones sociales y no debe castigar conductas que socialmente se consideran lícitas o muy poco graves, o no debe asociar hechos levemente antijurídicos (como un empujón) a penas previstas para comportamientos mucho más graves (como el homicidio). Desde luego, todo el ámbito del riesgo permitido queda excluido de la imputación típica por una ponderación político-criminal de la utilidad social del sector de actividad de que se trata frente a los riesgos que supone, que lleva a deci-

dir la permisión de la actividad peligrosa, incluida la que ex post resulte lesiva por razón precisamente del riesgo permitido” (cfr. Mir Puig, Santiago “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal” en “Homenaje a Claus Roxin. Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001, p. 69).

Por otra parte, también se ha indicado que “.. la cuestión acerca de hasta dónde llega el permiso para generar una situación de peligro (en razón del beneficio que representa para el desenvolvimiento de la vida en comunidad) y comienza la prohibición (porque el riesgo que conlleva es demasiado importante para que pueda aceptarse sin más en interés del libre despegue del desarrollo social, transformándose así en un peligro jurídicamente desaprobado) no está resuelta de manera expresa por la ley, salvo para ciertas actividades reglamentadas...” (cfr. Terragni, Marco Antonio “Autor, partícipe y víctima en el delito culposo”, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p. 91). Y que, “.. [a]unque una acción entrañe riesgo, la sociedad permite que sea emprendida, siempre que su dueño haya discernido –distinguido previamente– lo bueno de lo malo para obrar luego con cautela, circunspección y precaución. Aparte la tolera hasta el punto en que la estimación de los perjuicios que puede acarrear demuestre que éstos superan a los beneficios que la sociedad consiga a partir de una actuación que entrañe riesgo” (op. cit., p. 93).

Por lo demás, el puro riesgo incontrolable funciona dentro del caso fortuito y, en ese sentido, se puede afirmar que hay riesgos naturales incontrolables.

Sin embargo, en nuestro caso, mi colega de juicio entendió, en base a las pruebas rendidas y legítimamente incorporadas por la acusación en el debate, que el riesgo no solo no era de origen natural, sino que esencialmente, Mocarbel no lo había controlado, de modo tal de evitarlo, disminuir su intensidad o, cuanto menos, administrarlo.

En este sentido, el Alto Tribunal de la Nación resolvió que “.. La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar

para hacer efectivos estos mandatos constitucionales...” (cfr. Fallos 3198:2316).

En suma, las conclusiones a las que se arribó en el fallo cuestionado en cuanto a la ley penal que resultaba aplicable al caso, no lucen irrazonables, manifiestamente erróneas o arbitrarias y, de adverso, sólo dejan traslucir la disconformidad de los recurrentes, quienes no han encontrado satisfechas sus pretensiones, dejando, por tanto incólume el pronunciamiento también en este aspecto.

Finalmente, considero necesario agregar que esta decisión que aquí postulo que se confirme va en línea con lo dispuesto en diferentes Acuerdos suscriptos por nuestro país, a partir de los cuales los Estados asumen compromisos en pos del bienestar ambiental global y en los que se resalta la trascendencia que tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, en nuestro caso, no sólo para los habitantes que actualmente residen en el municipio de Aldea Brasilera, sino, fundamentalmente, para el desarrollo sano y normal de las nuevas generaciones de ese lugar y aledaños y de las que las sucederán en el tiempo.

A modo de ejemplo, confrontar 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, aprobado por ley 27.566, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, el que tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

El Acuerdo de París, aprobado por ley 27.270, adoptado en la 21ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 21) celebrada en esa ciudad en 2015 y por el que se adoptó, entre otras cuestiones, mantener el aumento de la temperatura global muy por debajo de los 2°C, aumentando la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promoviendo la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de carbono.

El Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, aprobado en los términos de la ley 26.001, el que tiene como objetivo proteger la salud humana y el medio ambiente de Contaminan-

tes Orgánicos Persistentes (COPs). El convenio requiere que las Partes tomen medidas para eliminar o reducir la producción, utilización, importación, exportación y emisión al medio ambiente de COPs e incluye disposiciones en cuanto al acceso a la información, la sensibilización y formación del público y la participación en el desarrollo de planes de aplicación.

Y, también, el Protocolo de Kyoto [de la Convención Marco sobre el Cambio Climático], aprobado por ley 25.438, que establece metas vinculantes de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para los países industrializados, reconociendo que son los principales responsables de los elevados niveles de emisiones que hay actualmente en la atmósfera y bajo el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas.

En dicha hermenéutica, cobran especial relevancia los objetivos y metas globales para proteger el planeta y abordar la emergencia climática aprobados por ley 25.438 por los Estados Miembros de Naciones Unidas -conocidos por su sigla ODS-, los que constituyen un llamamiento universal a la acción para, entre otros fines, mejorar las condiciones de vida y las perspectivas de las personas que habitan la tierra (cfr., específicamente, los nros. 13, 14 y 15).

Estos Objetivos de Desarrollo Sostenible, que forman parte de la Agenda 2030 de ONU, requieren de los países miembros, como el nuestro, un plan sólido destinado a la protección de la naturaleza, de modo que ésta pueda proteger a la humanidad, a la actual y a la porvenir.

Es deber el Estado garantizar a las víctimas de estos hechos, de una manera ágil y sencilla, las herramientas que le permitan ejercer en plenitud sus derechos, en tanto ciudadanos del lugar, "... con la certeza de independencia, imparcialidad y objetividad en el órgano encargado de investigar y juzgar las conductas que menoscaban el derecho a gozar de un ambiente sano. La protección estatal al medio ambiente, conduce a que sean adoptadas todas aquellas decisiones que permitan proteger el derecho a un ambiente sano, cuya titularidad no sólo es de las generaciones actuales, sino también de las futuras" (del voto de mi colega Ana María Figueroa en el precedente de la Sala I del Cuerpo, antes citado, cuyos fundamentos comparto por resultar de estricta aplicación a nuestro caso).

Por último, destaco que el presente proceso tuvo su génesis a partir de un expediente de investigación preliminar llevado a cabo por la Unidad Fiscal de Investigación en Materia Ambiental (UFIMA), iniciado a raíz de una publicación periodística de un medio local el 15 de septiembre de 2015, titulada Volvió el

olor nauseabundo a Aldea Brasilera, que recogía relatos de vecinos de esa zona rural ubicada en el Departamento de Diamante, provincia de Entre Ríos (v.gr., "... cada mañana tenemos que ver la orientación del viento para saber si este día debemos convivir con el aire pestilente o el humo que sale de las chimeneas").

Dicha nota reflejaba una opinión, en principio generalizada, de los habitantes del reciente municipio: "... lejos de estar en desacuerdo con que una empresa invierta en el pueblo, lo que los habitantes del lugar piden a Mocarbel es que realice una producción sustentable y cuide el medioambiente" (cfr. www.unoentrieros.com.ar/la-provincia-volvió disponible en línea).

Todo ello es revelador de que la gravedad de la crisis ambiental y la lucha para erradicarla requiere de la participación e involucramiento de todos los actores del tejido social, los ciudadanos y sus instituciones públicas y privadas, generando conciencia de que es políticamente correcto declarar que se desea cuidar el ambiente y, en su caso, denunciar a quienes no lo hacen.

VI. En definitiva, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jorge Elías Mocarbel, con costas en la instancia, teniendo presente la reserva del caso federal efectuada.

Tal es mi voto.

El doctor *Borinsky* dijo:

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, provincia de Entre Ríos, de forma unipersonal, por veredicto de fecha 11 de diciembre de 2020 -cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 17 de diciembre de 2020- resolvió:

"1) DECLARAR a Jorge Elías Mocarbel, demás datos personales obrantes al inicio, autor penalmente responsable del delito descrito en los artículos 55 y 57 de la ley 24.051, que castiga con las penas previstas en el artículo 200 del Código Penal, a quién, utilizando los residuos a que se refiere dicha ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el agua, la atmósfera y el suelo, o sea, el ambiente en general.

2) En consecuencia, CONDENAR a Jorge Elías Mocarbel a las penas de TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL Y MULTA DE PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000) (arts. 200, 22 bis y 26, todos del CP).

3) Conforme lo establecido en el art. 27 bis incisos 5 y 8 del Código Penal, IMPONER a Jorge Elías Mocarbel a: a) la realización de un curso sobre el cuidado del medio ambiente por cualquier modo, presencial o virtual, cuyo cumplimiento deberá acreditar ante el Juzgado de Ejecución de este Tribunal y b) la efectivización de tareas comunitarias por el lapso de dos horas semanales y por el término de dos años a favor de la municipalidad de Aldea Brasilera o cualquier institución de dicha localidad. En caso de imposibilidad de realización de las mismas, deberá efectuar la donación de lo estipulado en el convenio que rige para los trabajadores de su fábrica, por el valor de dos horas semanales por el término de dos años, a los fines de la reparación del medio ambiente según lo estipulado en el art. 41, primer párrafo, última parte de la Constitución Nacional.

4) IMPONER las costas de la causa al condenado (art. 531 del C.P.P.N.)”

En la sentencia impugnada, el tribunal a quo tuvo por acreditada la imputación formulada por el representante del Ministerio Público Fiscal a Jorge Elías Mocarbel en el requerimiento de elevación de la causa a juicio, la que fue descripta en los siguientes términos:

“...durante el período comprendido entre el 19 de mayo de 2014 y el 1º de julio de 2017, en su carácter de socio gerente de la empresa ‘Saul Mocarbel S.R.L.’, ubicada sobre la ruta nº 11 a la altura del km 20 ½ de la localidad de Aldea Brasilera, departamento Diamante, provincia de Entre Ríos, la cual se dedica a la fabricación de jabones, detergentes, aceites y grasas de origen animal, como al procesamiento de su carne con la elaboración de sub productos cárnicos y la fabricación de calzado de tela, plástico, goma, caucho y otros materiales, derramó efluentes líquidos sin tratamiento y por fuera de los límites permitidos en el Decreto 5837/91 en el arroyo ‘El Salto’ que se comunica con el río Paraná, asimismo quemó a cielo abierto y sin ningún tipo de tratamiento residuos sólidos industriales tales como restos de animales, sus cabezas, huesos, pelos, cueros y grasas liberando tóxicos en contacto con el aire; del mismo modo acumuló y enterró en suelo natural y sin los recaudos necesarios desechos industriales correspondientes a animales muertos (bovinos); todo ello sin ningún tipo de autorización, habilitación o certificado de aptitud ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos, contaminando de modo peligroso para la salud, el suelo, el agua y el ambiente en general”

Dicho accionar fue calificado por el Fiscal General como constitutivo del delito de contaminación del agua, suelo y ambiente en general de un modo peli-

groso para la salud (art. 55 en función del art. 57 de la ley 24.051).

En su recurso de casación, los defensores particulares de Jorge Elías Mocarbel, doctores Leopoldo L. F. Lambruschini y Julio A. Federik, invocaron, como primer motivo de agravio, la vulneración al derecho de su defendido a ser asistido por un abogado de su confianza.

Puntualizaron que el tribunal vulneró la garantía en cuestión al rechazar el pedido realizado por Jorge Elías Mocarbel consistente en que se postergue el inicio del debate. Recordaron que la petición fue formulada a fin de que asumieran su defensa los letrados particulares en reemplazo de la Defensora Pública Oficial.

En función de ello, los defensores peticionaron que se declare la nulidad del pronunciamiento impugnado.

Corresponde recordar que la Corte Suprema tiene dicho que la declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 295:961; 298:312), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507).

Ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el sentido de que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas, pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia (conf. C.F.C.P., Sala IV, “Cuevas, Mauricio Isabelino s/ recurso de casación”, causa nº 14.447, reg. nº 15.972 del 12/11/11; “Paita, Ricardo Alberto y otro s/recurso de casación”, causa nº 9538, reg. nº 755/12 del 17/5/12; “Lucas, José Andrés y otro s/recurso de casación”, causa nº 14.943, reg. nº 848/12 del 24/5/12; “Rojas, Isabel y otra s/recurso de casación”, causa nº 13293, reg. nº 899/12 del 06/6/12; “Palombo, Rodolfo Oscar y otros s/recurso de casación”, causa nº 15.148, reg. nº 191/14 del 26/2/2014; “Carrera Ganga, Walter Gabriel s/ recurso de casación”, causa FCR 9400939/2011/TC1/1/CFC1, reg. nº 1009/15 del 29/5/2015; “Rodríguez, Joel Antonio y otros s/recursos de casación, FCR 28812009710/2013/TO1/CFC4, reg. nº 728/16 del 14/06/16; “Cantaluppi, Daisy Cristhiane y Cabral, Michela s/recurso de casación”, causa FSA 12272/2015/TO1/CFC1, reg. nº 743/17 del 19/06/17; “Arrillaga, Alfredo Manuel y otros s/ recurso de casación”, causa FMP 33004447/2004/TO1/CFC66, reg. nº 1460/18, del 11/10/2018, y “Nerone Rolando Oscar y otros s/ privación de libertad agravada -art. 142, inc.

1- y homicidio agravado con ensañamiento- alevosía”, causa CFP 2637/2004/TO3/CFC39, reg. n° 203/19 del 27/2/2019; causa FSM 183751/2018/TO1/CFC1, caratulada “Barreto, Ricardo Cristián s/ recurso de casación”, reg. nro. 352/20.4, rta. el 16/03/2020; causa FMZ 2250/2017/TO1/24/CFC8, caratulada “Aguilera Maldonado, Daniel Orlando y otros s/ recurso de casación”, reg. nro. 376/2021, rta. el 8/04/2021, resolución contra la que se interpusieron recursos extraordinarios federales, los que fueron declarados inadmisibles -Reg. 844/21.4-, entre muchas otras.).

Con respecto al planteo traído a consideración de este tribunal por la defensa de Jorge Elías Mocarbel, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “En materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La Corte siempre señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que le asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 343:2181; 342:122; 330:5052; 330:4925; 330:4471; 329:1794; 327:3087; 5095; 325:157; 321:1424; 320:854; 311:2502)”.

Para que exista debido proceso legal es preciso que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva. El derecho a un juicio justo tiene como uno de sus elementos fundamentales el derecho de todo acusado a ser defendido de manera efectiva, independientemente si se trata de un abogado de su confianza o de oficio.

En esta inteligencia, Maier refiere que “Las leyes procesales penales, al reglamentar la garantía de la defensa, prevén la designación de un defensor para el imputado desde el comienzo de la persecución penal, en todo caso antes de la primera declaración del imputado...”

Conforme a esas reglas le corresponde al propio imputado el derecho de designar un defensor; si él no lo ejerce, o lo ejerce mal o desea defenderse por sí mismo sin reunir las calidades mínimas para el cargo o sin poder ejercerlas con idoneidad en el caso concreto, corresponde el nombramiento de un defensor de oficio” (cfr. Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editorial del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1996, 2° Edición, pág. 584).

Las autoridades judiciales deben velar por el cumplimiento de la asistencia letrada teniendo en cuenta que esta debe ser concreta y efectiva.

En las concretas circunstancias del caso, no se advierte -ni la defensa ha logrado acreditar- la vulneración del derecho de defensa en juicio de Jorge Elías Mocarbel.

De adverso a lo sostenido por la parte, las constancias del caso evidencian que Jorge Elías Mocarbel contó durante todo el proceso con asistencia letrada y con la posibilidad de designar un abogado de su confianza.

Cabe precisar que mediante el decreto de fecha 17 de noviembre de 2020, el tribunal de juicio no denegó a Jorge Elías Mocarbel la posibilidad de designar un abogado de su confianza, sino que, como la propia defensa reconoce, rechazó la petición formulada por el nombrado dirigida a que se postergue la realización de la audiencia de debate que se llevaría a cabo al día siguiente.

Precisamente, del decreto mencionado surge que el rechazo de la petición de la parte se fundó en que la presente “se trata de una causa iniciada en el año 2015, en la que designó como abogados defensores a los Dres. Ciro Muzzachiodi y Ailin Duarte (fs. 232), prestó declaración indagatoria en marzo del 2018 (fs. 234/235), fue procesado el 09/11/18 (fs. 273/294 vta.), ingresó la causa a este Tribunal el 13/06/19 (fs. 331) e, intimado a unificar defensa por tener dos causas en trámite (fs. 341) y habiendo renunciado sus abogados (fs. 173 de la causa penal tributario) se dio intervención a la Defensa Oficial el 02/10/19. Por último, fijada la audiencia de debate con inicio el 18/11/2020 (fs. 353 y vta.) fue debidamente notificado el 09/11/20 (fs. 366 vta.)”.

Luego de señalar la inviabilidad de la postergación de la audiencia por haber sido solicitada un día antes de su comienzo, en el decreto en cuestión, la jueza de la instancia previa admitió la intervención de los defensores particulares propuestos, en el caso que decidieran aceptar el cargo.

Si bien el recurrente alegó que la denegatoria de la postergación del inicio del debate implicó, en los hechos, la imposibilidad de que Jorge Elías Mocarbel designe letrados de confianza en tanto no tendrían tiempo para preparar adecuadamente la defensa, lo cierto es que la fecha de iniciación del juicio le fue notificada a esa parte el día 9/11/20 para comenzar el 18/11/20 y que la Defensa Pública Oficial del nombrado había sido designada desde el mes de octubre del 2019.

En este contexto, entonces, el planteo del impugnante carece de sustento en tanto desde la designación de su Defensa Pública Oficial hasta la fijación

de la fecha de debate, Jorge Elías Mocarbel contó con tiempo suficiente para designar letrados de su confianza.

La crítica ensayada, además, carece de la debida fundamentación porque la defensa, más allá de invocar una genérica afectación a los derechos constitucionales en cita, prescindió de exponer las concretas defensas que esa parte se vio impedida de desplegar. Tampoco explicó en qué medida tales defensas –no especificadas– habrían influido en la solución del caso, todo lo cual, lejos de fundar el planteo ensayado, sella negativamente su suerte.

El impugnante tampoco ha demostrado la imposibilidad de comunicarse con la Defensora Pública Oficial que lo asistió en la instancia previa, ni se advierte que se haya encontrado en un estado de indefensión.

Por el contrario, de las constancias del caso surge que, a poco de asumir su representación, la Defensa Pública Oficial que asistió al imputado solicitó la suspensión del juicio a prueba, ofreció prueba en la oportunidad prevista por el art. 354 del CPPN y, durante el debate, formuló sus alegatos y se vio posibilitada de plantear las defensas que estimó pertinentes. Durante el juicio también le fue cedida la palabra al imputado quien efectuó sus alegaciones y descargos.

En definitiva, no se advierte ni el recurrente se ha hecho cargo de demostrar que en el caso haya existido un inadecuado ejercicio de la Defensora Pública Oficial que asistió al imputado durante la etapa previa que lo hubiese colocado en un estado de indefensión.

Por otro lado, la defensa cuestionó que a Jorge Elías Mocarbel le haya sido designada una Defensora Pública Oficial sin haberle brindado previamente la posibilidad de designar un abogado de su confianza.

Del análisis de las actuaciones se desprende que, con fecha 5/9/2019, la secretaria del a quo certificó que había ingresado ante ese tribunal otra causa en la Jorge Elías Mocarbel se encontraba procesado. Por esa razón, la señora jueza del a quo dispuso la acumulación subjetiva de ambos expedientes y, al advertir la existencia de pluralidad de abogados, requirió que el nombrado unifique su defensa conforme lo establecido por el artículo 105 del CPPN.

De ello, se advierte que fue ante la renuncia de los defensores particulares del imputado en la otra causa que tramitaba ante ese tribunal, y luego de la intimación cursada al imputado sin que conste manifestación alguna al respecto, que la magistrada del tribunal dispuso la intervención de la Defensa Pública Oficial.

En este punto, el impugnante no logra explicar el agravio que dicha circunstancia le causó en tanto, como se dijo, desde la designación de la Defensa Pública Oficial (octubre de 2019) el imputado contó con la posibilidad de nombrar un abogado de su confianza. De las constancias del caso, tampoco surge que Mocarbel haya manifestado su voluntad de revocar tal designación, ni demostró que el tribunal lo haya impedido de hacerlo.

En función de lo expuesto, sin que el recurrente haya logrado acreditar —ni se advierta— una real privación de defensas con aptitud para incidir en el resultado del juicio, corresponde rechazar los planteos examinados.

Los defensores particulares cuestionaron la valoración de la prueba realizada por la magistrada del a quo en la decisión impugnada.

Concretamente, manifestaron que el análisis probatorio realizado por el tribunal de juicio por medio del cual concluyó que las conductas reprochadas a Jorge Elías Mocarbel contaminaron el suelo, aire y agua resultó arbitrario.

Corresponde examinar si la sentencia traída en revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del C.P.P.N.) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.), tal como afirman los recurrentes.

El recurso de casación debe ser regulado y aplicado de conformidad con el derecho a recurrir el fallo –derivado del derecho de defensa– consagrado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestro sistema legal con igual jerarquía (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5).

Para asegurar la vigencia de la garantía en cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (sentencia del 2 de julio de 2004), sostuvo que el recurso de casación debe ser “amplio” y “eficaz”, de tal manera que permita que el tribunal superior realice “un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior”, sea que éstas se refieran a los hechos, el derecho o la pena, y así procurar “la corrección de deci-

siones jurisdiccionales contrarias al derecho” (párr. 161, 162 y 167).

Dicho precedente, precisamente, fue recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al reafirmar que le compete a esta Cámara Federal de Casación Penal “...agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisarse, o sea, por agotar la revisión de lo revisable” (in re Fallos C.1757. XL. “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, causa N°. 1681, rta. 20/09/05). Esta doctrina fue confirmada en Fallos, 328:3741; 329:149; 330:449, entre otros. Una correcta hermenéutica del recurso de casación permite que este Tribunal analice el modo en el que los jueces de la instancia anterior han valorado el material probatorio, encontrando como único límite aquellas cuestiones relacionadas directa y únicamente con la intermediación del juicio oral, materia vedada por su propia naturaleza irrepetible en esta instancia. Por ello, con relación a las declaraciones testimoniales recibidas durante la audiencia de debate, dado su carácter irreproducibles, esta Cámara podrá analizar si su contenido ha sido valorado fundadamente de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, en función del resto del material probatorio, pero en modo alguno podrá verificarse qué impresión ha causado en el ánimo de los jueces que la han presenciado y escuchado, por cuanto se trata de una percepción propia relativa a lo acontecido en el debate oral.

La doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 295:140, 329:2206 y sus citas; 330:133, entre otros).

De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de modo reiterado que dicha doctrina no es invocable en tanto la sentencia contenga fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial (Fallos: 290:95; 325:924 y sus citas, entre otros).

Desde esta perspectiva y con los alcances asignados, los que han sido reiterados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gorrioitía vs. Argentina* (sentencia del 2 de septiembre de 2019), debe evaluarse el acierto o error del a quo a la hora de valorar la prueba y tener por debidamente comprobado el hecho y la responsabilidad penal de Jorge Elías Mocarbel consistente en haber contaminado el suelo, el agua y el ambiente en general de un modo peligroso para la salud, mediante: a) el derrame de efluentes líquidos de la empresa “Mocarbel SRL” sin tratamiento y por fuera de los límites permitidos en el arroyo “El Salto”, el cual se comunica con el río Paraná, b) la quema a cielo abierto y sin ningún tipo de tratamiento

de residuos sólidos industriales tales como restos de animales, sus cabezas, huesos, pelos, cueros y grasas, lo cuales liberaron gases tóxicos en contacto con el aire, y c) la acumulación y entierre en suelo natural y sin los recaudos necesarios de desechos industriales correspondientes a animales muertos (bovinos).

Cabe adelantar que de la lectura de la resolución en crisis se advierte que en la sentencia se han aplicado correctamente las reglas de la sana crítica racional y que el razonamiento allí expuesto demuestra que se ha comprobado debidamente el hecho que derivó en la condena imputada.

Para tener por acreditados los sucesos imputados y la participación que en ellos le cupo a Jorge Elías Mocarbel en su carácter de socio gerente de la empresa “Mocarbel SRL”, el tribunal se valió de diversos elementos probatorios reunidos en autos, entre los que caben destacar: el expediente de investigación preliminar iniciado por la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (en adelante, UFIMA); las tareas de campo efectuadas por la Policía Federal Argentina Delegación Paraná de Delitos Federales Complejos; las declaraciones brindadas durante el debate por el ingeniero químico Daniel Hess; por los ingenieros ambientales Rodrigo Lisandro Borda y Elisabet Saavedra; por el Técnico de la Secretaría de Ambiente, Martín Eduardo Irigoitia; por el licenciado en ciencia ambiental de la Secretaría de Ambiente, Germán Andrés Rivero Solari; por el Subcomisario de la PFA, Claudio Fernando Duque; por el Comisario Alberto Raúl Candia; por el Comisario Inspector de la PFA, Víctor Alfonso Chanenkeno; por la licencia en química, María Fernanda Cuneo Basaldúa; por el entonces miembro de la de la División Operaciones de la Dirección de Delitos Ambientales, Guillermo Leonardo Haberckon, y por el agente de la PFA, Carlos Alberto Frías.

También fueron ponderadas las actuaciones e informes técnicos realizados por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos respecto de la empresa “Mocarbel SRL” y los informes técnicos presentados por la licenciada en química de la UFIMA Fernanda Cuneo Basaldúa; por el Subcomisario químico, Albergo Raúl Candia; por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos y por el ingeniero químico, Daniel Hess (todos estos elementos fueron incorporados por lectura al debate).

En el caso no se encuentra controvertido que la empresa “Mocarbel SRL”, en la cual Jorge Elías Mocarbel era socio gerente, se dedicaba a la producción de materia prima derivada de la grasa vacuna, a la elaboración de granos y sémola, harinas de origen animal, y a productos tales como jabones de tocador e industriales.

La defensa objeta que la actividad desplegada por la empresa haya producido un resultado lesivo para el medio ambiente, tal como se tuvo por probado en la sentencia impugnada.

Las presentes actuaciones tuvieron inicio a partir de la denuncia efectuada por el Fiscal Federal, doctor Diego Iglesias, a cargo de la UFIMA, al constatar que desde la aplicación “alerta Google”, una noticia periódica daba cuenta que el establecimiento “Mocarbel SRL”, sito en el kilómetro 21 de la Ruta Provincial N° 11, Aldea Brasileira, de la provincia de Entre Ríos, estaba generando emisiones gaseosas y olores nauseabundos.

Según lo relatado en la resolución impugnada “El diario UNO, de esta ciudad, también comunica que se hace eco de las denuncias públicas de vecinos preocupados por el perjuicio al medio ambiente y la salud de la población, que los mismos plantearon el problema ante las autoridades pertinentes, destacando que la empresa había asumido un compromiso firmado en octubre de 2008 con la Secretaría de Medio Ambiente, que cumplió el 30 de agosto de 2009, incorporando equipos para mejorar el tratamiento de los efluentes líquidos y gaseosos, pues había clausurado ese establecimiento e intimado a que se realicen adecuaciones con el fin de evitar las circunstancias mencionadas”.

La investigación preliminar N° 1723/15 llevó a la UFIMA a disponer medidas para investigar la veracidad de la información y, en esa tarea, convocó a cinco autoridades diferentes: encomendó a la Policía Federal Argentina -Delegación Paraná- a que efectúe tareas investigativas tendientes a verificar la existencia de actividades en infracción a la ley 24.051, encomendándole 10 medidas; en caso de encontrarse a la empresa “Mocarbel SRL” realizando proceso productivo y evacuando efluentes líquidos comisionó a personal idóneo de la División Operaciones del Departamento Delitos Ambientales para que obtenga muestras del líquido industrial volcado, a fin de que el laboratorio de la fuerza realice análisis para determinar los parámetros de potencial de hidrógeno (pH), demanda biológica de oxígeno (DBO), demanda química de oxígeno (DQO), sustancias activas al azul del metileno (SAAM) y sustancias solubles en éter etílico.

También se petitionó al Secretario a cargo de la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos los antecedentes de inspecciones realizadas allí desde el año 2013 hasta la actualidad y la confección de diversos informes.

Se le requirió al Intendente de la Municipalidad de Aldea Brasileira la realización de otras medidas como

la zonificación del predio de la firma “Mocarbel SRL” y que informe si se encuentra habilitada, y si registra denuncias de los vecinos.

Finalmente, se solicitaron informes al Juzgado Federal y a la Fiscalía Federal para que den cuenta si la firma mencionada registraba causas por infracción a la ley 24.051.

La magistrada de la instancia anterior refirió que los resultados de la investigación fueron categóricos en cuanto a que la actividad llevaba a cabo por la empresa investigada generaba contaminación ambiental. Destacó que “los actos que efectuaron los agentes estatales gozan de la presunción de autenticidad, ellos no fueron autogestionados, sino que fueron encomendados por funcionarios que representan el interés público, cuyo deber es actuar bajo las premisas constitucionales y legales. Las críticas defensivas a la actividad de la Policía Federal y a los resultados de los análisis químicos y biológicos son inconsistentes”.

En el pronunciamiento examinado se explicó que la actividad de adquisición de datos efectuada por los funcionarios de la Policía Federal se encuentra corroborada por las declaraciones del Suboficial Carlos Alberto Frías y del Oficial Guillermo Haberckon, -donde refiere que actuó junto al cabo Guzmán y dos testigos hábiles— quienes demuestran la transparencia de dicha tarea.

El tribunal de la instancia previa ponderó que en el acta de extracción de muestras lucen las firmas de dos ciudadanos Mario Augusto Barón y Pedro Martín Rohr, donde se lee testigo 1 y testigo 2. Por último, resaltó que “No solo existió esa actividad prevencional, sino que Frías y Haberckon fueron examinados en el juicio oral y público, donde expusieron con claridad sus investigaciones”.

Por otra parte, el tribunal tuvo en cuenta los trabajos de campo realizados por la Policía Federal Argentina -División de medio ambiente-.

En la sentencia surge que “A través del Sargento Frías, quien se hizo presente en las inmediaciones de la fábrica, se constató las existencias de piletones, que se encontraban en muy mal estado, de los cuales es notable sentir mucho olor nauseabundo, observándose también una especie de vapor blancuzco o similar. Constató asimismo que uno de los piletones posee un caño que comunica con el arroyo Sato, el cual luego desemboca en el río Salto”.

Al respecto, valoró que el funcionario refirió que “los vecinos más próximos al lugar, manifestaron que

es constante sentir olores nauseabundos y gases que emanan de los piletones, como de la fábrica en sí.

Dijo que los vecinos agregaron que la mayor cantidad de camiones que llegaban a la fábrica, lo hacían los días sábado, que para ellos esa situación es nociva para la salud y el medio ambiente, destacando que cuando se volcaban los efluentes se formaba una capa grasosa, de grasa aceitosa, de la que, surgía un olor nauseabundo. También manifestaron los vecinos que tiempo atrás utilizaban el agua del arroyo para riego y para consumo de animales, lo que provocó que muchos animales y vegetales se enfermaran, hasta en muchos casos producir la muerte. También dijeron que se contaminaron las napas para extraer agua de pozo. Toda esta labor específica realizada el 7 de octubre de 2015 fue ilustrada con fotografías que fueron reconocidas en la audiencia”.

Conforme surge de la sentencia examinada, el día 15 de octubre de 2015, el funcionario Frías constató la presencia de restos animales en la parte trasera de la fábrica, donde el olor era aún más fuerte. La magistrada también valoró que Frías manifestó que “uno de los piletones posee un caño el cual libera líquidos al arroyo el Salto”.

A partir de allí, el a quo explicó que “Con tales antecedentes, el Oficial Guillermo Haberckon, perteneciente a la División Operaciones del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina... se constituyó a la vera de los cursos de agua, donde desembocan los piletones, tomó las muestras de líquidos en distintos puntos, a fin de analizar los efluentes líquidos volcados por la empresa. Este funcionario pudo advertir una gran cantidad de desechos como huesos y grasa animal. Lucen fotografías de la toma de muestras a fs. 41/44. Ratifica su actuación de fs. 103, agregando que los días 14 y 15 de octubre de 2015 se hizo presente en las intermediaciones de la firma Mocarbel, observando a simple vista que la firma posee gran cantidad de restos vacunos (huesos) en la parte posterior del predio de la firma, los cuales se encontraban quemados en su mayoría, otros enterrados, algunos emanando humo de la incineración al aire libre, percibiendo un fuerte olor a materia putrefacta. Observó varios piletones, sin equipamiento mecánico alguno, aunque no divisó emanación de gases. El día 15 extrajo las muestras en distintos puntos, tomando como punto de partida el caño de vuelco al arroyito el Salto, también aguas arriba y aguas abajo. Especificó que no percibió la presencia de maquinaria que dé cuenta del tratamiento de efluentes volcados, pero observó una cantidad importante de bolsas de arpillera con tierra o arena en su interior, para contener el terraplén armado para la creación de los piletones”.

La jueza precisó que, iniciada la investigación jurisdiccional, el juez instructor ordenó nuevas inspecciones en la firma sospechada, encomendando la labor a la Policía Federal. Así, “el Sargento Frías se constituyó en el lugar, los días 10, 18 y 24 de junio y el día 1° de julio de 2017. El funcionario informó que: la fábrica seguía en funciones; que el mayor volumen de camiones era recibido los fines de semana, en horario nocturno, y que los vecinos del lugar informaron que los responsables de la empresa estaban al tanto de las consecuencias negativas de su accionar y pese a ello, continuaban con el volcado de efluentes contaminantes en el arroyo Salto, que pudo observar que el agua del arroyito presentaba un color rojizo y con espuma blanca y que en el lugar había un notable olor nauseabundo...”

En el pronunciamiento aquí examinado también se tuvo en cuenta la tarea desarrollada por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos.

Al respecto, la magistrada señaló que “la actividad del Estado Entrerriano fue precautoria y preventiva, no requirió la solución al Poder Punitivo, trató de encausar el conflicto en sede administrativa, cuidando una fuente importante de trabajo. Actuó en diversas oportunidades a través de profesionales idóneos en la materia, había realizado numerosas inspecciones, las que fueron volcadas en documentos, sin que pudiera obtener, de quién representaba a la empresa, el hoy imputado, una respuesta que concluya o cese con el accionar ilícito”.

En la sentencia se puntualizó que la relación de causalidad entre los efluentes líquidos, gaseosos y sólidos que provenían de la fábrica no puede ser refutada ya que las actas reflejan la actividad preventiva de los funcionarios, todas firmadas por Jorge Elías Mocarbel, y que las declaraciones de los funcionarios actuantes “revelan la contumacia a adecuar el funcionamiento del emprendimiento a los valores que respetan el medio ambiente”.

El tribunal ponderó el informe sobre la actividad que desarrollaron los funcionarios de la Secretaría de Ambiente desde el año 2013 a octubre de 2015, junto con las copias de actas en el predio que ocupa la empresa.

A partir de las inspecciones realizadas y documentadas, el tribunal ponderó que los funcionarios constataron los siguientes hechos:

*En abril de 2013 se constató fuga de efluentes gaseosos, en la tubería que comunica el aerocondensador con el digestor, presencia de residuos sólidos dispersados en suelo natural, quema a cielo abierto

de cueros, pelos, huesos, remanente de grasa, sin tratamiento. Es importante destacar que la Secretaría de ambiente se constituyó por denuncia telefónica que efectuó Vialidad Nacional. Se lo intimó a presentar un plan, no habiendo dado cumplimiento.

*El 10 de junio de 2014 se constató que no se realizaron las tareas de limpieza en el sector donde se encuentra grasa, cueros, huesos, restos de residuos quemados a cielo abierto. (fs.68). Lucen tomas fotográficas a fs. 72/75. También se tomaron muestras del efluente líquido, de un sector de ruptura del talud de la laguna de estabilización antes de descargar al arroyo. (fs. 69). En fecha 2 de julio la empresa informa que ha iniciado las tareas de limpieza del predio.

*El 22 de julio de 2014 comprobando que estaban quemando residuos industriales a cielo abierto, tales como huesos, pelos, restos de animales, generando olores nauseabundos. Se realizan tomas fotográficas.

*Frente a esta situación se convoca al Gerente Elías Mocarbel a fin de tratar el tema de gestión de residuos generados por la empresa, ante reclamos realizados por los vecinos - Vialidad Nacional.

*El 22 de octubre de 2014 obra acta de inspección, se constató quema a cielo abierto, agregando fotografías, que dan cuenta que no se trata de las secuelas del incendio ocurrido el 23 del mismo mes y año. (fs. 81/2).

*El 21 de noviembre de 2014 la empresa se compromete a presentar un proyecto de adecuación de la fábrica, presentando el mismo el 11 de diciembre de 2014, el cual no se adecua al acta acuerdo.

*El 18 de febrero de 2015 se notifica a la empresa las observaciones formuladas por personal técnico.

*En repuesta el Ingeniero Daniel Hess presenta un descargo el 18 mayo de 2015, el que fue evaluado por los funcionarios de la Secretaría, considerando que la empresa no cumple con el acta acuerdo.

*El 27 de mayo de 2015 se realiza una nueva inspección constatando la situación de quema a cielo abierto, sobre suelo natural, percibiendo un fuerte olor, fruto de la descomposición. La empresa presenta la propuesta de enterrarlos, la que fue rechazada.

*Con los antecedentes reunidos, el Ingeniero Fernando Raffo, Secretario de Ambiente, mediante resolución N° 296 le aplica a la Empresa una sanción pecuniaria y le otorga un plazo de 10 días para que presente un plan de tratamiento de residuos sólidos y tratamiento de efluentes gaseosos, siendo notificada

la empresa el 6 de agosto de 2015. Siguen los incumplimientos a las sanciones y además no presentó ningún plan de efluentes líquidos y gaseosos.

*También la Secretaría remitió al domicilio real de la Empresa Mocarbel y al consultor técnico Ingeniero Daniel Hess, la denuncia de Vialidad Nacional Zona VI, fechada el 31 de Julio de 2015, para que efectúen el descargo, pero la misma fue ignorada...”

La magistrada concluyó que con el trabajo realizado por los profesionales idóneos en la materia se demostró que los efluentes líquidos, sólidos y gaseosos impactaban negativamente en el ambiente, alterando sus valores normales y contaminándolo.

En este punto, destacó la solvencia académica y funcional de la licenciada en química María Fernanda Cuneo Basaldúa, del Subcomisario químico Candia, de los profesionales de la Secretaría de Ambiente, Ingenieros Ambientales Elisabet Saavedra y Rodrigo Borda, de los especialistas Martín Irigoytia, Germán Rivero Solari, patentizada a través de sus informes y a partir de oír sus conclusiones en la audiencia de debate.

Frente a las críticas efectuadas por la defensa vinculadas con las conclusiones arribadas en los informes realizados, las que fueron reiteradas en su impugnación ante esta instancia, la magistrada refirió que “De estos especialistas provienen los datos más importantes que vertebran la sólida hipótesis fiscal, sin que surja de lo actuado un actuar reprochable, interesado o parcial”.

Sobre la cuestión, en la sentencia se tuvo en cuenta lo dicho por la CSJN en orden a que “los dictámenes emitidos por organismos del Estado en sede administrativa sobre daño ambiental agregados al proceso tienen la fuerza probatoria de los informes periciales (conf. art. 33, de la ley 25.675)” (CSJN, causa 714/2016/RH1 Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental, resolución del 11/7/2019).

A continuación, la sentenciante analizó el material probatorio reunido en la causa con el fin de determinar si existió, o no, la contaminación del aire, agua, suelo y del ambiente en general con base en la cual el representante del Ministerio Público Fiscal sustentó su acusación.

Con respecto a la contaminación del aire producto de la actividad llevaba a cabo por la empresa, la magistrada de grado valoró los informes labrados por la Secretaría de Ambiente y lo declarado durante el debate por los testigos Rivero Solari y Martín Irigoytia.

La jueza ponderó que Rivero Solari fue contundente al afirmar que los vapores de la quema causaban contaminación, sostuvo que se logró determinar que los valores de dióxido de azufre, nitrógeno y sulfúrico eran superiores a los límites y que también detectaron monóxido de carbono, y que este último podía estar asociado a la combustión de combustibles fósiles, pues esos gases se consideraban peligrosos y generaban contaminación.

En la sentencia se tuvo en consideración que en el informe de la Secretaría de Ambiente de fecha 22 de noviembre de 2016, se concluyó que: "En el primer punto de medición (vientos arriba) se exceden los valores límites reglamentados en el Anexo II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 y en la Tabla 10 del Anexo II de la Ley N°24051 para las siguientes contaminantes criterio: NO2, H2S y SO2...

En el segundo punto de medición (vientos abajo) se exceden los valores límites reglamentados en el Anexo II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 y en la Tabla 10 del Anexo II de la Ley N° 24051 para las siguientes contaminantes criterio: NO2, H2S, CO y SO2".

A partir de lo reseñado, la magistrada concluyó que "Estas aseveraciones llevan a colegir que la quema que se efectuaba en la Empresa Mocarbel provocaba emisiones contaminantes a la atmósfera, situación percibida por el Sargento Frías, pues sintió olores nauseabundos, los que también fueron advertidos por los vecinos del lugar, por los agentes de Vialidad Nacional y por los funcionarios de la Policía Federal que participaron de las inspecciones a la empresa".

Con relación a la afectación del suelo, la sentenciante recordó las explicaciones brindadas por la Licenciada Química, en cuanto mencionó que "la práctica de quema en basurales está contemplada como una de las principales fuentes de generación de 'dioxinas y furanos', cfr. ley 26.011, que aprueba el Convenio de Estocolmo. La ley citada los categoriza como contaminantes orgánicos persistentes. Añadió que las dioxinas y furanos, producto de la quema están presentes en el aire, han sido clasificadas en la ley 24.051".

El tribunal también valoró los dichos de la licenciada química Fernanda Cúneo Basaldúa quien destacó que "las actividades de enterramiento son una fuente de contaminación en las napas subterráneas, o sea lixiviación, pues el líquido que disuelve total o parcialmente ciertos compuestos y suspende otros, los arrastra hacia las capas más profundas del suelo. Viene al caso destacar, que el Sargento Frías recoge las impresiones de los vecinos de la zona, quienes manifestaron que los pozos donde extraían el agua

debieron ser construidos a mayor profundidad, por efectos de la contaminación".

Por último, con relación a la contaminación del agua, la jueza, a partir de la prueba reunida en autos, tuvo por acreditado que la empresa "Mocarbel SRL" arrojó efluentes líquidos al arroyito "El Salto" que desemboca en el Río Paraná, por lo cual la degradación afectaría su curso e impactaría en las vecinas provincias de Santa Fe y Buenos Aires, por el principio de unidad de la cuenca.

Seguidamente, se ponderó que "la presencia de los piletones en el predio de la fábrica es un hecho no controvertido, los cuales no tenían el cuidado suficiente... De estos piletones salía un caño que volcaba los efluentes líquidos".

El tribunal de juicio destacó que en la inspección realizada el día 10 de junio de 2014 al predio de la empresa por parte de la Secretaría de Ambiente "se tomó una muestra del efluente líquido final de un sector de ruptura del talud de la laguna de estabilización previo a descargar en el arroyo, donde comprobó que la empresa estaba volcando fuera del Anexo I del decreto 5837/91, reglamentario de la ley 6260, pues la DBO, que estipula un valor permitido menor 50 mg/l para descarga a arroyo y el resultado de la muestra es de 103 mg/l".

La magistrada tuvo en cuenta que "Se aclaró en la audiencia que el DBO indica la presencia elevada de materia orgánica, lo que provoca el consumo de oxígeno disuelto del cuerpo receptor con el consiguiente impacto negativo sobre los organismos acuáticos. Por ello, el anexo II de la ley 24.051, lo subsume en H.12 Ecológicos, definiéndolos la Licenciada en Química, Fernanda Cúneo Basaldúa como 'sustancias o desechos que si se liberan tienen o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos".

A continuación, la jueza memoró que el 11 de noviembre de 2016 se volvió a constar que la rotura del talud de la laguna de estabilización no fue reparada, por lo cual el volcado de efluentes peligrosos era una realidad.

En este sentido, en la sentencia se ponderó que "el Sargento Frías constató que los piletones no tenían equipamiento, el color oscuro de las aguas del arroyo, la emisión de gases, la capa espesa y aceitosa en el arroyo 'El Salto', el fuerte olor nauseabundo. Además, deja constancia que los vecinos del lugar manifestaron que el agua del arroyo Salto es utilizada para riego y para el consumo de animales de granja, debiendo

ampliarse la profundidad de los pozos desde la aparición de la fábrica. El subcomisario químico Candia analizó las muestras extraídas por Haberckon, comprobando la existencia de contaminación del agua, pues las muestras analizadas obtenidas en el punto de vuelco, evidenciaron turbidez y determinada coloración, dadas sus características físicas. Así esa muestra dio un valor de oxígeno disuelto de 4,96 mg/l, próximo al límite determinado como riesgoso. Para el caso de las muestras tomadas aguas arriba y aguas abajo se presentaron valores de oxígeno muy superiores al del punto de vuelco, lo que demuestra que el efluente que se vuelca en el arroyito El Salto produce contaminación, por eso el bajo valor de oxígeno. En lo que respecta a la demanda química de oxígeno (DQO) la muestra en el punto de vuelco evidenció un valor mayor a 1500mg/l, demostrativa de la alta contaminación”.

Por otro lado, la magistrada señaló que otro punto de referencia que da cuenta de la contaminación del agua lo establece su conductividad y que la muestra tomada en el punto de vuelco “exhibió un valor elevado y mayor respecto las muestras tomadas aguas arriba y aguas abajo, lo que se relaciona con una alta carga de sales minerales”.

A partir de lo reseñado la sentenciante concluyó que “En consecuencia, dos organismos del Estado, autónomos unos de otros, con diferentes enclaves institucionales, son fuentes independientes, cuyas conclusiones no han sido refutadas con eficacia por la defensa técnica. Tanto los funcionarios de la Policía Federal, como los de la Secretaría de Ambiente de E.R., advirtieron que el vertido que provenía de un caño de la empresa, se volcaba al Arroyo El Salto, donde fue visualizada una capa grasosa y aceitosa.

Los efluentes líquidos vertidos tenían materia orgánica que provocaba consumo de oxígeno en el agua, ello generaba un impacto negativo sobre los organismos acuáticos y contaminación al agua, tal como lo describió el Ingeniero Ambiental Rodrigo Borda, quien sostuvo, desde su saber científico, que del análisis de las muestras obtenidas del sistema de tratamiento de lagunas, estaban por encima de lo reglamentado por la provincia y que la elevada demanda biológica de oxígeno generaba contaminación”.

En el pronunciamiento examinado se valoró que la ingeniera Elisabet Saavedra recordó que se habían obtenido muestras de efluentes líquidos y que dieron como resultado que estaban por arriba del límite permitido por la normativa ambiental.

El informe labrado por la División de Delitos Ambientales de la PFA también acompañó dichas con-

clusiones en tanto surge que “En la determinación de la demanda química de oxígeno (DQO), la muestra del punto de vuelco precintada N° 423404 y rotulada como M=2, evidenció un valor muy elevado (mayor a 1500 mg/l) y por encima de los valores máximos permitidos en el Decreto”.

En el mismo sentido se pronunciaron los licenciados Alberto Candia y Fernanda Cúneo Basladúa. En la sentencia surge que el primero de ellos ratificó en el debate lo sostenido en el informe de la PFA y agregó que “la contaminación se correspondía con contaminantes de contenido orgánico: grasas, aceites y que había un peligro para la salud de la vida acuática. También sostuvo que la mucanga, es un producto grasoso, que, si sus residuos se vuelcan al agua, sin un debido tratamiento, constituye un accionar peligroso”.

Finalmente, en el pronunciamiento recurrido se valoró que Cuneo Basaldúa declaró en el juicio sobre la gravedad que implicaba el accionar de la empresa “Mocarbel SRL” consistente en volcar los efluentes líquidos en el agua, remarcó el daño que ello generaba en la vida acuática y reiteró su explicación sobre los “eco tóxicos” y el daño a la flora y a la fauna.

De la reseñada efectuada acerca de la actividad de valoración de la prueba efectuada por el tribunal, se observa que la misma ha sido realizada conforme las reglas de la sana crítica racional, resultando las alegaciones introducidas por la defensa en su escrito casatorio, desprovistas de sustento fáctico, inscribiéndose como afirmaciones que no se corresponden con las constancias de la causa.

En el caso sometido a estudio, la jueza sentenciante se valió de numerosos elementos de prueba que permitieron sustentar la hipótesis delictiva atribuido por el representante del Ministerio Público Fiscal a la empresa “Mocarbel SRL” y, precisamente, a su socio gerente Jorge Elías Mocarbel. A su vez, de adverso a lo postulado por el recurrente, el material probatorio es conteste en señalar que el accionar realizado por la firma “Mocarbel SRL” generó contaminación en el suelo, agua y ambiente en general.

La materialidad de los hechos imputados surge acreditada en virtud de los numerosos elementos probatorios obrantes en la causa y valorados por la magistrada en la resolución aquí analizada.

Las tareas de campo realizadas por la Policía Federal Argentina en el establecimiento, las numerosas inspecciones desarrolladas por personal técnico de la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos, el sumario iniciado a la empresa por dicho organismo, el acta de levantamiento de muestras y fotografías

tomadas por personal del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina y la inspección realizada; el informe de laboratorio L22/15 correspondiente a las muestras extraídas, el informe técnico N° 64/15 del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, el informe de la licenciada en química de la UFIMA, Fernanda Cúneo Basaldúa y los últimos informes de la Secretaría de Ambiente de la Provincia, así como las últimas tareas de inteligencia efectuadas por la Policía Federal Argentina permitieron acreditar la contaminación del agua, suelo y del ambiente general a raíz de la actividad de la fábrica de jabones, detergentes, aceites, grasas y otros productos de origen animal de la firma "MOCARBEL SRL".

Concretamente, a partir de los elementos de prueba mencionados se logró constatar que en el predio del establecimiento de la mencionada firma en el período determinado en la imputación, se acumularon y enterraron desechos industriales, se quemaron a cielo abierto desechos sólidos industriales; todo lo cual produjo la contaminación del ambiente en general producto de la liberación de dioxinas y furanos en el aire y la contaminación del suelo producto de la lixiviación en la tierra y napas del agua subterránea a raíz de tales actividades. También se determinó que la actividad llevaba a cabo por la empresa produjo la contaminación del agua a partir de diversos factores, como un exceso en los valores permitidos de la Demanda Biológica de Oxígeno (DBO), Demanda Química de Oxígeno (DQO), y la conductividad eléctrica; lo que fue suficientemente fundamentado a partir de los resultados obtenidos por los organismos especializados en los análisis de laboratorios y sobre las muestras extraídas en el funcionamiento de la fábrica.

Cabe destacar que, en casos como el presente, cobra especial relevancia la prueba consistente en la extracción de muestras, las pericias realizadas sobre ellas y los informes técnicos elaborados al respecto, así como las distintas inspecciones oculares y constataciones realizadas en el terreno. Esos peritajes resultan de un importante valor probatorio en tanto dan cuenta sobre la calidad, el tipo de sustancia y su influencia en el medio ambiente. Dadas las características de este tipo de procesos, y en tanto la apreciación de los hechos controvertidos requerirá conocimientos especializados, el juez (y el desenlace del pleito) dependerá en gran medida (casi prioritariamente) de la prueba técnica y científica (Mariana Catalano y Mariano Hernán Borinsky, "Protección penal del ambiente y del patrimonio cultural", 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot, 2021, pag. 333, y sus citas).

En este aspecto, se advierte que las críticas ensayadas por la defensa no logran conmovir las conclusio-

nes alcanzadas en el fallo examinado, pues la prueba referida da cuenta de la existencia de contaminación y degradación del ambiente y que los parámetros informados exceden los valores de referencia permitidos.

Todo lo expuesto permite rechazar la alegación defensiva de que no ha sido comprobado el poder contaminante de las sustancias manipuladas por la empresa, pues la numerosa prueba producida ha sido conteste en señalar la calidad de residuos peligrosos de las sustancias en cuestión (artículo 2, Anexo I y Anexo II de la ley 24.051), idóneos para producir la contaminación del suelo, el agua y el ambiente en general de modo peligroso para la salud.

En tales condiciones, la arbitrariedad denunciada se encuentra desprovista de todo sustento. Ello es así, ni bien se observa que el tribunal de la instancia previa, en su inteligencia, realizó un tratamiento concreto y pormenorizado sobre las particularidades de cada uno de los sucesos investigados y descartó las diferentes defensas articuladas en favor del imputado a través de un razonamiento lógico y crítico de los distintos elementos de prueba incorporados al legajo. En definitiva, las manifestaciones expuestas en la presentación casatoria no resultan suficientes para controvertir la prueba recabada en autos, que acredita el suceso atribuido y la responsabilidad que le cupo en el a Jorge Elías Mocarbel.

Por otra parte, la defensa cuestionó la interpretación efectuada en la sentencia respecto del tipo penal contenido en el art. 55 de la ley 24.051, en tanto allí se consideró que el delito en cuestión tiene como bien jurídico protegido al medio ambiente.

Contrariamente, el impugnante alegó que el delito protege la salud pública y que, para su configuración, exige la comprobación de un peligro concreto sobre ese bien jurídico.

En esta inteligencia, la defensa sostuvo que, al no haberse acreditado una afectación real y directa sobre la salud pública, corresponde que se dicte la absolución de Jorge Elías Mocarbel.

La figura legal por la que Jorge Elías Mocarbel resultó condenado establece que "Será reprimido con las mismas penas del artículo 200 del Código Penal el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general..." (art. 55 de la ley 24.051).

A su vez, el art. 2 de la citada ley establece que “Será considerado peligroso, a los efectos de esta ley, todo residuo que pueda causar daño directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley...”

A partir de la reforma llevada a cabo en el año 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el artículo 41, que establece que “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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, 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.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

De la lectura de este artículo, inserto bajo el título de “nuevos derechos y garantías” se advierte que la Constitución Argentina consagra el derecho a un ambiente sano y el deber de preservarlo. La CSJN, por su parte, pone de resalto este correlato del derecho ambiental, en cuanto a la importancia que tiene el deber de cuidado del ambiente. Así, ha sido explícita al respecto al decir que “La Constitución Nacional tutela el ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho” (Fallos: 339:515).

El derecho internacional también reconoce la relación interdependiente que existe entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible, la salud y los derechos humanos (cfr. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y lo resuelto por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas —Nro. A/RES/64/292, rta. 28/07/2010—).

En esta línea, con respecto a los bienes jurídicos en juego —medio ambiente y salud, como delitos de lesión y de peligro— ya he tenido oportunidad de recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el “... reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente...” (C.S.J.N., “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, M.1569.XL., rta. el 20/06/2006, Fallos: 329:2316; doctrina reiterada in re “Cruz, Felipa y otros c/Minera Alumbrera Limited y otro s/sumarísimo”, causas CSJ 154/2013 (49-C)/CS1 y CSJ 695/2013 (49-C)/CS1, rta. el 23/02/2016, Fallo: 339:142).

En este esquema, no puede ser soslayado que la “... tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (C.S.J.N., caso “Mendoza” ya citado, considerando 18, doctrina reiterada in re “Municipalidad de Berazategui c/Aguas Argentinas S.A.”, M.2695.XXXIX, rta. el 28/07/2009, Fallos: 332:1600) —cfr., en lo pertinente y aplicable, voto del suscripto, C.F.C.P., Sala IV, causa FCB 91001122/1998/TO1/4/CFC1, caratulada “Bornemann, Jorge Alfredo s/ recurso de casación”, rta. el 9/3/2022, Reg. 195/22; causa FTU 400835/2007/CFC1, caratulada “ROCCHIA FERRO, Jorge Alberto s/ infracción ley 24.051”, rta. el 17/11/2017, Reg. 1654/17.4; causa FTU 400830/2007/CFC1 “Azucarrera, J.M. Terán S.A., Ing. Santa Bárbara, José Agustín Colombres y Julio José Colombres s/recurso de casación”, rta. 14/7/16, Reg. 937/16 y de la Sala I de esta CFPC, voto del suscripto, causa CCC 51880/2011/3/1/CFC1 “AMUTIO, Silvia Beatriz s/recurso de casación”, rta. 29/11/16, Reg. 2295/16.1—.

En esta inteligencia también se ha pronunciado la Sala I de esta CFCP en la causa FMP 23116/2016/2/CFC1, caratulada “Cruz, Marcelo Delismiro s/recurso de casación”, rta. el 23/12/2019, Reg. 2316/19.

Sobre la cuestión, Cafferata explica que “la norma refiere que la acción de contaminar lo sea de modo peligroso para la salud, lo que implica, no la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino la generación de un peligro común. No es el daño, sino la posibilidad del daño que entraña el delito” (Cafferata, Néstor A., “Jurisprudencia Penal Ambiental”, Thomson Reuters, La Ley, AR/DOC/8129/2001).

De adverso a lo postulado por el recurrente, la significación jurídica escogida por el tribunal ha sido suficientemente sustentada a partir de los diversos sucesos que fueron correctamente acreditados en el caso bajo examen, sin que sus alegaciones logren demostrar la violación a las garantías constitucionales que enuncia.

Tal como se expuso en la sentencia, el accionar de Jorge Elías Mocarbel produjo:

“H11: Sustancias tóxicas (con efectos retardados o crónicos): sustancias o desechos que, de ser aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel pueden entrañar efectos retardados o crónicos, incluso la carcinogénesis.

H12: Ecotóxicos: sustancias o desechos que, si se liberan, tienen o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos.

H13: sustancias que pueden, por algún medio, después de su eliminación dar origen a otra sustancia, por ejemplo, un producto de lixiviación, que posee alguna de las características arriba expuestas” (cfr. Ley 24.051, Anexo II, Lista de Características Peligrosas).

Con respecto al suelo, se acreditó que la actividad desplegada por “Mocarbel SRL” produjo un proceso llamado “lixiviación” que según lo explicado por el Ingeniero Borda y la licenciada Cúneo Basaldúa, se produce cuando “los residuos son dejados sin protección producen ese fenómeno, lixiviación, que es el residuo entrando en contacto con el suelo a lo largo del tiempo, con la lluvia, con los cambios climáticos, va produciendo líquidos que van penetrando en el suelo, y que va a llegar, a la napa subterránea, que debe estar limpia, y que si no está limpia es por una acción del hombre en la superficie”, afirmando que “ese es uno de los problemas de la contaminación, del mal manejo de los residuos sólidos; y que ‘toda la reglamentación, toda la literatura de esta materia, establece que los re-

siduos sólidos que se acumulan ubicados de manera desnuda, sin ningún tipo de protección, solamente pueden aferrarse al suelo, si no hay protección, no hay otra opción de que ese líquido no penetre en el suelo’. Fenómeno que contempla el anexo II, H 13. Las sucesivas inspecciones dieron cuenta de las repetidas quemadas a cielo abierto y del enterramiento de los restos, como también las investigaciones y las visualizaciones efectuadas por personal de la Policía Federal Argentina”.

Con base en lo expuesto el tribunal descartó el planteo de la defensa de Mocarbel —reiterado en su recurso de casación—, referido a que la actividad desplegada por su asistido se mantuvo dentro de los parámetros normativos pues se trataba de materiales orgánicos que la tierra biodegrada e inmuniza. A lo expuesto, el a quo añadió que la defensa “Insiste en su postura a pesar de las diversas objeciones que recibió de la Secretaría de Ambiente de Entre Ríos, él mismo reconoció en el Convenio firmado en noviembre de 2014, que los residuos eran depositados sobre suelo natural, comprometiéndose a efectuar un tratamiento”.

De este modo, el tribunal concluyó que “Su accionar produjo la lixiviación, afectó las napas subterráneas que utilizan los vecinos del lugar, para extraer el agua para el diario vivir, tal como fuera oportunamente informado por la fuerza prevencional interviniente, configurándose entonces el potencial riesgo para la salud, pues lo que hacía el imputado era precisamente lo que tenía prohibido”.

Por otro lado, y en lo que respecta a la contaminación del agua, el tribunal recordó que los testigos expertos, Borda y Cúneo Basaldúa, determinaron con certeza que estaba contaminada. A partir de ello, la sentenciante indicó que “De ese modo, se afectó la vida de la flora, fauna y se comprometió la salud pública de todos quienes vivían en las inmediaciones. Es que esa contaminación del agua, obstaculizó su uso recreativo, como también impidió una visual transparente dada la cobertura grasosa y su turbidez, afectando también las posibilidades de un riego límpido y la bebida de los animales en toda esa cuenca hídrica, que comprende el cañadón o arroyito El Salto, el arroyo El Salto y el río Paraná”.

De la misma manera, también quedó acreditado que se satisficieron los requisitos del tipo penal en lo que hace a la contaminación de la atmósfera y del ambiente en general. Ello, a partir de la sistemática quema de residuos que llevó adelante Mocarbel en su predio, pese a que le fue advertido que cesara, porque esa quema de sólidos industriales provocó la emisión de “dioxinas y furanos” (cfr. apartado H12 del Anexo II de la ley 24.051, denominados “ecotóxicos”).

En el pronunciamiento examinado, se explicó que las dioxinas y furanos producidos por la quema de residuos sólidos, como la que efectuaba Mocarbel, se consideran tóxicos porque generan efecto en la salud inmediato y, además, se consideran tóxicos con efecto persistente, porque la exposición permanente a pequeñas dosis de estos compuestos puede llegar a causar diversos trastornos. Sumado a ello, se precisó que “De todos modos, las dioxinas y las sustancias similares a las dioxinas, como los policlorobifenilos (PCB), son contaminantes orgánicos persistentes (COP), de acuerdo con el Convenio de Estocolmo, que fue ratificado por nuestro País mediante ley 26.011”.

De lo expuesto, se advierte que la premisa sobre la cual la defensa sustenta la ausencia de tipicidad de la conducta reprochada a su asistido (esto es la supuesta falta de comprobación de que la actividad llevada a cabo por “Mocarbel SRL” haya puesto en riesgo la salud) no encuentra sustento en las circunstancias comprobadas del caso. Su planteo ha sido ampliamente rebatido por la sentenciante, sin que en esta ocasión se observen argumentos capaces de conmovir el razonamiento seguido en la resolución impugnada.

No cabe soslayar que los dos bienes jurídicos tutelados por el tipo penal en cuestión revisten suma importancia —medio ambiente y salud— y se encuentran íntimamente relacionados uno con el otro.

Al respecto, he precisado que “En el caso del delito ambiental, por cuanto el entorno natural, la biodiversidad y recursos vitales como el agua constituyen presupuestos existenciales: la vida misma de los seres vivos, actuales y futuros depende de su existencia en condiciones aceptables. A partir de allí, centrados ya en el ser humano, mientras mayor sea la preservación en equilibrio con un desarrollo sostenible, mayor será la calidad de vida” (Mariana Catalano y Mariano Hernán Borinsky, ob. cit., pag. 21).

La protección del medio ambiente exige que se adopten decisiones orientadas a proteger el derecho a un ambiente sano, en procura de las generaciones actuales y de las futuras. Dicho deber abarca el juzgamiento de las acciones desplegadas por empresas o particulares que puedan poner en riesgo el derecho de toda la sociedad a vivir en un ambiente sano. Ello así, en tanto los derechos que se encuentra involucrados son objeto de tutela de nuestra Constitución Nacional y del Derecho Internacional (art. 41 de la CN, art. 1 del PIDCyP, art. 1 del PIDESyC y art. 11 de la CADH).

En esta misma línea, el último proyecto de reforma integral del Código Penal de la Nación (cuya Comisión formada al efecto fue presidida por el suscripto,

Decreto PEN 103/2017) refuerza la protección del medio ambiente al despojarlo de su valor meramente instrumental, habilitante para el desarrollo humano, y lo convierte en un bien jurídico en sí mismo, que también es autónomo (Catalano- Borinsky, ob. cit., p. 36). Esto resulta de sumo interés, a poco que se repara que el proyecto del Código Penal cuenta no solo con el consenso de todos los integrantes de la Comisión, sino también de los sectores académicos, de los actores del sistema penal, del resto de las autoridades públicas y de la ciudadanía junto con los fallos de la CSJN en cuanto han establecido una clara doctrina en algunos temas (como el referido a la importancia del medio ambiente que han sido citados en el presente), los anteproyectos anteriores, las propuestas de reformas legislativas que están actualmente en el Congreso y las leyes que fueron sancionadas desde que se conformó la Comisión (cfr. exposición de motivos del Proyecto de Reforma del Código Penal).

En conclusión, tal como ha sido expuesto en la sentencia impugnada, el material probatorio reunido en el caso evidencia que Jorge Elías Mocarbel, en su calidad de socio gerente de la firma “Mocarbel SRL”, realizó la conducta tipificada por el art. 55 de la ley 24.051, ello es contaminar, de un modo peligroso para la salud y mediante el empleo de residuos peligrosos, el agua, el suelo y el ambiente en general.

En función de lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Jorge Elías Mocarbel, sin costas en la instancia. Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Hornos* dijo:

I. El recurso de casación interpuesto por la defensa de Jorge Elías Mocarbel resulta formalmente procedente en tanto se dirige contra una sentencia de las enumeradas en el art. 457 del C.P.P.N., y ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 459 del C.P.P.N.), con fundada invocación de los motivos previstos por el art. 456, incs. 1° y 2°, del código de rito.

II. Con relación a la nulidad planteada en torno al rechazo de la postergación de inicio del debate oral y público, adhiero, en lo sustancial, a las consideraciones desarrolladas por el distinguido colega que lidera el presente acuerdo, Dr. Javier Carbajo.

Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema ha dicho que “en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garantizan plenamente el ejercicio del derecho de defensa.

La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502) (CSJN, “Núñez”, Fallos: 327:5095).

En tal sentido, y como bien ya han entendido los distinguidos colegas que me preceden en el orden de votación, en el caso de autos no se vislumbra una afectación al derecho de defensa por no haber postergado el inicio del debate oral y público.

Como ya fuera detallado en el voto lindante –y para evitar reiteraciones–, el acusado contó con tiempo suficiente para poder designar a su abogado de confianza y diagramar su estrategia defensiva previo al inicio del juicio oral, sin presentarse obstáculos que le impidiesen ejercer plenamente su derecho a una defensa técnica eficaz.

Por tales razones, adhiero a la solución propuesta de rechazar el planteo efectuado.

III. Como segundo punto, habré de adherir también a las valoraciones efectuadas en los votos precedentes en relación con la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de juicio.

En efecto, el a quo realizó una minuciosa y acertada valoración de todas las evidencias recolectadas y producidas en el juicio oral y público, de lo que pudo concluirse la participación del acusado en los hechos delictivos investigados.

En tal dirección, el tribunal de origen ponderó: las inspecciones oculares efectuadas por miembros especializados de las fuerzas de seguridad, los dichos de los vecinos en torno a las afectaciones que estaba produciendo la contaminación del arroyo “El Salto”, los informes periciales que determinaron que lo medido (vientos arriba, vientos abajo y efluentes líquidos) excedían los valores reglamentados en los Anexos I y II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 (más específicamente, en la Tabla 10 del Anexo II de la ley nº 24.051, respecto de los valores de vientos), sumado a las declaraciones de peritos como la Lic. Química Cúneo Basaldua (quien corroboró que las actividades de enterramiento detectadas contaminaron las napas subterráneas) y el hecho de haber constatado el 11 de noviembre de 2016 que la rotura del talud de la laguna de estabilización no fue reparada (lo que demostraba el volcado de efluentes peligrosos al arroyo mencionado).

Por último, el tribunal ponderó lo dicho por los ingenieros ambientales, Rodrigo Borda y Elisabet Saavedra, quienes concluyeron que las muestras obtenidas arrojaron contaminación del arroyo a partir de excederse lo desechado por la empresa Mocarbel S.R.L. a lo reglamentariamente permitido.

A partir de ello, y con el grado de certeza positiva que dicha etapa procesal exige para el dictado de una sentencia condenatoria, el a quo sopesó las evidencias y pudo acreditar la hipótesis acusatoria, vinculada a que las actividades desarrolladas por la empresa Mocarbel S.R.L. contaminaban de un modo peligroso para la salud el suelo, el agua y la atmósfera; es decir, el ambiente en general, produciendo una afectación a la salud pública.

Por todo lo dicho, como el recurrente no ha logrado demostrar que el juzgador ha caído en el absurdo, en la arbitrariedad o ha violado las leyes de la sana crítica racional al momento de ponderar la evidencia en su contra, deviene adecuado afirmar que la sentencia recurrida resulta un acto jurisdiccional válido, por lo que corresponde rechazar este agravio planteado en torno a la valoración de la prueba.

IV. Respecto del planteo realizado sobre la aplicación de la ley sustantiva, además de coincidir en lo sustancial con las valoraciones expuestas por mis colegas preopinantes, cabe efectuar algunas aclaraciones.

En primer lugar, y a los fines de comprender qué tipo de bienes jurídicos han resultado afectados en autos, es menester recordar que a partir de la reforma llevada a cabo en el año 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el artículo 41, que establece que “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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, 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. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

De la lectura de este artículo, inserto bajo el título de “nuevos derechos y garantías”, se advierte cómo el constituyente empoderó al medio ambiente sano como un derecho autónomo más de los protegidos y garantizados en la parte dogmática del texto fundamental de la Nación, ubicándolo como un derecho que atañe a la sociedad toda, y a las generaciones por venir (cfr. voto del suscripto en causa FCR 52018730/2005/TO1/15/CFC4, “BIANCIOTTO, Ricardo Aníbal y otro s/recurso de casación”, reg. N°1120/17, rta. el 30/8/17 por esta Sala IV de la C.F.C.P.).

A su vez, la temática vinculada con el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano fue objeto de tutela internacional, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su artículo 11 expresa “Todo individuo tiene el derecho de vivir en un ambiente sano y a tener acceso a los servicios básicos públicos. Los Estados parte deben promover la protección, preservación y el mejoramiento del ambiente”.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó los alcances de este nuevo paradigma constitucional en el precedente “MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios” (Fallos: 329:2316, conocida como la causa “Riachuelo”) y fue categórica al sostener que “la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (ver considerando 18, el resaltado me pertenece).

A su vez, en dicho precedente el Máximo Tribunal dejó en claro que “el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente...”

De lo expuesto se desprende que el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado posee una importancia y trascendencia que afecta al conjunto de la comunidad de vida, al ser humano actual y a las generaciones por venir (cfr. causa “AZUCARERA J.M. TERÁN S.A. s/recurso de casación reg. N° 937/16.4, rta. el 14 de julio de 2016).

Traeré en apoyo de esta postura, la Carta Encíclica Laudato ‘SI’ de la Iglesia Católica Apostólica y Romana con la autoridad de su Sumo Pontífice, Francisco, al decir que “... Si tenemos en cuenta que el ser humano también es una criatura de este mundo, que tiene derecho a vivir y a ser feliz, y que además tiene una dignidad especialísima, no podemos dejar de considerar los efectos de la degradación ambiental, del actual modelo de desarrollo y de la cultura del descarte en la vida de las personas” (cfr. puntos 21) y 43).

Bajo tal paradigma constitucional resulta que la postura esbozada por la parte recurrente no es correcta, ni ajustada al derecho vigente (que como ya he sostenido reiteradamente abarca a la Constitución Nacional, a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y a las leyes de la Nación; cfr. C.F.C.P. Sala IV causas n° 1619 caratulada “Galvan, Sergio Daniel s/recusación”, Reg. 2031.4, rta. el 31/8/1999, n° 2509 caratulada “Medina, Daniel Jorge s/recusación”, Reg. 3456.4, rta. 20/6/2001 y n° 335 caratulada “Santillán, Francisco s/casación”, Reg. Nro. 585.4, rta. el día 15/5/1996).

En suma, no es posible separar en compartimientos estancos la tutela que el Estado debe llevar a cabo sobre el medio ambiente de la protección a la salud pública.

Ahora bien, más allá de que la norma en cuestión prevé una responsabilidad penal sólo cuando se dañe al medio ambiente de un modo “peligroso para la salud”, lo cierto es que no puede entenderse el derecho a la salud de los habitantes como algo limitado a estar sano, o no sufrir una enfermedad en particular. La ley no se limita a castigar penalmente una afectación concreta y particular a la salud humana, sino que abarca el peligro potencial que la contaminación mediante residuos peligrosos significa para la especie humana.

No puedo dejar de remarcar en este aspecto que la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) reconoce desde el mismo preámbulo de su carta constitutiva firmada en el año 1946, que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

La O.M.S., además de caracterizar el concepto de salud, también estableció una serie de componentes que la integran: el estado de adaptación al medio (biológico y sociocultural), el estado fisiológico de equilibrio, el equilibrio entre la forma y la función del organismo (alimentación) y la perspectiva biológica y social (relaciones familiares, hábitos). La relación entre estos componentes es lo que determina el estado de salud de una persona.

Esta definición sobre el concepto de la salud humana, es el resultado de una evolución conceptual del pensamiento vinculado con la materia, y que surgió en reemplazo de una noción que se tuvo durante mucho tiempo, que sostenía que la salud era, simplemente, la ausencia de enfermedades biológicas o de peligro inmediato de contraerlas, concepto que parecen haber adoptado los magistrados de a quo y que hoy es prácticamente insostenible, a la luz de los avances desarrollados en el tópico.

La salud pública se refiere entonces a la salud de las poblaciones humanas de modo amplio y el objeto de su tutela por parte del Estado, es prevenir la enfermedad, la discapacidad, prolongar la vida, fomentar la salud física y mental, mediante los esfuerzos organizados de la comunidad, para el saneamiento del ambiente y desarrollo de la maquinaria social, para afrontar los problemas de salud y mantener un nivel de vida adecuado.

En este sentido se advierte, en base a los parámetros referidos por los organismos internacionales especialistas en la materia y a los criterios sentados por las normas fundamentales de la Nación y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la salud humana está estrechamente relacionada con el medioambiente que nos rodea.

Por ello, se desprende de manera inequívoca del ilícito previsto por la ley 24.051 que, a los efectos típicos, el vertido de los residuos de que se trata debe: envenenar, adulterar o contaminar de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Por lo tanto es correcta la conclusión de que si no existe peligro para la salud, no existe este delito.

Sin embargo, esta circunstancia no significa de ningún modo que deba acreditarse un daño o peligro concreto, comprobable de manera actual y científica en los términos pretendidos por la defensa, puesto que como lo hemos observado, el daño al medio ambiente mediante el uso de los residuos peligrosos previstos en la norma daña al ecosistema y afecta, al menos de modo potencial, la salud de los habitantes. Sin perjuicio de ello se desarrollará luego que, en el

caso concreto, sí se logró acreditar bajo tales parámetros el daño ocasionado al medio ambiente mediante contaminación.

Entonces se advierte que si bien, efectivamente, el tipo penal en cuestión tutela dos bienes jurídicos de suma importancia –el medio ambiente y la salud–, no debe entenderse como enmarcados en compartimientos estancos, independientes el uno del otro, como si del daño al primero de ellos no pudiere resultar, al menos, un peligro para el segundo. Los bienes jurídicos tutelados por la norma se encuentran íntimamente relacionados por cuanto la gradual destrucción del ecosistema en el que vivimos tiene como efecto inmediato el deterioro de la salud humana.

En tal escenario, el art. 55 de la ley 24.051 tutela la salud pública y el medio ambiente. Al respecto, el tipo penal exige que las acciones (envenenar, adulterar o contaminar) deban crear o incrementar un peligro contra la salud humana. Por ende, la acción típica implica que la salud pública debe ser puesta en peligro mediante la realización de las conductas descriptas en los arts. 55 y 56, que representan una contaminación efectiva del ambiente natural.

Aplicado al caso bajo estudio, resulta claro que las actividades llevadas adelante por Mocarbel S.R.L. desatendían los límites permitidos reglamentariamente que se relacionaban con el cuidado del entorno ambiental en el que se desarrollaba, y que ocasionaron contaminación suficiente para poner en peligro la salud pública.

Como fuera descripto anteriormente, los peritajes especializados lograron determinar que los efluentes de su proceso de fabricación arrojaron valores que excedían los normativamente autorizados. Para más, tras la notificación de la resolución nº296 de la Secretaría de Ambiente a través de la cual se le aplicó a la empresa una sanción pecuniaria y se le otorgó un plazo de 10 días para que presentara un plan de tratamiento de residuos sólidos y de efluentes gaseosos, ésta incumplió las sanciones y no presentó plan de tratamiento de la situación alguno.

Sumado a ello, cabe recordar que el Sargento Frías, quien realizó diversas tareas investigativas en autos, destacó que “los vecinos más próximos al lugar manifestaron que es constante sentir olores nauseabundos y gases que emanan de los piletones, como de la fábrica en sí”. Asimismo, declaró que “también manifestaron los vecinos que tiempo atrás utilizaban el agua del arroyo para riego y para consumo de animales, lo que provocó que muchos animales y vegetales se enfermaran, hasta en muchos casos producir la muerte”

y que "... se contaminaron las napas para extraer agua de pozo".

Ello, sumado a los informes periciales que demostraron la efectiva contaminación propiciada por la actividad desarrollada por la empresa en cuestión, permite afirmar que, en el caso bajo estudio, se materializó el verbo típico y se produjo un peligro efectivo para la salud pública. Para mayor precisión, los vecinos de la zona fueron quienes tuvieron que claudicar su relación con el arroyo y con las napas por los problemas ocasionados a partir de la contaminación generada por Mocarbel S.R.L.

De este modo y pese a las objeciones formuladas por la parte recurrente, ha quedado demostrado que la conducta juzgada que le fue atribuida ha configurado el tipo penal previsto en el art. 55 de la ley 24.051, causando un peligro suficiente como para poner en riesgo la salud pública.

Así las cosas, de la argumentación concretamente desarrollada en la sentencia se desprende la suficiencia de su fundamentación para arribar a la conclusión sobre la materialidad y calificación legal respecto a los hechos sujetos a análisis, habiendo sido, por lo tanto, ligados mediante un razonamiento respetuoso de las reglas de la sana crítica racional, sin cometer el tribunal de la instancia anterior en grado, arbitrariedad alguna ni parciales consideraciones.

Por tales razones, adhiero a la solución propuesta en los votos que anteceden en tanto propician el rechazo de este agravio vinculado con la aplicación de la ley sustantiva.

V. Por lo expuesto, adhiero a la solución propuesta por los colegas que me preceden en el orden de votación, de rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Elías Mocarbel, sin costas en la instancia por haberse efectuado razonable ejercicio del derecho al recurso, previsto en el art. 8.2.h de la C.A.D.H.(arts. 530, 531 y 532 del C.P.P.N.). Y tener presente la reserva del caso federal.

Por lo expuesto, en virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal, *Resuelve*:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Elías Mocarbel; por mayoría, sin costas en la instancia (arts. 530 y ss del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, que deberá notificar personalmente a los encausados de lo aquí decidido, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Gustavo M. Hornos*. — *Carlos J. Carbajo*.

Residuos peligrosos: análisis del fallo dictado en autos “Mocarbel, Jorge Elías”

Gabriela A. Arruiz (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El bien jurídico protegido de los arts. 55 de la ley 24.051 y 200 del Cód. Penal.— III. La relevancia de las actuaciones administrativas previas. Presunción de daño.— IV. La pena: condena limitada al gerente.— V. Conclusión. Fallo ejemplar.

I. Introducción

El 11/12/2020, el Tribunal Oral de Paraná encontró penalmente responsable al Sr. Mocarbel, socio gerente de la empresa Saúl Mocarbel SRL, de la localidad Aldea Brasileira de la provincia de Entre Ríos, dedicada a la fabricación de jabones, detergentes, aceites, grasas de origen animal, así como al procesamiento de su carne con la elaboración de subproductos cárnicos y la fabricación de calzado de tela, plástico, goma, caucho y otros materiales, por entender que “... derramó efluentes líquidos sin tratamiento y por fuera de los límites permitidos en el dec. 5837/1991 en el arroyo ‘El Salto’ que se comunica con el río Paraná, asimismo quemó a cielo abierto y sin ningún tipo de tratamiento residuos sólidos industriales tales como restos de animales, sus cabezas, huesos, pelos, cueros y grasas liberando tóxicos en contacto con el aire; del mismo modo acumuló y enterró en suelo natural y sin los recaudos necesarios desechos industriales correspondientes a animales muertos (bovinos); todo ello sin ningún tipo de autorización, habilitación o certificado de aptitud ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente de la provincia

de Entre Ríos, contaminando de modo peligroso para la salud, el suelo, el agua y el ambiente en general”.

Ello, de conformidad con el requerimiento fiscal, durante el período comprendido entre el 19/05/2014 y el 01/07/2017. En consecuencia, se lo condenó a “... 3 años de prisión en suspenso más multa de cincuenta mil (\$ 50.000) pesos, con el consiguiente cumplimiento de las siguientes condiciones: a) la realización de un curso sobre el cuidado del medio ambiente por cualquier modo, presencial o virtual, cuyo cumplimiento deberá acreditar ante el Juzgado de Ejecución de este Tribunal y b) la efectivización de tareas comunitarias por el lapso de dos [2] horas semanales y por el término de dos [2] años a favor de la municipalidad de Aldea Brasileira o cualquier institución de dicha localidad. En caso de imposibilidad de realización de las mismas, deberá efectuar la donación de lo estipulado en el convenio que rige para los trabajadores de su fábrica, por el valor de dos [2] horas semanales por el término de dos [2] años, a los fines de la reparación del medio ambiente según lo estipulado en el art. 41, párr. 1º, última parte, de la CN”.

(*) Abogada, graduada de la UNCOMA, con orientación en Derecho de los Recursos Naturales. Integrante del proyecto de investigación de la UNCOMA a cargo del Dr. Juan C. Fernández: “La función ambiental del derecho real de dominio”. Especialista en Derecho Procesal Civil y en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Integrante de la Defensoría Federal Nº 1 de Neuquén, a cargo del Dr. Pablo A. Matkovic.

En esa dirección, con fecha 20/04/2022, la Sala IV de la Cámara de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por la defensa del nombrado, despejando una serie de aspectos importantes, que contribuyen al desarrollo del derecho penal ambiental. Entre ellos, se encuentran los atinentes al bien jurídico protegido en este

tipo de delitos, como así también aquellos referentes a la prueba y a la pena. Se presenta como la primera condena en suspenso, aplicada en el ámbito de la justicia federal, a la autoridad de una empresa por afectación al medio ambiente en general y a la salud pública en particular.

Una particularidad que presenta este caso se da por la comprobación de que el imputado utilizó residuos industriales sin el tratamiento correspondiente, convirtiéndolos de ese modo en peligrosos, en los términos de la ley 24.051. *A priori*, aquellos no habrían quedado sujetos al encuadre de la Ley de Residuos Peligrosos; sin embargo, al no haberse tratado adecuadamente, alcanzaron la calidad de tales, contaminando el agua, el suelo, el aire y el ambiente en general, con efectos en la salud.

Frente a ese panorama, la defensa del imputado planteó la nulidad del proceso, por entender que se había privado al Sr. Mocarbel de la posibilidad de contar con un defensor de su confianza; en subsidio, solicitó que se dispusiera la absolución de su pupilo por haberse violado el principio de legalidad al establecerse su condena por un delito ambiental no legislado; y también, subsidiariamente, que se lo absuelva, por cuanto entendieron que no se encontraría acreditada la contaminación del suelo, aire y aguas.

La metodología del presente consistirá en abordar aquellos puntos que discrecionalmente estimo más relevantes del fallo. Ello así, frente a la evolución del derecho penal ambiental, la cual —entiendo— está motivada por la creciente preocupación social ante los conflictos medioambientales y la consecuente activación de mecanismos institucionales de protección del ambiente.

II. El bien jurídico protegido de los arts. 55 de la ley 24.051 y 200 del Cód. Penal

En un trabajo anterior (1) señalé que el bien jurídico protegido en el art. 55 de la Ley de Residuos Peligrosos (la cual remite a los arts. 200,

202 y 203 del Cód. Penal) era la salud pública, y solo indirectamente el ambiente, puesto que el propio art. 200 dispone que las conductas reprochables allí contenidas (envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas, sustancias alimenticias o medicinales) deben llevarse a cabo “de un modo peligroso para la salud”.

Sin embargo, entiendo que el art. 200, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad vigente, no puede conducir a la misma afirmación. De esta manera, una interpretación adecuada permite concluir que el bien jurídico protegido por la ley 24.051 es el ambiente.

Ahora bien, no es menos cierto que el texto legal se presenta como confuso, y eso, en parte, se debe a la defectuosa técnica legislativa. Nótese que el art. 55 prescribe: “Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Cód. Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”.

No obstante, el propio art. 2º de la ley, al fijar la pauta respecto de qué residuo podrá ser calificado como peligroso por la autoridad de aplicación, dispone que será todo aquel “... que pueda causar daño directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”.

De la lectura de esta última disposición puede fácilmente deducirse que la calificación de peligrosidad y el reproche del residuo como tal estarán dados por su potencialidad tanto para provocar un daño a seres vivos como para contaminar el ambiente.

De esta manera, el juego interpretativo de ambas disposiciones y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico vigente permiten afirmar que el bien jurídico protegido (2) es propiamente el ambiente, sin que ello implique dejar a un lado la salud pública.

(1) ARRUIZ, Gabriela A., “La eficacia del derecho penal ambiental actual en el marco de la necesidad de coordinación interdisciplinaria de las distintas ramas involucradas”, *RDAMB*, 54, abril/junio de 2018, p. 151; *LLAR/DOC/3024/2018*.

(2) Siguiendo a Von Liszt, el bien jurídico protegido es entendido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico.

Así pues, la configuración de esta ley penal en blanco a partir de los arts. 2º y 55 de la Ley de Residuos Peligrosos (3) y de la remisión punitiva efectuada al art. 200 del Cód. Penal permite concluir que este entramado de normas tiende a proteger tanto la salud como el ambiente.

Acertadamente, el fallo señala que el ambiente y la salud no son compartimentos estancos. A ello agrega que el análisis de la primacía de uno u otro carece de entidad a la luz del bloque de constitucionalidad vigente, ya que ambos aspectos (salud y ambiente) se encuentran íntimamente conectados.

Para ello, tal como es recogido en la sentencia, es fundamental tener presente la noción de salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS), entendida como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades.

Partiendo de esta definición, si se insistiera en la preferencia del legislador en la protección de la salud, la afectación del ambiente impactará directamente en la calidad de vida y, en definitiva, en la salud de la que pueda gozar una sociedad determinada.

A ello se suma la interpretación del ilícito del art. 55 como un delito de peligro abstracto. En esa dirección fue explicado por el juez Hornos:

"...[S]e desprende de manera inequívoca del ilícito previsto por la ley 24.051 que, a los efectos típicos, el vertido de los residuos de que se trata debe: envenenar, adulterar o contaminar de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Por lo tanto, es correcta la conclusión de que, si no existe peligro para la salud, no existe este delito.

"Sin embargo, esta circunstancia no significa de ningún modo que deba acreditarse un daño o peligro concreto, comprobable de manera actual y científica en los términos pretendidos por la defensa, puesto que como lo hemos ob-

servado, el daño al medio ambiente mediante el uso de los residuos peligrosos previstos en la norma daña al ecosistema y afecta, al menos de modo potencial, la salud de los habitantes. Sin perjuicio de ello se desarrollará luego que, en el caso concreto, sí se logró acreditar bajo tales parámetros el daño ocasionado al medio ambiente mediante contaminación".

Así pues, bajo esta lógica, el magistrado concluye que, en este caso, la empresa incumplió los límites permitidos reglamentariamente, desatendiendo el cuidado al ambiente, y de esa manera provocó su contaminación, poniendo en peligro la salud pública.

En apoyo de este razonamiento, y aunque el fallo no lo mencione, el propio art. 3º de la Ley General del Ambiente establece que sus disposiciones "se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en esta".

Esto último es crucial, teniendo en cuenta que, en torno a la discusión de los delitos de peligro (sobre todo abstracto), se pone en tela de juicio su constitucionalidad, dado que la prueba de la puesta en peligro al bien jurídico (o bienes jurídicos) difícilmente será acabada, producto del paradigma precautorio que atraviesa la materia ambiental. Ello provocado, en gran parte, por la constante mutación de los avances científicos y tecnológicos, que impiden afirmar con certeza (característica del paradigma preventivo) que determinadas conductas (comisivas u omisivas) pueden provocar un daño.

Es suma, entiendo que la caracterización del delito reprimido en la ley 24.051 como de peligro abstracto, pese a que la interpretación literal del art. 55 y del propio art. 200 del Cód. Penal requiera "la puesta en peligro" de la salud, se presenta como la interpretación que mejor se ajusta a la regulación del ambiente y a la exigencia de su protección, caracterizada por el principio precautorio (4).

(4) Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, Principio 15: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades.

III. La relevancia de las actuaciones administrativas previas. Presunción de daño

En las pruebas de cargo se encontraron reiteradas actuaciones de la Secretaría de Ambiente, que habían tenido lugar en abril de 2013, junio, julio, octubre y noviembre de 2014, febrero, mayo y agosto de 2015.

Estas daban cuenta de reiteradas observaciones hechas a la empresa por las irregularidades detectadas en el tratamiento de los desechos. Asimismo, la actuación de aquel organismo arribó a la imposición de una sanción pecuniaria, aplicada mediante la res. 296. En esta, además, se le otorgó un plazo de 10 días para que presentara un plan de tratamiento de residuos sólidos y de efluentes gaseosos. No obstante, persistieron los incumplimientos a las sanciones y además no se presentó ningún plan de tratamiento de los residuos líquidos y gaseosos.

Específicamente, en la sentencia de grado los magistrados hacen hincapié en que la propia empresa había reconocido la necesidad de cambiar el método de disposición de los residuos, dado que había firmado frente a la Secretaría de Ambiente un compromiso para solucionar este tema; por ello, remarcó que, al momento del juicio, se los colocaba en un *container* para ser trasladados a un predio o basural del Estado, "en modo de admitir el accionar ilegal".

Esta última cuestión no es menor si se recuerda que, conforme al art. 29, último párrafo, de la Ley General del Ambiente: "La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. Se presume *iuris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas".

Esta norma no distingue entre responsabilidad civil y penal. Ahora bien, si analizamos esta

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Art. 4º, ley 25.675: "*Principio precautorio*: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

presunción a la luz del proceso penal, puede ser tildada *a priori* de inconstitucional si es enfrentada con el principio de inocencia.

De todos modos, aun cuando se dejara de lado en el proceso penal la presunción de responsabilidad, lo cierto es que las actuaciones administrativas serán una importante fuente para practicar una reconstrucción de lo ocurrido. Por ello, entiendo que es fundamental la defensa que se haya ejercido durante la tramitación de aquellos legajos.

Podemos decir que la principal razón por la cual dichas actuaciones revisten tal entidad está dada por la envergadura técnica que las envuelve. Son fuente de recepción de observaciones e indicaciones de autoridades que basan sus dictámenes y conclusiones en la experticia de aquellos profesionales que se encuentran calificados para analizar la magnitud y gravedad de situaciones como la aquí expuesta.

Es por ello que, posteriormente, aquellos dictámenes tendrán la fuerza probatoria de informes periciales (5).

Sobre esta cuestión, en la sentencia se tuvo en cuenta lo dicho por la Corte Suprema en la causa del 11/07/2019, "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental" (714/2016/RH1).

De ese modo, tal como recogió el Dr. Borinsky:

"[L]a sentenciante concluyó que 'En consecuencia, dos organismos del Estado, autónomos unos de otros, con diferentes enclaves institucionales, son fuentes independientes, cuyas conclusiones no han sido refutadas con eficacia por la defensa técnica. Tanto los funcionarios de la Policía Federal, como los de la Secretaría de Ambiente de ER, advirtieron que el vertido que provenía de un caño de la empresa, se volcaba al arroyo El Salto, donde fue visualizada una capa grasosa y aceitosa...".

(5) Art. 33, ley 25.675: "Los dictámenes emitidos por los organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación. La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

En tal sentido, de aquel extracto se desprende que es fundamental el adecuado ejercicio de la defensa en esta etapa, la cual deberá ser necesariamente técnica, experta en la materia, con la capacidad de superar o refutar las conclusiones arribadas en aquellos legajos.

De ese modo, es posible señalar a modo de reflexión que en ocasiones sucede que la parte sujeta a contralor administrativo (en este caso, una empresa, aunque podría ser también el propio Estado) minimiza el alcance de este tipo de procedimientos, y ello sucede en parte por las deficiencias de la Administración para obtener el cumplimiento de sus decisiones respecto de la corrección de faltas y la desaparición de peligros o bien la reparación de los daños ya ocasionados. Esto, en suma, acarrea un ejercicio deficiente o poco serio de la defensa. Por ejemplo, como ocurrió en este caso, los involucrados se comprometieron a soluciones que luego no cumplieron, siendo ello posteriormente difícil de expurgar en la etapa judicial (sea penal o civil).

IV. La pena: condena limitada al gerente

Un punto que entiendo que no puede dejar de mencionarse es el relativo al alcance de la pena impuesta. Esto así, por cuanto en estas actuaciones la condena se circunscribe al socio gerente de la empresa, el Sr. Mocarbel, y no se hace extensible a otras personas físicas ni tampoco a la persona jurídica en cuestión.

Si bien el derecho penal tiene como principales destinatarios del ejercicio del poder punitivo a las personas físicas, esto no necesariamente debe ser siempre así.

Sobre este punto es valioso recordar que Zaffaroni, al analizar al sujeto activo del delito penal ambiental, señala que el hecho de que sus receptores sean predominantemente personas físicas no significa que la persona jurídica vaya a quedar impune frente a este tipo de delitos, por cuanto —entiende— se pueden aplicar por el juez penal sanciones de carácter civil y administrativo, sin que ello implique la desnaturalización del proceso penal. Asimismo, agrega que son varios los sistemas jurídicos que prevén esta posibilidad, y que en definitiva se trata de una

cuestión de competencia del tribunal y no de transformación de sus principios fundamentales (6).

En tal sentido, podría decirse que hubiese sido coherente que la condena se extienda a toda la empresa, teniendo en consideración además que, al tratarse de una condena en suspenso, las obligaciones a satisfacer como condiciones de aquella perfectamente podrían haberse hecho de tal forma extensivas. Ello, con la posibilidad de graduar su imposición según el grado de responsabilidad o el rol de cada componente de aquella (p. ej.: en el caso de los empleados de la fábrica, limitarse a la realización de un curso sobre el cuidado del ambiente).

Veamos, una vez más, cuáles son las condiciones impuestas:

"... a) la realización de un curso sobre el cuidado del medio ambiente por cualquier modo, presencial o virtual, cuyo cumplimiento deberá acreditar ante el Juzgado de Ejecución de este Tribunal y b) la efectivización de tareas comunitarias por el lapso de dos [2] horas semanales y por el término de dos [2] años a favor de la municipalidad de Aldea Brasileira o cualquier institución de dicha localidad".

Además, si bien la forma y el contenido de fijación de las condiciones de la condena en suspenso quedan reservados a la discreción del tribunal, entiendo que tal vez se podría haber evitado la fórmula:

"...[E]n caso de imposibilidad de cumplimiento de las mismas", y sigue: "deberá efectuarse una donación de lo estipulado en el convenio que rige para los trabajadores de su fábrica, por el valor de dos [2] horas semanales por el término de dos [2] años, a los fines de la reparación del medio ambiente según lo estipulado en el art. 41, párr. 1º, última parte, de la CN".

Esto último en virtud de que parecería que se le permite al imputado elegir efectuar la donación, en vez de realizar un curso de capacitación y realizar tareas comunitarias. Por otra parte,

(6) Ver ZAFFARONI, Eugenio R., "Estudios sobre justicia penal. Reflexiones sobre derecho penal ambiental", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

tampoco queda claro si estas deberán estar relacionadas con el medio ambiente o no.

Finalmente, la última parte del párrafo alude a la finalidad de las condiciones o la donación, como destinadas a la reparación del medio ambiente, en los términos del art. 41, párr. 1º, de la Constitución. En esa línea, dicha disposición indica que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Así pues, de la lectura de las condiciones no se desprende que aquellas contribuyan a la recomposición del ambiente. Podría sostenerse, incluso, que aquello será de muy difícil concreción. Ahora bien, sí se presenta como una forma de resarcimiento, y en tal dirección entiendo que las condiciones podrían haber versado (sin perjuicio de la necesidad urgente de educación ambiental) sobre la realización de todas aquellas tareas necesarias para lograr el funcionamiento óptimo de la fábrica, dado que de la simple lectura de la sentencia no se desprende si aquellos problemas que afectaban al medio ambiente generando un peligro serio en la salud de los vecinos efectivamente fueron solucionados.

En otras palabras, de nada servirá que cumpla con una donación, en caso de “imposibilidad” de cumplir con las restantes condiciones, si la empresa continúa teniendo las mismas fallas en el tratamiento de sus residuos industriales.

En suma, si bien el derecho penal llega a este tipo de casos, como *ultima ratio*, habiendo fallado anteriormente otras instancias judiciales o administrativas, y con ellas la función “preventiva”, no deja de ser exigible en el proceso penal la función precautoria en aras de la protección del ambiente y, en consecuencia, de la salud pública.

V. Conclusión. Fallo ejemplar

En conclusión, este fallo logra superar aspectos discutidos dentro de lo que conocemos como el campo del derecho penal ambiental, de reciente exploración y de muy joven aplicación práctica. De resultas, se encarga de reafirmar la plena aplicación de la protección del ambiente en materia penal.

Sin perder de vista que debe ser considerado como la última alternativa para la resolución de conflictos, lo cierto es que, actualmente, el día a día demuestra con frecuencia que, pese a la existencia de un ordenamiento jurídico potente que tutela el medio ambiente y a los esfuerzos de la Administración frente al ejercicio del poder de policía, ello no alcanza para lograr los objetivos del constituyente del 94 ni aquellos plasmados *a posteriori* en la Ley de Presupuestos Mínimos del Ambiente.

Además, se puede afirmar que esta realidad, que se va transformando a través de la construcción colectiva de la sociedad, coloca cada vez más énfasis en la necesidad de resguardar el ambiente, otorgando de tal manera mayor fuerza y legitimidad a las decisiones judiciales.

Es lógico que un campo tan moderno como el derecho penal ambiental, distinguido principalmente por el principio precautorio, deba esmerarse para enfrentar al derecho penal, caracterizado por el respeto al debido proceso y, por consiguiente, a las garantías constitucionales del imputado.

Sin embargo, la protección del ambiente como bien jurídico ha tomado cada vez más fuerza en la exigibilidad de su defensa y continúa firme en ese camino.

Por ello, pareciera que la práctica judicial demuestra una maduración en la resolución de este tipo de conflictos, decisivos en cuanto a la supervivencia y el desarrollo de las personas, y de ese modo va encontrando soluciones que armonizan los distintos campos jurídicos involucrados, mediante el respeto mutuo de sus principios y disposiciones.

Finalmente, sin perjuicio de que resta oír a la Corte Suprema, la aplicación de una pena, aun en suspenso, coloca a este decisorio en la posición de un fallo ejemplar, el cual, al haber superado el control de la Cámara Nacional de Casación Penal, dota a la decisión del Tribunal Oral de Paraná de mayor fuerza y otorga seguridad jurídica a las partes, así como al resto de los operadores en la resolución de posteriores casos.

DERECHO ANIMAL

PROTECCIÓN DE LA FAUNA SILVESTRE

Declaración de puma como sujeto de derecho. Otorgamiento de la custodia definitiva al Ecoparque Interactivo.

Con nota de María Elisa Rosa

1. — Debe brindarse la custodia definitiva del puma de autos al Ecoparque Interactivo, donde ya se encuentra a resguardo desde hace algunos años, ya que allí se trabaja con la finalidad de conservación de especies de felinos sudamericanos, para lo cual puede ser utilizado como modelo experimental de ejemplares de la especie *puma concolor*, en línea con los fines perseguidos por la normativa previamente detallada, en el ámbito constitucional y legal.
2. — Corresponde declarar sujeto de derecho al puma de autos. Amén de lo expuesto, debe disponerse su libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal.
3. — El Ecoparque Interactivo se encuentra regulado por la ley 5752 de la Ciudad de Buenos Aires y fue creado a raíz de la transformación que esa norma dispuso sobre el Jardín Zoológico, con la finalidad de contribuir a la conservación de la biodiversidad, a la promoción de la educación ambiental, al fomento de la innovación para el desarrollo sustentable y a la concientización y recreación de la población por medio de la experiencia interactiva con los componentes de la naturaleza.
4. — La tutela de los animales se extiende desde su consideración como sujetos de derecho y, por ende, el reconocimiento de derechos fundamentales referidos a ellos —muchos de los cuales coinciden con los reconocidos a los seres humanos—, hasta su identificación como parte indispensable de nuestra biodiversidad y del desarrollo sustentable.

JPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas Nro. 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 06/07/2022. - Ledesma, Diego Alberto s/ 1 - Ley de protección al animal. Malos tratos o actos de crueldad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/98960/2022]

Número: IPP 149744/2022-0 CUIJ: IPP J-01-00149744-4/2022-0

Actuación Nro: 1802321/2022

1ª Instancia. - Buenos Aires, julio 6 de 2022.

Considerando:

La presente causa se inició a raíz del hecho ocurrido el día 4 de octubre de 2019, siendo las 11.30 horas aproximadamente, cuando personal policial de la Comuna 9A de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires y de la División Investigaciones de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, con inspectores de la Dirección General de Control Ambiental (DGCONTA) y APRA del GCBA, se constituyeron en el domicilio de la calle ... de esta ciudad, donde verificaron la presencia de una cría de aproximadamente seis meses de la especie puma concolor, que se encontraba atado en el jardín delantero de la finca. En ese marco, se constató que el animal se encontraba en poder del propietario de la finca identificado como Diego Alberto Ledesma (DNI ...), y sin perjuicio de lo actuado por los organismos gubernamentales, se lo derivó a la sede de Temaiken, para su resguardo y posteriormente, el 10 de diciembre de 2019, ingresó al predio del Ecoparque Interactivo de esta ciudad.

Dicha conducta fue encuadrada por el Ministerio Público Fiscal en las previsiones del artículo 2, inciso 1 y en el artículo 3, inciso 7 de la ley 14.346.

Luego, el 5 de noviembre de 2019, la Fiscalía dispuso el archivo de las actuaciones en los términos del art. 202 (actual art. 214) del CPPCABA, luego de constatar que el puma se encontraba en buenas condiciones de salud y mantenimiento, y en el entendimiento de que no se observaba ninguna evidencia que permitiera acreditar las maniobras ilícitas y/o los modos comisivos previstos en la ley 14.346, no obstante la continuidad de las actuaciones administrativas por la tenencia irregular o ilegal del ejemplar.

La causa viene a conocimiento de esta judicatura, en virtud de que el Señor Fiscal, Dr. Carlos Fel Roleiro Santurión, a cargo de la Unidad Fiscal Especializada en Materia Ambiental (UFEMA) del Ministerio Público Fiscal de esta ciudad, solicitó que se declare sujeto de derecho al ser sintiente de la especie puma concolor, hembra, joven de 3 años y 6 meses de edad aproximadamente, de nombre "Lola Limón", y se disponga su libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal, disponiéndose su custodia judicial definitiva en cabeza del Ecoparque Interactivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Fundó su petición en que ha transcurrido un tiempo prolongado desde su rescate y, tal como fuera constatado por esa Fiscalía en la inspección ocular realizada, actualmente "Lola Limón" se encuentra en condiciones físicas de atravesar el próximo paso de su tratamiento, que implica la posibilidad de ser de-

vuelta a su medio natural de donde fuera ilegalmente extraída.

Junto a su pedido, acompañó la nota número NO-2022-21391919-GCABA-UGETUPEEI de fecha 10 de junio del corriente año, dirigida a la UFEMA por parte de la Jefatura de Gabinete de la Unidad de Gestión Estratégica y Transformación de la Unidad de Proyectos Especiales, Ecoparque Interactivo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Allí, se destaca que por medio del Decreto N° 413-GCABA-AJG/20 se modificaron los objetivos de la Unidad de Proyectos Especiales (UPE) Ecoparque Interactivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre los cuales se destacan los de “planificar, coordinar y ejecutar la transformación del ex Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires “Eduardo Ladislao Holmberg” en un Ecoparque Interactivo, enfocado en la educación, concientización ambiental y en la conservación de la biodiversidad; propiciar la transferencia e integración de conocimientos científico-tecnológicos con instituciones afines y actores de relevancia en materia de su competencia”, entre otros.

Asimismo, indica que mediante la Resolución N° 69-GCABA-UPEEI/19 se aprobó en el ámbito de dicha Unidad el “Programa para el Manejo Reproductivo de Especies Amenazadas”, destinado a conservar las especies que se encuentren bajo algún grado de amenaza, sean destacadas por su valor patrimonial o como especies paraguas, o que permitan visibilizar y abordar las problemáticas ambientales asociadas, con el propósito de asegurar la viabilidad a largo plazo de sus poblaciones, haciendo especial hincapié en aquellas especies autóctonas de la región neotropical.

A su vez, puntualiza que a partir del Anexo I de la Resolución referida, se desprende que el Área de Biotecnología Reproductiva para la Conservación de Fauna Silvestre y Banco de Recursos Genéticos se encuentra enmarcada en el Programa mencionado, donde se lleva adelante un trabajo continuo de desarrollo y aplicación de biotecnologías reproductivas para la conservación de fauna silvestre.

Sobre el punto, destacó que una de las líneas de trabajo tiene como objeto desarrollar y transferir biotecnologías reproductivas aplicadas a la conservación de especies de felinos sudamericanos. Entre las biotecnologías referidas se encuentra la transferencia de embriones de felinos silvestres, siendo una posibilidad utilizar como modelo experimental a ejemplares de la especie Puma (puma concolor).

En ese marco, solicitó que se analice la posibilidad de que la propiedad definitiva del ejemplar de Puma (puma concolor), que fuera rescatado en esta causa,

de nombre “Lola Limón”, identificado con microchip número 981020000239978, sea brindada a la Unidad de Proyectos Especiales (UPE) Ecoparque Interactivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la finalidad de trabajar en mejoras asociadas a las condiciones de bienestar del ejemplar, así como la factibilidad de incluirlo en líneas de programas de conservación llevadas a cabo por esa Unidad, entre otras.

Sentado cuanto antecede, me encuentro en condiciones de resolver.

Resulta:

Se desprende de las actuaciones que “Lola Limón” es un ejemplar de puma concolor, hembra, de aproximadamente 3 años y 6 meses de edad, identificado con microchip número 981020000239978, que se encuentra actualmente en el Ecoparque Interactivo de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En tales condiciones, pertenece a la fauna silvestre del territorio nacional, cuya protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional, es de interés público, conforme a la ley nacional 22.421.

Ahora bien, encontrándonos ante el trámite de una causa penal, que fuera archivada por la Fiscalía, en el marco de la cual fue resguardado un individuo de la fauna silvestre protegida, debo resolver sobre el destino que cabe asignarle (art. 23 del CP y 346 del CPP-CABA).

Por lo cual, habrá de efectuarse una interpretación del estatus jurídico de los animales, en este caso, el puma “Lola Limón”, que haga a una mejor salvaguarda de sus derechos y permita resolver bajo esa óptica.

Preliminarmente, debo asentar que el Cód. Civ. y Com. de la Nación les otorga a los animales el carácter de cosas muebles, sin discriminarlos respecto de otros objetos de distinta naturaleza, por lo cual, en el ámbito legal de Derecho Privado no es posible encontrar una respuesta satisfactoria a la cuestión.

Dicho ello, la Constitución Nacional, en su artículo 41, dispone que “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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, 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. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales (...).”

A ello se suma que en el año 1977 se sancionó la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

En su artículo 1° expresa que “Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia”; y en el artículo 2 estipula que todo animal tiene derecho al respecto, a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre.

A su vez, la ley nacional 14.346 les otorga a los animales la posibilidad de ser susceptibles “víctimas” de actos de crueldad.

En el ámbito local, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 26 estipula que “El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras”; mientras que el artículo 27, establece que la Ciudad “Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve: (...) La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos”.

Por su parte, la jurisprudencia se ha hecho eco del especial estatus que revisten los animales. En esa dirección, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, sostuvo que “a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente (Zaffaroni, E. Raúl et. AL., “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 493; y Zaffaroni, E. Raúl, “La Pachamama y el humano”, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 54 y ss.)” (*in re* causa N° CCC 68831/2014, caratulada “Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ habeas corpus, rta. el 18/12/2014, del voto de los Dres. Alejandro W. Slokar y Ángela E. Ledesma).

En la misma línea, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo N° 4 reconoció a la orangutana Sandra como sujeto de derecho, como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad como “ser sintiente” (expediente A2174-2015/0, caratulada “Asociación de fun-

cionarios y abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA s/ amparo”, rta. el 21/10/2015).

Además, estos argumentos han sido sostenidos por mi querida colega, la Dra. Rocío López Di Muro, en el caso “Robledo, Leandro y otros s/ art. 239”, Legajo N° 246.466/2021 (JPCyF N° 4; rta. 22/12/2021).

También, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas sostuvo que “...el Derecho Animal involucra no solamente al derecho —y sus distintas ramas—, sino que requiere de una actitud proactiva de parte de los Estados en términos de política ambiental. La tutela de los animales se extiende desde su consideración como sujetos de derecho y, por ende, el reconocimiento de derechos fundamentales referidos a ellos —muchos de los cuales coinciden con los reconocidos a los seres humanos—, hasta su identificación como parte indispensable de nuestra biodiversidad y del desarrollo sustentable” (*in re* IPP 2582/2021-0, caratulada “Responsable Pagina Web El Mundo de las Aves, NN sobre 128 - mantener animales en lugares inadecuados”, rta. el 06/09/2021).

En tales condiciones, entiendo que corresponde declarar sujeto de derecho al animal no humano de nombre “Lola Limón”, de la especie puma concolor, hembra, de 3 años y 6 meses de edad aproximadamente, identificado con microchip número 981020000239978, que se encuentra actualmente en el Ecoparque Interactivo de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Amén de lo expuesto, debe disponerse su libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal, máxime cuando este proceso penal fue archivado por el titular de la acción.

Sentado ello, resta resolver sobre lo peticionado por la Fiscalía, respecto de otorgarle la custodia definitiva a la Unidad de Proyectos Especiales del Ecoparque Interactivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En torno a ello, debo resaltar que el Ecoparque Interactivo se encuentra regulado por la ley local 5752 y fue creado a raíz de la transformación que esa norma dispuso sobre el Jardín Zoológico de esta ciudad “Eduardo Ladislao Holmberg”, con la finalidad de contribuir a la conservación de la biodiversidad, a la promoción de la educación ambiental, al fomento de la innovación para el desarrollo sustentable y a la concientización y recreación de la población por medio de la experiencia interactiva con los componentes de la naturaleza (artículos 1 y 2).

Entre sus objetivos, establecidos en el artículo 3, se encuentra el de la rehabilitación y reinserción de

la fauna silvestre rescatada, recuperada del comercio, tenencia o tráfico ilegal, o que sufre de afecciones de origen antrópico, a través de la creación de un Centro de Rescate de Fauna Silvestre (inciso e).

Asimismo, el decreto reglamentario número 082/017, en el artículo 3, inciso e) del Anexo II, creó el Centro de Rescate de Fauna Silvestre, que funcionará en el ámbito de la Unidad de Proyectos Especiales (UPE) Ecoparque Interactivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o del organismo que en el futuro la reemplace, y comprenderá Fauna Marina y Fauna Continental, con la finalidad de alojar, rehabilitar y reinsertar en su hábitat natural animales de la fauna silvestre provenientes de causas naturales y/o antrópicas.

Por lo tanto, entiendo que debe hacerse lugar a ello y brindarle la custodia definitiva de “Lola Limón” a dicho organismo, donde ya se encuentra a resguardo desde el 10 de diciembre de 2019, ya que allí se trabaja con la finalidad de conservación de especies de felinos sudamericanos, para lo cual puede ser utilizado como modelo experimental de ejemplares de la especie puma concolor, en línea con los fines perseguidos

por la normativa previamente detallada, en el ámbito constitucional y legal.

En base a dichas consideraciones, tal como fuera solicitado por la Jefatura de Gabinete de la Unidad de Gestión Estratégica y Transformación, Unidad de Proyectos Especiales, Ecoparque Interactivo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, habré de brindarle la custodia definitiva de “Lola Limón” a dicha Unidad.

Por todo lo expuesto, resuelvo: I. Declarar sujeto de derecho al animal no humano de nombre “Lola Limón”, de la especie puma concolor, hembra, de 3 años y 6 meses de edad aproximadamente, identificado con microchip número 981020000239978, que se encuentra actualmente en el Ecoparque Interactivo de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponiéndose su libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal; II. Otorgar la custodia definitiva del ejemplar individualizado en el punto I de esta resolución a la Unidad de Proyectos Especiales (UPE) Ecoparque Interactivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Regístrese, notifíquese y remítase a la Fiscalía.- Sirva la presente de atenta nota de envío. — *Carla Cavaliere.*

No todo lo que brilla es oro

Reflexiones sobre el reconocimiento como sujeto de derecho de animales no humanos

María Elisa Rosa (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso de Lola Limón.— III. El decisorio.— IV. ¿Simbolismo carente de efectividad? ¿Qué sucede con los derechos de la naturaleza?— V. Algunas conclusiones.

I. Introducción

En los últimos años ha crecido notablemente la atención dedicada a los animales no humanos (1). El progreso de la etología y otras ciencias ha permitido que nuestro conocimiento acerca de ellos avance notablemente. También la sociología, la historia, el derecho y la literatura hoy centran más sus miradas en los animales. Ello ha propiciado el surgimiento de un nuevo campo de investigación, denominado *Animal Studies* o *Human-Animal Studies*, que, desde una perspectiva interdisciplinar, se ocupa de la relación entre el hombre y el animal (2).

Asistimos al nacimiento de nuevos sujetos de derecho, y el constitucionalismo latinoamericano tuvo un rol fundamental en este proceso aún en marcha, consagrando en algunas Cartas Fundamentales a la *naturaleza* como sujeto de

derecho, como es el caso de Ecuador y Bolivia. Continuó ese trabajo la jurisprudencia y, finalmente, con las conocidas sentencias dictadas en nuestro país respecto de la orangutana Sandra y la chimpancé Cecilia, los animales no humanos también cruzaron esa “puerta” que divide al mundo de los sujetos de derecho de los objetos de protección (3).

Sin embargo, esos reconocimientos de derechos en cabeza de animales resultan, en ocasiones, meramente teóricos, no generando cambios en la realidad. Analizaremos en esta oportunidad uno de esos casos y dejaremos planteados ciertos interrogantes acerca de la efectividad de las decisiones judiciales en materia de derechos de los animales, trazando un paralelismo con lo que ocurre con los derechos de la naturaleza.

II. El caso de Lola Limón

La sentencia (4) en análisis fue dictada hace pocos meses, el 06/07/2022, por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires. La causa se inició a raíz de una

(*) Abogada. Mediadora. Magíster en Gestión Ambiental (Universidad Católica de Salta, Argentina). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Università di Bologna, Italia). Secretaria letrada del Ministerio Público de la provincia de Salta. Coordinadora del Centro de Estudios de Derecho Animal Argentina. Miembro del Programa de Expertos “Harmony with Nature” de Naciones Unidas. Docente de posgrado en la Diplomatura de Derecho Animal de la Universidad del Museo Social Argentino. Miembro del Seminario de Derecho Animal del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja (UBA). Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad (UCASAL).

(1) En adelante, solo “animales”.

(2) WOLF, Úrsula, “Ética de la relación entre humanos y animales”, Ed. Plaza y Valdés, 2014.

(3) ROSA, María Elisa, “Derecho animal en clave ambiental/ecológica y viceversa. Breve presentación de la nueva sección ‘Derecho Animal’”, RDAMB. 71-107; LLAR/DOC/2253/2022.

(4) Juzg. Penal, Penal Juvenil, Contrav. y Faltas N° 3 CABA, “Ledesma, Diego Alberto s/ Ley de Protección Animal, malos tratos o actos de crueldad”, expte. 149.744/22, TR LA LEY AR/JUR/98960/2022.

denuncia realizada en el mes de octubre del 2019 contra Diego A. Ledesma, por tener atado en el jardín delantero de su finca un ejemplar de puma hembra (*puma concolor*), de aproximadamente 6 meses, llamada Lola Limón.

En ese contexto, la Policía de la Ciudad de Buenos Aires y personal de la División de Investigaciones de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, junto a inspectores de la Dirección General de Control Ambiental (DGCONTA) y la APRA del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se constituyeron en el domicilio del denunciado, constataron la situación y procedieron a trasladar a Lola Limón, en una primera instancia, al parque Temaikén, y luego —en diciembre del 2019— al predio del Ecoparque de la Ciudad de Buenos Aires.

En un principio, el hecho fue encuadrado por la Fiscalía dentro del delito de maltrato animal (ley 14.346), pero luego, tras constatarse que Lola Limón se encontraba en buenas condiciones de salud, las actuaciones penales se archivaron, continuando únicamente las administrativas por tenencia ilegal de fauna.

Sin perjuicio de ello, el fiscal a cargo de la Unidad Fiscal Especializada en materia Ambiental (UFEMA), Dr. Carlos Rolero Santurián, solicitó que se declare judicialmente a Lola Limón como sujeto de derecho y se disponga su libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal y también su custodia definitiva en cabeza del Ecoparque Interactivo de la Ciudad de Buenos Aires.

Puntualmente, en su presentación, el fiscal solicitó que Lola Limón permanezca en el Ecoparque con el fin de ser incluida en la Unidad de Proyectos Especiales de esa institución, particularmente en el “Programa para el Manejo Reproductivo de Especies Amenazadas”, destinado a conservar las especies que se encuentran bajo algún grado de amenaza, sean destacadas por su valor patrimonial o como especies paraguas o que permitan visibilizar y abordar las problemáticas ambientales asociadas, con el propósito de asegurar la viabilidad a largo plazo de sus poblaciones, haciendo especial hincapié en especies autóctonas de la región neotropical.

En ese sentido, el titular de la UFEMA solicitó que se analice la posibilidad de que la “propiedad” (sic) definitiva de Lola Limón sea atribuida a la Unidad de Proyectos Especiales (UPE) del Ecoparque con la finalidad de trabajar en mejoras asociadas a las condiciones de bienestar del ejemplar, así como la factibilidad de incluirla en líneas de programas de conservación llevadas a cabo por esa Unidad.

El petitorio fiscal denota una evidente contradicción: se requiere perpetuar el uso por parte de los seres humanos de un animal respecto del cual también se solicita su reconocimiento como titular de derechos. ¿Es válido reconocer a un ser como sujeto de derecho y a la vez mantener su *status quo* de objeto?

III. El decisorio

La magistrada interviniente, Dra. Carla Cavaliere, hizo lugar a lo peticionado por el Ministerio Público Fiscal. En el apart. I de la sentencia en análisis resolvió “*declarar sujeto de derecho al animal no humano de nombre ‘Lola Limón’, de la especie puma concolor, hembra, de 3 años y 6 meses de edad aproximadamente (...) disponiéndose su libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal*”.

Sin perjuicio de ello, recayendo también en una evidente contradicción, en el apart. II decidió: “Otorgar la custodia definitiva del ejemplar individualizado en el punto I de esta resolución a la Unidad de Proyectos Especiales (UPE) Ecoparque Interactivo de la Ciudad de Buenos Aires”.

Decimos que el decisorio peca de contradicción porque, por un lado —punto I—, reconoce la calidad de sujeto de derecho de Lola Limón, y expresamente dispone su *libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal*, para luego —en el punto II— resolver su permanencia en el Ecoparque, que, aunque con otro nombre, continúa siendo un zoológico. Y otorga su “custodia definitiva” a la UPE de esa institución, donde se utilizará a la puma para ser incluida en líneas de programas de conservación llevadas a cabo por esa Unidad. Es decir, se condena a este nuevo sujeto, titular de derechos, a continuar su vida en cautiverio y al servicio de los designios

humanos, como si continuara siendo un mero objeto.

Acertadamente, Gil Domínguez advierte en el decisorio una suerte de juego de “luces y sombras”. En tal sentido, considera que se observa una evidente ruptura lógica entre la declaración de sujeto de derecho, la disposición de su libertad “total” y la concreción de la tutela. Puntualmente, opina que Lola Limón tiene derecho a desarrollar su plan de vida en un hábitat adecuado según las particularidades que presente (5) y considera que el reconocimiento de sujeto de derecho realizado resulta superfluo.

Ello nos obliga a cuestionarnos si reconocer a los animales no humanos como sujetos de derecho podría tratarse únicamente de una cuestión simbólica, vacía de efectividad, que no genera, en términos reales, mejora alguna para ese animal.

IV. ¿Simbolismo carente de efectividad? ¿Qué sucede con los derechos de la naturaleza?

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho ha generado múltiples debates. Uno de ellos se relaciona con el análisis que venimos efectuando sobre la sentencia que nos ocupa, y se centra en la siguiente pregunta: ¿es efectivo, en términos de protección ambiental, reconocer derechos a la naturaleza? Aunque las respuestas son variadas, nos interesa en esta oportunidad mencionar algunos autores que consideran que tales reconocimientos, pese a resultar muchas veces poco efectivos, son capaces de otorgar importantes beneficios, tanto a corto como a largo plazo.

Al respecto, F. Ost señala que es conocida la eficacia, concretamente en el terreno político, de la retórica de los derechos del hombre y de la denuncia de las discriminaciones, y que se espera también que el prestigio de las Constituciones beneficiará a las protecciones constitucionales de los elementos naturales. El autor sostiene que reconociendo subjetividad jurídi-

ca se confía en que quedará reforzado un cierto respeto por los recién llegados al círculo de los sujetos de derecho. Concretamente, en el caso ambiental, considera que los jueces, enfrentados con la dificultad diaria de aplicar una legislación medioambiental siempre incompleta, deberían encontrar en la afirmación de los derechos de la naturaleza un principio general de interpretación que les permita llenar las lagunas de los textos y aclarar su oscuridad. Asimismo, la intervención de la naturaleza “en persona” debería producir un prejuicio favorable en favor suyo a la hora de repartir la carga de la prueba o de evaluar un daño. Entiende que también el legislador se vería obligado a tener una mayor consideración por los animales, los árboles y los ríos si aparecen como sujetos de derecho: así pues, la afirmación retórica actuaría como catalizador de nuevas legislaciones protectoras (6).

Por su parte, Crespo Plaza sostiene que el reconocimiento como sujeto de derecho tiene un fuerte efecto simbólico que podría fortalecer la operatividad del marco institucional y de la aplicación normativa. Sostiene el autor que el simbolismo de reconocer como sujetos de derecho a entes no humanos puede provocar que el Estado y la judicatura se motiven de mejor manera por los efectos éticos que de estos casos emanan (7). Consideramos que ahí reside la clave de la cuestión.

Sin perjuicio de lo expuesto, siguiendo a Gudyas, consideramos de vital importancia precisar que el “sujeto” en los derechos de la naturaleza siempre es colectivo y, por tanto, no debe ser confundido con los derechos otorgados a animales, que son individuales. Esto permite aclarar otra confusión siempre vigente: las posturas que defienden el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho no imponen una prohibición en el uso de los recursos naturales. Por el contrario, exigen que el aprovechamiento del ambiente se mantenga dentro de

(6) OST, Françoise, “Naturaleza y derecho. Para un debate ecológico en profundidad”, Ed. Mensajero, Bilbao, 1996.

(7) CRESPO PLAZA, Ricardo, “El dilema jurídico respecto a los derechos de la naturaleza”, recuperado de https://www.academia.edu/38508071/El_dilema_jur%C3%ADdico_respecto_a_los_derechos_de_la_naturaleza.

(5) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Luces y sombras del caso puma Lola Limón”, recuperado de <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3825/Luces-y-sombras-del-caso-puma-Lola-Limon->.

las capacidades ecológicas de cada ecosistema, asegurando de ese modo la supervivencia de las especies **(8)**.

Este punto es clave y nos permite advertir por qué intentar canalizar el reconocimiento de los animales como sujetos de derechos (desde una aproximación abolicionista) a través de la teoría de los derechos de la naturaleza no resulta viable: nos encontramos frente a dos cosmovisiones diferentes y hasta antagónicas. Sobre este tema nos explayaremos en otra ocasión, dejando aquí planteada la discusión para un futuro desarrollo.

V. Algunas conclusiones

El supuesto reconocimiento de Lola Limón como sujeto de derecho es, a nuestro entender, una cáscara vacía. La sentencia en análisis, lejos de otorgar efectivamente derechos al animal, regula su uso.

Como en reiteradas ocasiones sostuvo Aboglio, la pretensión de llamar “derechos” a las disposiciones del bienestarismo legal es altamente conflictiva, debido en primer lugar a que no son los intereses básicos de un ser sintiente los que son tenidos en cuenta, sino aquellos de carác-

(8) GUDYNAS, Eduardo, “Avances y ensayos sobre el reconocimiento jurídico de una naturaleza con derechos”, LA LEY, Supl. Ambiental del 23/11/2018; LL AR/DOC/2351/2018.

ter secundario que coinciden en mayor o menor medida con los intereses de los explotadores del animal **(9)**. Y, en definitiva, en el caso de Lola Limón, esa situación resulta evidente.

Sin embargo, creemos que la estrategia de lograr que los animales sean reconocidos como sujetos de derecho es válida y necesaria. El desafío residirá, entonces, en aprender cómo superar las causas que impiden, en algunos casos, la efectiva aplicación de la noción de sujeto de derecho, es decir, no quedarnos con lo superficial y procurar que esa titularidad de derechos en cabeza de esos nuevos sujetos no sea meramente virtual sin aplicación en la práctica.

Marta Tafalla considera que nuestra civilización está construida sobre el olvido de los animales. Señala que para poder dominar sistemáticamente de las maneras más crueles a los animales y no sentir ni una pizca de empatía, ni una mísera miguita de compasión ni de remordimientos, primero es necesario olvidarlos **(10)**.

Reconocerles derechos y seguir usándolos también es olvidarlos.

(9) ABOGLIO, Ana María, “Derechos de los animales: reflexiones a partir del caso Chezú”, *Revista Animula*, recuperado de <https://www.animula.com.ar/caso-chezu>.

(10) TAFALLA, Marta, “Filosofía ante la crisis ecológica”, Ed. Plaza y Valdés, 2022.

CRUELDAD ANIMAL

Criadero de canes. Declaración como sujetos de derecho. Entrega ONG.

Con nota de Juan Ignacio Serra

1. — Luce acertado afirmar que los animales son sujetos de derechos, pues es una afirmación basada en una interpretación tanto legislativa, que además tiene raigambre constitucional y cimentada en una batería de tratados y normas —además de la costumbre internacional—, que permiten sostener que los animales son titulares de derechos y, está más que claro, que las normas locales, orientadas en espíritu por voluntades superiores, deben asegurar la tutela judicial efectiva de esos derechos.
2. — El reconocimiento de los seres sintientes en el ámbito local como sujetos de derechos, no se encuentra expresamente establecido. Sin embargo, lo cierto es que las normas que aseguran la vida, libertad y tutela de aquéllos, llevan a la conclusión de que merecen un reconocimiento especial, a efectos de brindárseles una tutela judicial efectiva y, esto, permite colegir, que deben ser reconocidos como sujetos de derechos.

JPenal, Contravencional y de Faltas Nro. 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 17/08/2022. - NN, NN s/ 128 - Mantener animales en lugares inadecuados.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/116287/2022]

Causa N° 42.081/2022

Iª Instancia.- Buenos Aires, agosto 17 de 2022.

Considerando:

Llegan las actuaciones con motivo del pedido introducido por el señor Fiscal, tendiente a que declare como sujetos de derecho a la totalidad de los cincuenta y cinco ejemplares de la raza canina de especie 'dachshund'; que se disponga la libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal respecto de dichos ejemplares y, en consecuencia, su custodia judicial definitiva en los responsables de la 'ONG Callejeros Casa Quiere' representada por la señora N. M. (trece ejemplares) y a la 'ONG Pichichos al rescate' representada por la señora P. S. (cuarenta y dos ejemplares).

Ahora bien, conforme se desprende del dictamen fiscal, se estableció que el presente proceso tiene por objeto determinar la materialidad del hecho que sur-

ge de los resultados obtenidos en el marco del allanamiento realizado el 14 de junio de 2022 del corriente año, en el domicilio sito en la calle ... de esta ciudad y, en definitiva, determinar la responsabilidad de la señora A. C. —quien reside en la finca aludida y se encontraría a cargo de la custodia de los canes—, reprochándosele el hecho consistente en el funcionamiento de un criadero ilegal de canes con expresa prohibición legal, de conformidad a la Ordenanza 41831/87 y artículo 4.13.1 del Código de Habilitaciones y Permisos de la CABA, donde fueron hallados en su interior un total de cincuenta y cinco ejemplares caninos de la raza 'dachshund' conocida comúnmente como 'perro salchicha', discriminados en cuarenta y siete hembras y ocho machos, siendo diez de ellos cachorros en estado de amamantamiento.

Asimismo, el señor Fiscal señaló que luego de una evaluación médico veterinario se determinó que se encontraban vulneradas las denominadas 'cinco libertades' afectadas las condiciones de su bienestar animal, y en consecuencia, provocándosele un sufrimiento innecesario.

Estos hechos, fueron calificados preliminarmente como constitutivos el delito de actos de maltrato y crueldad animal, previsto y reprimido por el art. 3, inciso 7° de la Ley Nacional 14.346.

La cuestión traída a mi conocimiento y, en definitiva, el pedido concreto que pretende el fiscal, versa básicamente sobre dos cuestiones, que habré de analizar separadamente.

Sobre el pedido de declaración como sujeto de derecho.

Para recapitular, el señor Fiscal solicitó que declare como sujetos de derecho a los 55 animales no humanos de la especie canina 'dachshund', en calidad de seres sintientes.

En este sentido, tenemos que tener en cuenta que el reconocimiento de los seres sintientes en el ámbito local como sujetos de derechos, no se encuentra expresamente establecido. Sin embargo, lo cierto es que las normas que aseguran la vida, libertad y tutela de aquéllos, nos llevan a la conclusión de que merecen un reconocimiento especial, a efectos de brindárseles una tutela judicial efectiva y, esto, entonces, permite colegir, como lo asegura la fiscalía, que deben ser reconocidos como sujetos de derechos.

Veamos, en primer lugar, la tutela de los derechos ambientales presenta raigambre constitucional, pues fue expresamente reconocida por los legisladores. En efecto, en el art. 41 de la Constitución Nacional, se estableció que todos los habitantes gozan del derecho a

un medio ambiente sano y tienen el deber de preservarlo. Además, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 27, inc. 5, promueve la protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controlan su reproducción con métodos éticos.

Entonces, podemos apreciar que fue voluntad de los legisladores, aunque no de manera expresa, brindar una especial protección a los derechos de la fauna urbana (en CABA) y ecológica-ambiental (a nivel Nacional) de manera más amplia.

No solo es un reconocimiento supra legal, sino además, hay que tener en cuenta que la Ley Nacional N° 14.346 que reprime los actos de crueldad animal, es anterior a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con lo cual en el ámbito local, amplía, en mi modo de ver o, en rigor de verdad, jerarquiza su protección a otros niveles de interpretación que son notablemente más especiales, es decir, denota una política legislativa que reafirma el reconocimiento a la tutela del derecho animal.

Además de ello, no puede perderse de vista la amplia gama de normativa internacional que los reconocen como seres sensibles, proclaman el respeto a su bienestar, los consideran seres sintientes y desde ya, los reconocen como sujetos de derechos, tales como: la Declaración Universal de los Derechos de los Animales; la Declaración de Cambridge (07/07/2012); la Carta de Derecho de lo Viviente (26/05/2021); el Tratado de Ámsterdam de 1997 y tratado de Lisboa del 2007 (Unión Europea).

Ya adentrándonos a la Ley Nacional N° 14.346, aquélla fue sancionada en nuestro país en el año 1954, con el propósito de reprimir los malos tratos y actos de crueldad con los animales, siendo que en el debate parlamentario se sostuvo que la norma tenía, entre otros, el objetivo de lograr que la conciencia jurídica se vaya afirmando y decantando paulatinamente sobre esa materia. También, la norma buscaba proteger el sentimiento moral y ético de la comunidad argentina en defensa y protección de los animales (1).

Al respecto, se ha entendido que la voluntad legislativa habría sido la de reconocer que los animales podrían ser sujetos de derechos. Esto se condice —de algún modo— con diversos movimientos contemporáneos que pregonan dicha teoría partiendo, principalmente, de la idea de que los animales son, al igual que los humanos, seres vivientes susceptibles al sufrimiento (2).

Para Zaffaroni, respecto a los sujetos no humanos (en el caso que nos ocupa, los animales), tales bienes jurídicos serían la preservación de la existencia y la

conservación de la especie; lo que facilita el entendimiento de los tipos de ciertos delitos ecológicos, además de permitir una interpretación no sofisticada del maltrato de animales. Esta idea se repite en su obra “La Pachamama y el Humano”, donde afirma que “el bien jurídico del delito de maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos”.

Es por estas apreciaciones que entiendo que luce acertado afirmar que los animales son sujetos de derechos, pues es una afirmación basada en una interpretación tanto legislativa, que además tiene raigambre constitucional y cimentada en una batería de tratados y normas (además de la costumbre internacional), que permiten sostener —fundadamente— que los animales son titulares de derechos y, está más que claro, que las normas locales, orientadas en espíritu por voluntades superiores, deben asegurar la tutela judicial efectiva de esos derechos.

Esta postura ha sido sostenida en diferentes trabajos académicos. En tal sentido, se ha entendido que la corriente animalista llegó decididamente al derecho por la vía de la rama civil y cunde hoy la tendencia europea a liberar a los animales de la condición de cosas y concederles un lugar intermedio entre el humano y las cosas, como entes capaces de sentir y de sufrir. Entendiendo en definitiva, que esta situación no es ajena al derecho penal y tiene importantes implicancias en cuanto a la situación de los animales como sujetos pasivos de delitos. En efecto, la nueva corriente de movimientos animalistas sostiene que no es suficiente con tratar bien a los animales o procurar su bienestar, sino que los animales, independientemente de la especie, son sujetos de derecho, categoría que ha estado históricamente reservada a personas naturales y jurídicas, es decir, a los seres humanos (3).

Reconocido ello, corresponde reafirmar el estado jurídico de los canes como sujetos de derechos.

Sobre el pedido de libertad total y custodia judicial definitiva.

El señor Fiscal solicita que disponga la libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal respecto a los animales secuestrados y, en consecuencia, su custodia judicial definitiva a la ‘ONG Callejeros Casa Quiere’ —13 ejemplares— y ‘ONG Pichichos al rescate’ —42 ejemplares—.

En primer término, habré de aclarar que respecto de los canes no pesa una medida o restricción legal, en estricto sentido procesal penal, que condicione su libertad, por lo que, el pedido relativo a que se disponga la libertad total no merece tratamiento.

Ahora bien, sobre la cuestión de la custodia definitiva, cabe realizar algunas consideraciones previas.

En virtud de los resultados obtenidos en el marco del allanamiento realizado el 14 de junio de 2022 del corriente año, en el domicilio sito en la calle ... de esta ciudad, fueron hallados en su interior un total de cincuenta y cinco ejemplares caninos de la raza 'dachshund' conocida comúnmente como 'perro salchicha', discriminados en cuarenta y siete hembras y ocho machos, siendo diez de ellos cachorros en estado de amamantamiento.

De la lectura de los diversos informes agregados a las presentes actuaciones, se puede advertir que sus conclusiones son coincidentes entre sí. En primer lugar se destaca la declaración testimonial del profesional especializado Médico Veterinario Marcelo Gastón Gianreco (M.N. 9471) de la Agencia de Protección Ambiental del Ministerio de Ambiente y Espacio Público, de la cual surge que se constató "...la existencia de 55 caninos raza dashund (salchicha) de edades de entre dos meses y once años, de los cuales 47 son Hembras y 7 machos; 7 hembras presentan tumores mamarios, Estado nutricional bueno, pelo brillante, score corporal 3 (ideal) y cuatro con sobre peso. Se observa agua y comida a disposición, no se presentaron certificados de vacunación Alguno, la tenedora acusa colocar ella misma las vacunas, se aprecia falta de higiene, se percibe aroma amoniacales (orina y Materia fecal) en distintos sectores de la vivienda. Se aconseja el secuestro de los animales, castración de aquellos que no están castrados, control veterinario, perfil sanguíneo para descartar enfermedades, debiendo las distintas entidades realizar una realizar vacunación Antirrábica Séxtuple y desparasitación interior y exterior".

En igual sentido se expidió la médica veterinaria Constanza Georgiadis en el informe pericial de fecha 14 de junio de 2022, donde manifestó que "Dentro del domicilio en diferentes ambientes se encuentran alojados 55 canes de raza Dachshund (Salchicha), 47 hembras y 8 machos en rangos etarios entre 2 meses y 12 años aproximadamente (...) Al momento de la inspección la higiene general es deficiente hay presencia de orina y materia fecal en los recintos inspeccionados".

Por otro lado, del informe emitido por la Dirección General de Control Ambiental —suscripto por el Director General Yamil Minakowski— (Informe N° 21964405— DGCABA-DGCCONT/2022), el personal que intervino en el allanamiento y que precedió a labrar el acta de comprobación respectiva verificó las siguientes irregularidades: "Constatarse la Actividad Criadero de Perros y 2) Constatarse Maltrato Animal por falta de higiene. En virtud de las irregularidades

señaladas en el párrafo que antecede, la inspectoría actuante procedió a clausurar en forma inmediata y preventiva la actividad "Criadero de Perros" desarrollada en el establecimiento mencionado, haciéndose efectiva la medida mediante la colocación de 1 (una) faja de interdicción identificada con el N° 003669. A su vez, acorde surge del informe de inspección respectivo, se procedió al decomiso de cincuenta y cinco perros raza salchicha (47 hembras y 8 machos), labrándose el Acta de Decomiso correspondiente y derivándose los mismos por orden de la Fiscalía a las ONG: Callejeros Casa Quieren (13 perros) y Pichichos al rescate (42 perros)...".

En el mismo orden, de la lectura del informe de la Gerencia Operativa de Sanidad de Mascotas perteneciente a la Agencia de Protección Ambiental incorporado a las actuaciones se desprende que "Como resultado se pudo verificar la presencia de cincuenta y cinco canes de la raza Dachshund, entre ellos cuarenta y siete hembras y ocho machos, cuyas edades aproximadas se estiman entre los tres meses a once años, presentan mantos pilosos brillantes con pelajes cortos de colores negro y fuego, marrón y arlequín. En cuanto a la condición corporal oscilaba entre 3 (ideal) y 4 (sobrepeso). Tres ejemplares presentaban alopecia, se presume por condición genética o patología endocrinológica. Se observó siete hembras con neoplasia mamaria (tumores) de diversos tamaños. Sin presencia de lesiones físicas a nivel externo".

Asimismo, en relación al hábitat se describió que "...la propiedad consta de una vivienda de amplias dimensiones, tipo casa antigua con patio interno y habitaciones a ambos lados. Las condiciones higiénicas del lugar eran malas, con pisos húmedos de orina, presencia de heces de larga data y olores amoniacales compatibles con aquel producto de la orina canina. Con el propósito de identificar entre la población enfermedades de tipo zoonóticas, en forma endémica o esporádica se sugiere se realice una toma de muestras de sangre con la finalidad de realizar un diagnóstico adecuado sobre el estado de salud de la población existente y determinar la existencia o no de enfermedades crónicas consuntivas. Conforme lo anteriormente expuesto, es posible inferir que los animales conviven en estado de hacinamiento y que el espacio físico en el que la población interactúa resulta reducido e inapropiado para el correcto desarrollo de sus necesidades comportamentales. Dichas condiciones habitacionales tornan antihigiénica, dificultosa y hasta peligrosa la convivencia del grupo, impidiendo la libre expresión de su comportamiento y privándolos de libertad de desplazamiento. Se sugiere en relación reducir la población animal y propiciar del ambiente y espacio adecuado a las necesidades de cada ejemplar con el propósito de promover una mejor calidad de vida".

Seguidamente, en virtud de las consideraciones efectuadas se sugiere tomar las siguientes medidas “..Reducir la población animal preferentemente mediante la adopción responsable. Vacunación antirrábica y séxtuple. Desparasitación interna y externa. Atención veterinaria y estudios pertinentes, en especial a las hembras con neoplasia mamaria. Análisis de sangre complementarios”.

Finalmente, recalcan que “Es importante remarcar que para garantizar el bienestar animal debe darse cumplimiento a las siguientes cinco libertades: 1- Libertad de sed, hambre y malnutrición. 2- Libertad de incomodidad. 3- Libertad de dolor, heridas y enfermedades. 4- Libertad para expresar su comportamiento normal. 5- Libertad de miedo y aflicción. El incumplimiento de alguna de ellas denota la ausencia de bienestar animal”.

Por último, la fiscalía adjuntó un informe de la ONG “Pichichos al rescate”, informando el estado general de los ejemplares secuestrados, indicando varias patologías médicas que son coincidentes con los diversos informes que obran en las actuaciones.

Demarcado el contexto, y previo a continuar con la solución aplicable al caso, entiendo oportuno señalar que al momento de introducir la requisitoria en análisis, el Dr. Cipriani, profesional de la matrícula que ejercía hasta ese momento la defensa técnica de la señora C., renunció a su designación; por lo cual, previo a resolver y a fin de preservar el derecho de defensa de la encausada, se la intimó a que designe un abogado de su confianza; asumiendo finalmente el compromiso el Dr. Claudio Nitzcaner (T° 46 F° 971 CPACF) a partir de lo cual las partes formularon un acuerdo de suspensión del proceso a prueba, dentro del cual pactaron la renuncia expresa a la tenencia de los animales.

A partir de lo expuesto, entonces, teniendo en cuenta tanto los informes coincidentes e incontrovertibles, como lo acordado por las partes, corresponde dar tratamiento al pedido fiscal en esta instancia de proceso, y no mediando contradictorio ni agravios, haré lugar a lo solicitado por el señor Fiscal y dispondré la entrega definitiva de los cincuenta y cinco canes en favor de la ‘ONG Callejeros Casa Quiere’ y ‘ONG Pichichos al rescate’, representadas por la señora N. M. y la señora P. S., respectivamente, quienes podrán, en caso de considerarlo necesario y cuando las condiciones físicas de los animales lo permitan, reubicarlos preferentemente mediante la adopción responsable.

No escapa al suscripto la circunstancia de que varios de los animales encontrados al momento del

allanamiento se encontraban preñados, sin saber con certeza cuántos animales han nacido con vida. Por tal motivo, dispondré su declaración como sujetos de derecho —más allá de los cincuenta y cinco animales por los que ya me expedí—; y la entrega definitiva de los mismos a la ONG que haya estado al cuidado provisorio de los canes en estado de gravidez.

Por último, teniendo en cuenta el acuerdo alcanzado por las partes, corresponde fijar audiencia para el 20 de octubre de 2022, a las 10:30 horas, con el objeto de analizar si se encuentran dadas las condiciones para suspender el proceso a prueba en favor de la señora A. V. C. (conf. arts. 76 bis del CP y 217 del CPPCABA).

Es por todo lo expuesto que, resuelvo: I. Declarar como sujetos de derechos a los 55 animales no humanos de la especie canina, de raza ‘dachshund’, además de aquellos cachorros que hayan nacido con posterioridad al allanamiento, en su calidad de seres sintientes; II. Disponer la entrega definitiva en favor de las ONG ‘Callejeros Casa Quiere’ representada por la señora N. B. M. y ‘Pichichos al Rescate’ representada por la señora P. S., quienes podrán, en caso de considerarlo necesario y cuando las condiciones físicas de los animales lo permitan, reubicarlos preferentemente mediante la adopción responsable; y, III. Fijar audiencia para el 20 de octubre de 2022, a las 10:30 horas, que se celebrará por videoconferencia a través de la aplicación ‘Cisco Webex’ (conf. Resoluciones CMCABA 57/2021 y 109/2021), con el objeto de analizar si se encuentran dadas las condiciones para suspender el proceso a prueba en favor de la señora A. V. C. (conf. arts. 76 bis del CP y 217 del CPPCABA). Tómese conocimiento, notifíquese a las partes y, firme que sea, comuníquese a las ONG ‘Callejeros Casa Quiere’ y ‘Pichichos al rescate’, por intermedio de la fiscalía interviniente y estese a la audiencia fijada, requiriéndole a la acusación la remisión de las fichas dactiloscópicas de la señora C. — *Rodolfo Ariza Clericó*.

(1) D’Alessio, Andrés, “Código Penal, Comentado y Anotado, Coord. Divito”, Tomo III, Buenos Aires, LA LEY, 2011, p. 250.

(2) D’Alessio, Andrés, ob. cit., p. 253.

(3) Maggio Facundo y Puig, Rocío M. “La protección penal contra el maltrato de los animales en el proyecto de Código”; Publicado en: Sup. Esp. - Comentarios al Proyecto de Código Penal 2019 (junio), 15/06/2019, 753; TR LALEY AR/DOC/2051/2019.

Criaderos de perros/as: maltrato, enfermedades y muerte

Juan Ignacio Serra (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los animales en el Código Civil y Comercial.— III. Los animales en la Constitución Nacional.— IV. Legislación referida a los/as perros/as en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— V. Las enfermedades propias de los perros de raza.— VI. La crueldad oculta en los criaderos.— VII. Normativa aplicable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— VIII. Normativa penal aplicable a nivel nacional para los criaderos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— IX. Jurisprudencia.— X. Conclusión.

I. Introducción

Desde hace miles de años existe una gran conexión entre el humano y el perro. Ello tuvo su origen en una necesidad mutua, que existió en un principio entre el antepasado del perro, es decir, el lobo, y los humanos.

En ese encuentro entre dos animales, por un lado, el animal humano se valió del cánido por seguridad, ya que lo utilizó como alarma ante un peligro, algo no muy diferente a lo que hoy muchas personas humanas hacen; y, por otro lado, el animal silvestre tenía acceso fácil a comida, atento a los desechos que los asentamientos humanos descartaban, también circunstancias que vemos en muchos lugares donde los/as perros/as se alimentan de los desperdicios que encuentran en la basura.

Se cree que ese acercamiento entre ambos animales fue el inicio de la primera domesticación del perro.

(*) Abogado (UBA). Máster en Derecho Animal y Sociedad ante la UAB (Barcelona). Carrera docente en la Facultad de Derecho de la UBA. Docente en la materia Derecho Animal desde 2016 a la actualidad. Docente en la Actualización de Derecho Animal en el posgrado de la Universidad de Palermo, 2019. Docente titular en el Posgrado de Derecho Animal del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Coordinador y docente de la Diplomatura en Derecho Animal, Universidad del Museo Social Argentino. Coautor del “Manual de derecho animal”, Ed. Jusbaies. Disertante/expositor en más de 15 congresos, jornadas, seminarios y cursos que se realizaron en distintas universidades del país y de España.

Luego de ello, el humano comenzó a crear distintas razas, con distintas características. En sus comienzos, buscaba capacidades del perro para la caza, la defensa o el pastoreo. La mezcla de distintos perros/as, al no ser una selección natural, sino creada por nosotros, los seres humanos, provocó y provoca distintos problemas en la salud de estos animales.

La raza de perros/as, resumidamente, es la manipulación genética efectuada por los humanos a los fines de “crear” el perro que desean con características físicas específicas, comportamentales, de pelaje, etc.; en nuestros días, ello se centró en el aspecto y la popularidad de la raza, más que en su salud o longevidad. Esa manipulación genética trajo como consecuencia enfermedades congénitas, afectando la salud de los/as perros/as.

Al día de la fecha, existen reconocidas con título definitivo 370 razas de perros/as, y en la Argentina existen 78.580 perros/as de raza inscriptos en el libro de orígenes (1).

Y es así que la cría de perros/as, según la moda de turno, permitió el comercio de perros/as de distintas razas, dando lugar al negocio de la venta de canes, el que resulta una forma de explotación hacia los demás animales

(1) Conf. consulta efectuada a la Federación Cinológica Internacional (FCI) y última estadística del año 2021, de fecha 13/10/2022.

basada en el dominio ejercitado por el humano sobre los otros seres vivientes.

En la cría de perros/as se vulneran los derechos naturales que todo ser sintiente y consciente debería tener, es decir, el respeto a su vida, su salud, su dignidad e integridad física y psíquica, a que estén libres de discriminación, tortura, maltrato, sufrimiento y esclavitud.

Si bien en toda explotación ejercida sobre otro animal se conculcan derechos, los criaderos siguen existiendo porque el dinero generado por el negocio de la explotación de animales no humanos siempre está por encima, aunque no debería ser así respecto de los derechos de este grupo vulnerable, como lo son los animales no humanos.

La venta de perros/as provenientes de criaderos tiene su base en la consideración del animal como una cosa, un objeto, y no un sujeto. Circunstancia que en la mayoría de la legislación a nivel mundial no se vio modificada en los Códigos Civiles del país.

Sin perjuicio de ello, la descosificación del animal ha venido de la mano de la jurisprudencia, en donde, en distintas oportunidades, en causas judiciales se le dio el reconocimiento que la ley no hace a los animales como sujetos de derechos, circunstancia que abordaremos en el apartado correspondiente.

En el presente artículo hacemos especial referencia a los criaderos de perros/as, pero la cría de cualquier animal, ya sea un gato, un ratón en un bioterio, una oveja para esquila, una vaca para el negocio lácteo, un caballo para su explotación en el "deporte" o cualquier otro ser sintiente, representa las mismas circunstancias que aquí expondremos.

II. Los animales en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial (2) no modificó el *status* que tenían los animales en el anterior Código Civil de Vélez Sarsfield, el cual establecía en su art. 2318: "Son cosas muebles las que

(2) Sancionado el 01/10/2015 por el Congreso de la Nación y entró en vigencia el 01/08/2015.

puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que solo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles"; el actual y que se encuentra en vigencia establece en su art. 227: "Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa".

Al hacer referencia a "desplazarse por sí mismas" se refiere justamente a que tienen autonomía para moverse, como es el caso de los semovientes, es decir, los animales no humanos.

Lejos de toda realidad y en discordancia con los argumentos jurídicos y científicos actuales, que consideran a los animales como seres sintientes, con capacidad de sentir dolor y placer, y conscientes, capaces de conocer su propia existencia (3), los animales para el Código Civil son cosas.

III. Los animales en la Constitución Nacional

A partir de la reforma de 1994, se incluyó el derecho al medio ambiente. Específicamente, el articulado se refiere a un ambiente sano, apto y equilibrado para el desarrollo de los humanos; en él, además, se impuso el deber del Estado de preservar la diversidad biológica (art. 41 de la CN).

A esos fines, se entiende por biodiversidad todas las formas de vida que existen en el planeta, entre las que se encuentran los animales no humanos, es decir, la fauna.

Asimismo, nuestro país adhirió al Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica, adoptado en Río de Janeiro en el año 1992, el que entre sus objetivos tiene el de la conservación de la diversidad biológica.

Con este tratado internacional, el cual opera con rango constitucional, se reafirma la protección de la fauna como política de Estado (4).

(3) "The Cambridge Declaration on Consciousness", 07/07/2012, Cambridge, <https://fcmconference.org/>.

(4) SERRA, Juan I., "Fauna silvestre", en *Manual de derecho animal*, Ed. Jusbaire, cap. VI, recuperado de <https://editorial.jusbaire.gov.ar/libro/online/273>.

IV. Legislación referida a los/as perros/as en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ahora bien, ya hicimos referencia a la fauna en general, correspondiendo circunscribirnos, como el presente lo impone, a los/as perros/as.

Para ello, vamos a citar lo dispuesto por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que en el cap. IV de medio ambiente, en su art. 27, establece que promueve: “La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos”.

Del desmembramiento de aquel articulado podemos referir, en primer lugar, que al referirse a “fauna urbana” no solo incluye a perros/as y gatos/as con los que convivimos en nuestros hogares o a aquellos que están en situación de calle, sino también a todas las aves, roedores, reptiles, batracios y mamíferos, entre otros, que viven libres e independientes del humano o en cautividad o semicautividad dentro de un establecimiento o domicilio particular.

No podemos precisar si los constituyentes, al momento de sancionar la Constitución, allá por el año 1996, quisieron también incluir, además de a los primeros (perros/as y gatos/as), a todos los demás animales que son fauna urbana, como podrían ser palomas, ratas, lagartijas, etc.; ello en virtud de que al referirse al respeto de la vida de aquella fauna se limita a controlar su salud, evitar maltratarlos y controlar su reproducción, por lo que pareciera que ese respeto de cuidado estaría dirigido a los perros/as y gatos/as.

Por todo ello, si bien considero que la Convención Constituyente de la ciudad quiso referirse como fauna urbana únicamente a perros/as y gatos/as, y si bien —como aclaré— esta categoría es más amplia y no se limita a los animales que bien podríamos llamar “fauna urbana doméstica”, para el tratamiento del artículo debemos incluir a todos, es decir, también a la fauna urbana silvestre.

A ello se llega a partir del principio pro animal y a partir de una interpretación dinámica y no estática de las leyes, atento a que ese debería ser el fin de toda norma, es decir, que al ser sancio-

nada tenga una proyección a futuro y de amplitud de protección de derechos.

El Observatorio de Derechos Ambientales de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, al momento de analizar el art. 27, párr. 5º, de la Constitución de la Ciudad, refirió lo siguiente: “... También se agrega la protección de los animales domésticos, que están mencionados como la fauna urbana en un texto que llamó la atención a buena parte de la opinión pública. Proteger las mascotas es una actitud loable, ¿pero acaso tiene rango constitucional? Si el único objetivo de este inciso que aquí se incluye fueran los perros y los gatos, no debería estar aquí, pero en realidad su objetivo final es proteger a los seres humanos. Prevenir la crueldad con los animales es prevenir la violencia doméstica en sus fases iniciales, antes de que se descargue sobre los seres humanos más débiles...” (5).

De lo señalado por el autor del mencionado artículo quiero remarcar, en primer término, que no justifica y explica por qué, si únicamente se buscara proteger a los/as perros/as y gatos/as, ello no debería estar dentro de la Constitución. En segundo lugar, que justamente estamos hablando de derechos no humanos al referirnos a la biodiversidad, y que al evitar la crueldad animal ya es vasta la doctrina y jurisprudencia que remarca que el bien jurídico que se busca proteger es el derecho del propio animal. Todo ello, si bien es verdad que quien maltrata no distingue entre animales humanos y no humanos.

Siguiendo con el argumento expresado, en cuanto a que también la protección de la fauna urbana doméstica tiene rango constitucional en la ciudad, ello conforme a que la biodiversidad del art. 41 de la CN la incluye, vemos la siguiente legislación de la ciudad en línea con lo referido: Ley 1338 de Control Poblacional de Animales Domésticos, de 2004, que prevé en su art. 2º: “El gobierno de la ciudad de Buenos Aires deberá promover la convivencia armónica de las personas con los animales domésticos, dentro de una concepción de respeto por la vida y controlar la población de los mismos, previniendo su repro-

(5) BRAILOVSKY, Antonio E., “El ambiente en la Constitución de la CABA”, recuperado de <https://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/08/el-ambiente-en-la-constitucion-de-la-caba.pdf>.

ducción a través de los planes de esterilización quirúrgica y gratuita de perros/as y gatos/as de modo de producir impacto poblacional”.

Aquí nuevamente se reafirma que la fauna urbana doméstica, es decir, perros/as y gatos/as, debe ser respetada en su derecho a la vida, así como la esterilización como política pública a los efectos de controlar la población de aquellos.

- Ley 4351 de 2012, que tiene por objeto el control poblacional de canes y felinos domésticos y domésticos callejeros como también la sanidad de todo tipo de animales domésticos y domésticos callejeros.

La mencionada normativa, en línea con el mandato constitucional y lo establecido por la ley 1338 de 2004, y a los fines de cumplir ese objetivo, establece la creación de quince [15] centros veterinarios, uno por cada comuna, además de centros móviles de atención veterinaria, entre otros. La referida ley se reglamentó, pero se cumplió parcialmente.

- Ley 5346 de Cuidado Responsable de Tenencia de Animales Domésticos de Compañía, de 2015, que prevé en su art. 3º: “Prohíbese en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires el sacrificio de animales de compañía como método de control poblacional”.

A partir de esta norma, se reafirmó en la ciudad una política de protección de la vida de los animales de compañía, no solo en contra del sacrificio de estos como método de control poblacional, sino también en contra del sacrificio de animales desde el Estado, ya sea a pedido de la persona encargada del animal o porque ese animal no es reclamado ni adoptado.

- Ley 6194 de Exposición y Venta de Animales Vivos, de 2019, que establece en su art. 2º: “Incorpórase el inc. 4.13.7 al cap. 4.13 ‘Exposición y venta de animales vivos’ del ‘Código de Habilitaciones y Verificaciones’ (aprobado por ordenanza 34.421), el que quedará redactado de la siguiente forma: ‘4.13.7. Queda prohibida la exhibición de animales en vidrieras, escaparates o lugares que cumplan esta función, ya fuere esta exhibición con fines de compra, venta u ofrecimiento a título gratuito, o de mera publicidad,

en forma permanente o temporal y se encontraren estos sueltos, dentro de jaulas, caniles o cualquiera fuera la forma de contención. Los locales podrán exhibir sus animales en el interior, debiendo tomar los recaudos necesarios para que estos no fueren directamente visibles desde el exterior y en todos los casos asegurando buenas condiciones de sanidad, alimentación, higiene y ventilación”.

Destacamos que si bien esta ley en principio no pareciera tener ningún objetivo en la manda constitucional de protección de la fauna urbana y respeto por su vida, el comercio de animales procede a partir del negocio de los criaderos, los que, como ya veremos, sostienen un sistema de explotación hacia el animal (en este caso, perros y perras) en el que no se respetan sus derechos; asimismo, en lo que se refiere particularmente al control poblacional, lo que se busca evitar con este tipo de legislación que prohíbe la exhibición pública de animales es, entre otras, la compra impulsiva de perros/as, la que se realiza por modas, lo mismo que ocurre con las razas, ya que según la época hay una que prevalece sobre otras, en cuanto a su demanda.

De esta forma, desalentando la compra disminuyen las crías y también el abandono de animales por falta de responsabilidad de los cuidadores, lo que podría desembocar en crías comunitarias entre animales no humanos que están en situación de calle, total o parcial.

Ahora bien, resulta de suma importancia destacar la ordenanza 41.831 del año 1987, dictada cuando la ciudad de Buenos Aires era un municipio y que al día de la fecha sigue en vigencia, con las modificaciones correspondientes; dentro de su cap. V: “Regulación de la población animal”, observamos lo siguiente:

- Art. 21: “A los fines de disminuir el número de animales abandonados, que aumentan los riesgos de la zoonosis rábica, mediante un adecuado control de la natalidad, el Instituto Pasteur promoverá la esterilización y realizará las que le fueran solicitadas”.

- Art. 22: “Prohíbese en el ámbito de la Capital Federal, la existencia y funcionamiento de criaderos de animales”.

En ese sentido, la Dirección General de Habilitaciones y Permisos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto a las habilitaciones de criaderos de animales en el ejido de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expresó en distintos procesos judiciales: “El rubro criadero de animales no resulta un rubro existente contemplado por la normativa vigente de aplicación (Cód. de Planeamiento Urbano). Que atento a lo mencionado, no resulta pasible de habilitación”.

De lo expresado se observa que en la ciudad de Buenos Aires está prohibido el funcionamiento de criaderos de animales y que aquella decisión fue pensada para controlar la superpoblación de animales, conforme al titulado del correspondiente artículo; por tal motivo, se reafirma la venta de animales como problemática principal por la cantidad de animales sin familia, entendiéndose a los animales de compañía como miembros de la familia, tal como lo fue en el caso “Sidney” (6).

V. Las enfermedades propias de los perros de raza

Tal como se mencionó, las razas se originan a partir de la selección artificial, realizada por el humano.

La expresión “selección genética” significa que se buscó que el animal tenga ciertas características de pureza, es decir, que reúna ciertas características morfológicas, de pelaje, conducta, tamaño, etc. Para poder mantener ese purismo y seguir mejorando las razas, los criaderos realizaron la selección genética, que trae un impacto negativo en la salud del perro hasta su muerte.

Una de las formas en las que el ser humano realiza esa selección genética para lograr esos objetivos tiene el nombre de “cruzamiento endogámico” o “endocría”, que consiste en cruzar a perros con lazos sanguíneos directos.

Veamos algunos ejemplos de razas y sus enfermedades características, conforme a un artículo veterinario consultado (7), del que surge:

(6) CNCiv., Sala J, 14/02/2019, “P. R. M. c. R. B. M. s/ régimen de comunicación”, expte. 46.270/2018.

(7) Véase <https://www.clinicaveterinariaaasuncion.com/blog/perros-de-raza-y-su-predisposicion-a->

- Los chihuahuas suelen tener más riesgo de padecer colapso de tráquea.

- Los bulldogs tienen más predisposición a sufrir problemas respiratorios de vías altas (nariz, laringe, tráquea) y dermatitis alérgica.

- Los carlinos, collies y caniches tienen más predisposición a enfermedades oculares.

- Las razas de tamaño grande, tipo pastor alemán, dogo, rottweiler y muchas más, sufren más problemas de articulaciones y huesos, y una patología muy grave y muchas veces mortal que es la dilatación-torsión gástrica.

- El bóxer, estadísticamente, es de los que más tumores suele sufrir.

- Los yorkshire y shih tzu tienen mucha incidencia en luxación de rótula, y los dachshund, por su cuerpo alargado, pueden sufrir con más facilidad hernia de disco.

- Los westhighland white terriers, labradores, huskies y pomeranians tienen más problemas dermatológicos.

- Los cockers, por sus orejas caídas, tienen más problemas de oídos, como otitis.

- Los dóberman, cavalier King Charles y yorkshire tienen predisposición a enfermedades cardiovasculares.

VI. La crueldad oculta en los criaderos

Más allá de que el solo hecho de explotar un animal para comercializarlo ya de por sí es un acto de crueldad, a ello se suman ciertos maltratos físicos y psíquicos que suceden en el interior de estos centros de reproducción, muchos de ellos clandestinos y sin ningún tipo de control estatal.

La mayoría de los criaderos se manejan dentro de la informalidad, motivo por el cual no tienen ningún tipo de control y cumplimiento de estándares, lo que hace que la actividad tenga

enfermedades/#:-:text=Los%20Bulldog%20tienen%20m%C3%A1s%20predisposici%C3%B3n,m%C3%A1s%20predisposici%C3%B3n%20a%20enfermedades%20oculares.

muy poca higiene, con falta de desinfección y salubridad de los animales.

Estos centros ilegales generalmente se ubican en domicilios particulares, donde se produce una afectación ambiental con ruidos y olores, como así también falta o inadecuado tratamiento de las aguas negras.

Entre los tipos de maltratos en criaderos podemos identificar: encierro, extirpación de cuerdas vocales, enfermedades por falta de cuidados médicos veterinarios, falta de higiene, inseminación artificial, provocando preñeces no deseadas (abuso sexual), no se respetan los ciclos de reproducción natural de las perras, desnutrición y falta de tratamiento de enfermedades propias de cada raza, entre otras.

Además, para muchas razas de perros está de moda realizarles cortes de colas y/u orejas, como así también la extirpación de dientes y/o uñas, actividades que están prohibidas por la ley 14.346 (art. 3º, inc. 2º).

Observamos ya que, internacionalmente, el Convenio Europeo sobre Protección de Animales de Compañía prohíbe estas prácticas quirúrgicas cuyo objeto sea modificar la apariencia de un animal de compañía o conseguir otros fines no curativos, y en particular el corte de cola, el corte de orejas, la extirpación de uñas y dientes, como así también la sección de las cuerdas vocales **(8)**.

El encierro también provoca conductas estereotipadas, que generan situaciones de frustración, miedo, *stress*, restricción física y falta de estimulación. Se describe a las conductas estereotipadas como patrones de comportamiento invariantes y repetitivos, que no tienen una meta o función obvia **(9)**.

VII. Normativa aplicable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Como anteriormente hicimos referencia, los criaderos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentran prohibidos por la ordenan-

(8) Art. 10, inc. 1º, del CEPAC.

(9) MASON, Georgia J., "Informe crítico sobre las estereotipias", recuperado de <https://docplayer.es/13370761-Informe-critico-sobre-las-estereotipias.html>.

za 41.831/1987, ello con el fin de controlar la superpoblación de animales.

Si bien, desde que la ciudad es autónoma y dicta su propia normativa, el foco de la legislación sobre el control poblacional apuntó a cerrar la primera de las canillas que provoca la superpoblación de animales (que son las crías no deseadas, mediante el dictado de políticas de esterilización), no se hizo referencia a otra de las canillas que es su compraventa, proveniente de criaderos.

En cuanto a la esterilización de perros y gatos, con o sin persona a su cargo, es de mencionar que tiene como objetivo controlar éticamente su población. Se recalca la ética en el proceso, ya que el sacrificio de animales se consideró por muchos años la forma eficaz de controlar la superpoblación.

Ahora sí, los beneficios de la castración son **(10)**:

- En hembras (tanto caninas como felinas):

1. Evita el celo (y el conjunto de machos nerviosos y agresivos que convoca).

2. Evita la falsa preñez.

3. Previene enfermedades graves y frecuentes como la piometra (infección uterina) y el tumor mamario.

- En caninos machos:

1. Previene el tumor de testículo y enfermedades de próstata.

2. Disminuye la agresividad y el riesgo de lesiones producidas en peleas con otros machos en ocasión de competencia por una hembra en celo.

- En felinos machos:

1. Disminuye el riesgo de vagabundeo y/o fuga (a veces, durante la persecución de hembras en celo, los machos se terminan perdiendo).

(10) Véase https://www.buenosaires.gob.ar/areas/med_ambiente/apra/sanidad_animal.php?menu_id=35279.

2. Reduce los maullidos nocturnos.
3. Reduce el olor fuerte y persistente de su orina.
4. Disminuye el riesgo de peleas por la competencia frente a las hembras.

Cabe aclarar —y desmitificarlo— que en el imaginario popular los perros se vuelven inactivos tras su esterilización, o que las hembras deben tener cría al menos una vez antes de ser esterilizadas, argumentos que son absolutamente falsos.

Si bien no se cuenta con una estadística eficaz que pueda dar una base de análisis a los fines de proyectar un trabajo adecuado en el control poblacional de los animales de la fauna urbana doméstica, se calcula que únicamente en la ciudad de Buenos Aires hay cerca de un millón de perros y gatos (11), lo que significa que existe un animal cada tres habitantes, ya que se estima que en la ciudad viven alrededor de 3.081.550 habitantes (12).

Seguidamente, se destacan los artículos del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (actualmente, arts. 138, 140 y 141, conf. ley 6347/2020), los que se encuentran comprendidos dentro del nuevo Título VI: “Protección y cuidado de animales domésticos”, que establecen:

- Art. 138: “Quien omite recaudos de cuidado respecto de un animal a cargo, y siempre que la conducta no implique delito, es sancionado/a con tres [3] a cinco [5] días de trabajo de utilidad pública y/o multa de trescientas [300] a mil [1.000] unidades fijas”.

- Art. 140: “Quien mantiene animales domésticos en instalaciones o en espacios inadecuados respecto de su bienestar, afectando su salud, higiene o esparcimiento y siempre que la conducta no encuadre delito, es sancionado con tres [3] a cinco [5] días de trabajo de utilidad pública y/o multa de quinientos [500] a mil [1.000] unidades fijas”.

(11) Ídem.

(12) Véase <https://www.ambito.com/informacion-general/censo-2022/cuantos-habitantes-hay-argentina-n5440454>.

- Art. 141: “Quien menoscabe la integridad de un animal doméstico ya sea por pintarlo, teñirle el pelo o cualquier otro acto que pueda provocar un perjuicio para su salud física o psíquica del animal exponiéndolo a una situación de vulnerabilidad, y siempre que la conducta no implique delito, es sancionado/a con tres [3] a cinco [5] días de trabajo de utilidad pública y/o multa de trescientas [300] a mil [1.000] unidades fijas”.

VIII. Normativa penal aplicable a nivel nacional para los criaderos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En nuestro país existe desde el año 1891 una ley contra el maltrato animal; es así como la ley 2786 (conocida como “Ley Sarmiento”) prevenía:

- Art. 1º: “Declárase actos punibles los malos tratamientos ejercitados con los animales (...) multa de dos a cinco pesos, o en su defecto arresto, computándose dos pesos por cada día”.

- Art. 2º: “... las autoridades policiales prestarán a la Sociedad Argentina Protectora de los Animales, la cooperación necesaria para hacer cumplir las leyes, reglamentos y ordenanzas dictadas o que se dicten en protección de los animales...”.

- Art. 3º: “El importe de las multas (...) será destinado a las sociedades de beneficencia de cada localidad”.

Actualmente, se encuentra en vigencia en todo el territorio de la Argentina la ley penal 14.346, del año 1954, impulsada por el diputado Benítez durante el gobierno de Perón; en ella se establece, en su art. 1º: “Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año el que infringiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales”.

Así, lo primero que vamos a decir es que el bien jurídico que viene a proteger la presente ley es el derecho de todo animal a no ser víctima de actos de crueldad.

Por otro lado, una característica que tiene la ley es que el sujeto de protección son todos los animales, sin importar si se trata de un animal de fauna silvestre, cautivo o doméstico.

De los artículos de la ley 14.346 vamos a destacar los siguientes, los cuales podrían ser aplicados en los casos de criaderos de perros:

- Art. 2º: “Serán considerados actos de maltrato:

”1º No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos...

”3º Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas.

”4º Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado.

”5º Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos”.

- Art. 3º: “Serán considerados actos de crueldad (...):

”2º Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad.

”3º Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada...

”6º Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato.

”7º Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por solo espíritu de perversidad”.

Otra de las características de la actual Ley de Maltrato Animal es la adopción de tipos penales abiertos, por el uso de palabras vagas y ambiguas (p. ej.: “innecesarios castigos”, “jornadas excesivas”, “espíritu de perversidad”), la falta de tipificación de conductas aberrantes (abuso sexual, abandono, etc.), la igualdad de pena para los delitos de maltrato y crueldad y que los delitos previstos son de tipo doloso únicamente, entre muchas otras.

Si bien la mencionada normativa de fondo no tiene agravantes ni penas conjuntas de inhabilitación y multa, conforme al Código Penal y para los específicos casos bajo análisis podemos observar la aplicación de las siguientes reglas:

- *Inhabilitación*: art. 20 bis del Cód. Penal: “Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: 1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público; 2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela; 3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público”.

- *Multa*: art. 22 bis del Cód. Penal: “Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté solo en forma alternativa con aquella. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos”.

- *Concurso*: art. 55 del Cód. Penal: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de [50] cincuenta años de reclusión o prisión”.

- *Decomiso*: art. 23 del Cód. Penal: “... El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

Por lo expuesto, y con relación a los criaderos de animales, para el caso de constatarse una situación prevista en la Ley de Maltrato Ani-

mal (ley 14.346), es de suma importancia tener como referencia en ocasión de que se dicte una sentencia condenatoria las situaciones expresadas precedentemente, las que de forma resumida analizaremos a continuación.

En primer lugar, si existiera un criadero ilegal en una localidad en donde el establecimiento de uno está permitido —razón por la cual, para poder funcionar, necesita una habilitación del poder público—, se puede aplicar la pena conjunta de *inhabilitación* (art. 20 bis, inc. 3º, del Cód. Penal).

En el segundo supuesto, los criaderos tienen como fin la venta de perros, lo que significa “ánimo de lucro”, motivo que permite aplicar una *multa* si se constata algún delito cometido (art. 22 bis del Cód. Penal).

En el tercer caso planteado encontramos, en la gran mayoría de los casos de maltrato en criaderos, que en ellos se secuestra una gran cantidad de animales (13). Analizaremos próximamente, en el apartado asignado a la jurisprudencia, cada uno de los casos en que fueron víctimas de algún tipo de maltrato.

Por ello, en estos casos, nos encontramos frente a un *concurso real* homogéneo, en donde existen varios hechos independientes llevados a cabo por la persona señalada como imputada, los que se adecuan al mismo tipo penal.

En definitiva, para que exista concurso real, se tienen que dar los siguientes requisitos: a) que concurren varias acciones independientes entre sí, con una misma persona humana que comete distintas conductas que signifiquen varios delitos; b) que exista una pluralidad de lesiones a la Ley de Maltrato Animal, produciéndose varios resultados reprimidos por la mencionada ley penal; c) que todo ello se juzgue en un solo proceso penal; si en alguno de los hechos hubiera recaído una sentencia firme, se descarta la posibilidad del concurso real con ese hecho; y solo se podría dar el caso de reincidencia (art. 50 del Cód. Penal).

(13) Casos identificados con el número de registro asignado por el sistema KIWI: 34.442/13 (150 gatos); 42.333/13 (70 perros), 79.389/13 (25 gatos); entre otros.

Finalmente, el cuarto presupuesto aplicable resulta el *decomiso*. El fin primero que debe perseguir toda denuncia por maltrato animal debe ser salvar al animal, es decir, que cese la situación en la que se encuentra el animal víctima de crueldad. Para ello es necesario rescatar al animal que se encuentra bajo la órbita del maltratador. Una de las primeras medidas que deben ser tomadas es esa. Si bien la consideración del decomiso se refiere a bienes muebles, se busca también en el articulado hacer cesar el delito que se está cometiendo, por la importancia de que ese animal pase a estar en un ambiente donde se respeten sus derechos.

Es decir, el animal será llevado a un lugar en donde se le dé tratamiento médico adecuado según el caso, alimentación y refugio, el cual deberá ser controlado por el órgano judicial correspondiente que intervenga.

El animal deberá quedar definitivamente en ese ámbito, y de ninguna forma deberá volver justamente con la persona humana que lo maltrataba, a los fines de evitar una revictimización, ello siempre que se verifique la comisión del delito y sin perjuicio de que por alguna circunstancia procesal la persona sea sobreseída (extinción de la acción).

Al respecto, también debe tenerse en cuenta que a partir de la entrada en vigencia del Acuerdo Regional de Escazú (14), emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20), que tiene entre sus objetivos los derechos de acceso a la información ambiental, la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (este último surge del art. 8º, que regula expresamente como uno de sus ejes esenciales la participación ciudadana, asegurando el acceso a la justicia en asuntos ambientales), se procura evitar cualquier decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente (entendiendo como este a todas las formas de vida) o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente [inc. c)].

(14) Ley nacional 27.566; entrada en vigor el 22/04/2021 (conf. ley 24.080, BO del 03/05/2021).

IX. Jurisprudencia

En el marco de una causa **(15)**, se realizó un allanamiento el día 14/06/2022 en un domicilio en la ciudad de Buenos Aires, donde se constató el funcionamiento de un criadero ilegal de canes con expresa prohibición legal, de conformidad a la ordenanza 41.831/1987 y al art. 4.13.1 del Código de Habilitaciones y Permisos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; fueron hallados en su interior un total de cincuenta y cinco [55] ejemplares caninos de la raza “dachshund”, conocida comúnmente como “perro salchicha”, discriminados en cuarenta y siete [47] hembras y ocho [8] machos, siendo diez [10] de ellos cachorros en estado de amamantamiento.

En la causa se plantearon dos cuestiones: la consideración de los animales no humanos secuestrados como sujetos de derechos y su custodia definitiva.

El juez interviniente entendió, respecto del primer planteo, que fue voluntad de los legisladores, aunque no de manera expresa, brindar una especial protección a los derechos de la fauna urbana (en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y ecológica-ambiental (a nivel nacional) de manera más amplia.

Por tal motivo, el Sr. juez expresó: “Es por estas apreciaciones que entiendo que luce acertado afirmar que los animales son sujetos de derechos, pues es una afirmación basada en una interpretación tanto legislativa, que además tiene raigambre constitucional y cimentada en una batería de tratados y normas (además de la costumbre internacional), que permiten sostener —fundadamente— que los animales son titulares de derechos y, está más que claro, que las normas locales, orientadas en espíritu por voluntades superiores, deben asegurar la tutela judicial efectiva de esos derechos”.

En consecuencia, declaró a los 55 canes, además de aquellos cachorros que hayan nacido con posterioridad al allanamiento, como sujetos de derechos.

(15) Causa 42.081/2022, en orden a la posible comisión del delito reprimido en el art. 3º, inc. 7º, de la ley 14.346, del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1, Secretaría II.

Por otro lado, y con relación al segundo planteo, entendió que los informes fueron coincidentes e incontrovertibles, como lo acordado por las partes, y, no mediando contradictorio ni agravios, resolvió hacer lugar a lo solicitado por el Sr. fiscal y disponer la entrega definitiva de los cincuenta y cinco [55] canes en favor de la ONG “Callejeros Casa Quiere” y la ONG “Pichichos al Rescate”, quienes podrán, en caso de considerarlo necesario y cuando las condiciones físicas de los animales lo permitan, reubicarlos preferentemente mediante la adopción responsable.

X. Conclusión

Como pudimos observar, en el presente, los criaderos de perros/as, que bien podrían llamarse “fábricas de cachorros” **(16)**, no solo provocan un sufrimiento a los seres que son víctimas de un negocio millonario —ya que la venta de un perro puede superar los 500 mil pesos, en un negocio sobre la base de la explotación, una vez más, de un animal no humano que por la codicia humana se encuentra sufriendo a diario, en donde las hembras aparecen aquí también como las principales afectadas (al igual que las gallinas ponedoras, las vacas lecheras, las chanchas, etc.)—, sino que también alimentan un sistema en donde la superpoblación de perros/as no se logra frenar.

Claramente, como todos los problemas sociales (este también considerado como tal, ya que los/as perros/as son parte de la fauna urbana, de nuestras familias y de nuestra sociedad), este debe ser resuelto desde distintos ámbitos. Es así como creemos oportuno que se tomen las siguientes medidas desde los distintos poderes estatales en pro de los derechos de los animales no humanos:

- En la legislación, un trabajo que vaya escalonada y progresivamente, conforme al principio que rige el derecho animal, y nunca perdiendo derechos adquiridos (principio de progresividad y principio de no regresión), al igual que el derecho ambiental, logrando mayores derechos para poder terminar con la explotación de los animales en criaderos y todas sus formas. Un primer paso bien podría ser el dado por la legislación de la ciudad de Buenos Aires prohibien-

(16) Término utilizado en el documental de National Geographic “Puppy Mills”.

do la exhibición, evitando las compras no deseadas ni consensuadas, para luego dar lugar a otra prohibición de la ciudad capital como es la del establecimiento de criaderos; luego, una etapa en que las ventas solo puedan ser de animales ya esterilizados, hasta finalmente prohibir la venta en todas sus formas.

- Desde el Poder Ejecutivo, otorgando un fuerte impulso a la educación en derechos de los animales no humanos, donde se entienda la problemática y se realicen campañas de adopciones y esterilizaciones masivas, todo ello contando con estadísticas eficaces que nos muestren la situación actual de los/as perros/as y gatos/as en el ámbito en que se desea impulsar estas políticas públicas.

- Desde el Poder Judicial, con condenas, en primer lugar, a toda persona que abandone un animal, con los agravantes correspondientes conforme a razones relacionadas con el sujeto, el modo y las características propias del animal. Luego, que se investigue también cualquier criadero y venta ilegal de animales, las que suceden en un mercado negro y clandestino.

Terminar con los criaderos de perros/as va a dar lugar a bajar el número de animales maltratados, abandonados, en situación de calle, muertes a causa de un accidente vial, enfermos que mueren a temprana edad o por un cáncer, entre muchísimos otros actos crueles. Y, en consecuencia, la situación de los animales va a mejorar, atento a que sus necesidades y derechos van a poder ser cubiertos de un modo más eficaz.

Seguramente, si el perro hubiera podido representarse las consecuencias que iba a tener el acercarse al humano y lo que iba a provocar, jamás lo hubiera hecho...



COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Midiendo la efectividad del derecho ambiental. Indicadores jurídicos para el desarrollo sostenible

Autores: Michel Prieur y Christophe Bastin

Colaborador: Mohamed Ali Mekouar

Datos editoriales: Peter Lang, 2021, 274 ps.

Reseña de
Jorge A. Franza (*)

En esta obra, Michel Prieur y Christophe Bastin, con la colaboración de Mohamed Ali Mekouar y la asesoría y los aportes realizados por catedráticos de diversas universidades de renombre, desarrollan los principios metodológicos de los indicadores jurídicos que permitan medir la efectividad de la aplicación del derecho ambiental, superando con ello el análisis basado únicamente en la legislación existente.

Esos indicadores constituyen nuevas herramientas de evaluación de políticas medioambientales y tienen como objetivo facilitar la orientación de las reformas a efectuar a nivel jurídico, a fin de mejorar la efectividad del derecho medioambiental.

(*) Abogado especializado en Derecho de los Recursos Naturales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Máster en Sociología del Este de Europa, Universidad Nacional de Lomas de Zamora en convenio con la Academia de Ciencias de la República Checa, Instituto de Sociología. Máster en Derecho Ambiental, Universidad del País Vasco, Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor titular consulto de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Profesor titular consulto de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Económicas, UNLZ. Profesor titular de Derecho de Recursos Naturales de la Facultad de Derecho, UCES. Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 2021.

Antes de comenzar con la reseña de la estructura y del contenido de la obra, no podemos dejar de destacar algunos aspectos, tales como el uso de una gran cantidad y variedad de bibliografía detallada al final del libro, constituyéndose así en un hito fundamental para cualquier investigación sobre el tema.

Respecto a su estructura, la obra se encuentra dividida en seis secciones o capítulos en que se tratan: i) la exigencia de efectividad del derecho ambiental; ii) la inexistencia de indicadores jurídicos reales; iii) indicadores al servicio de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (“ODS”); iv) las razones para crear indicadores jurídicos para evaluar la efectividad del derecho ambiental; v) la forma en que pueden construirse los indicadores jurídicos a partir de los criterios de efectividad del derecho ambiental y vi) la forma de medir y representar los indicadores jurídicos. Al final, dedica un punto específico al análisis de las fortalezas y debilidades de dichos indicadores. En sus anexos contiene fragmentos sobre distintas obras doctrinarias; reportes internacionales; referencias a normas francesas y al “Acuerdo de Escazú”, junto a un proyecto de moción presentado por el Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado y adoptado como resolución por el Congreso Mundial de la Naturaleza de la UICN, Marsella, 2021, sobre: “Medir la efectividad del derecho ambiental con indicadores jurídicos”.

Otro aspecto que debemos destacar es que refleja distintas teorías existentes en torno a los temas que desarrolla junto con referencias a distintos instrumentos internacionales, algunos de los cuales integran el *soft law*.

Por lo tanto, nos encontramos frente a una obra de suma importancia para cualquier estudio en la materia en el campo del derecho ambiental.

En el capítulo I se aborda el concepto de *efectividad* del derecho ambiental en sentido jurídico y sus características principales: que exista, sea conocido, se encuentre vigente, que sea efectivamente aplicado, que se controle su cumplimiento a nivel administrativo y judicial, que eventualmente se sancione su incumplimiento y se apliquen las sanciones impuestas.

Luego, se analiza la *efectividad* en el derecho internacional y el derecho interno; se distinguen los conceptos de *efectividad* y *eficacia* y los componentes jurídicos de la *efectividad* con relación a la *inefectividad*.

Se explica que el significado del concepto *efectividad* difiere en el derecho internacional de aquel utilizado en el derecho interno, porque las condiciones jurídicas y el contexto sociopolítico de su aplicación difieren sustancialmente en ambas ramas del derecho.

Se abordan distintas cuestiones en función de las cuales aumentó en los últimos tiempos el interés sobre el conocimiento de la efectividad del derecho por parte de investigadores y encargados de la toma de decisiones.

Claramente surge de la publicación que los autores tienen como objetivo brindar un contenido jurídico preciso que conduzca al desarrollo de indicadores jurídicos uniformes que permitan reflejar la aplicación efectiva del derecho, tanto en el ordenamiento nacional como así también en el internacional, y al mismo tiempo tomar conocimiento de las deficiencias en la aplicación del derecho. Es decir que a través de los indicadores que se pretenden identificar, que deben sumarse a aquellos científicos y económicos existentes, se busca conocer el grado de *efectividad* o de *inefectividad* de las normas.

En el capítulo II los autores tratan diversos indicadores existentes; si bien estos abordan de manera directa o indirecta cuestiones jurídicas, explican las razones por las cuales no por ello pueden ser considerados “indicadores jurídicos” en sentido estricto.

A ellos dedican varias páginas, en las cuales los describen, tratan las diferencias entre sus distintos objetivos y las metodologías utilizadas para concretarlos y los aglutinan en tres grupos distintos: a) indicadores medioambientales ocasionales; b) indicadores consagrados al medioambiente, y c) indicadores sobre los derechos humanos.

En el primero de los grupos se abocan a algunos indicadores que pueden ser utilizados a nivel internacional como así también a otros que han sido específicamente desarrollados para ser aplicados en determinados países. En el segundo se dedican principalmente a indicadores científicos o económicos. En el tercero, por otro lado, se tratan aquellos vinculados con instrumentos internacionales que prevén la recopilación de estadísticas y datos para evaluar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados e identificar los obstáculos que pudieran existir para ello.

El capítulo III está dedicado al análisis de las características que presentan los indicadores utilizados para analizar la aplicación de algunos de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible adoptados en 2015 por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y poder medir los avances de su implementación.

Los autores dedican este capítulo a tratar cuestiones vinculadas a los indicadores relacionados con los derechos humanos y el medio ambiente, que fueron elaborados por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas en 2017 para medir el progreso de la implementación de las 169 metas contenidas en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y les sirven de guía y referencia para la actuación política en materia ambiental.

Aquí explican las razones por las cuales, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes para los Estados, el derecho incidió en su formulación y los resume.

Por otro lado, presentan ejemplos de tres conjuntos de indicadores relacionados con la salud, con el agua y el saneamiento y con la justicia y la gobernanza.

Además, brindan ejemplos de diferentes análisis transversales que ilustran sobre del enfoque trans-Objetivos de Desarrollo Sostenible respecto de indicadores relacionados con la alimentación y la agricultura, la cultura y los derechos humanos.

Por último, dedican unos párrafos a indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible del Banco Mundial y otros elaborados por instituciones académicas y entes privados.

En el capítulo IV, desarrollan los argumentos en función de los cuales resulta necesario crear indicadores jurídicos pensados para medir el grado de efectividad del derecho ambiental a nivel nacional e internacional que contribuyan al seguimiento de políticas públicas y de la gobernanza en el ámbito medioambiental.

En el capítulo V desarrollan la forma en que se podrían construir indicadores jurídicos a partir de los criterios de efectividad del derecho ambiental.

Parten de la base de que la creación de indicadores jurídicos es una tarea compleja y multidisciplinar, que no solo requiere abogados especializados en la materia ambiental, sino que también debe estar integrado por disciplinas como la matemática, la sociología, la ecología y las ciencias políticas.

Los autores analizan en este capítulo tres experiencias del derecho internacional y comparado que no condujeron a una mediación real y efectiva del derecho aplicable.

En primer término mencionan el trabajo de Peter H. Sand de 1992 (1), luego de la Declaración de Río. En la obra se considera que establecía las condiciones jurídicas para la aplicación de los acuerdos existentes, pero que si bien abarcaba 124 acuerdos internacionales, el

análisis se limitaba al ámbito internacional sin abordar la aplicación de los tratados en el derecho nacional.

En segundo término, comentan el experimento realizado por el Prof. Gerd Winter (2) sobre las Metas de Aichi como programa de acción —no vinculante— para la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Destacan que, a diferencia del de Peter H. Sand, se refiere al *soft law* y puede inspirar la construcción de los indicadores de los ODS.

Explican que Winter apunta que el factor “derecho” debe tomarse no solo desde su fase formal, sino también real, es decir, cómo se aplica. Pero concluye que el objetivo es solo evaluar la eficacia de una política teniendo en cuenta los factores jurídicos y no merituar la efectividad del derecho como proceso, en el sentido que entiende el autor.

En tercer término, analizan el estudio de casos llevado a cabo por la UICN, que, a través de indicadores parcialmente jurídicos, examinan de qué forma los Estados estaban aplicando algunos principios generales del derecho ambiental. En este sentido, el informe se centraba en la aplicación de los principios de precaución y participación pública en las áreas protegidas, incluidas las marinas y en las de especies amenazadas. Más allá de los criterios de instrumentación, institucionalidad, comportamiento de la sociedad y de resultados, los autores del informe concluyeron que tuvieron muchos obstáculos para encontrar datos fiables.

En otro punto resaltan que para crear indicadores jurídicos es necesario primero determinar el área del derecho ambiental que se evaluará, que identifican como “ámbito de medición”. Pero, dada la complejidad que en general lleva la delimitación, entienden que previamente deben realizarse cuatro entradas/preguntas para llegar a aquel, que van desde si el objetivo es buscar la aplicación del derecho ambiental en un sector determinado (caza, pesca, agua, aire,

(1) SAND, P. H. (ed.), “The Effectiveness of International Environmental Agreements: A Survey of Existing Legal Instruments”, Ed. Grotius, Cambridge, 1992.

(2) WINTER, G., “Assessing law as a factor towards the Aichi Biodiversity Targets”, 2014, https://www.iucn.org/sites/dev/files/assessing_law_as_a_factor_toward_the_aichi_biodiversity_targets_0.pdf.

suelos, bosques, etc.) y si es en el derecho internacional, regional o nacional.

También abren la opción de que el “ámbito de medición” se refiera a la aplicación real de una norma, vinculado a un principio general (información, participación, acceso a la justicia, prevención, no regresión, etc.); vinculado a un tema medioambiental o jurídico transversal (desarrollo sostenible, sanciones administrativas, biodiversidad, gobernanza, economía circular, etc.) o vinculado a la aplicación dentro de una institución (ministerios, agencias medioambientales, autoridades regionales o locales, ONU, FAO, PNUMA, etc.).

En atención a la amplitud y complejidad del tema, los autores recomiendan previamente realizar un inventario de todos los sectores medioambientales que cuentan con textos jurídicos, para luego determinar los expertos los temas que consideren prioritarios. Entiende que para el caso del derecho internacional, también podrían utilizarse las mismas cuatro entradas/preguntas antes descriptas.

En un tercer punto, explican la necesidad de determinar las principales categorías o familias de indicadores que se considerarán criterios relevantes en la medida en que contribuyen a la efectividad de la aplicación del Estado de derecho.

Entienden, en mi opinión muy acertadamente, que estos seis criterios: existencial y fuentes jurídicas; aplicabilidad y legalidad; sustantivo; orgánico o institucional; relativo a los controles de aplicación, y no jurídicos pero que condicionan la aplicación del derecho, permiten construir los distintos cuestionarios y medirlos en cifras. Ello teniendo en cuenta los elementos del proceso jurídico desde el texto o el ámbito del derecho que se evalúa hasta su eventual aplicación por los tribunales.

Es plausible la finalidad que se pretende con estos criterios, ya que no se trata de evaluar directamente los efectos beneficiosos (que correspondería a indicadores de rendimiento o resultado), sino que se pretende evaluar en sentido ascendente si el derecho se ha aplicado correctamente.

Describen también como útil la escala de criterios de efectividad que fuera propuesta por Julien Bétaille (3) en su tesis de Derecho, la que enumeran y describen impecablemente en las páginas siguientes del capítulo. Luego, analizan individualmente cada uno de los seis criterios que formarían parte de las principales categorías o, como las llaman los autores, familias de indicadores.

En el último punto de este capítulo, determinan que la elaboración de indicadores jurídicos exige seguir un proceso de doce fases:

1. *Implementación por un Comité de Expertos.*

Entienden que debe tener un máximo de quince personas, integrado principalmente por juristas pero también por científicos e incluso no abogados, para cubrir la parte de estadísticas y matemáticas. Insta a su vez a la capacitación y a las explicaciones al principio de las reuniones, para afianzar el objetivo del Comité.

2. *Selección del ámbito que se va a evaluar o perímetro de la medición.*

Comparto la acertada idea de los autores en cuanto a que sería conveniente que el campo a evaluar esté determinado por criterios de actualidad del tema, solicitud política o demanda social, e incluso favorecer los campos donde se sabe que existen problemas de aplicación. Todo ello debido a la amplitud y transversalidad del derecho ambiental.

3. *Inventario de fuentes aplicables del derecho.*

Todas las fuentes del derecho que puedan ser aplicadas en el campo de la evaluación escogido deberán ser identificadas con precisión. Coincido en la relevancia también, como se sostiene en la publicación, de sumar los documentos políticos o declarativos nacionales e internacionales, aun cuando no fueran jurídicamente vinculantes.

4. *Elaboración del cuestionario por identificación y formulación de preguntas.*

Siempre teniendo como norte que el objetivo final es medir la efectividad de la aplicación del

(3) BÉTAILLE, Julien, “Las condiciones jurídicas de la efectividad de la norma en derecho público interno: ilustraciones en derecho del urbanismo y del medio ambiente”, tesis de Derecho, Limoges, 2012.

derecho, es insoslayable, como enfáticamente se expresa en la obra, que las preguntas permitan inmediatamente medir matemáticamente las respuestas.

5. *Definición de la escala de gradación de las respuestas a las preguntas.*

Cada una de las preguntas y subpreguntas implica una sola respuesta que no puede ser motivada. El valor más alto se le da a la respuesta que traduce la efectividad más grande, y el Comité de Expertos es el que determina el valor que se otorga a cada respuesta.

6. *Ordenación de las preguntas y subpreguntas.*

Durante esta fase, se evalúa el orden de las preguntas y se verifican las posibles opciones de respuestas para cada pregunta y subpregunta.

7. *Ponderación de las preguntas y subpreguntas.*

La evaluación que se puede hacer en una escala de 1 a 10 estará a cargo del Comité de Expertos, lo que es un acierto ya que ellos integran el órgano multidisciplinario.

Es importante —y entiendo atinado también— que los resultados de la ponderación no se comuniquen a las personas que responden el cuestionario. Así se evita influenciar las respuestas que se brindan.

8. *Ponderación de las familias de criterios.*

En este caso, la ponderación también estará a cargo del Comité de Expertos. Estos podrán asignar distinta importancia a cada una de las seis familias de criterios o, en atención a la materia a considerar, atribuirles un mismo grado de importancia a los fines de garantizar la efectividad del derecho.

9. *Validación de los cuestionarios.*

Luego, el Comité describirá de manera sucinta la metodología y la importancia de los indicadores jurídicos y el motivo del cuestionario a las personas que vayan a ser interrogadas.

10. *Diseño del panel de encuestados.*

Como bien se indica en la publicación, idealmente el panel de encuestados deberá ser lo más representativo de todas las categorías de

actores implicados en la aplicación efectiva de la norma o del problema elegido.

11. *Planeamiento o desarrollo de la encuesta.*

En este apartado, se mencionan las posibles formas en que se puede desarrollar la encuesta, ya sea personalmente o eventualmente por correo electrónico, aun cuando este último formato pueda llegar a tener una tasa de respuesta baja.

12. *Manejo de cuestionarios e interpretación de los resultados.*

Una vez recolectados todos los resultados, el Comité efectuará su diagnóstico y así emitirá las recomendaciones para los poderes públicos y los actores interesados en realizar las mejoras y reformas que se impongan.

Más allá de lo expuesto, los autores también se dedican en este capítulo a distintas formas de ilustrar y mostrar los diversos resultados de modo tal que también desde ese punto de vista sean efectivos en lo que a su comunicación se refiere.

Por último, se refieren en este capítulo a los distintos tipos de indicadores jurídicos, tanto a los generales como así también a aquellos que se refieren específicamente a determinados temas ambientales.

Los indicadores jurídicos generales se refieren al derecho ambiental internacional convencional, al derecho internacional de los ODS de 2030 y al derecho nacional. Su objetivo es evaluar los aspectos jurídicos que contribuyen a una aplicación efectiva de los convenios internacionales, los principios generales del derecho internacional, los instrumentos del *soft law* y la jurisprudencia vinculada.

En lo que hace a los ODS, destacan la poca trascendencia que tiene el derecho ambiental, pero que hay varias metas en los 17 ODS en cuanto a los derechos humanos y el Estado de derecho. Si bien la lista de indicadores mundiales de los ODS a partir del año 2017 se revisa y actualiza periódicamente, resultan insuficientes para reafirmar el lugar del derecho ambiental; de ahí la necesidad de incorporar nuevos indicadores a tales fines.

En cuanto a los indicadores jurídicos especiales, ellos no son tratados en su totalidad debido a la amplitud innata del derecho ambiental y sus efectos. Sin embargo, se seleccionó un número limitado de campos como ejemplo de dónde se puede medir la efectiva aplicación del derecho ambiental.

En el derecho internacional se tomaron seis convenios, dos universales y cuatro regionales.

Más allá de los casos puntuales elegidos en el libro, es importante destacar el modelo descripto o sugerido que debería contener un indicador jurídico especial; así: 1. la existencia jurídica del convenio en el derecho nacional; 2. la aplicabilidad del convenio; 3. el contenido orgánico de la aplicación; 4. la evaluación de la aplicación de fondo; 5. las condiciones institucionales y jurídicas de la aplicación y 6. los indicadores no jurídicos relacionados con los obstáculos encontrados.

Uno de los puntos a destacar de este capítulo es que para constatar la efectividad del derecho ambiental los indicadores que se escojan deben ser esencialmente simples y comprensibles para todos, siempre y cuando se mantengan los elementos claves del lenguaje jurídico.

Reiteran la necesidad de excluir los indicadores de resultado, ya que el medio ambiente debe ser meritulado a través de otra dinámica y los indicadores jurídicos para el medio ambiente deben permitir realizar una evaluación de efectividad científicamente válida que repose sobre la evaluación formal del texto jurídico y, a la vez, sobre su aplicación concreta.

Finalmente, en el capítulo VI se desarrollan diversos puntos vinculados a la medición y representación de los indicadores jurídicos.

En cuanto al objeto de la medición, resulta importante puntualizar y diferenciar efectividad y eficacia. En este sentido, se explica que para medir jurídicamente la protección ambiental, se impone la apreciación de la implementación de la aplicación del derecho, es decir, su nivel de efectividad. En cambio, la evaluación de los efectos del derecho sería medir el nivel de eficacia.

Sobre la base de lo anterior, concluyen acertadamente que la efectividad del derecho es la evaluación de los criterios que se utilizan en el proceso de aplicación del derecho. Aquí es donde surge plenamente el rol de los seis criterios reseñados en el capítulo anterior.

A través de un modelo matemático que permita medir los indicadores jurídicos se plantea la forma de "medir la efectividad". Para ello aclaran que la medición de la implementación del derecho es la medición de los resultados del derecho.

Como el derecho produce efectos sobre el ambiente, debemos medir su eficacia. Ello permitiría evaluar los efectos que produce el derecho en relación con la protección ambiental y determinar su grado de eficacia en función del resultado obtenido respondiendo a los objetivos previamente establecidos.

Ante la ausencia de una referencia utilizable, los autores desarrollaron un método innovador *ad hoc* que permite la creación de indicadores jurídicos para caracterizar la efectividad del derecho ambiental.

Como en el derecho se utiliza muy poco la medición de la efectividad, recurrieron a campos donde se la utiliza con mayor frecuencia. Así, concluyeron que la industria aeroespacial sería de utilidad, pues posee un sistema de medición que se podría adaptar al derecho. Ello, ya que la garantía del buen funcionamiento del producto recae en el control de los procesos desde su concepción hasta su puesta en funcionamiento.

A continuación se describen minuciosamente los aspectos de adaptación, los principios y componentes básicos del procedimiento, entre los que se encuentran: materia, modo, método, manera y medio que, en conjunción con los seis criterios o principios que mencionaron en el capítulo V, resultarían un ensamble muy útil para cumplir con los objetivos en sentido matemático del control de la efectividad de la norma que se pretenda estudiar.

Desarrollan luego, con lujo de detalles, posibilidades en cuanto al perímetro de medición; la preponderancia de los campos de aplicación del derecho y los criterios de la medición por

tema jurídico, finalizando en la forma y las recomendaciones que deberían cumplimentarse para la conformación del panel de encuestados, el tratamiento de los datos personales de aquellos y cómo debe desarrollarse el cuestionario que respondan.

Una vez obtenidos los resultados, efectúan aclaraciones en cuanto a si la efectividad puede o no ser declarada “bajo control”. Es decir, si se trata de un conjunto de procesos de implementación de la aplicación del derecho en el cual solo aparecen causas comunes o si, por el contrario, se trata de una efectividad “fuera de control”, donde existen causas especiales que deben ser centradas.

Se introducen posteriormente otros aspectos conducentes para la implementación y efectividad, como ser las “agregaciones por tema jurídico”, “agregaciones por perímetro de la medición” o “agregación global del derecho ambiental”, y explicitan cómo debe articularse cada una de ellas.

Resaltan, a su vez, la necesidad de establecer un seguimiento estadístico para responder a la doble necesidad de dar seguimiento a la evolución de la efectividad en el tiempo, al menor costo de un perímetro constante en la medición.

Lo anterior permite garantizar la representación de la efectividad a lo largo del tiempo, lo que crea confianza en la medición de su efectividad y su evolución.

También aconsejan el uso de diferentes representaciones, ilustraciones o gráficos con los resultados que se obtengan, de modo tal que cuanto más rápida y sencilla sea la lectura, más fácil será la toma de decisiones.

A modo de conclusión, con la claridad a la cual nos tiene acostumbrados especialmente el Prof. Michel Prieur en sus valiosos aportes doctrinarios, mencionan que si bien los indicadores jurídicos permiten aclarar una situación que se volvió confusa por los múltiples actores individuales o colectivos que intervinieron, que, a su vez, enriquecen los datos sobre la gobernanza, identificando obstáculos jurídicos, institucionales o culturales, sería demasiado esperar una efectividad plena del derecho am-

biental solo por la utilización de los indicadores jurídicos.

Son una herramienta pero no permiten gobernar, frenar la degradación ambiental ni proteger mejor al medio ambiente. Claro que si bien hacen tomar conciencia de que para protegerlo no es suficiente votar leyes o firmar tratados, visibilizan las causas de no aplicación del derecho ambiental.

También destacan que la valoración o interpretación que se haga sobre ellos puede llevar a conclusiones opuestas, ya que toda política ambiental implica elecciones de valores que los indicadores no pueden hacer desaparecer ni tienen vocación de disimular.

En definitiva, si bien los indicadores no podrán salvar al planeta, sin duda pueden contribuir a la operatividad del derecho y enderezar el rumbo.

A modo de reflexión final

Esta maravillosa obra, innovadora y técnicamente impecable, nos representa a todos los que nos consideramos apasionados por el derecho ambiental.

Indudablemente el Prof. Michel Prieur y Christophe Bastin demuestran, a través de las páginas de este libro, el trabajo de investigación y estudio multidisciplinar que realizaron a fin de contribuir a mejorar la implementación en la aplicación del derecho ambiental, es decir, medir su efectividad y, asimismo, cómo lograr la evaluación de los efectos del derecho, que mide su eficacia.

En innumerables oportunidades nos enseña el Prof. Michel Prieur que estamos atiborrados de normativas y tratados ambientales, tanto en el ámbito internacional como en el regional y local, pero ello no es suficiente para lograr la efectividad ambiental, debido en gran medida a la falta de indicadores jurídicos apropiados.

Me permito recordar algunas palabras del papa Francisco en oportunidad de presentarse ante la Organización de las Naciones Unidas en el marco de un viaje apostólico del Santo Padre a Cuba y Estados Unidos y que forman parte

del discurso brindado en Nueva York el día 25 de septiembre de 2015: “... *La multiplicidad y complejidad de los problemas exige contar con instrumentos técnicos de medida.* Esto, empero, comporta un doble peligro: limitarse al ejercicio burocrático de redactar largas enumeraciones de buenos propósitos —metas, objetivos e indicaciones estadísticas—, o creer que una única solución teórica y apriorística dará respuesta a todos los desafíos. No hay que perder de vista, en ningún momento, que la acción política y económica, solo es eficaz cuando se la entiende como una actividad prudencial, guiada por un concepto perenne de justicia y que no pierde de vista en ningún momento que, antes y más allá de los planes y programas, hay mujeres y hombres concretos, iguales a los gobernantes, que viven, luchan y sufren, y que muchas veces se ven obligados a vivir miserablemente, privados de cualquier derecho (...). *[L]a medida y el indicador más simple y adecuado del cumplimiento de la nueva Agenda para el Desarrollo será el acceso efectivo, práctico e inmediato, para todos, a los bienes materiales y espirituales indispensables: vivienda propia, trabajo digno y debidamente remunerado, alimentación ade-*

cuada y agua potable; libertad religiosa, y más en general libertad de espíritu y educación. Al mismo tiempo, estos pilares del desarrollo humano integral tienen un fundamento común, que es el derecho a la vida y, más en general, lo que podríamos llamar el derecho a la existencia de la misma naturaleza humana.

”La crisis ecológica, junto con la destrucción de buena parte de la biodiversidad, puede poner en peligro la existencia misma de la especie humana...: *‘El hombre no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza’* (Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal de Alemania, 22/09/2011, cit. en ‘Laudato si’, 6)”.

Entiendo y deseo que esta obra técnica-dogmática, reflejo de la altísima calidad académica de sus autores, sea el puntapié inicial de un camino que coloque definitivamente al derecho ambiental en el lugar que se merece, lo cual indefectiblemente redundará en beneficio para nosotros, para las generaciones futuras y, sobre todo, para el planeta.

ACTUALIDAD AMBIENTAL LITORAL

ACCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO

Poda de árbol de patio interno de hospital público. Ejemplar de características particulares. Necesaria intervención de la autoridad de aplicación. Procedencia.

Con nota de Jorge A. Barraquirre y Clarisa A. Neuman

1. — La obra que se proyecta —residencia para madres— no generará residuos peligrosos, por lo que indudablemente la extracción de un único árbol en principio escaparía a las disposiciones de la ley 13.836 de Santa Fe. Empero, por tratarse de un ejemplar de características particulares, su tutela no debe buscarse en su art. 18 sino en el art. 13 que prevé la creación de un “registro de árboles distinguidos”, “...a fin de proteger al árbol o grupos de árboles que, por su valor natural, cultural o estético, deban tener una especial consideración”, a cuyos efectos impone la elaboración de “...un plan de manejo integral, tendiendo a una adecuada conservación, identificación e incorporación de nuevos ejemplares”.
2. — Surge con claridad que el árbol de palta en cuestión ostentaría características propias de la categoría “árbol distinguido” prevista en el art. 13 de la ley 13.836 de Santa Fe, al considerarse que tiene una edad mayor a la del Hospital Provincial —casi 170 años— y ser parte del patrimonio histórico viviente del nosocomio y de la ciudad.
3. — Ante la duda acerca de si puede o no ser calificado como “árbol distinguido” la pertinente evaluación por la autoridad de aplicación de la ley 13.836 de Santa Fe —el Ministerio de Ambiente y Cambio Climático— se impone inexorablemente, a fin de que científicamente verifique si se justifica registrarlo como tal por su valor natural, cultural, histórico o estético y, por consiguiente, el plan de protección especial que amerite.
4. — El paisajismo de los patios interiores del Hospital Provincial también encuentra amparo en dicha Ordenanza de preservación del patrimonio arquitectónico, histórico y cultural de la ciudad. Es un ejemplar que forma parte indisoluble del conjunto y hace al embellecimiento, decoración y composición del jardín interior. Por lo que no puede ser extraído o mutilado sin la previa intervención de la Comisión de Preservación del Patrimonio Urba-

no y Arquitectónico de la Municipalidad de Rosario.

5. — El desmonte del árbol de palta, aparente referente simbólico por historia y naturaleza importará una alteración de ese diálogo integral entre lo natural y lo edificado que forma un conjunto, con evidente perturbación de la composición arquitectónica y posible vulneración del ambiente al restringir la ventilación del patio.
6. — Verificado el compromiso de bienes indivisibles y colectivos como el patrimonio histórico y cultural en su integración sustancial con el ambiente natural presidido por la especial arbórea que se intenta eliminar, es dable colegir que la legitimación procesal activa del Ministerio Público Fiscal no puede merecer reproche alguno.
7. — La acción preventiva prevista en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. es la pretensión que se promueve en sede judicial y tiene por finalidad evitar la producción de un daño, su agravamiento o continuación.
8. — La existencia de una conducta antijurídica se encuentra corroborada, pues, previo al inicio de la tala y extracción total del árbol, debió procurarse la evaluación y autorización respectiva de las autoridades municipales y provinciales.

JCiv. y Com. 8a Nom., Rosario, 30/05/2022. - Fiscalía Extra Penal c. Hospital Provincial de Rosario s/ acciones colectivas.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/70761/2022]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

21-02950315-7

1ª Instancia. - Rosario, mayo 30 de 2022

A fs. 1/10 el Ministerio Público Fiscal a través de su Fiscalía Extrapenal promovió acción preventiva contra el Hospital Provincial de Rosario tendente a que se disponga: 1) la prohibición de podar, extraer o intervenir en cualquier forma de mutilación un árbol de palta existente en uno de sus patios; 2) adoptar las medidas adecuadas de protección de la especie conforme normativa que invoca, y 3) adaptar las construcciones que se realizaren en ese predio a un formato inclusivo de la especie y que respete la integración a la estructura.

Afirma que por Resolución N° 4 de la Procuración General de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, fechada el 04/06/2021, se constituyó una Comisión Asesora para la Protección Ambiental (en adelante CAPA) para la Segunda Circunscripción Judicial, cuya coordinación está a cargo de su Fiscalía y agrupa a más de una treintena de personas físicas y organizaciones interesadas por un ambiente sano, que se reúnen con una periodicidad mínima bimestral.

Puntualiza que en su primera reunión ordinaria (25/08/2021) se planteó, por iniciativa de Silvia Molina, en representación de la ONG Protegiendo Nuestros Árboles Rosario, el tema de la protección del arbolado público en la ciudad de Rosario ante el avance de emprendimientos inmobiliarios.

Y desde ese marco, posteriormente, el 03/11/2021 la Fiscalía recibió un correo electrónico de Silvia Molina, en representación de la ONG Protegiendo Nuestros Árboles Rosario, en el que textualmente dice: “El día viernes 22 de octubre de 2021, por la tarde, varios médicos que trabajan en el Hospital Provincial de Rosario, sito en calle Leandro N. Alem 1450, advirtieron que personas que se encontraban trabajando en uno de los patios internos del referido efector público, se encontraban llevando adelante la tala de un árbol de palta ubicado en dicho lugar, el cual tiene una antigüedad de aproximadamente 160 años. Frente a tal circunstancia, se interpeló a dichos trabajadores acerca de las razones por las que se estaba llevando a cabo la tala de dicho árbol centenario, frente a lo cual no hubo respuesta de los mismos. Por tal motivo, y ante la inacción de las autoridades del Hospital, se recurrió a solicitar la ayuda de la ONG Protegiendo Nuestros Árboles Rosario, así como también de varios funcionarios provinciales y municipales con competencia en la cuestión. Asimismo, se anotició de la cuestión a los medios de comunicación, siendo entrevistado el Dr. Capitaine Funes por el programa de noticias local Telenoche, y publicando una carta de lectores en el Diario La Capital. Como consecuencia de la mediación de la noticia y de la intención de talar un árbol de carácter histórico y simbólico para la ciudad, el Ministerio de Ambiente de la provincia de Santa Fe, intervino en la cuestión realizando un pedido de informes inmediato al directorio del Hospital Provincial, a los fines de consultar acerca del carácter público o privado del árbol referido, y poder dictaminar los pasos a seguir al respecto. Como consecuencia de la intervención de la Provincia, así como de la viralización de la noticia, el trabajo de tala iniciado el 22/10 no fue finalizado, habiéndose cortado varias de las ramas del árbol, pero su tronco y raíces permanecen todavía intactos, por lo cual es posible aún la recuperación del mismo. Por otro lado, por medio de consultas informales, se ha logrado dilucidar que el patio sobre el cual se ubica el árbol centenario es de propiedad de la

Sociedad de Beneficencia Rosario, el cual lo alquila a precio simbólico a la provincia de Santa Fe. Por lo tanto, el árbol en cuestión estaría ubicado sobre propiedad privada. Lo cierto es que la tala del árbol se estaba realizando en el marco de una obra que está llevando adelante la referida organización benéfica sobre el patio en cuestión. Tanto la dirección del Hospital como la Sociedad de Beneficencia argumentan que la única manera de realizar dicha obra es mediante la extracción de la palta, y que se han analizado todas las alternativas posibles sin éxito. Asimismo, afirman que el árbol se encuentra en malas condiciones y que tanto el mismo como sus frutos representan un peligro para la comunidad hospitalaria y las personas que transitan por el lugar. Sin embargo, es evidente que ello no es así, ya que, en 160 años de existencia, no se ha registrado ni un solo caso de personas dañadas por el árbol o las paltas que nacen del mismo, y no es necesario ser un experto para saber que el árbol centenario referido se encuentra en óptimas condiciones a pesar de su antigüedad. Al día de la fecha, nos encontramos entonces con que la tala del árbol se encuentra suspendida, pero la misma puede retomarse en cualquier momento, por lo cual cualquier actuación respecto del mismo tiene que realizarse lo más inmediato posible. Saludos Cordiales. Gracias”.

Seguidamente discurre sobre la Ley del Árbol N° 13.836 dictada en 2019, menciona sus arts. 1, 2, 4 y 18, y enfatiza que este último define que “se considera arbolado en predios privados y sujeto a las disposiciones de la presente ley: a) El relativo a predios rurales; y, b) El referido a inmuebles urbanos, en tanto éstos estén dedicados a actividades productivas que requieran presentación de estudio e informe de evaluación de impacto ambiental según la Ley N° 11.717, su reglamentación y normas complementarias”.

En tanto que, prosigue, el Decreto reglamentario N° 3674/2019 precisa que los predios urbanos a los que se refiere el artículo 18 “son aquellos que resulten Categoría II (mediano impacto ambiental) o Categoría III (alto impacto ambiental) de acuerdo al artículo N° 21 de la ley 11.717 y su decreto reglamentario N° 101/2003, los predios urbanos a los que se refiere la presente Ley son aquellos que resulten independientemente de que se ubiquen territorialmente en zona Urbana, Suburbana o Rural”.

Señala que según lo manifestado por la ONG y lo relatado en las noticias periodísticas que acompaña, el árbol de palta que se ubica en un inmueble utilizado por el Hospital Provincial de Rosario estaría en peligro debido al avance de una obra en construcción.

Refiere que dada la urgencia del pedido ante la amenaza de un daño grave e irreversible, no fue posible corroborar si dicho árbol se ubica en un inmueble

público o privado, sin perjuicio de lo cual, en cualquiera de los dos supuestos encuadraría dentro de la Ley 13.836: i) en caso de que sea un inmueble de dominio público, por el art. 4; ii) y de ser un inmueble de dominio privado, por tratarse de una obra de ingeniería civil, actividad calificada como standard 2 de acuerdo al Decreto N° 101/2003, sería un caso encuadrable en el art. 18 inc. b.

Concluye a este respecto que la protección del árbol de palta ubicado en el Hospital Provincial encuadra dentro de las regulaciones de la Ley 13.836, dando especial importancia a su conservación, de acuerdo a la declaración del art. 2.

Asevera que la lógica conservacionista del régimen legal, prohíbe la extracción, la poda de partes aéreas y subterráneas, y la tala de ejemplares del arbolado público, así como la fijación, aplicación o acumulación de elementos, sustancias extrañas o cualquier otra intervención que pudiera causar daño sobre el mismo (art. 5, Ley 13.836). Y en su art. 6 fija taxativamente las causales de excepción a dichas prohibiciones. Por lo tanto, la norma es la prohibición, y se asienta sobre el mandato de conservación de las especies.

Afirma que, como primer punto, la poda de este árbol de palta, para ser lícita, debería encuadrarse en alguna de las causales taxativamente enumeradas en el art. 6.

Argumenta que la obra que hipotéticamente se ejecutaría califica, en principio y conforme la información obtenida, como Standard 2 según el Decreto 101/2003, que establece que las actividades que puedan comprometer el ambiente y sus recursos se categorizarán en tres niveles distintos a los que corresponderán distintas exigencias (art. 12). Para ello, en el Anexo II previamente se califican a los distintos tipos de actividades según un Standard, que se sujeta a categorización ulterior, el cual prevé que las obras de “construcción, reforma y reparación de edificios no residenciales” se califican como Standard 2 (punto 452.20); y en el mismo nivel, las obras de “movimiento de suelos y preparación de terrenos para obras n.c.p.”, según el punto 451.9.

Destaca que el artículo 14 de dicho Decreto establece que “los emprendimientos o actividades listadas en el Anexo II con el Standard 2 serán analizados en función de la información aportada en el Formulario de Presentación, teniendo en cuenta las características enunciadas en el art. 21 de la Ley, pudiendo ser encuadradas en cualquiera de las tres categorías”.

De este modo, añade, el emprendedor de la obra a ejecutarse deberá acreditar que acompañó el Formulario de Presentación al Ministerio de Ambiente y Cambio Climático de la Provincia de Santa Fe para

que su obra sea categorizada. En caso de que haya sido categorizada como II o III, deberá acreditar que obtuvo el certificado de aptitud ambiental correspondiente para ejecutar esa obra y podar o extraer el árbol en cuestión, conforme el art. 18, inciso b, de la Ley 13.836 y su Decreto reglamentario N° 3674/2019.

Proclama que el certificado de aptitud ambiental constituye un componente importante del sistema de gestión ambiental tendiente a evitar daños ambientales, lo que fue realizado por la CSJN, y se halla en consonancia con el art. 11 de la Ley nacional 25.675, reitera, como presupuesto mínimo de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República, para toda la actividad susceptible de degradar el ambiente, o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa, la sujeción a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental previo a su ejecución.

Desarrolla conceptos relacionados con la importancia que tiene para la salud humana el arbolado público y asevera que la mala calidad del aire que respiramos es el responsable siete millones de muertes al año, de las cuales el 88% de esos decesos ocurren en países de salarios medios o bajos, lo que justifica la preservación de árboles adultos con follajes importantes, capaces de retener partículas PM 2,5 así como otras sustancias contaminantes.

Subraya que el arbolado urbano tiene un papel importante no sólo en el paisaje, sino también en la salud de las ciudades y los habitantes, y con cita de un dictamen emitido por la Facultad de Medicina de la UNR, proclama que los árboles urbanos con un tronco alto y una copa ancha son imprescindibles para la preservación de la salud de la población de Rosario. Por lo que la poda indiscriminada de árboles longevos y frondosos, como es el árbol de palta ubicado en el Hospital Provincial, generan perjuicios irreparables en la salud de nuestra población.

Reseña sobre los compromisos climáticos del Estado Argentino, el Acuerdo de París de 2015 (suscripto por nuestro país y ratificado por el Congreso Nacional por la Ley 27.270), establece como medidas de acción climática la mitigación y adaptación al cambio climático, entre otras; la Ley marco de acción climática provincial N° 14.019 se establece como acción de adaptación al cambio climático la renovación y expansión del arbolado público urbano, incrementando las áreas verdes urbanas y superficies de absorción (art. 21, inc. h); y el Plan de Acción de Climática al 2030 de la ciudad de Rosario.

Expone sobre los presupuestos de admisibilidad de la acción y dice hallarse legitimada, como representante del Ministerio Público Fiscal, en el marco de los arts. 1710, 1711 y, específicamente, del 1712 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, habiendo incluso iniciado

anteriormente diversas acciones preventivas de daño ambiental en nuestra provincia.

En cuanto a sus requisitos sustanciales, acusa la ausencia de evaluación de impacto ambiental, que como dice haber explicado, según la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 8), la Ley provincial 11.717 (arts. 18 a 21), Decreto provincial 101/2003 (Anexo II puntos 452.20 y 451.9), Ley del árbol 13.836 y su Decreto N° 3674/2019, es menester para realizar cualquier intervención en el árbol de palta ubicado en el Hospital Provincial, ya que las obras a realizar exigen de la obtención previa del certificado de aptitud ambiental, y que la poda o extracción esté autorizada previamente por cuadrar en alguno de los casos de excepción del art. 6 de la Ley 13.836.

Asevera que en caso de continuar o reanudar las tareas de poda o extracción del ejemplar arbóreo ubicado en el Hospital Provincial ocurriría un daño grave e irreversible, pues un árbol de 160 años de edad brinda servicios ecosistémicos a la población de la ciudad cuya poda o extracción cumpliría con las características de “grave” e “irreversible”.

Solicita que se despache la medida, sin exigencia de contracautela y que se tenga presente la exención de costas prevista en el art. 259 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Ofrece prueba documental, consistente en misivas electrónicas recibidas, informes técnicos y artículos periodísticos, y peticiona que concretamente se ordene: a) prohibir podar, extraer, o intervenir en cualquier forma de mutilación sobre el árbol de palta centenario existente en el interior (uno de los patios) del Hospital Provincial sito en la calle Alem 1450 de Rosario; 2) adoptar las medidas adecuadas de protección de la especie conforme la normativa invocada.

A fs. 22 se admitió formalmente la demanda de medida cautelar innovativa autónoma o autosatisfactiva contra el Hospital Provincial de Rosario, y se citó a la demandada a comparecer a estar a derecho, contestar demanda y ofrecer su prueba, dentro del plazo de tres días —sin aplicación de la duplicidad de plazos prevista en el art. 5 de la Ley 7234 modif.— Ley 9040. Asimismo, se previó que de la prueba que se ofrezca, sólo sería ordenada la producción de la que se considerarse imprescindible para resolver la causa (arg. aplicación analógica del art. 8 de la Ley 10.156).

Con carácter de “medida precautelar”, se ordenó a la demandada que, desde la notificación de la dicha providencia y, por lo menos hasta tanto sea decidida la procedencia de la demanda en esta primera instancia, se abstenga de podar, extraer o intervenir a través de cualquier forma de mutilación, el árbol de palta que motiva el pleito.

A fs. 61 vta./65 compareció el Hospital Provincial de Rosario, opuso excepción de falta de legitimación pasiva, contestó demanda y ofreció prueba.

En su libelo, dice ser ajeno a la cuestión en debate, no estando habilitado para asumir la calidad de obligado en relación a la materia sobre la cual versa este proceso. Pues, la demanda interpuesta se fundamenta en la premisa errónea de que el inmueble donde se encuentra emplazado el Hospital Provincial de Rosario es un bien público, lo que no es así dado que el predio pertenece a la Sociedad de Beneficencia de Rosario y esta institución es la que otorga el uso y goce del inmueble al Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe.

Destaca que el correo electrónico que se transcribe en el escrito inicial menciona incluso esa circunstancia, de lo cual se sigue que la especie arbórea objeto de este pleito no puede calificarse pues como “arbolado público” en los términos del art. 4 de la Ley del Árbol N° 13.836.

Refiere que, en consonancia, dentro del Expte. N° 02102-0012783-0, caratulado “Poda de Árbol Dentro del Inmueble Donde se Encuentra el Hospital Provincial de Rosario”, tramitado por ante la Subsecretaría de Protección de la Naturaleza del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático de la Provincia de Santa Fe, la Asesoría Jurídica informó que procedió a obtener información del SCIT respecto a dicho inmueble, de la que surge que efectivamente el mismo es de propiedad de la Sociedad de Beneficencia de Rosario (CUIT 30-64048033-1), en un 100% y se corresponde con la Partida Inmobiliaria 16-03-01221248/0001, concluyendo que el árbol en cuestión no es arbolado público en los términos de dicha norma y que forma parte de un inmueble de dominio privado perteneciente a ese sujeto de derecho privado.

Indica que tal dictamen fue admitido por el Subdirector General de Protección de la Naturaleza del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático de la Provincia de Santa Fe. Ing. Agrónomo Horacio Quinteros, y fue notificado al Hospital en fecha 05/11/2021. Por lo que asegura que el reclamo deviene improcedente respecto del Hospital Provincial de Rosario, ya que no existe entre las partes vínculo jurídico alguno que justifique la imposición de las conductas pretendidas.

Afirma que la actividad de poda de la especie arbórea se inició a instancias de la Sociedad de Beneficencia para concretar el Proyecto de la “Residencia de Madres de Neonatología”, financiado y ejecutado por aquélla, el cual tiene por objeto que estas puedan alimentar y/o cobijar a sus hijos/as posparto, puesto que el espacio físico destinado a tal fin fue ocupado por la ampliación de la Sala de Coronarias, realizada para afrontar la pandemia.

Apunta que actualmente las madres esperan en un consultorio reducido cuyas condiciones distan de ser las que tenían en el espacio anterior. Y que la Residencia de Madres proyectada se emplazará donde se encuentra la mentada especie arbórea por ser un espacio contiguo al Servicio de Neonatología, lo que implica muchas ventajas, por ejemplo, la oportunidad de que se constituya en planta baja, considerando que las madres, sobre todo las que tuvieron cesárea, no pueden movilizarse por escaleras.

Expone que no sólo las madres deben amamantar a sus hijos cada tres horas, sino que en el caso de bebés prematuros o con complicaciones de salud, la presencia de aquéllas es muy importante para su recuperación. Por lo que corresponde entonces ponderar el estado de necesidad de las madres que dan a luz en el Hospital, especialmente para aquellas que viven a muchos kilómetros de distancia de éste.

Enfatiza que estas son las trascendentales ventajas que tiene el proyecto de Residencia de Madres de Neonatología, impulsado y financiado por la Sociedad de Beneficencia. Y que no puede perderse de vista el riesgo que conlleva para la comunidad hospitalaria la vigencia de la mentada especie arbórea, atento a que se encuentra ubicada en una zona de tránsito constante y de ella se desprenden frutos de gran tamaño y peso considerable, lo que evidencia su potencial peligrosidad para los pacientes y trabajadores del efector.

Tras una negativa puntual de los hechos expuestos en la demanda, señala que la accionante plantea que en caso de que no se considere a la especie arbórea en cuestión como parte integrante del arbolado público (cfme. art. 4, Ley 13.836), lo estime integrante del arbolado privado encuadrable en su art. 18 inc. b), interpretación que acusa de arbitraria y antojadiza, atento a que dicho inciso aclara expresamente que “se considera arbolado en predios privados y sujeto a las disposiciones de la presente ley: [...] b) El referido a inmuebles urbanos, en tanto éstos estén dedicados a actividades productivas [...]”. Y conforme al art. 1 del Reglamento Básico de Hospitales Generales aprobado por Decreto N° 02.542 del 13/11/1972, “Los Hospitales [...] tienen como misión prestar asistencia médica a la población del área de influencia en sus cuatro aspectos fundamentales: Promoción, Protección, Reparación y Rehabilitación de la Salud”.

Colige que la prestación del servicio público de salud dista completamente de ser una “actividad productiva” a que alude el art. 18 inc. b) de la Ley del Árbol, por lo que solicita el rechazo de la demanda.

A fs. 66 se tuvo por contestada demanda y ofrecida prueba, y se convocó a audiencia del art. 19 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. De la excepción de falta de le-

gitimación pasiva interpuesta, se corrió traslado a la actora.

A fs. 71 luce acta que documenta la celebración de la audiencia del art. 19 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, en la que las partes convinieron seguir las tratativas ante el Centro de Mediación.

A fs. 77 aparece glosada el acta de finalización de la mediación, sin acuerdo de partes.

A fs. 80 se tuvo presente la conclusión —sin acuerdo— de la instancia de mediación y, atento a lo manifestado por el Hospital Provincial de Rosario sobre su falta de legitimación para obrar y a lo expuesto por los comparecientes en la audiencia celebrada a los fines del art. 19 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (fs. 71), se ordenó integrar la litis con la Sociedad de Beneficencia de Rosario (arg. art. 302, Cód. Proc. Civ. y Comercial), a cuyo fin se la citó por el plazo de cinco días.

También se intimó a dicha asociación civil a que acompañe copia de los documentos correspondientes al proyecto arquitectónico (planos, imágenes, etc.) y, su caso, los inherentes a la aprobación del mismo por los organismos pertinentes (arg. arts. 21 párrafo 2° del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 32 de la Ley 25.675).

A fs. 84/89 la Fiscalía Extrapenal respondió al mismo.

Expone en su escrito que en su demanda refirió que por “consultas informales” se obtuvo que el predio sería de titularidad privada, pero no existía información pública disponible; y que solicitada a los trabajadores que estaban llevando a cabo la poda, no obtuvieron respuesta sobre las causas de la poda, ni tampoco por parte de las autoridades del Hospital, en franca colisión con los preceptos contenidos en el art. 16 y ss. de la Ley General del Ambiente 25.675 y Ley 27.556.

Aduce que ante la orfandad de información, la urgencia dada por el comienzo de las tareas de poda y el manifiesto interés colectivo que determinó a la ONG “Protegiendo Nuestros Árboles Rosario” a formular la presentación, siendo público y notorio que el árbol se emplaza en el predio donde funciona el Hospital Provincial, fue dirigida así la demanda.

Ello así, dice, puesto que siguiendo un orden lógico resultaba razonable que, tratándose de un inmueble donde se ubica un hospital público, la obra a realizarse estuviera a su cargo y su destino fuera el uso público. No sólo porque la ciudadanía sería quien se beneficiaría con la obra, sino también porque aun si se tratara de una locación se supondría que cualquier mejora que el hospital, como locatario, proyectara hacer estaría a su exclusivo cargo, y no así del locador, lo que así surge de la cláusula 7ª, segundo párrafo,

del contrato de locación acompañado por el Hospital Provincial.

Añade que, no obstante, en el transcurso de la audiencia del art. 19 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se presentó la Sociedad de Beneficencia de Rosario y asumió su carácter de dominus y responsable de la obra. Por lo que, opuesta por la demandada la falta de legitimación pasiva, entiende que el temperamento procesal adecuado es el allanamiento ante la defensa que plantea y la solicitud de integración de la litis con la Sociedad de Beneficencia de Rosario, que asimismo participó de dicha audiencia dispuesta y en la instancia de mediación acordada.

Recalca la nota publicística que tiñe la presente acción preventiva, dado que, aun siendo un proceso adversarial, la particularidad de que la fiscalía, órgano del Ministerio Público, asuma una intervención autónoma como parte actora, no la empece.

A fs. 103 vta./111 compareció la Sociedad de Beneficencia y contestó demanda.

Principia diciendo que en la exposición de la plataforma fáctica de la demanda, en tres oportunidades se cita a la ONG “Protegiendo Nuestros Árboles Rosario”, pero en la audiencia del art. 19 del Cód. Proc. Civ. y Comercial que fuera oportunamente convocada, se expresó públicamente que dicha ONG en realidad no existe, ni siquiera como simple asociación. Y en cuanto al contenido del e-mail que allí se transcribe, tampoco le consta ninguna de las aseveraciones que allí realizan, por lo que sólo se vislumbra una intención de paralizar toda obra de infraestructura en el Hospital Provincial de Rosario.

Sostiene que la Ley 13.836 es claramente inaplicable en este caso, dado que el árbol de palta se encuentra ubicado en un patio interior de un inmueble privado, y dicha especie no es utilizada con fines productivos, ni forma parte de ninguna actividad fabril o industrial.

Y que es falso que la obra a realizar estaría calificada con Standard 2, dado que los ítems y anexos previstos en el Decreto 101/2007 son aplicables a los casos que prevé la ley 13.836, la cual no comprende a la palta que nos ocupa.

Refiere que también en la demanda se cita a la Ley nacional 25.675, que tampoco es aplicable a este caso, ya que prevé los casos de “actividad susceptible de degradar el ambiente, o afectar la calidad de la vida de la población de manera significativa”. Y extraer una sola planta de palta no degrada el ambiente, ni afecta la calidad de vida de la población de manera significativa.

Asevera que, por el contrario, la intervención que se pretende hacer no va a afectar la calidad de vida de nadie ni degradará el ambiente, y menos aun cuando el proyecto ya incluya una parquización con la colocación de nuevos árboles.

Recuerda que en la audiencia comentada expresó que el proyecto comprendía la plantación de dos árboles en sustitución, y que incluso ofreció la colocación de diez árboles más si era necesario para satisfacer los intereses de quienes reaccionaron de manera desmedida y con total desconocimiento de los hechos.

Alega que la demanda carece de todo sustento legal, importando una intromisión ilegal y abusiva — art. 10, Cód. Civ. y Com. de la Nación— en el derecho de propiedad de un particular, violándose lo dispuesto en el art. 17 de la CN.

Enfatiza que las normas citadas por la Fiscalía se orientan a proteger el medio ambiente en espacios públicos del Estado nacional, provincial y municipal, pero acá la intromisión es en un espacio de un particular, y no hay norma que dé lugar a la acción emprendida.

Argumenta que lo expresado con relación a los “compromisos climáticos”, es una exageración pues de ninguna manera se los va a agravar por la extracción de un solo árbol de palta, máxime cuando se prevé su reemplazo por otros árboles mucho más jóvenes, con raíces que no afecten los desagües y que son mucho más limpios y seguros al no generar pesados frutos.

Afirma que la extracción de la palta importa una pequeña intervención con una compensación mucho más racional y beneficiosa para todos. Pues no se deben perder de vista los propósitos perseguidos por su parte, esto es, la construcción de un espacio para albergar a madres que tienen internados a sus hijos afectados por serias enfermedades, bajo peso, nacimientos prematuros, etc., y lo que es también sumamente relevante, que se les prestará un servicio totalmente gratuito a gente de escasos recursos económicos.

Insiste con que si bien se han citado los arts. 1710 a 1712 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto al supuesto daño no existe una sola referencia y mucho menos prueba que indique que la extracción de un árbol de palta genere algún daño. Por el contrario, únicamente el dueño del árbol es quién ve afectado su propio patrimonio, sin embargo, decidió la extracción para generar una nueva realidad superadora del actual estado en que se encuentra el espacio donde está ubicado el árbol.

Apunta que el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. de la Nación indica criterios de medida, y el art. 1712 ha-

bilita a la acción a quién tenga un “interés razonable”, que en este caso la Fiscalía no lo tiene, dado que únicamente el dueño del árbol es quien ve afectado su propio patrimonio y, pese a ello, decidió quitarlo para mejorar la situación del hospital. Por lo que no hay daño ni acción preventiva posible, a punto tal que el supuesto perjuicio que se refiere en la demanda es incierto, indeterminado, y por la insignificancia de la intervención no se llega ni siquiera a mensurarlo.

Afirma que la Sociedad de Beneficencia de Rosario está formada como una asociación civil sin fines de lucro con personería vigente según consta en el legajo N° 5266 de la Inspección General de Personas Jurídicas de Santa Fe desde el 27/01/1890; y el art. 2 de su estatuto establece que el objeto de la misma es “...la ayuda a personas dolientes y desamparadas, mantener y mejorar la salud de la comunidad, la protección y dignificación de la mujer, ... la Sociedad velará por el cumplimiento de los fines asistenciales y sociales que se prestan en el Hospital Provincial de Rosario (Ex Hospital de Caridad) y el Hospital Geriátrico...”

Asevera que desde hace muchos años el inmueble comprendido dentro de la manzana ubicada entre las calles Alem, Zeballos, 1° de Mayo y 9 de Julio, —de propiedad de la entidad—, se encuentra alquilado a la Provincia de Santa Fe, la cual se encarga de llevar adelante una actividad hospitalaria en lo que se da en llamar Hospital Provincial de Rosario.

Adjunta copia de la escritura de dominio del lote donde se encuentra el árbol de palta en cuestión, expedida por el escribano Fabriciano Torres en fecha 22/04/1893, posteriormente inscripta en el Registro General de la ciudad de Rosario en la sección Dominio Tomo 140C Folio 1970 N° 60.773 en fecha 10/12/1945.

Relata que con motivo de la pandemia Covid-19, las autoridades a cargo del referido hospital, tuvieron que reubicar espacios, servicios y salas, quedando sin un lugar determinado el sector necesario para las madres de niños y niñas que se encuentran en Neonatología.

Dice que creada la necesidad, se trabajó en equipo integrando los cuadros profesionales del hospital, la provincia y la Sociedad de Beneficencia de Rosario, y tras varias reuniones y análisis se concluyó que la palta debía ser removida para una mejor integración del proyecto, y que esa intervención sería compensada con un jardín con nuevos árboles.

Enfatiza que el edificio del mencionado hospital está saturado y el objetivo principal del proyecto es hacer una sala para ubicar a las madres cerca de sus hijos, en un ambiente que les sea confortable, seguro y útil para su descanso y aseo personal, evitando

de esta manera largos viajes al interior de la provincia que importan una separación de madres con sus hijos, en general, de extrema vulnerabilidad, que necesitan de la cercanía y afecto de sus madres, siendo el amamantamiento esencial para el desarrollo de los recién nacidos.

Manifiesta que no fue fácil llegar a la decisión de intervenir un jardín con una edificación, lo que nunca antes se había hecho, pero en la manzana del hospital ya no hay espacio útil para el servicio que está faltando, por lo que reorganizar otros servicios para trasladarlos a fin de optimizar los espacios sin tocar la palta importaba un gasto que la entidad no puede solventar, y no hay presupuesto estatal para tal fin.

Discurre sobre la dicotomía “derecho ambiental c. derechos humanos”, trae a colación normas constitucionales de nivel nacional y provincial, de instrumentos internacionales de que jerarquía constitucional, la Ley Nacional 26.873 y su adhesión santafesina por Ley 13.865; reflexiona sobre la colisión entre principios intrasistémicos y la necesidad de un juicio de ponderación, concluyendo que su propuesta de extracción y compensación cumple perfectamente con las normas aplicables, por lo que solicita el rechazo de la demanda, con costas a cargo de la Procuración.

A fs. 114 se proveyó la prueba ofrecida por las partes y, de oficio, de acuerdo a las facultades que confiere el art. 32 primera parte de la Ley 25.675, se dispuso la producción de la siguiente prueba informativa técnica (arg. art. 197, Cód. Proc. Civ. y Comercial): 1) De la Escuela de Diseño del Paisaje dependiente del Instituto Superior de Educación Técnica N° 52 (Laprida 1557 de Rosario) o, en caso de negativa o imposibilidad de esta última, a la Escuela de Jardinería “Prof. Juan Aníbal Domínguez” (Mariano Moreno 2450) o a la Dirección General de Parques y Paseos de la Municipalidad de Rosario (Mariano Moreno 2350), a fin de que determinen: a) características, edad, dimensiones, morfología, estado de salud y conservación, como así también sobrevida estimada del árbol de palta que motiva el presente proceso judicial; b) si puede considerarse un ejemplar que se destaca, por ejemplo, por su rareza, forma poco habitual, avanzada edad, notables dimensiones frente a ejemplares de similares características, localización, historia, etc. 2) A la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos, a fin de que —en base a la evaluación de las características del árbol que realice dicha Escuela de Paisajismo— dictamine: a) si el mismo puede ser considerado un “árbol patrimonial” por su tamaño, estética, porte, longevidad, originalidad de sus formas, vinculación a un paisaje o su importancia cultural, histórica, científica o educativa, etc. b) si lo considera digno de conservación y, en su caso, medios aconsejables para su preservación; c) si es po-

sible la integración de dicho árbol al proyecto arquitectónico de “residencia de madres” que la Sociedad de Beneficencia de Rosario tiene previsto concretar; d) en su caso, estrategias arquitectónicas que se puedan implementar para integrar dicho ejemplar al proyecto; e) cualquier otro dato o sugerencia que considere útil para la decisión del litigio. 3) Al Colegio de Arquitectos Distrito 2 Rosario, a la Asociación Argentina de Arquitectura e Ingeniería Hospitalaria y a la Directora de la Maestría en Arquitectura del Paisaje (Arq. Ana Valde-rama), que se dicta en la Facultad de Arquitectura, Planeamiento y Diseño de la Universidad Nacional de Rosario, a fin de que determinen si consideran viable la integración del árbol de palta a dicho proyecto arquitectónico de “residencia de madres” y, en su caso, estrategias que se puedan implementar a sus efectos.

Consta la agregación de informes técnicos (fs. 126/129, 149/150, 182/183, 186/188, 190/192 y 197/199) y documental acompañada por las partes.

A fs. 200 se confirió traslado para alegar y se convocó a una nueva audiencia a los fines del art. 19 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

A fs. 205/211 luce el alegato de la actora y a fs. 204 el de sociedad de beneficencia. No presentó el suyo el Hospital Provincial pese hallarse debidamente notificado según cédula de fs. 202.

Tras el fracaso del último intento conciliatorio, quedan los presentes en estado de dictar definitiva.

Considerando:

1. Según los términos en que se trabara la litis, el Ministerio Público Fiscal invocando la tutela del patrimonio histórico y natural colectivo, pretende que se ordene: i) la prohibición de podar, extraer o mutilar el árbol de palta existente en uno de los patios internos del Hospital Provincial de Rosario; ii) la adopción de medidas en aras de la protección del mismo, y 3) adaptar los proyectos constructivos previstos para el predio donde se halla plantado, de manera tal que resulte integrado a la estructura edilicia.

El Hospital Provincial y la Sociedad de Beneficencia de Rosario, inquilino y propietario —respectivamente— del nosocomio, resisten la pretensión, argumentando que se trata de un bien del dominio privado al que le resulta inaplicable tanto la Ley provincial del Árbol N° Ley 13.836 como así también cualquier evaluación de impacto ambiental prevista en la Ley 11.717 y Decreto 101/2020 que importe un obstáculo a la obra de arquitectura prevista para la edificación de una “Residencia de Madres de Neonatología”, el que será financiado y ejecutado exclusivamente la titular del inmueble con el noble objetivo de mejorar las condiciones de habitabilidad de un ambiente

destinado a las progenitoras de los niños internados posparto, a fin de asegurar el alimento y cobijo de aquellos en el marco de una estadía digna.

2. Es cierto que, como lo sugiere el Hospital Provincial y la Sociedad de Beneficencia, considerado aisladamente y más allá de su longevidad, la extracción de un único árbol de palta difícilmente podría afectar la “salud pública ambiental” y, mucho menos, significar una afectación a los compromisos climáticos asumidos internacionalmente por el Estado argentino. Pues, en todo caso, bastaría —tal como lo propone la propietaria— compensar la quita con la plantación de doce árboles distribuidos en el predio del hospital y en otros de la ciudad.

Ahora bien, no podemos soslayar lo siguiente: a) en primer lugar, que el palto a extirpar se trataría de un ejemplar centenario, que podría calificar como “árbol patrimonial” o “árbol distinguido” (art. 13, Ley 13.836), por su porte, longevidad, vinculación a un paisaje o su importancia histórica; b) en segundo término, que se encuentra ubicado dentro de un efector de salud incluido en la Ordenanza Municipal N° 8245/08 de “Inventario y Catalogación de Bienes del Patrimonio Histórico Arquitectónico y Urbanísticos de la Ciudad de Rosario”, como edificio de valor patrimonial histórico, agrupado en la primera categoría “A” (obras de valor singular o unitario) y que tiene asignado un nivel de protección 2.b, es decir, una “protección directa parcial (sobre parte del objeto)”; c) en tercer lugar, que la extracción del árbol, como referente simbólico, apareja por sí misma una alteración de ese diálogo entre lo natural y lo construido que en su integridad forma un conjunto, y que además tiene por finalidad la posterior construcción de una residencia de madres, es decir, una afectación al entorno del edificio que puede alterar indebida o desarmónicamente la composición arquitectónica; d) esa extracción y construcción encuadrarían en, por lo menos, dos de las actividades que el Anexo II del Decreto 101/2003 —reglamentario de la Ley 11.717— atribuye standard 2 (numerales 452.20 y 451.9), y por tal motivo deben ser analizadas por el Ministerio de Medio Ambiente en función de la información aportada en el Formulario de Presentación respectivo, teniendo en cuenta las características enunciadas en el art. 21 de la Ley 11.717, pudiendo ser encuadradas por ese organismo en cualquiera de las tres categorías que prevé: de impacto ambiental bajo o nulo, mediano o alto, con carácter previo al inicio de la obra e incluso de la habilitación municipal para la construcción.

De acuerdo con la regla *iura novit curia*, el juzgador tiene no sólo la facultad sino el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el Derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncien

las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función judicial (CSJN, Fallos: 296:633; 297:42; 300:1034; 305:1975; 310:1536). De allí que los análisis y la subsunción normativa no debe ceñirse necesariamente a la propuesta por los litigantes.

2.1. La parte actora aduce que la extracción o mutilación del árbol de palta importaría una violación a la Ley del Árbol N° 13.836 que sujeta a sus disposiciones (art. 18) los arbolados ubicados en predios privados urbanos que se encuentren afectados a “actividades productivas” que requieran presentación de estudio e informe de evaluación de impacto ambiental según la Ley N° 11.717, su reglamentación y normas complementarias, concretamente —según su Decreto reglamentario N° 3674/2019—, si resultan de categoría II (mediano impacto ambiental) o categoría III (alto impacto ambiental) de acuerdo al art. N° 21 de la ley 11.717 y su Decreto reglamentario N° 101/2003.

Es cierto que “actividad productiva” puede ser definida como “toda acción, individual o social, llevada a cabo para la obtención de un producto o servicio que satisfaga las necesidades humanas” (<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>), de modo tal que ante semejante generalidad conceptual cualquier emprendimiento llevado a cabo mediante la acción del hombre destinada a producir bienes o servicios podría encuadrar en la norma y, por ende, todo inmueble urbano quedaría sometido al cumplimiento de la Ley 13.836 y a una posible evaluación ambiental previo a extirpar cualquier planta vegetal de mediana altura.

Estamos frente al caso de un árbol ubicado en un patio interno de un hospital público (ubicado dentro de un predio privado, de allí que no es un árbol público, cfme. art. 4, Ley 13.836), cuya “actividad productiva”, desde luego, es una de las más importantes y nobles que llevarse a cabo en el seno de una sociedad en tanto como establecimiento destinado a la atención y asistencia de enfermos, tiende a la satisfacción del bien común procurando garantizar la preservación del derecho a la salud.

Pero dentro del esquema que propone el Anexo II del Decreto 101/2002 reglamentario de la Ley 11.717, en la categoría “Servicios relacionados con la salud humana” (851), tanto los “Servicios hospitalarios” (851.1), “Servicios de internación” (851.1.1), “Servicios de hospital de día” que “(Incluye las actividades de tratamiento que no necesitan hospitalización a tiempo completo, tales como tratamientos oncológicos; infectológicos; dialíticos; atención de la salud mental; atención pediátrica; atención gerontológica; etc.)” (851.1.2), “Servicios hospitalarios n.c.p.” (851.1.9) y “Servicios médicos” (851.2) tienen asignado el standard 1.

Además, por estar comprendidos dentro de los emprendimientos o actividades listadas en el Anexo D de la Resolución 403/2016 con el Standard 1, se consideran de categoría 1, y están eximidos de completar el formulario de presentación y la declaración ambiental (Anexo V), a menos que la actividad pudiera generar residuos peligrosos o que una autoridad Municipal o Provincial lo requiera (<https://www.santafe.gob.ar/index.php/tramites/modul1/index?m=descripcion&id=255618>).

La obra que se proyecta —residencia para madres— no generará residuos peligrosos, por lo que indudablemente la extracción de un único árbol en principio escaparía a las disposiciones de la Ley 13.836. Empero, por tratarse de un ejemplar de características particulares, su tutela no debe buscarse en su art. 18 sino en el art. 13 que prevé la creación de un “registro de árboles distinguidos”, “...a fin de proteger al árbol o grupos de árboles que, por su valor natural, cultural o estético, deban tener una especial consideración”, a cuyos efectos impone la elaboración de “...un plan de manejo integral, tendiendo a una adecuada conservación, identificación e incorporación de nuevos ejemplares”.

Al reglamentar dicha norma, el Decreto 3674/2019 dispone en su art. 13 que: “Los Municipios y Comunas podrán solicitar la incorporación de ejemplares individuales o grupales al Registro Provincial de Árboles Distinguidos para lo cual deberán realizar una presentación que justifique el Valor natural, cultural o estético”. “Aquellos Municipios y Comunas cuyos pedidos sean considerados pertinentes por la Autoridad de Aplicación y previo a la inclusión en el registro, deberán presentar un Plan de Manejo Integral Especial para el o los árboles seleccionados”. “La Provincia podrá asesorar y colaborar en la implementación del Plan Integral Especial”.

Pues bien, el 26/10/2021 el diputado Oscar Martínez del bloque “100% Santafesino” presentó un “Proyecto de Comunicación” al que se le asignó el N° 45.519 | CD, (consultar en: <http://186.153.176.242:8085/informatica/>) por el cual solicitó que se disponga detener la poda y tala del árbol de palta ubicado en el patio del Hospital Provincial de Rosario, en cuyos fundamentos puede leerse: “Señor presidente: Desde el pasado sábado 23 de octubre circula por diferentes medios una nota escrita por un médico del Hospital Provincial de Rosario donde denuncia que ese mismo día advirtió que una cuadrilla trabajaba en la poda y posterior tala de un palto, más conocido como árbol de palta, que se ubica en el Hospital y que tiene una edad mayor a la del Hospital mismo (casi 170 años). Como él mismo señala en la nota, el árbol está vivo y goza de buena salud, y constituye un patrimonio histórico viviente del Hospital y de la ciudad. En efecto, el árbol está allí

desde que lo que hoy es la ciudad de Rosario en su momento era la Villa del Rosario, y es un elemento vivo fundacional de uno de los hospitales más antiguos del país (1854) y que fue construido para atender a los heridos de la Batalla de Caseros.

“Según se advierte en esa misma nota, ante la consulta, se informó que árbol iba a ser talado para llevar adelante una obra de infraestructura de ampliación del Hospital. Tal como este médico manifiesta, nadie se opone a la realización de dicha obra, pero se pide que, aggiornados a los tiempos que corren, se rediseñe la obra incorporando al árbol como parte de la misma, cosa muy propia de la arquitectura de estos tiempos que busca justamente la incorporación de elementos verdes, por decirlo de alguna manera. En este caso, ni siquiera debe realizarse nada artificial, puesto que el árbol ya está, y lo que se necesita es repensar esa obra en función de la presencia del árbol.

“A nuestro entender, el patrimonio natural también es cultural e histórico cuando se trata de cosas de este tipo, y creemos que quienes tenemos responsabilidades sobre las decisiones que afectan a la sociedad debemos tomarlas en función de preservar y promover ese patrimonio, y tenemos la obligación de ser creativos para ello, de manera tal que podamos avanzar con las obras necesarias sin destruir elementos de tanto valor simbólico, histórico, cultural y, en este caso, también ambiental”.

Tras solicitar a sus pares tengan a bien acompañar el proyecto, en fecha 09/02/2022 la Comisión de Obras y Servicios Públicos de la Cámara de Diputados lo consideró y, por las razones expuestas en dichos fundamentos, aconsejó la aprobación de un proyecto de comunicación por el cual se manifieste que: “La Cámara de Diputados de la Provincia vería con agrado que el Poder Ejecutivo, por intermedio del organismo que corresponda, arbitre las medidas necesarias para: a) detener de manera inmediata la poda y tala del palto o árbol de palta ubicado en el Hospital Provincial de Rosario, árbol que está vivo, goza de plena de salud y tiene una edad de casi 170 años, que son los años que tiene el Hospital (167 años), constituyendo así un monumento histórico vivo fundacional del Hospital; y, b) rediseñar la obra arquitectónica y de infraestructura que allí se planea hacer, incorporando al árbol como parte de la misma”.

Tal dictamen favorable luce suscripto por los integrantes de dicha Comisión, diputadas Clara García, Amalia Granata y Rosana Bellatti, y por los diputados Sergio Basile, José Garibay, Alejandro Boscarol, Rubén Giustiniani y Marcelo González.

En su sesión de fecha 10/03/2022, la Cámara de Diputados aprobó la Comunicación N° 45.519 CD

y lo hizo saber al Señor Gobernador de la Pcia. de Santa Fe.

De la misma surge con claridad que el árbol de palta en cuestión ostentaría características propias de la categoría “árbol distinguido” prevista en el art. 13 de la Ley 13.836, al considerarse que tiene una edad mayor a la del Hospital Provincial (casi 170 años) y ser parte del patrimonio histórico viviente del nosocomio y de la ciudad.

Es cierto que la antigüedad del árbol y el legítimo interés en su preservación fueron puestos en duda por la demandada y por la sociedad de beneficencia, quienes afirman que tiene una edad no superior a los 60 años y no de 160 años como se ha afirmado en esa declaración parlamentaria y en diversos medios periodísticos.

También lo es que la Dirección de Parques y Paseos de la Municipalidad de Rosario, a raíz de la prueba oficiosa ordenada por el suscripto, procedió a evaluar “visualmente el ejemplar de palto ubicado en uno de los patios del Hospital Provincial de Rosario” y concluyó que: “Se trata de un árbol cuya sanidad se estima buena, de acuerdo al remanente del desmoche/descope parcial realizado. En referencia a lo solicitado se informa: a) #...” El palto (*Persea americana*, MIL) es una especie vegetal de origen americano (México y Guatemala principalmente), cultivado desde épocas precolombinas en México y América Central, donde se lo denominó “ahuecan”, término que fue luego transformado en aguacate por los españoles” “Morfología de Órganos Vegetativos: Son árboles de porte medio a alto,... De rápido crecimiento, tronco recto y corteza lisa, de color claro en las ramas jóvenes y color grisáceo en las más viejas”..

“La edad de un árbol adulto, resulta indeterminable en una Evaluación Visual del Árbol (EVA). A prior por su porte corresponde a un árbol de más de 50 años de edad. El perímetro es de 2,64 m y la altura es de 18 m (aprox.).

“Se visualizan podas, cuyo objetivo probable haya sido la conservación del ejemplar y su adaptación a las interferencias constructivas. También heridas compatibles con fracturas de ramas. Actualmente el árbol se encuentra desequilibrado y con riesgo de fracturas de las mismas. Consecuencia de los trabajos inconclusos realizados.

“Cualquiera sea la definición del acto judicial en curso, sugerimos realizar un trabajo de poda de equilibrio, para minimizar el riesgo.

“b) ## según la UICN (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza), la especie es considerada una Preocupación Menor. No es una especie

rara, y no tiene en nuestra zona características que la hagan destacar intra especie, o, por sobre otras especies, nativas o exóticas. Es posible comparar este ejemplar con otros de similares características de estado fitosanitario y magnitud, en un patio contiguo del Hospital. También por comparación de algunos ejemplares en alineación en las veredas de Rosario y dentro de las propiedades privadas” (vid. fs. 127 vta./128).

Se infiere de dicho dictamen una relativización de la importancia del árbol que motiva el pleito, tanto por su carácter alóctono como por su similitud con otros ejemplares ubicados en otros patios del mismo hospital o en lotes privados del ejido urbano rosarino.

Sin embargo, tal temperamento de dicha dependencia municipal no parece ser compartido por la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y Bienes Históricos del Ministerio de Cultura de la Nación, la cual al responder la consulta que se le formulara sobre la posibilidad de considerarlo un “árbol patrimonial” digno de conservación y, en su caso, medios aconsejables para su preservación e integración al proyecto arquitectónico ambicionado, respondió que si bien “...los bienes designados como parte de la causa, sea el ejemplar de “Palto” que se individualiza, como el Hospital no se encuentran registrados como bienes declarados en el marco de la ley 12.665, por lo que este Organismo carece de facultades vigentes para su protección”, “...luego de la observación de las imágenes que nos enviaron oportunamente, esta Comisión considera que el árbol debería ser conservado en consideración a su antigüedad y su porte y por ser parte del conjunto arquitectónico-patrimonial del Hospital. Se recomienda la poda de la rama que se observa del lado izquierdo en las fotografías, de manera tal que quede una copa equilibrada para su crecimiento futuro” (vid. 149).

No podemos soslayar, como recordara el diputado Martínez, que con su fundación el 4 de octubre de 1855, la Sociedad de Beneficencia dio nacimiento, sobre calle General Belgrano (actual Leandro N. Alem), al Hospital de Caridad, primer hospital público de la ciudad. Que “...fue el comienzo de la participación de la mujer en un rol social impensado, organizar un hospital reclamado por la ciudadanía, teniendo en cuenta su incremento poblacional y su vacío sanitario para asistir a los necesitados de ambos sexos desprotegidos y atenderlos personalmente. En sus comienzos sus dos salones eran ocupados por 24 camas aproximadamente. El edificio del hospital fue creciendo y en 1861 su capacidad de internación aumentó a 42 pacientes. Muchos sumaron sus esfuerzos: médicos, políticos reconocidos a nivel nacional, provincial y municipal, ciudadanos que por sus generosos aportes económicos hicieron posible el engran-

decimiento del hospital, con la prolija administración de la Sociedad de Beneficencia. Las Hermanas de Caridad Hijas de María del Huerto, instaladas en el hospital desde 1863, fueron el sostén espiritual de los enfermos. Siendo aún un humilde edificio, el Caridad supo albergar a los soldados heridos de las batallas de Caseros, Cepeda y Pavón, y de la guerra del Paraguay. Los enfrentamientos cívicos entre facciones políticas arrojaban gran número de heridos y las epidemias de cólera, tífus y otras que asolaron la ciudad y sus alrededores tuvieron una respuesta rápida y eficaz de parte de la Sociedad de Beneficencia y su hospital. En 1885 se produjo la primera expansión edilicia del hospital mixto. A esto se sumó la capacidad demostrada por el equipo médico, cada vez más numeroso, el instrumental de avanzada traído desde Francia y una infraestructura hospitalaria que mejoraba de año en año. Debido a estos factores la importancia del Hospital de Caridad trascendió fronteras, llegando a ser uno de los más relevantes de América Latina. El Caridad fue, durante 36 años, el único centro médico público organizado de la ciudad administrado por mujeres altruistas. Fueron numerosos los médicos que se destacaron en el hospital, no sólo por sus condiciones profesionales sino también humanitarias y desinteresadas. Podemos nombrar entre otros a los doctores Francisco Rodríguez y Amoedo, Bartolomé Vasallo, Mauricio Hertz, Luis Vila, Marcelino Freyre, Francisco J. J. Riva, Domingo del Campo, Lavallén, José Sempé, Artemio y Lelio Zeno, y Camilo Carones, entre otros. Las técnicas quirúrgicas desarrolladas le valieron reconocimiento y protagonismo en la historia de la cirugía de Rosario y del país. Con el objetivo de transformarlo en un hospital modelo se proyectaron reformas que incluyeron modernas salas, salas de cirugías, salas de curación, instalación de cocinas, baños, cámaras frigoríficas, sótanos y otras dependencias que en septiembre de 1925 cambiaron la fisonomía del caserío que lo circundaba. Las necesidades sanitarias de la ciudad hicieron necesario agregar otro cuerpo, el monoblock, por calle 1° de Mayo, de cinco pisos, dos subsuelos y dependencias para el funcionamiento de los distintos servicios. Se inauguró en 1943 para la atención e internación gratuita de los pacientes. En 1963 toma su actual nombre de Hospital Provincial. Se trata, en síntesis, de la evolución de un establecimiento que ha sido desde sus orígenes un ejemplo de la infraestructura sanitaria al servicio de la ciudad. El apoyo de la Sociedad de Beneficencia de Rosario hasta la actualidad pone a la mujer en su rol más importante, ayudar al prójimo”. (Olivieri, Liliana, “El Caridad, el primer hospital”, diario La Capital, edición del 04/10/2017, <https://www.lacapital.com.ar/edicion-impresa/el-caridad-el-primer-hospital-n1481356.html>).

Otro interesante aporte sobre el Hospital Provincial puede consultarse en el artículo de Germán Padinger,

publicado bajo el título “Los 164 años de la Sociedad Beneficencia de Rosario, la más antigua aún en funcionamiento en Argentina” en InfoBae el 24/06/2018, <https://www.infobae.com/historia/2018/06/24/los-164-anos-de-la-sociedad-beneficencia-de-rosario-la-mas-antigua-aun-en-funcionamiento-en-argentina/>).

Con todo, de confirmarse una edad del ejemplar superior al siglo y medio, y así colegir que fue testigo quieto de esos sucesos trascendentales de la historia ciudadana, provincial y nacional, mal podríamos mantenernos indiferentes frente a su suerte.

Ante la duda acerca de si puede o no ser calificado como “árbol distinguido” la pertinente evaluación por la autoridad de aplicación de la Ley 13.836 (el Ministerio de Ambiente y Cambio Climático) se impone inexorablemente, a fin de que científicamente verifique si se justifica registrarlo como tal por su valor natural, cultural, histórico o estético y, por consiguiente, el plan de protección especial que amerite.

2.2. El Hospital Provincial sito en Alem 1450 de Rosario forma parte del “Inventario y Catalogación de Bienes del Patrimonio Histórico Arquitectónico y Urbanísticos de la Ciudad de Rosario” en la Ordenanza Municipal N° 8245/08, como de categoría “A” (obras de valor singular o unitario) y nivel de protección 2.b “directa parcial (sobre parte del objeto)”.

Como señaló la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y Bienes Históricos del Ministerio de Cultura de la Nación, el árbol de palta es parte del conjunto arquitectónico-patrimonial del Hospital.

El art. 6.2 de dicha Ordenanza prevé, como se adelantó: “Grados de Protección: Establecen las restricciones impuestas a los inmuebles según su Valor Patrimonial. Comprenden distintas situaciones: desde la protección integral del bien, la ponderación de sus partes distintivas, la preservación de la envolvente y/o la conservación de componentes ornamentales y su correspondiente registro o conservación documental. Se establecen dos tipos de protección de los bienes inventariados: Directa o Indirecta”.

El grado de protección “2b” alude a: “Edificios o conjunto de edificios autónomos sujetos a preservación de las envolventes, previéndose la revalorización de las fachadas por medio de intervenciones mixtas, restauración de elementos ornamentales o compositivos, transformación de carpinterías y ampliación de vanos e incorporación de nuevos elementos. Se permite la reestructuración interior. En caso de edificios colectivos, la modificación deberá plantearse con un criterio de integración y respeto de todas las unidades que componen el proyecto original”.

Es decir, se prevé no sólo la preservación de la envolvente, que es “esa piel que separa el exterior del interior de los edificios con el fin de que el hombre pueda habitarlo”. [...] “La envolvente es la “caja de muros”, el contenido es el espacio interno, a menudo, el uno condiciona al otro, la caja de muros constituye un límite, un corte en la continuidad espacial” (<https://www.arquba.com/monografias-de-arquitectura/la-envolvente/>), sino también la restauración de elementos ornamentales o compositivos.

La genérica referencia a “elementos ornamentales” no conduce necesariamente a restringir la protección a aquellos elementos decorativos integrados a las fachadas, adheridos a las formas primarias del edificio con la intención de “embellecerlo” u otorgar valor a la superficie en cuanto transmisora de significados, sino que por elementales reglas de hermenéutica jurídica (no es lícito distinguir donde la ley no distingue: Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus) ante la falta de discriminación también debe alcanzar a los elementos ornamentales naturales, es decir, las “plantas ornamentales” como el palto que motivo el pleito.

Sabido es que las plantas “(s)e han utilizado desde antiguo por los seres humanos para la decoración o adorno de su entorno más inmediato (las viviendas, las calles, etc.) o de todos aquellos lugares que por diversos motivos (religiosos, festivos o históricos) debían ser engalanados. Bien conocidos son los ejemplos de los Jardines Colgantes de Babilonia o de los jardines japoneses. Dentro de las plantas ornamentales se puede distinguir entre aquellas especies vegetales que se utilizan para decorar ambientes externos (como jardines, patios o parques) y las plantas que se emplean en la ornamentación de espacios interiores como los hogares o los comercios”. (Chinchilla García, Ana B., “Catálogo de plantas aplicadas en la arquitectura guatemalteca”, Universidad de “San Carlos de Guatemala” - Facultad de Arquitectura, http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/02/02_2474.pdf).

El edificio denominado “Hospital Provincial y Capilla de San José, antiguo Hospital de la Caridad” figura también en la obra “Patrimonio Arquitectónico Argentino. Memoria del Bicentenario (1810-2010). T. II, Parte 1 (1880-1920)”, de Alberto Petrina y Sergio López Martínez (Ministerio de Cultura. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 355, descargable desde <https://monte.gov.ar/comisionpatrimonio/bibliografia/>), como una de las obras más importantes de final del siglo XIX y principio del XX.

El paisajismo de los patios interiores del Hospital Provincial, entiendo que también encuentra amparo en dicha Ordenanza de preservación del patrimonio arquitectónico, histórico y cultural de la ciudad. Es un ejemplar que forma parte indisoluble del conjunto y

hace al embellecimiento, decoración y composición del jardín interior.

Por lo que no puede ser extraído o mutilado sin la previa intervención de la Comisión de Preservación del Patrimonio Urbano y Arquitectónico de la Municipalidad de Rosario.

En efecto, el “Reglamento de Edificación de la Ciudad de Rosario” (Ordenanza N° 4975/1990 y modificatorias), disciplina en su Sección 1.3 la creación y funcionamiento de una “Comisión de preservación del patrimonio urbano y arquitectónico”, cuya constitución y objetivos son regulados en el art. 1.3.1. incorporado por Ordenanza N° 6171/96 que previó la puesta en marcha del Programa de Preservación del Patrimonio Histórico, Urbano y Arquitectónico.

Reza la norma: “Establécese la puesta en marcha del Programa de Preservación del Patrimonio Histórico, Urbano y Arquitectónico. Este Programa dependerá de la Secretaría de Planeamiento Urbano y tendrá las funciones de aplicación de normativas, control y supervisión de obras relacionadas con la protección patrimonial.

“Tendrá a su cargo el análisis de las solicitudes presentadas con el fin de recomendar sobre la conveniencia o no de otorgar el permiso de reforma o demolición, según sea el valor de preservación de edificios existentes con fecha de aprobación de planos anterior al 1 de enero de 1953, como así también será función, la de difundir por los medios que se considere conveniente la actividad de la Comisión y todo lo que se considere necesario y conducente para una creciente concientización de la ciudadanía sobre la preservación del patrimonio histórico, urbano y arquitectónico.

“Estará integrada por representantes de la Municipalidad de Rosario y por las Entidades y/o Instituciones, las que nombrarán como representantes a un miembro titular y un miembro suplente, según se detalla:

“a) Municipalidad de Rosario:

“Secretaría de Planeamiento Urbano.

“Dirección General de Obras Particulares (Secretaría de Planeamiento Urbano).

“Museo de la Ciudad (Secretaría de Cultura y Educación - Por Ord. 5724/94 y Ord. 6200/96).

“b) Entidades y/o Instituciones:

“El Colegio de Arquitectos de Rosario, la Universidad de Rosario, así como otras instituciones com-

petentes que se crea oportuno convocar, serán los órganos de consulta en el marco de los Decretos N° 998/1984 y N° 2791/1987 mediante los cuales fue creada y ratificada respectivamente la Comisión Evaluadora de Preservación del Patrimonio Histórico. Los dictámenes deberán someterse al Honorable Concejo Municipal, no devengando estas consultas erogación alguna en conceptos de honorarios profesionales a la Municipalidad. En casos excepcionales y muy específicos la Municipalidad de Rosario podrá contratar determinados trabajos por convenios partes”.

En el numeral siguiente 1.3.2, edicta el “funcionamiento de dicha comisión” del siguiente modo: “a) La Comisión se reunirá semanalmente o cuando el representante del Programa de Preservación del Patrimonio Histórico Urbano y Arquitectónico lo solicite; su dictamen servirá para la autorización o no, de la solicitud si las condiciones del edificio así lo aconsejasen, con juicio fundado, para la recomendación de su preservación y la propuesta de los canales y acciones conducentes a la misma”.

“Según Ordenanza 6171/96.

“Los dictámenes deberán someterse a decisión del Honorable Concejo Municipal.

“b) Dicha Comisión se expedirá en quince días y durante el trámite podrá citar al profesional y/o propietario, a los efectos de sugerir soluciones alternativas con el objeto de la Preservación de Obras o parte de ellas que por su valor individual o de conjunto merezcan tal tratamiento.

“c) Ante el dictamen denegatorio de permiso resuelto por dicha Comisión, la misma elevará a la Dirección General de Obras Particulares informe fundado manifestando su opinión al respecto, debiendo el recurrente continuar el trámite ante la Secretaría de Planeamiento Urbano.

“d) Con el fin de definir las particularidades que hacen a su desenvolvimiento, se redactará un reglamento interno.

“Incorporado por Ordenanza N° 6833/99.

“e) Establécese que en toda obra a realizar en el municipio que implique excavaciones o la demolición total o parcial de construcciones existentes, en la que se detecten elementos constructivos u otros testimonios arqueológicos de cualquier naturaleza, el profesional responsable deberá comunicar la existencia de los mismos al Programa Municipal de Preservación del Patrimonio Histórico, Urbano y Arquitectónico, a los fines de que personal responsable del mismo evalúe el interés de los elementos y la conveniencia de las acciones tendientes a su conservación, ya sea

en el lugar o determinando el traslado de los mismos a sitios apropiados.

“Cuando se presenten elementos de la naturaleza expresada en el párrafo anterior, los miembros del Programa Municipal de Preservación del Patrimonio Histórico, Urbano y Arquitectónico concurrirán al lugar de las obras en las que se detecten los elementos y, en un plazo perentorio, determinarán los cursos de acción apropiados”. (<https://www.rosario.gob.ar/mr/normativa/reglamento-de-edificacion/front-page>).

Es inconcebible, insisto, la extracción o poda agresiva del palto en cuestión sin la previa intervención de la Comisión de Preservación del Patrimonio Urbano y Arquitectónico.

Tanto a ese fin, como también con relación a la habilitación municipal de la edificación de la residencia de madres proyectada, la que más allá de la erradicación del árbol que apareja, también podría comprometer negativamente otros aspectos de la ambientación del patio, además de una posible afectación de la envolvente y con un sentido probablemente negativo en su integración con el conjunto edilicio arquitectónico.

2.3. Como se adelantó, el desmonte del árbol de palta, aparente referente simbólico por historia y naturaleza, importará una alteración de ese diálogo integral entre lo natural y lo edificado que forma un conjunto, con evidente perturbación de la composición arquitectónica y posible vulneración del ambiente al restringir la ventilación del patio.

En su interesante informe técnico la Asociación Argentina de Arquitectura Hospitalaria, expuso: “De acuerdo a la información recibida, considerando que:

“* Existe una imperiosa necesidad de alojamiento temporario de las madres cuyos niños son atendidos en el hospital en trance de estar en contacto estrecho con ellos.

“* Se genera un proyecto que daría solución a esta necesidad y se presenta documentación en la que se verifica que en el proyecto presentado invade el patio original, de 5,45m x 16,58m, reduciendo la superficie libre en forma considerable.

“* La solución plantea la remoción del palto existente, de 2,64m de perímetro y 18m. de alto, de 160 años que se encuentra en buen estado y que según se expresa en algunos documentos aportados, tiene un alto valor afectivo y simbólico para los usuarios.

“* Al decir de la Soc. de Beneficencia, “Tanto la dirección del Hospital como la Sociedad de Beneficencia argumentan que la única manera de realizar dicha

obra es mediante la extracción de la palta, y que se han analizado todas las alternativas posibles sin éxito.”

“* En el proyecto se propone reemplazarlo por dos especies nuevas a ubicar en otro sector del patio. “Para dar respuesta al requerimiento de la Fiscalía acerca del proyecto en cuestión y su efecto sobre la palta y ante la consulta concreta de si es posible incorporar un árbol (en este caso el palto) al proyecto de un edificio, en un alto porcentaje, si lo es, y distintos ejemplos de obras construidas lo demuestran.

“Los árboles tienen un gran efecto salutogénico y emocional, cuestión que se encuentra fundamentada en el Informe del Instituto de Salud Socioambiental de la Facultad de Ciencias Médicas que reitera: ‘Nos proponemos poner a disposición un material que permita comprender la importancia que tiene para la salud humana el arbolado público.’

“La sombra de los árboles aportará mucho a las condiciones ambientales de los locales que los rodean y por ende a las condiciones de salud de sus ocupantes.

“Si bien la opinión general es que los árboles son importantes, pero que ante determinadas situaciones es posible evaluar su derribo, es necesario decir que este no parece ser el caso, cuestión que queda de manifiesto al ver la planta arquitectónica que forma parte de la documentación enviada.

“Se trata de un hospital con un alto factor de ocupación del suelo, configurado con patios, mínimamente proporcionales a la masa construida y vemos que dentro de uno de ellos se proyecta insertar la residencia para madres en proceso de pre o post parto con el consiguiente derribo de la palta, patio que ya aloja a una torre con un tanque de agua.

“Sin cuestionar la causa noble y necesaria que se persigue, el proyecto inutiliza el patio más allá del derribo de la planta en cuestión. Aún si no estuviese la palta, el proyecto genera efectos nocivos en las visuales, la aireación y la pérdida de un espacio de expansión del hospital existente.

“Dada la imperiosa necesidad de dar cobijo a las madres que asisten a Neonatología, sugerimos congeniar un proyecto con la preservación de un ejemplar cargado de significado para los usuarios, apuntando en todos los casos a preservar la integridad del patio existente, entendiendo que es un espacio saludable fundamental, que brinda aireación y expansión a los locales circundantes.

“Planteamos como estrategia la elaboración de una propuesta arquitectónica que, dando respuesta a las necesidades planteadas, se desarrolle dentro de la su-

perficie construida en PB o se estudie la posibilidad de materializarla en otra planta pero sin invadir las áreas libres del edificio". (vid. 183 y vta.).

Ese dictamen plantea una alerta muy preocupante que trasciende la extracción del árbol, pues sugiere que el proyecto "inutiliza el patio" y genera "efectos nocivos en las visuales, la aireación y la pérdida de un espacio de expansión del hospital existente".

Esos reparos expuestos por aquella prestigiosa asociación especializada en arquitectura hospitalaria, fueron compartidos por la Dirección de Arquitectura e Ingeniería Hospitalaria de la Pcia. de Santa Fe, la que al ser consultada sobre el asunto consideró "... posible resolver las necesidades edilicias integrando las preexistencias, incluyéndose el árbol, obviamente con otro planteo de ocupación del suelo".

Y expresó: "A ese propósito hemos generado un anteproyecto alternativo que se adjunta". "Por lo anterior, nuestra opinión es que podría construirse una Residencia de Madres conservando las especies arbóreas existentes, y al mismo tiempo, revalorizar el patio como espacio recreativo y ornamental". "Sólo sería necesario consensuar esta nueva idea de ocupación del suelo respetando los valores ambientales y arquitectónicos". (vid. fs. 220).

Es más, nótese que en fecha 16/09/2021, al dar el visto bueno al anteproyecto presentado —y mucho antes de la promoción de este pleito—, el Director Provincial de Arquitectura e Ingeniería del Ministerio de Salud de la Pcia. de Santa Fe —Arq. Pablo Colocchini— expuso sus objeciones al expresar: "Tomado conocimiento y sabiendo de la imperiosa necesidad de contar con una residencia de madres de Neonatología en el Hospital Provincial de Rosario, desde esta Dirección se da el Visto Bueno al anteproyecto presentado por la Sociedad de Beneficencia de Rosario para la construcción de la misma, sugiriendo tengan a bien considerar la ubicación de ésta según croquis que adjunto a la presente nota.

"El cambio surge de la necesidad de dejar una ventilación e iluminación directa, no sólo de las habitaciones de dicha residencia de madres (orientación Este) sino también de la internación existente lindera a esa galería. De esta manera también se aprovechan los espacios para generar en el lado Este de la residencia un jardín con césped y del lado Oeste el paso no queda tan estrangulado, siendo ese el paso que va hacia el sector de mantenimiento y al taller de electromedicina entre otros, los cuales suelen transportar elementos de gran tamaño, incluso ganar espacio para la espera de la oficina administrativa de APS donde concurren muchas personas diariamente". (vid. fs. 102, escrito cargo N° 15.080/21).

Conforme al art. 33 de la LGA, los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación. Pero ninguno de ellos fue observado ni descalificado con argumentos científicos.

Semejantes conclusiones de ambos organismos especializados deben ser, entiendo, motivo de seria reflexión tanto para la entidad propietaria del edificio como para las autoridades públicas del hospital, porque más allá de la erradicación de la planta, la obra podría perjudicar otros aspectos no menos importantes del ambiente natural del patio interno, que podrían repercutir en el servicio de salud, de difícil o imposible reparación ulterior.

2.4. La supresión del árbol y posterior construcción de la residencia de madres encuadrarían en al menos dos de las actividades que el Anexo II del Decreto 101/2003 —reglamentario de la Ley 11.717— atribuye standard 2: i) "construcción, reforma y reparación de edificios no residenciales" (452.20); y ii) "movimiento de suelos y preparación de terrenos para obras n.c.p." (451.9).

Por lo que se debió cumplimentar con la presentación del Formulario de Categorización Ambiental, a fin de que el Ministerio de Ambiente y Cambio Climático evalúe el impacto ambiental de esas obras y, en consecuencia, asigne y comunique por disposición la categoría de la actividad (1, 2 o 3).

A tenor de lo normado por los arts. 18 y 19 de la Ley Provincial N° 11.717, y arts. 8, 10 y cctes. del Decreto 101/2003, incluso las autoridades del Municipio deberían exigir al proponente de la obra la presentación del informe de evaluación ambiental aprobado por la autoridad de aplicación antes de darle curso al pedido de habilitación de aquella.

Teniendo asignada ambas actividades el standard 2, cabe memorar que de acuerdo al art. 14 segundo párrafo del Decreto Pcial. 101/2003, "...Los emprendimientos o actividades listadas en el Anexo II con el Standard 2 serán analizados en función de la información aportada en el Formulario de Presentación, teniendo en cuenta las características enunciadas en el art. 21 de la Ley, pudiendo ser encuadradas en cualquiera de las tres categorías".

Por lo que inexorablemente la autoridad de aplicación (Ministerio de Medio Ambiente) debe calibrar la "propuesta" de acuerdo a los parámetros sentados por el art. 21 de la ley 11.717, por lo que en el caso deberá tener en cuenta: el riesgo presunto, localización, escala y demás características que considere pertinentes, dentro de las cuales seguramente no podrá

omitir el aparente valor histórico del árbol que se pretende extraer y su integración con el edificio también de preferente preservación municipal por sus cualidades culturales, arquitectónicas y antigüedad, con la consecuente posibilidad de variación del paisaje de manera abrupta y sin la debida armonía.

Sobre el particular, ha precisado el Superior: “III.2) El art. 18 ley 11.717 dispone que: “Las personas físicas o jurídicas responsables de proyectos, obras o acciones que afecten o sean susceptibles de afectar el ambiente, están obligadas a presentar ante la Secretaría, conforme el art. 21, un estudio e informe de evaluación del impacto ambiental de todas sus etapas...”

“A su vez, el art. 19 establece que: “Los funcionarios y agentes públicos responsables de la aprobación de una acción u obra, que afecte o sea susceptible de afectar el ambiente, están obligados a solicitar, con carácter previo, el informe de evaluación de impacto ambiental aprobado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”.

“III.3.1) Con relación al ámbito objetivo de tal prescripción, la amplia e imprecisa fórmula legal (“obras o acciones que afecten o sean susceptibles de afectar el ambiente”) no deja espacio para una especulación restrictiva; menos aún considerando que el art. 7 ley 11.717 establece que: “Para los casos que no puedan ser resueltos por las disposiciones pertinentes de la ley 11.717 y su reglamentación, se recurrirá a las disposiciones de leyes o reglamentos que refieran a materias análogas locales y nacionales. En defecto de estas últimas, se recurrirá a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de las normas ambientales”.

“Pero además, subrayando el imperativo generalizado del “procedimiento” de evaluación de impacto ambiental —sólo con la excepción prevista en el art. 14, a la cual se aludirá en el parág. III.5— el art. 15 establece que: “Para todas aquellas actividades no previstas en el anexo II, la autoridad de aplicación podrá establecer el estándar que resulte del análisis según las materias utilizadas, los procesos, los productos y los subproductos elaborados”.

“III.2.2) Respecto de la exigencia establecida en la ley, es necesario recurrir a la definición que brinda su decreto reglamentario: “Evaluación del estudio de impacto ambiental (EIA): es el procedimiento técnico-administrativo realizado por la autoridad de aplicación basado en el estudio de impacto ambiental, estudios técnicos recabados y las ponencias de las audiencias públicas, si éstas hubieran sido convocadas, tendiente a evaluar la identificación, predicción e interpretación de los impactos ambientales que un emprendimiento o proyecto, produciría en caso de ser ejecutado, así como los mecanismos previstos de

prevención, manejo, mitigación y corrección planteados por el proponente, con el fin de aprobar o rechazar el estudio de impacto ambiental”.

“En este terreno, la confusión en que incurrió el *a quo* respecto de ese “procedimiento” con el estudio de impacto ambiental tiene decisiva importancia pues, a estar a los términos del decreto, éste consiste en la “documentación presentada por el responsable del proyecto o emprendimiento ante la autoridad de aplicación, cuyo principal objetivo es identificar, predecir y valorar el impacto ambiental que las acciones a desarrollar puedan causar y proponer medidas adecuadas de atenuación o mitigación pertinentes”.

“En una aproximación a lo que se aplicará infra, basta por ahora con tener presente que quien decide acerca de la necesidad o no de la presentación del referido estudio de impacto ambiental es la “autoridad de aplicación”, o sea, la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, y no la municipalidad.

“En efecto, el art. 18 prescribe que: “Los emprendimientos y actividades listados en el anexo II como estándar 2 que se encuadren en la categoría 1, estarán eximidos de presentar el estudio de impacto ambiental; los mismos están obligados a presentar ante la autoridad de aplicación la declaración ambiental prevista en el anexo V”.

“III.3) Y es que, precisamente, es tal organismo quien, a tenor de lo dispuesto en el art. 8 decreto reglamentario 101/2003, debe “categorizar” el emprendimiento o la actividad: “La autoridad de aplicación decidirá... la categoría ambiental del emprendimiento o actividad, teniendo en cuenta las características del material que se manipule, elabora o almacene, la calidad y cantidad de residuos que se eliminen en el ambiente, la localización y características de funcionamiento, instalaciones y del riesgo ambiental”.

“Para ello, conforme al art. 13, debe tener en cuenta los estándares de incidencia ambiental establecidos en el anexo II: “La autoridad de aplicación utiliza para la categorización de los emprendimientos o actividades los estándares de incidencia ambiental de actividades que se establecen en el anexo II y que forma parte del presente decreto”.

“Y tal faena debe realizarse conforme a las pautas establecidas en el art. 14: “Los emprendimientos o actividades listadas en el anexo II con el estándar 3 se considerarán como categoría 3, debiendo presentar los emprendimientos el formulario de presentación y el estudio de impacto ambiental. Los emprendimientos o actividades listadas en el anexo II con el estándar 1, se considerarán como categoría 1 y quedarán eximidos de presentar el formulario de presentación y la declaración ambiental (anexo V).”

“Los emprendimientos o actividades listadas en el anexo II con el estándar 2 serán analizados en función de la información aportada en el formulario de presentación, teniendo en cuenta las características enunciadas en el art. 21 ley 11.717, pudiendo ser encuadradas en cualquiera de las tres categorías.

“Para categorizar las actividades industriales se aplicará la fórmula de categorización especificada en el anexo IV”.

“Si maguer la profusión de ítems contenidos en el anexo II, se tratara de una actividad que allí no estuviera prevista, el art. 15 establece que: “Para todas aquellas actividades no previstas en el anexo II, la autoridad de aplicación podrá establecer el estándar que resulte del análisis según las materias utilizadas, los procesos, los productos y los subproductos elaborados”.

“Por último, el art. 16 prescribe: “Asimismo la autoridad de aplicación podrá modificar el estándar asignado en el anexo II de una actividad cuando se demuestre que la clasificación asignada en dicho anexo no se ajusta a las particularidades o características de la actividad”.

“III.4) Lo dicho hasta aquí permite concluir que cualquier obra o actividad potencialmente susceptible de afectar el medio ambiente debe ser sometida al procedimiento de evaluación del impacto ambiental, salvo que se trate de un emprendimiento listado en el anexo II con el estándar 1, en cuyo caso quedará eximido de presentar el formulario de presentación y la declaración ambiental.

“III.5) Esta excepción —contemplada en el art. 14 antes transcripto— se erige en el quid de la cuestión para decidir la legitimidad de la conducta de la municipalidad: si la construcción de la torre encuadra en el estándar 1, es obvio que no era necesario que, de modo previo a la concesión del permiso de edificación, se sometiera el proyecto al “procedimiento” de evaluación de impacto ambiental.

“Sin embargo, el detenido estudio de la normativa aplicable conduce a la conclusión contraria.

“III.5.1) Es cierto que el art. 452 inc. 1 del anexo II le otorga al ítem “Construcción, reforma y reparación de edificios residenciales” estándar 1.

“Pero no es menos cierto que dentro de las “Actividades especializadas de construcción” (art. 452 inc. 5) —globalmente clasificadas con estándar 2— se inserta específicamente el ítem “Actividades de hincado de pilotes, cimentación y otros trabajos de hormigón armado” (art. 452 inc. 52), al cual también se le otorga estándar 2.

“Tampoco resulta un dato menor que dentro del genérico “Instalaciones para edificios y obras de ingeniería civil” (art. 453) se les adjudique estándar 2 a los ítems “Ejecución y mantenimiento de instalaciones eléctricas, electromecánicas y electrónicas” (art. 453 inc. 19), que “incluye la instalación de antenas, pararrayos, sistemas de alarmas contra incendios y robos, sistemas de telecomunicación, etc.”.

“III.5.2) La perplejidad que puede producir esta sistematización es asumida por el propio decreto, que en su art. 17 establece que: “Cuando en un mismo emplazamiento fueran desarrolladas actividades que producen diferente impacto ambiental, el titular deberá presentar un formulario de presentación detallando cada una de ellas. La categoría de la actividad está en función de la categoría más crítica que allí se despliegue”.

“Por ende, y teniendo en cuenta las características de la torre a construir —aún sin meritar sus especificaciones técnicas y ponderando lo que es simplemente un “hecho notorio”—, resulta claro que ella encuadra en los ítems 452 inc. 5, 453 inc. 1, 453 inc. 11 y 453 inc. 19 y —presumiblemente— en el ítem 452 inc. 52 (antes referidos).

“Por las razones expuestas, juzgo que —al otorgar al permiso de edificación— la Municipalidad de Rosario ha violado disposiciones de orden administrativo local —concretamente, el art. 19 ley 11.717—, al margen de toda ponderación que merezcan las consecuencias que pudieren derivarse del sistema legal vigente, cuya inconstitucionalidad no se ha planteado en la especie.

“Desde luego, la resolución que propicio de modo alguno importa soslayar la regla que ha de presidir este tipo de juzgamiento y que celosamente ha enunciado desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumbe a los otros poderes y jurisdicciones, pues al ser el poder llamado para sostener la vigencia de la Constitución, un avance en desmedro de las facultades de los demás revestirá la mayor gravedad para la armonía constitucional” (CCyCom., Rosario, Sala 2ª, 31/03/2004, “Olivieri, Daniel M. c. Municipalidad de Rosario”, boletín Zeus N° 7503 el 27/08/2004, JA 2004-III, 302).

Mutatis mutandi, el mismo criterio se impone aplicar al presente. Por tratarse, las emprendidas, de actividades del standard 2 del Anexo II del Decreto 101/2003, debieron ser sometidas al procedimiento de evaluación del impacto ambiental. Pues, sólo las del standard 1 se hallan relevadas del formulario de presentación y la declaración ambiental. Ergo, el ini-

cio de la tarea tendiente a la extracción del árbol se encuentra en pugna con la normativa ambiental provincial.

La Ley 11.717 prevé en su art. 24 que: “El criterio de preservación será prioritario frente a cualquier otro en la gestión pública y privada del ambiente y, cuando haya peligro de daño grave e irreversible del mismo, nunca podrá alegarse la falta de certeza absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas”.

Y en su art. 26 ordena la paralización de cualquier obra iniciada sin la aprobación previa del Ministerio de Ambiente: “Las obras o actividades susceptibles de degradar el medio ambiente y/o afectar la calidad de vida de la población que se inicien durante el trámite administrativo de aprobación del estudio de impacto ambiental sin contar con el permiso correspondiente, serán suspendidas de inmediato. La persona física o jurídica responsable de daños al ambiente, será intimada a la reparación del ecosistema afectado, conforme la reglamentación de la presente ley. En ambos casos, las medidas descriptas serán independientes de las sanciones civiles y/o penales que pudieren corresponder”.

En la práctica, tras la categorización de la Administración Pública provincial, en caso de resultar de categoría 1 —bajo o nulo impacto ambiental— deberá presentar una Declaración Ambiental a los efectos de culminar el trámite; de otorgarse categoría 2 o 3 —mediano o alto impacto ambiental, respectivamente— deberán presentar mediante los profesionales inscriptos en el Registro de Consultores, Expertos y Peritos en Materia Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente en forma adicional el formulario “Estudio de Impacto Ambiental”.

3. Verificado el compromiso de bienes indivisibles y colectivos como el patrimonio histórico y cultural en su integración sustancial con el ambiente natural presido por la especial arbórea que se intenta eliminar, es dable colegir que la legitimación procesal activa del Ministerio Público Fiscal no puede merecer reproche alguno.

Se ha señalado con acierto que “(e)l bien colectivo ambiente, lejos de limitarse a comprender únicamente a la flora y fauna en peligro, a la atmósfera, a los cursos de agua o los paisajes sensibles; admite un horizonte territorialmente más amplio: el concepto “ambiente” abarca todos los ámbitos, los naturales y los contruidos por el hombre; siendo imposible lógica y razonablemente disociar a los fines de analizar los fenómenos que en el “ambiente” se producen y que el sistema jurídico subsume e intenta resolver, entre medio ambiente natural y medio ambiente urbano. (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en “Negrelli, Oscar R. y otros c. Municipalidad de La

Plata s/ amparo-recurso de inaplicabilidad de ley”, del 30/03/2016 y Bidart Campos en Manual de la Constitución reformada, Ed. Ediar, Bs. As. 2002, T. II, p. 85).

“En la actualidad: “La frontera entre estos dos derechos (ambiente y urbanismo) se hace cada vez menos neta en una evolución que se produce en un doble sentido: el derecho ambiental no se reduce a la protección de la naturaleza, sino que se conjuga grandemente en términos urbanísticos, el ambiente se urbaniza. A la vez, el derecho del urbanismo se encuentra cada vez más influenciado por el ambiente, por lo que el urbanismo se ambientaliza” (Morand Deviller en “Los grandes principios del derecho del ambiente y del derecho del urbanismo”, en Revista de Derecho Administrativo, Depalma, Bs. As. 2003, N° 14, p. 483 y ss. En idéntico sentido Hutchinson Tomás en “Los daños al ambiente y el Derecho Administrativo”, en Revista de Derecho Público, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, Año 2009, T. I, p. 131 y ss.)” (Cámara en lo Contencioso Administrativo de Paraná, Sala 1, 08/05/2018, “Bruniard, Rogelio E. y otros c. Municipalidad de Paraná s/ acción de amparo ambiental”, Microjuris.com, MJ-JU-M-111759-AR).

En función de ello y con cita del art. 43 de la CN, se ha sostenido que “...la consagración constitucional de los derechos de incidencia colectiva ha modificado la fisonomía clásica de las categorías sobre las que está estructurado el sistema judicial difuso. En tal esquema, cuando se requiera protección para un derecho de incidencia colectiva, no es dudoso que la noción de legitimación deberá contemplar nuevos sujetos habilitados para requerir tutela judicial” (CACAYTrib. de la CABA, Sala 1, 09/11/2017, “Heras, Claudia c. GCBA y otros s/ apelación - amparo ambiental”, www.sajj.gov.ar, Id SAJJ: FA17370024).

Y en ese sentido, la Ley General del Ambiente N° 25.675, destinada a establecer 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, tiene vigencia en todo el país y sus disposiciones, de orden público, que deben ser utilizadas para la interpretación y aplicación de la legislación específica (arg. arts. 1 y 3), en su art. 30 *in fine* prevé una acción de cese de daño ambiental colectivo a favor de “toda persona” que, desde luego, invoque un interés razonable y suficiente.

La Corte Federal ha puntualizado que “la Ley General del Ambiente, 25.675, establece en su art. 6° los presupuestos mínimos que el art. 41 de la CN anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (arts. 2°, 4° y 8°). La referida ley ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposi-

ciones sustanciales y procesales ‘destinadas a regir las contiendas en las que se discute la responsabilidad por daño ambiental’, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley”. (CSJN, 01/09/2015, “Raffo, Julio C. A. y otros e/ Estado Nacional y otros (San Juan, Provincia de) s/ amparo”, Fallos: 338:793).

Si bien la norma del art. 30 *in fine* de la Ley 25.675 alude a una “acción de amparo” de “cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”, no inevitablemente debe acudirse a la vía del amparo, pudiendo la pretensión de cese ser canalizada mediante la acción preventiva del daño contemplada en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la cual a su vez también puede —según propuesta del demandante o calificación oficiosa— ser ventilada por el trámite de los juicios de amparo, sumarísimo, verbal y no actuado, el específico de la Justicia Comunitaria, el que se suele aplicar a la medida autosatisfactiva o el que pretoriamente se disponga adaptando las disposiciones del Cód. Proc. Civ. y Comercial según lo indicado por su art. 693.

El art. 30 *in fine* de la LGA faculta “a toda persona” a peticionar judicialmente el cese del daño ambiental colectivo, amplitud reforzada por su art. 32 según el cual el “acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”, lo que sólo podrá considerarse limitado en el marco de una acción preventiva por la exigencia de una mera acreditación de “un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712, Cód. Civ. y Com. de la Nación), que en el caso sobradamente debe reconocerse al Ministerio Público en tanto “fiscal de la ley” y representante del interés público de la sociedad.

Se ha sostenido que en estos casos operaría “...una sustitución procesal en la que el Ministerio Público Fiscal actuaría en nombre de la sociedad, imponiendo a los poderes públicos —y privados— el respeto de los diversos derechos de incidencia colectiva (De Giovanni, Julio, “El Ministerio Público. Análisis comparativo del Ministerio Fiscal y de la Ciudad de Buenos Aires”, LA LEY, 2000-E, 1190”. En este sentido, se ha dicho que no ejercita un derecho subjetivo sino un público-deber-poder, pues su actuación se debe a una violación a la ley que afecta directamente a la sociedad y no origina ningún derecho a favor del Estado sino que hace nacer el interés social de mantener la plenitud de la legalidad (Reimundin, Ricardo, “El ejercicio de la acción ‘pública’ en el proceso civil”, Jus, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, Ed. Platense, La Plata, 1966, p. 127)” (Ferrer Arroyo,

Francisco J., “La legitimación activa de las Fiscalías contencioso administrativas de la Ciudad de Buenos Aires para promover acciones judiciales no penales”, en “Estudios de Derecho Público”, Enrique M. Alonso Regueira (director), 1ª ed., Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, Buenos Aires, 2013, p. 583).

Al glosar dicho art. 30 de la LGA, un autor le objeta que “...sigue incurriendo en el error que la doctrina denunciara respecto al mismo artículo 43 de la CN respecto a la omisión de la legitimación del Ministerio Público, el que ahora quedaría legitimado sólo en el caso del tercer párrafo del artículo 30 LGA, pues quedaría incluido en la idea de ‘toda persona’”. (Esain, José, “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, revista Doctrina Judicial, en el año XXII, N° 18, fechada el 03/05/2006, p. 1). No obstante tal recriminación, lo cierto es que para el caso de la especie brinda suficiente legitimación activa para promover una acción preventiva de cese del daño ambiental colectivo.

El art. 2 de la LGA sienta como presupuesto mínimo de la política ambiental nacional un objetivo de cumplimiento claro: “(a)segurar 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” (inc. a), y también “(p)revenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo (inc. g).

Está claro que “...la defensa del paisaje, que no constituye sólo un patrimonio cultural o ecológico, sino también económico,... debe ser preservado e impone cargas y deberes y restringe su disponibilidad (Morand Deviller, Jaqueline, “Le Droit de l’Environnement”, Presses Universitaires de France, 1996, París, p. 67). En igual sentido, la Convención Internacional sobre Patrimonio Cultural y Natural Mundial de París del 16/11/1972 (Ley 21.836/1978, “Convención de protección del patrimonio Mundial, Cultural y Natural”, iniciativa de la UNESCO) incluye en el patrimonio cultural las obras arquitectónicas y de escultura, en fin, todo aquello que tenga valor para el arte, la historia o la ciencia. La doctrina ambientalista es conteste con lo expuesto, pudiendo citarse infinidad de trabajos en tal sentido (por ejemplo, Pereiro de Grigaravicius, María, “Daño Ambiental en el Medio Ambiente Urbano”, LA LEY, 2001-D, 1372; Bidart Campos, Germán, “Patrimonio histórico cultural, acción de amparo, intereses diversos. Legitimación procesal”, ED, 161, 577; Cafferata, Néstor, “La defensa del patrimonio histórico cultural”, JA, 2004-1, II, fascículo N° 1, Pigretti, Eduardo, “El Derecho Ambiental como

revolución social político jurídica”, LA LEY, N° 187 del 28/09/2004; entre otros).

De allí que esa “...coexistencia de un orden constitucional ambiental y un orden constitucional económico, además de obligar a una armonización de valores y objetivos que se sitúa perfectamente en la línea del desarrollo sostenible, no impide que el primero de dichos órdenes tenga una estructura interna discernible, de la que resulta la habilitación de potestades públicas de intervención desde determinados principios, entre los que se destacan los de previsión y racionalidad, con relación a cuantos objetos sean relevantes para la calidad de vida ambiental” (confr. Parejo, Alfonso L., “Manual de Derecho Administrativo”, 1994, Ld. Ariel, Madrid 3, p. 612)” (Juzgado 1ª Inst. en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12, 07/12/2007, “Asociación para la Defensa del Patrimonio Histórico Argentino el GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)”, https://www.palermo.edu/derecho/revistaderechoambiental/pdfs/REV1-2012-Derecho_Ambiental_07.pdf).

A propósito del asunto, Andrea A. Merói, “...refiere que ‘legitimación’ es una expresión múltiple, un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él”. Sin perjuicio de las innumerables definiciones que podrían recordarse, existe algún consenso en considerar que no se trata de investigar si el actor o el demandado tienen capacidad jurídica para ser parte procesal, sino si uno o los dos son las personas ante las cuales cabe emitir útilmente la sentencia. En función de ello y luego de recordar la opinión de distintos autores, rechaza “todo cuestionamiento a la regulación civil de la legitimación: es la legislación de fondo la que define la habilitación jurídica para pretender y contra quien pretender; ello así, aunque esta condición se haga valer recién en un proceso. Dicho más claramente: [...] el art. 1712, Cód. Civ. y Comercial, no invade en modo alguno las competencias provinciales en materia procesal”. Por otra parte, también destaca el fenómeno de la ampliación de la legitimación por razones sociales cuando asevera que “la pretensión preventiva de daños podrá ser ejercida no solo por el (afirmado) titular de un derecho subjetivo sino, en general, por el afectado, por el defensor del pueblo, por ciertas asociaciones (art. 43, 2º párr., CN) y —en el especial caso de la pretensión de cese de daño ambiental colectivo— por ‘toda persona’ (art. 30, último párr., LGA)” (autora citada, “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, RCCyC (abril de 2016), p. 70 - La Ley Online: AR/DOC/956/2016, citado por Alferillo, Pascual E., en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Director: Jorge H. Alterini, 2ª ed., LA LEY, 2016, T. VIII, p. 28).

Aceptada la legitimación procesal activa del Ministerio Público, advierto que la falta de legitimación

pasiva que el Hospital Provincial invocó, fue aceptada por el Ministerio Público Fiscal demandante, aunque detallando una serie de observaciones que denotan cierta falta de convencimiento en cuanto a ese punto de la controversia.

Preliminarmente cuadra indicar que el Hospital Provincial es un establecimiento asistencial incluido en el régimen de descentralización hospitalaria instituido por la Ley provincial N° 10.608 (“sistema de autogestión”), al cual el Estado provincial constituyó en personas jurídica pública estatal, con el consiguiente grado de capacidad administrativa y financiera (art. 1, Ley citada).

En segundo lugar, si bien la propietaria del edificio es la Sociedad de Beneficencia de Rosario, como así también la que afirma haberse comprometido a solventar a su costo la construcción de la residencia de madres, no queda claro si la mutilación del árbol con fines de extracción fue iniciada por aquella o por personal del Hospital u operarios contratados por este.

El objeto de la demanda tiende al cese de la tala del árbol y, por vía de consecuencia, a impugnar la ubicación de la residencia de madres, mas no a la obra en sí, cuyo noble propósito y necesidad urgente no se ha puesto en duda e incluso corresponde estimular su pronta concreción a través de todos los esfuerzos de los tres Poderes estatales.

De modo que si “la falta de legitimación sustancial se configura cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta” (CSJN, Fallos: 310: 2943, 317:687, 317:1615, 318:2114, etc.), se impone concluir que no está suficientemente demostrado que la legitimación pasiva de la acción preventiva deba restringirse a la Sociedad de Beneficencia.

No sólo porque al ser el Hospital Provincial el locatario del bien, se beneficia o perjudica con cualquier alteración del objeto locado (arg. arts. 1200 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación), sino porque existe incertidumbre acerca de quién concretamente inició o pretende continuar el desmonte.

El allanamiento es un acto jurídico procesal que implica el sometimiento a la petición con motivo de la cual se formula y, puntualmente en el caso, implica el reconocimiento de la legitimidad del planteo del demandado.

No obstante, en nuestro derecho el allanamiento no tiene fuerza decisoria, razón por la cual no exime del deber de dictar resolución conforme a derecho, tal como se desprende del art. 230 Cód. Proc. Civ. y Comercial y en concordancia opina la doctrina (cfr.

Colombo, Carlos, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, T. II, p. 636; Fassi, Santiago, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado”, Astrea, Buenos Aires, 1971, T. I, p. 510; Palacio, Lino E., “Manual de Derecho Procesal Civil”, 2ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. I, p. 411, etc.) y la jurisprudencia (CSJ de Santa Fe, “Los Dos Chinos SAC c. Provincia de Santa Fe, AyS”, T. 57 p. 146/147, del voto de los Dres. Barraguirre y Estevan).

Ese reconocimiento de la legitimidad de la excepción de falta de legitimación pasiva, ciertamente —a mi modo de ver— no se ajusta Derecho. De modo que no obstante dicho allanamiento, el rechazo se impone sin hesitación alguna, máxime en un tema tan delicado en que se halla involucrado el orden público ambiental.

El tratamiento expreso de la temática deviene insoslayable, porque la legitimación configura uno de los presupuestos básicos del ejercicio de la función jurisdiccional, el examen de la calidad o legitimación para obrar es resorte y función investigadora de oficio del juez al momento de dictar sentencia, toda vez que ello es necesario para la validez del pronunciamiento (ED 104/682, JA, 1993-IV, 96, cit. por Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado”, Rubinzal-Culzoni, T. VII, p. 356).

Y porque la aceptación de la carencia de la legitimación pasiva del Hospital Provincial podría frustrar o tornar inoperante cualquier decisión que se tome respecto de la preservación del árbol. Pues no alcanzado por la sentencia, podría eventualmente continuar con la actividad de extracción impugnada.

De allí que entiendo que tanto las excepciones de falta de legitimación pasiva y activa, respectivamente deducidas, deben ser desestimadas.

4. La acción preventiva prevista en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es la pretensión que se promueve en sede judicial y tiene por finalidad evitar la producción de un daño, su agravamiento o continuación. Se trata de una pretensión preventiva genérica, de carácter autónomo e inhibitorio, orientada exclusivamente a la obtención de aquel resultado. No tiene carácter excepcional, ni subsidiario, ni debe ser objeto de interpretaciones restrictivas, lo cual en modo alguno significa que sus extremos de aplicación no deban ser objeto de una ponderación rigurosa por el juzgador (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T. I, ps. 835 y 836).

También se la describe como aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o per-

sistencia de daños potencialmente posibles, conforme el curso normal y corriente de las cosas, a partir de una situación jurídica existente (Peyrano, Jorge, “Noticia sobre la acción preventiva”, LA LEY, 2015-F, p. 1230). Es decir, la acción preventiva tiene como finalidad prevenir la comisión, continuación o repetición de un ilícito por acción y omisión (Perrachione, Mario, “La función preventiva y la tutela anticipada en el nuevo Código Civil y Comercial”, en Peyrano, Jorge (director), “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 63).

Los requisitos de procedencia de la acción preventiva son los siguientes: 1) una conducta antijurídica (“acción u omisión antijurídica”), por lo que el hecho generador debe ser ilícito; 2) interés del peticionante; 3) posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos; 4) adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas. Resulta indiferente la gravedad del daño futuro. Tampoco es necesario que concurra un factor de atribución (conf. Galdós, Jorge Mario, en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. VIII, cit., p. 310; Kemelmajer De Carlucci, Aída, La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación, en Peyrano, Jorge (Dir.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 391).

Otros han señalado, parejamente, que es necesaria la concurrencia de: 1) una acción u omisión que origina un peligro de daño; 2) la antijuricidad de la conducta riesgosa; 3) la previsibilidad del resultado nocivo; 4) la lesión a un interés razonable del actor; 5) la posibilidad de detener el emprendimiento nocivo (Ossola, Federico - Azar, Aldo, en “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, Sánchez Herrero, Andrés (director), LA LEY, Bs. As., 2016, T. III, p. 468).

4.1. La existencia de una conducta antijurídica, pues no es dable exigir un factor de atribución pero el hecho generador debe ser ilícito, se encuentra corroborada, pues como se detalladamente se describió, previo al inicio de la tala y extracción total del árbol, debió procurarse la evaluación y autorización respectiva de las autoridades municipales y provinciales.

Pues, 1) por tratarse de un ejemplar que aparentemente puede ser calificado de “árbol distinguido”, debió darse intervención a la autoridad de aplicación de la Ley 13.836, es decir, el Ministerio de Ambiente y Cambio Climático; 2) por resultar la extracción del árbol y construcción de la residencia de madres actividades que el Anexo II del Decreto 101/2003 —re-

glamentario de la Ley 11.717— atribuye standard 2 (numerales 452.20 y 451.9), debió presentarse ante dicho Ministerio la información correspondiente y el Formulario de Presentación respectivo, para categorizar el emprendimiento y verificar si debía o no presentarse un “estudio de impacto ambiental” (arg. arts. 8, 10, 14, 15 y cctes. Decreto 101/2003 y arts. 18, 19, Ley 11.717); 3) esa aprobación del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático era necesaria previo a solicitarse el pertinente “permiso de obra” (arg. art. 19, Ley 11.717) y, además, por ser un bien catalogado en la Ordenanza Municipal N° 8245/08 de “Inventario y Catalogación de Bienes del Patrimonio Histórico Arquitectónico y Urbanísticos de la Ciudad de Rosario” en la categoría A y con un grado de protección 2.b (“protección directa parcial —sobre parte del objeto—”), la intervención del árbol en cualquier de sus formas y la posibilidad de construir allí, debió obtener el visto bueno de la “Comisión de preservación del patrimonio urbano y arquitectónico” a través de todos sus integrantes.

La demandada y la Sociedad de Beneficencia plantean su defensa desde el paradigma del dominio absoluto. Pero aun sí, el art. 1970 del Cód. Civ. y Com. de la Nación ofrecería el primer valladar, pues establece: “Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

Esas normas mencionadas no fueron cumplidas. El art. 1717 del Cód. Civ. y Comercial establece que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada, es decir, adopta un criterio amplio de antijuricidad que se conoce como “antijuricidad material”, en contraposición a la denominada “antijuricidad formal”.

Es que: “La construcción moderna del derecho de daños (...) se cimienta no tanto sobre el acto formalmente ilícito, sino sobre el acto dañoso injustificado (injustamente sufrido por la víctima). Este desarrollo metodológico deja expuesto de manera real (pero nítida) una posible reconfiguración de la ilicitud derivada de todo ‘daño que no esté justificado’: todo daño que no esté justificado obedece a una acción (u omisión) ilícita. Al contrario, si el daño está justificado, es lícito (no hay ilicitud). La evolución parece avanzar de una antijuricidad ‘formal’ (en donde lo relevante es la directa contraposición entre la conducta y la norma concreta) a una ‘material’ o ‘sustancial’ (que no se sustenta en un precepto normativo puntual sino en una visión global del ordenamiento, que proscribire los daños injustificados)” (Molina Sandoval, Carlos A., “Antijuricidad”, LA LEY, 13/11/2017, p. 1.).

Sin perjuicio de tal distinción, no hay duda de que la inexistencia de autorización administrativa provincial y municipal, con su previa evaluación de impacto ambiental, constituye una omisión antijurídica que habilita el remedio de la acción preventiva de daño colectivo.

Efectivamente, como entendiera el Superior “...el derecho de propiedad no es absoluto y —como lo afirma la demandada— que éste debe ser considerado en su función social. En este sentido, hace ya varias décadas que la tensión entre urbanismo y propiedad privada ha producido un giro radical, marcando un hito histórico en la evolución de la concepción de la propiedad urbana (cfr. Díez Picazo, L., “Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística”, en RDU N° 23, p. 13 y ss.). La función social de la propiedad privada, como uno de los factores esenciales de su legitimidad, obliga a considerar que su garantía constitucional responde a su contribución al bienestar colectivo. En función de ello se ha llegado a decir que la utilización urbanística del suelo y las construcciones, afirma su residencia en la comunidad, con lo que queda dicho que el propietario sólo puede hacer lo que la decisión pública positivamente le permita (Parejo Alfonso, Luciano, “Derecho Urbanístico. Instituciones básicas”, Madrid, CA, 1986, p. 10). Por eso se ha dicho que limitar la incidencia de las restricciones administrativas sobre la base del carácter absoluto del dominio, es hoy un concepto obsoleto, “se ha producido la publicación del dominio” (Scotti, Edgardo O., “Planeamiento y derecho de propiedad”, en Revista de Derecho Público, 2005-1, p. 183 y ss.).

“En este orden de ideas tampoco puede dejar de señalarse la evolución del urbanismo, en donde se ha tomado conciencia colectiva de las consecuencias muchas veces negativas del desarrollo urbano, del deterioro de los ambientes naturales y culturales, que se traducen en plausibles políticas públicas de preservación de los espacios naturales, protección del paisaje, la fauna y la flora, garantía de la pureza del aire y del agua y especialmente la preservación del patrimonio histórico y artístico de la comunidad.

“En este marco, la confluencia de estos y otros factores, provoca la potenciación del urbanismo, que se traduce en ordenación de los espacios en la figura de “Plan” que pasa a ser la institución central del denominado “Derecho urbanístico” (Parejo, Alfonso L., op. cit., p. 12).

“La regulación por la planificación urbanística del derecho de propiedad, no significa la disolución del derecho del concepto de propiedad inmobiliaria sino únicamente que el derecho de propiedad queda sometido a un régimen urbanístico, quizás a una concepción “estatutaria” de la propiedad, en el sentido

que la determinación de los derechos y obligaciones es el resultado de un mecanismo concatenado y armónico que arranca en el nivel constitucional, pasa por el Código Civil y acaba en el nivel normativo propio de la planificación. En palabras de Jacqueline Morand Deviller, “los principios del derecho del urbanismo no pueden pretender una sacralización tan grande,...”, “... se trata frecuentemente de objetivos a alcanzar, no como resultados, sino como medios, tal como lo ha recordado el Consejo Constitucional en su decisión del 07/12/2000 con motivo de ciertas disposiciones de la ley SRU” (en “Los grandes principios del derecho del ambiente y del derecho del urbanismo”, *Derecho Administrativo, Revista...*, Lexis Nexis Depalma, N° 41, p. 490 y ss.).

“Tampoco ello implica que el poder administrador pueda afectar la propiedad de manera arbitraria, ya sea discrecionalmente o en forma inigualitaria. Precisamente detalla Parejo Alonso, que en el Estado Social de Derecho la propiedad desempeña una función armonizadora entre las exigencias maximalistas que podrían derivarse del calificativo “social” y la idea de propiedad privada como derecho absoluto. Por ello expresa: “De un lado, el derecho subjetivo resultante del reconocimiento de la institución aparece funcionalizado al interés general (sólo se legitima en su contribución al mismo, tal como ha sido definido por el legislador). De otro lado, el deber estatal de inducir las condiciones precisas a una mayor igualdad entre los ciudadanos, encuentra el límite constitucional que la propiedad privada levanta frente a una indebida sustracción patrimonial o un exceso en el sistema de distribución de la riqueza y los bienes” (op. cit., p. 83)” (CCyCom., Rosario, Sala III, 30/06/2008, “Ridley, Francisco A. y Ridley, Alejandro c. Municipalidad de Rosario”, *La Ley Online TR LALEY AR/JUR/7781/2008*, decisorio que si bien fue anulado por la Excm. Corte provincial, por considerar que se trataba de materia contencioso administrativa que debió ser ventilada ante ese fuero especial, aquellos argumentos de la Sala no pierden validez).

Además, no debemos olvidar el actual reconocimiento “...de un derecho humano fundamental, denominado “derecho a un urbanismo sustentable”, que se inscribe en el derecho a un ambiente sano y equilibrado (art. 41 CN, Leyes 25.675 [...]), y obliga a reforzar más los aspectos y las reglas de operación en materia de desarrollo urbano, particularmente de planeación urbana e impacto ambiental, aplicando criterios de sustentabilidad que generen reglamentos de planeación, diseño y edificación sustentable y, en consecuencia, sus respectivas normas técnicas complementarias, poniendo especial atención en el diseño ecológicamente responsable que el nuevo urbanismo o urbanismo sustentable propone (Hernández Moreno, Silverio, “Introducción al urbanismo susten-

table o nuevo urbanismo”, *Espacios Públicos*, Vol. 11, núm. 23, diciembre, 2008, ps. 298/307, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México.).

“El derecho comparado da testimonio de los avances normativos y jurisprudenciales que reconocen y tutelan el derecho al desarrollo urbanístico sustentable, entendiéndose por tal a la utilización racional del territorio y el medio ambiente y que comporta combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, en orden a garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras (TS de España, Salas de lo Contencioso, STS 1562/2013, 26/03/2013).

[...] Desde esta perspectiva que centra la mirada jurídica en la tutela judicial del derecho al urbanismo sustentable, como un derecho dual: individual y colectivo, en el marco del derecho privado vigente que no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales, cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 14, Cód. Civ. y Com. de la Nación), se advierte que la pretensión de los actores está categóricamente respaldada por el humo del buen derecho que se deriva directamente y en forma operativa del art. 41 de la CN y de las leyes que lo reglamentan.

[...] Como es sabido “...Reconocer la ciudad como una construcción en tiempo y espacio, es clave para una lectura territorial integral, que al combinar diferentes factores, desde la dimensión natural, social e histórico-urbana, permite identificar las condiciones existentes en el territorio, que marcan el punto de partida para sus oportunidades futuras. La lectura territorial a la luz de la identidad, se propone a partir de un marco de criterios de análisis por medio de los cuales, se reconocen las particularidades que identifican a cada asentamiento, configurando sus atributos urbanos identitarios” (Herrera Valencia, Ana C., “La identidad urbana como categoría de análisis. Una propuesta metodológica para la lectura del territorio a través de la consolidación Histórico-Espacial de sus atributos urbanos característicos”, *Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia*).

“En otros términos, el concepto de identidad representa ‘el proceso de identificaciones históricamente apropiadas que le confieren sentido a un grupo social y le da estructura significativa para asumirse como unidad’ (Aguado, Carlos y Portal, María A., *Identidad, ideología y ritual, Texto y Contexto*, 9, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 1992, México).

“La identidad urbana como proceso de construcción social constante del paisaje urbano, en términos físicos y simbólicos, implica la percepción de ser idéntico a sí mismo a través del tiempo, del espacio y

de la diversidad de las situaciones y es un factor aglutinante de los grupos urbanos, cuyo deterioro, conduce al efecto contrario del desarraigo y la disociación.

[...] La doctrina especializada destaca con elocuente énfasis que "...La integridad socio-funcional de un lugar se refiere a la identificación de funciones y procesos en los cuales se ha basado su desarrollo a lo largo del tiempo. La identificación espacial de los elementos que documentan dichas funciones y procesos ayuda a definir la integridad estructural del lugar, en referencia a lo que ha sobrevivido tras la evolución" (Jokilehto, Jukka, 2006, "Considerations on authenticity and integrity in world heritage context". *City & Time* 2: 1, [online] URL: <http://www.ct.ceci-br.org> ROJAS, Ángela, Icomos (Cuba), "Tiempos y coincidencias: entre el cambio y la continuidad", en *Encuentro Internacional: Usos del Patrimonio: Nuevos Escenarios*, Primera ed., 2015, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Ciudad de México).

"El Comité Científico de Patrimonio del Siglo XX, de ICOMOS (Consejo Internacional de Monumentos y Sitios), llegó a un planteamiento conciliatorio en 2011 proponiendo que la meta consiste en "Gestionar los cambios con sensibilidad. Adoptar un criterio cauteloso frente a los cambios se hará tanto como sea necesario y tan poco como sea posible" (Icomos, CAH 20thC, Criterios de conservación del patrimonio arquitectónico del siglo XX, Documento de Madrid 2011, Madrid, 2011).

"En síntesis, del desarrollo y de la evolución de las ciudades nacen nuevas necesidades sociales, de las que surgen nuevos usos y funcionalidades. El uso de los espacios patrimoniales debe ser tan respetuoso de sus valores, de manera de permitir su permanencia y su sostenibilidad". (Cámara Contencioso Administrativo de Córdoba, 2ª Nominación, 25/09/2018, "Centro Vecinal de Barrio Cerro de Las Rosas c. Municipalidad de Córdoba - Amparo (Ley 4915)", auto N° 411).

4.2. La continuación de la tarea de poda y remoción, importa per se una amenaza de daño a un árbol que podría considerarse integrante del patrimonio histórico, arquitectónico y natural de la ciudad, ubicado en uno de sus inmuebles del patrimonio histórico.

4.3. El interés del peticionante está acreditado, pues el art. 30 *in fine* de la LGA autoriza a "toda persona" a reclamar el cese del daño ambiental y, el MPF como integrante del Poder Judicial reviste tal condición en sentido lato, amén de estar destinado por naturaleza a desplegarse como fiscal de la ley y en defensa del bien común.

4.4. La posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos es posible. Concretamente, entiendo prudente disponer: a) la continuación de la paralización de

toda actividad enderezada a podar, extraer o intervenir a través de cualquier forma de mutilación, el árbol de palta que motiva el pleito, hasta tanto: a.1) el Ministerio de Ambiente y Cambio Climático, previa determinación científica de la edad del palto, se expida por resolución fundada como autoridad de aplicación de las Leyes 13.836 y 11.717, acerca de si puede ser considerado "árbol distinguido" en los términos del art. 13 de la primera ley citada, y sobre la evaluación de impacto ambiental que corresponda en función del Formulario de Presentación que deberá ingresar la Sociedad de Beneficencia de Rosario, con relación a la extracción de dicho árbol y la concreción de la obra proyectada; a.2) la Comisión de Preservación del Patrimonio Urbano y Arquitectónico de la Municipalidad de Rosario, a través de todos sus integrantes, se expida sobre el valor histórico y cultural de dicho ejemplar arbóreo, y sobre la conveniencia o no de su remoción y la posterior construcción, en el lugar proyectado, de la residencia de madres; a.3) se logre el permiso municipal de obra correspondiente, que habilite a emprender el proyecto; b) de acuerdo a lo recomendado por la Dirección General de Parques y Paseos de la Municipalidad de Rosario, y por la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos, ordenar al Hospital Provincial, en su carácter de locatario del inmueble, que proceda a realizar —bajo la supervisión y asesoramiento de aquella Dirección municipal— los trabajos que correspondan a fin de paliar el desequilibrio y riesgo de fractura de sus ramas que propinará la poda impugnada, garantizando así toda minimización de peligros y la posibilidad de crecimiento futuro del árbol, en caso de que la autoridad administrativa determine que tiene un valor histórico, cultural y de integración arquitectónica que lo torne digno de preservación.

Ello así, pues la política ambiental se sustenta —entre otros— en los siguientes postulados: i) principio de prevención, conforme el cual, las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que pueden producirse sobre el ambiente; ii) principio precautorio, según el cual, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente; iii) principio de subsidiaridad, en virtud del cual el Estado —a través de las distintas instancias administrativas— tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales (art. 4, Ley 25.675, vid. Cámara de Apel. Cont. Adm. y Trib. de la CABA, Sala 1, 09/11/2017, "Heras, Claudia c. GCBA y otros s/ Apelación - amparo ambiental", www.saij.gov.ar, Id SAIJ: FA17370024).).

Los principios de prevención y precautorio, si bien tienen diverso alcance, "...tienden al cuidado y evita-

ción de daños irreversibles en el patrimonio ambiental público; en su aplicación práctica; ambos implican imponer restricciones-prohibiciones a las actividades riesgosas...; ambos suponen actuar con debida diligencia... y ambos se interrelacionan con otros principios ambientales como el de sustentabilidad, el de solidaridad intergeneracional, el de información pública y suponen su aplicación y respeto” (Bestani, Adriana, “Principio de precaución”, Astrea, Buenos Aires, p. 18).

En suma, a tenor del “...art. 1713 del Cód. Civ. y Comercial, el juez en una sentencia de acción preventiva tiene amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer, las que presuponen la existencia de actos nocivos aún no realizados, o iniciados pero que pueden proseguir o reiterarse o agravarse” (Juzgado de 1ª Instancia Ambiental de Jujuy, 27/04/2021, “Agostini, Juan J. c. Enrique E. Martínez, Mirta S. Petrillo y Horizonte Desarrollos Inmobiliarios SRL s/ acción preventiva de daños”, RCCyC, 2021 (octubre), 301 RDAMB 68, p. 169, con nota de Adriana Bestani - La Ley Online TR LALEY AR/JUR/18.967/2021), por lo que entiendo que las autorizaciones estaduales requeridas previo a intervenir de cualquier modo el árbol y el patio del hospital, se ajustan a una recta aplicación de los roles precautorio y preventor que la normativa ambiental impone a los Estados provincial y municipal, al mismo tiempo que salvaguarda la zona de reserva administrativa.

Vale decir, parafraseando a eminente jurista y magistrado, la presente sentencia no implica una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino que se trata de que el proceso de autorización permisiva exista realmente y que no se base solamente en un análisis formal y acotado sino que sea más complejo y cabal, que exija una reflexión profunda, socialmente participada y valorativamente equilibrada (cfr. voto en disidencia del juez Ricardo L. Lorenzetti en el caso “Comunidad del Pueblo Diaguíta de Andalgalá c. Catamarca, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 17/04/2012, Fallos: 335:387, y Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 29/09/2017, “Bonazzi, Solange V. y otros c. GCBA y otros s/ apelación”, www.erreius.com.ar, cita digital: IUSJU024615E).

En razón de lo expresado, la sentencia debe alcanzar tanto al Hospital Provincial como a la Sociedad de Beneficencia de Rosario. Si bien esta última fue citada para que revista, en su caso, calidad de “tercero coadyuvante autónomo” (arg. art. 302, Cód. Proc. Civ. y Comercial), lo cierto es que compareció, resistió férreamente la pretensión y petitionó su desestimación con costas a la parte actora.

Y como explica destacado procesalista, “si el tercero contesta la demanda, opone excepciones y alega, ha adoptado el papel de parte y, por ende, puede ser

condenado” (Alvarado Velloso, Adolfo, “Estudio del Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia. de Santa Fe”, actualizado por Nelson E. Angelomé, 1ª ed., Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario 2014, T. 3, p. 2443).

A fortiori, en una acción preventiva de daño ambiental donde se reconoce una suerte de “flexibilización del principio de congruencia”.

Es más, desde hace tiempo se concibe a la figura del “mandato preventivo” como “una diligencia oficiosa” —de dictado excepcional que los jueces pueden emitir (soslayando ciertos postulados caros a los principios corrientes en materia de legitimación y congruencia)— en pos de evitar la producción o repetición de daños de probable acaecimiento en el futuro y que podrían afectar tanto a las partes del proceso dentro del cual se ejercita dicha forma de justicia preventiva como a terceros ajenos a aquel (cfr. autor citado, en nota a fallo, “Ajustes y nuevos apuntes sobre la doctrina del mandato preventivo”, JA, ejemplar del 18/08/1993, p. 33; “El mandato preventivo”, LA LEY, 1991-E, 1276; “Escorzo del mandato preventivo”, JA, 1992-I, 888; “Acerca del mandato preventivo facilitador”, JA, 2008-IV, fascículo 2, p. 35” Juzg. 1ª Inst. Civ. y Com. N° 1 de Azul, 10/11/1993, “Arouxet, Arnoldo E. c. Durañona, Ernesto y otros”, LA LEY, BA, 1994, 18).

Señalan Augusto M. Morello y Gabriel A. Stiglitz que “desde este enclave no hay quiebra alguna del principio de congruencia, toda vez que lo que venimos analizando responde a otros registros que es frecuente converjan en un caso judicial: poderes inherentes al juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento y que, con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente. Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de competencias y prestaciones activas a cargo de uno o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar, de urgencia... y cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta de una causa productora de daños. Que ni el juez ni la sociedad deben correr el riesgo de que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados” (“Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, LA LEY, 1987-D, 364).

La jurisprudencia ha entendido “...que si bien las disposiciones citadas [arts. 1710/1713, Cód. Civ. y Com. de la Nación] se refieren específicamente a la acción preventiva, podrían aplicarse analógicamente para fundar, en casos excepcionales, un “mandato preventivo”, es decir, una orden judicial oficiosa, de carácter excepcional, y cuyo objetivo es que, en el marco de un proceso cuyo fin no es la prevención del

daño, y el magistrado tome conocimiento de la posibilidad cierta de que el perjuicio se produzca, repita o agrave, pueda adoptar las medidas necesarias para que ello no suceda (comentario al art. 1713 CCC en www.saij.gob.ar/docs-f/codigo_comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf).

“...(E)l *alterum non laedere* (no dañar a otro) es la piedra basal de la admisión de la función preventiva de la responsabilidad civil, y halla su fundamento en los arts. 19, 42 y 43 de la CN; ello así, puesto que las acciones que son susceptibles de perjudicar a terceros están sujetas a la autoridad de los magistrados, y, además, se debe respetar el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho a la seguridad, también de origen constitucional.

“Es que evitar que el daño ocurra es, en suma, la forma más perfecta de respetar el “*alterum non laedere*” (Camps, Carlos Enrique, “La pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015).

“Conforme al principio de prevención los daños deben ser evitados, puesto que si la Justicia debiera permanecer impasible ante la inminencia de un daño, o de su agravación, ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar; Hoy, en la alternativa de evitar el daño o de resarcirlo una vez producido, se elige evitarlo (Alterini, Atilio Aníbal, “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”; LA LEY, 30/07/2012, 1; LA LEY, 2012-D, 1154).” (CCyCom. Mercedes, Sala 1ª, 31/10/2019, “Zabaloy, Ana M. c. Marchi, Luis M. y otros s/ daños y perjuicios prov. explotación agrícola”, elDial.com - AAB879).

De modo que si en cualquier tipo de juicio se reconoce la facultad de despachar un “mandato preventivo” de corte oficioso que permita ordenar a terceros que no fueron parte del proceso cumplir con determinada conducta con el objetivo de evitar un perjuicio, igual temperamento —y con mayor razón— corresponde aplicar en el marco de una pretensión preventiva. No sería lógico suponer que porque intervino como tercero coadyuvante autónomo, no pueda ser alcanzado por la sentencia.

5. En cuanto a las costas, importa indicar que en la primera providencia se hizo saber de la aplicación supletoria del trámite de la Ley de Amparo N° 10.456, lo que permite considerar en este estadio la existencia de circunstancias objetivas (necesidad de construir una nueva residencia de madres, con el más noble propósito) y subjetivas (convencimiento de obrar de acuerdo a esa exigencia de la realidad social y con arreglo al ordenamiento legal), razonablemente suficientes para fundar en la demandada y el tercero interviniente, la creencia de defender legítimamente

sus posiciones y una verdadera razón plausible para litigar (arg. art. 17, Ley 10.456).

Tal como ha señalado el Superior, “el art. 17 de la Ley 10.456 introduce como novedad en el esquema general de la condena en costas santafesina la posibilidad de eximir de las costas a quien tenga razón plausible para litigar, debiendo recordarse que la eximición de costas de referencia no es otra cosa que las costas por su orden o en el orden causado previsto por el artículo 250 Cód. Proc. Civil” (CCyCom., Rosario, Sala 4ª —integrada—, 10/04/2003, “Liga Santafesina en Defensa del Usuario y del Consumidor c. Poder Ejecutivo s/ Amparo”, Zeus 92, J-695).

Por lo expuesto, en definitiva; Fallo: 1) Hacer lugar a la acción preventiva de daños interpuesta por la Fiscalía Extrapenal del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, ordenar mantener la paralización —dispuesta con el dictado de la medida precautelada despachada en fecha 05/11/2021— de toda actividad enderezada a podar, extraer o intervenir a través de cualquier forma de mutilación, el árbol de palta que motiva el pleito, hasta tanto: a.1) el Ministerio de Ambiente y Cambio Climático, previa determinación científica de la edad del palto en cuestión, se expida por resolución fundada, como autoridad de aplicación de las Leyes 13.836 y 11.717, acerca de si puede ser considerado “árbol distinguido” en los términos del art. 13 de la primera ley citada, y sobre la evaluación de impacto ambiental que corresponda en función del formulario de presentación que deberá presentar la Sociedad de Beneficencia de Rosario, con relación a la extracción de dicho árbol y concreción de la obra proyectada según exigencias del Decreto 101/2003; a.2) la Comisión de preservación del patrimonio urbano y arquitectónico de la Municipalidad de Rosario, a través de todos sus integrantes, se expida sobre el valor histórico y cultural de dicho ejemplar arbóreo, y sobre la conveniencia o no de su remoción y la posterior construcción, en el lugar proyectado, de la residencia de madres; a.3) se logre el permiso municipal de obra correspondiente, que habilite a emprender el proyecto; b) de acuerdo a lo recomendado por la Dirección General de Parques y Paseos de la Municipalidad de Rosario, y por la Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos, ordenar al Hospital Provincial, en su carácter de locatario del inmueble, que proceda a realizar —bajo la supervisión y asesoramiento de dicha aquella Dirección municipal— los trabajos que correspondan a fin de paliar el desequilibrio y riesgo de fractura de sus ramas que propinara la poda impugnada, garantizando así toda minimización de peligros y la posibilidad de crecimiento futuro del árbol en caso de que la autoridad administrativa debermine que tiene un valor histórico, cultural y de integración arquitectónica que lo torne digno de preservación. 2) Imponer las costas en el orden causado. Insértese y hágase saber. — *Luciano D. Juárez.*

Algunas reflexiones acerca de la sentencia dictada en “Fiscalía Extrapenal c. Hospital Provincial de Rosario y otros s/ acciones colectivas”

Jorge A. Barraguirre^(*)

Clarisa A. Neuman^(**)

Sumario: I. Introducción.— II. El trayecto judicial que antecede a la sentencia.— III. La extracción de un árbol añoso de un inmueble privado: un caso de colisión entre derechos individuales y colectivos.— IV. La ausencia de evaluación de impacto ambiental en el caso riñe con las leyes ambientales. Las cuestiones que deben observarse a la hora de categorizar la actividad proyectada.— V. La legitimación del Ministerio Público Extrapenal en acciones preventivas tendientes a la tutela del ambiente.— VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

A fines de mayo de 2022, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comer-

cial de la Octava Nominación de Rosario dictó sentencia en la causa “Fiscalía Extrapenal c. Hospital Provincial de Rosario y otros s/ acciones colectivas” (1) haciendo lugar a la acción planteada por la Fiscalía Extrapenal de Rosario que consistió, fundamentalmente, en que no se retire un árbol de palta añoso que forma parte del Hospital Provincial de Rosario bajo ciertas condiciones. Entre ellas, el Juzgado dispuso que el Ministerio de Ambiente y Cambio Climático se expida tanto sobre su calificación como “árbol distinguido” en los términos de la ley 13.836 del Árbol como así también sobre el impacto ambiental que pueda generar la extracción según las normas de la evaluación de impacto ambiental. Asimismo, que la Comisión de Preservación del Patrimonio Urbano y Arquitectónico de la Municipalidad de Rosario dictamine sobre el valor histórico y cultural del árbol y sobre la conveniencia o no de su remoción en relación con el proyecto que se intenta hacer.

(*) Procurador general de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Master of Laws de la Universidad de Connecticut. Estudiante en el Máster en Derecho Ambiental y Urbanístico (Universidad de Limoges, Francia) y Especialización en Derecho Ambiental y Tutela del Patrimonio Cultural (FCJS, UNL). Profesor titular ordinario de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Exfiscal de Estado de la provincia de Santa Fe (2008-2011). Exdirector del Área de Asuntos Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación (2004-2006).

(**) Abogada especialista en Derecho de Daños (FCJS, UNL). Estudiante en el Máster en Derecho Ambiental y Urbanístico (Universidad de Limoges, Francia) y Especialización en Derecho Ambiental y Tutela del Patrimonio Cultural (FCJS, UNL). Secretaria judicial subrogante con tareas de relatoría y coordinadora en temáticas de protección ambiental de la Procuración General de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Jefa de Trabajos Prácticos en las materias Obligaciones y Responsabilidad Civil de la carrera de Abogacía (UCSE, Sede Rafaela).

(1) Sentencia de fecha 30/05/2022.

En el presente trabajo se expondrá un resumen del conflicto que derivó en la decisión judicial para luego reflexionar brevemente acerca de ciertos aspectos relevantes de las medidas ordenadas en la sentencia en procura de la protección del ambiente en sentido amplio. Específicamente se analizarán las cuestiones planteadas en relación con la colisión de derechos de diversa naturaleza y su traducción en las medidas ordenadas para lograr la protección del árbol, la ausencia de evaluación de impacto ambiental en el caso, así como las especiales observancias que deben atenderse a la hora de categorizar la actividad constructiva. Finalmente, se realizará un comentario sobre la legitimación activa del Ministerio Público Extrapenal en acciones tendientes a la tutela del ambiente.

II. El trayecto judicial que antecede a la sentencia

El conflicto que subyace a esta sentencia era la inminente extracción de un palto añoso ubicado en uno de los patios del Hospital Provincial de Rosario para realizar una obra constructiva.

Puesta en conocimiento a través de una asociación civil que participa de la Comisión Asesora para la Protección Ambiental (2), la Fiscalía Extrapenal de Rosario inició una acción preventiva de daños contra el Hospital Provincial de Rosario, que, posteriormente, fue ampliada contra la Sociedad de Beneficencia de Rosario en carácter de titular dominial del inmueble donde se asienta el árbol y que tuvo como objeto: que se disponga la prohibición de podar, extraer o intervenir en cualquier forma el árbol de palta; que se adopten las medidas adecuadas de protección para aquel; y que se adapten las construcciones que se realicen en el lugar a un formato inclusivo de la especie.

Para fundar su acción la Fiscalía Extrapenal sostuvo que la extracción de este árbol de pal-

ta violaba distintos derechos contemplados en normas nacionales y provinciales destinadas a la protección del ambiente. Entre ellas mencionó, especialmente, la denominada “Ley del Árbol” de la provincia de Santa Fe (ley 13.836), que declara de interés público la conservación del arbolado y, aunque con diferentes medidas dependiendo de si el inmueble donde se encuentra el árbol es público o privado, prevé restricciones a su extracción que pueden ir desde una prohibición absoluta a la necesidad de categorización de la actividad y/o la emisión de un certificado de aptitud ambiental para ejecutar la obra. Asimismo, sostuvo que de acuerdo con la Ley de Ambiente provincial (ley 11.717) y su dec. regl. 101/2003 la obra a construirse encuadraba en el denominado “*standard 2*”, por lo que debieron solicitar su categorización a la autoridad de aplicación de la ley —Ministerio de Ambiente y Cambio Climático— y, oportunamente, obtener un certificado de aptitud ambiental.

Asimismo, luego de referirse a estudios que destacan la importancia de árboles añosos de copa ancha para la salud de las personas, agregó que la protección de los árboles es un factor estratégico para la mitigación y adaptación al cambio climático expuesto en los considerandos del dec. regl. 3674/2019 de la Ley del Árbol, en consonancia con los compromisos climáticos asumidos por la Argentina con la ratificación del Acuerdo de París; la ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático y la ley marco 14.019 de Acción Climática provincial.

En el primer decreto, el juez interviniente tuvo por iniciada la demanda y, con fundamento en el deber de prevención del daño, ordenó a la demandada, como medida precautelar, que se abstenga de podar, extraer o intervenir de cualquier forma el árbol de palta que motivó el pleito hasta que se decida la suerte de la demanda.

La Sociedad de Beneficencia de Rosario entendió las razones de la Fiscalía sobre la base de los siguientes argumentos. Sostuvo que la Ley del Árbol no resultaba aplicable atento a que se emplazaba en un inmueble privado que no se encontraba dedicado a actividades productivas en términos de lo establecido en el art. 18. Dijo que no correspondía aplicar al caso lo dispuesto en la ley 25.675 de Presupuestos Míni-

(2) La Comisión Asesora para la Protección Ambiental (CAPA) fue constituida por resolución de la Procuración General de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe y es coordinada por la propia Fiscalía Extrapenal de Rosario, en la que se agrupa a un número considerable de personas físicas y organizaciones que actúan en el ámbito de su circunscripción y que se encuentran interesadas en la protección del ambiente y el derecho a un ambiente sano.

mos para la Política Ambiental Nacional, atento a que la extracción de un árbol no produce daño ambiental significativo. Y que, dado que se encontraba previsto plantar nuevos árboles en reemplazo del que sería extraído, la actividad no entrañaba riesgo de cambio climático alguno.

También mantuvo que la presente acción importa una intromisión ilegal y abusiva en su derecho de propiedad, en los términos del art. 17 de la CN, y que debe tenerse especialmente en cuenta que la extracción del árbol importaba una pequeña intervención con una compensación más racional y beneficiosa para todos, puesto que los propósitos de la construcción era obtener un espacio para albergar a madres que tenían internados a hijos afectados por enfermedades serias por bajo peso y nacimientos prematuros.

Finalmente, negó que la Fiscalía Extrapenal tenga legitimación en los términos del art. 1712 del Cód. Civ. y Com. para entablar la acción, atento a que el único que posee un interés razonable en este caso en relación con el árbol es el dueño del inmueble en el que se emplaza.

Producida la prueba ofrecida (3), el juez dictó sentencia favorable a la pretensión de la Fiscalía actora, en los términos expuestos en la introducción del presente trabajo. Para así decidir, el juzgador realizó una serie de consideraciones que permiten visibilizar las particularidades en el abordaje de este tipo de conflictos. Fundamentalmente, tal como comentaremos, se refirió, en primer lugar, a las cuestiones planteadas en relación con la colisión de derecho de diversa naturaleza y su traducción en las medidas ordenadas para lograr la protección del árbol en cuestión. En segundo lugar, a la ausencia de evaluación de impacto ambiental en el caso, así como a las especiales observancias que deben atenderse a la hora de categorizar la actividad

(3) Resulta interesante mencionar que, abierta la causa a prueba, el juez solicitó, en uso de las facultades otorgadas por el art. 32 de la ley 25.675 General del Ambiente, una serie de informes técnicos a distintas entidades de la localidad, a los efectos de que se brinde información sobre las características del árbol de palta, si por estas puede ser considerado digno de protección como patrimonio de la ciudad y si puede ser integrado al proyecto arquitectónico que pretende llevar adelante la Sociedad de Beneficencia de Rosario en el inmueble.

constructiva. En tercer lugar, hizo especial referencia a la legitimación del Ministerio Público Extrapenal en acciones preventivas tendientes a la tutela del ambiente.

III. La extracción de un árbol añoso de un inmueble privado: un caso de colisión entre derechos individuales y colectivos

El magistrado que dictó la sentencia bajo análisis consideró que hay ciertas cuestiones que en el caso (4) “no pueden soslayarse” para su resolución.

Así, sin decirlo en este punto (5), la sentencia dio a entender que existen dos categorías de derechos protegidos, individuales y colectivos, y que ambas categorías pueden entrar en colisión, lo que implica límites en el ejercicio de los primeros en pos de la protección de los segundos. Hace algunos años, una situación así ni siquiera podía visibilizarse como un potencial conflicto: el sujeto privado titular de un inmueble disponía de él y de todo lo que en él se encuentra con libertad, y esto no podía bajo ningún caso considerarse una afectación a otra categoría de derechos. Lo contrario implicaba —en similar sentido a como lo entiende la demandada en este pleito— una clara afrenta al derecho de propiedad privada reconocido constitucionalmente.

Sin dudas, una decisión como la que se comenta es el reflejo de un cambio de paradigma sobre este particular, el que comenzó en nuestro país con la incorporación de la noción de derechos colectivos en la cláusula constitucional y terminó por cristalizarse con su inclusión expresa en el Código Civil y Comercial (6). Ello así en tanto uno de los principales plexos normativos sancionados por el Congreso, el que rige las relaciones y los derechos de los sujetos en sus

(4) Tal como se dijo, el conflicto versaba sobre la extracción de un árbol añoso de un inmueble privado.

(5) Se hace esta aclaración puesto que, al analizar los presupuestos de la acción preventiva, se refirió al carácter dual del derecho al urbanismo sustentable, como individual y colectivo, refiriéndose a continuación a la figura del ecoabuso del derecho dispuesto en el art. 14, Cód. Civ. y Com.

(6) En la provincia de Santa Fe, el cambio de paradigma comenzó a gestarse con la sanción de la ley 10.000, en diciembre de 1986.

relaciones privadas en nuestro país, incorporó el art. 14, que expresamente dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Esta noción, denominada por algunos autores como “ecoabuso del derecho” (7), implica que el titular de derechos subjetivos privados debe ejercerlos observando que estos también están limitados por una función ambiental intrínseca o inherente y que la afectación a ella puede considerarse un ejercicio abusivo del derecho en cuestión.

El Código Civil y Comercial configuró así una noción progresivamente más amplia e incluyente que la de abuso del derecho existente en nuestro país desde la reforma al Código Civil de 1968, noción propia de una concepción moderna del derecho de la propiedad relativizado por la noción de su función social (8). Esta nor-

(7) SOZZO, Gonzalo, “Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado”, 1ª ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, ps. 550 y ss.

(8) El derecho propietario clásico (romano-napoleónico) incluía el poder de degradar el bien y hasta abandonarlo sin ningún tipo de responsabilidad. En nuestro Código Civil esto se reflejaba en normas como el viejo art. 1132, según el cual el propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina no podía pedirle al dueño de este garantía alguna por el perjuicio eventual que podría causarle la ruina, ni tampoco podía exigirle que repare o lo haga demoler. Como respuesta se dispusieron una serie de reformas a normas de este tipo para reconocer las formas abusivas de ese poder propietario, caracterizadas por la incorporación de la jurisprudencia francesa sobre la noción de abuso del derecho y la noción de “función social de la propiedad” con posterioridad a la sanción del Código Civil alemán. Más allá de las diferencias entre ambas, lo cierto y concreto es que sirvieron para imponer una serie de deberes inescapables tanto sobre el propietario como sobre la propiedad. Por ejemplo, evitar causar daños (bajo el principio general —*alterum non laedere*—) con una conducta abusiva o antifuncional, como sería la degradación (activa o por abandono) de la propiedad en relación con los fines para los cuales fue instituida. Es así que la reforma dispuesta por la ley 17.711 trajo consigo algunos cambios, como el del art. 2499, que establecía: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa se derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”. En sentido análogo, también cabría computar al art. 2618 como otra instancia de la legislación antiabusiva

ma (9) —junto al art. 240 del Cód. Civ. y Com., ubicada en el Título III, dedicado a los bienes y que brinda pautas para los casos de colisión entre esta categoría de derechos— se erige como la representación legal de la función ambiental de los derechos.

Teniendo en cuenta estos cimientos normativos se comprenden las medidas dispuestas por el juzgador, que funcionan como diligencias previas al ejercicio del derecho propietario de extraer el palto, las que pueden ser leídas como “deténgase, no siga ejerciendo su derecho sin atender previamente a estas cuestiones, porque de otra manera podría resultar ecoabusivo”.

La primera de estas diligencias es que el Ministerio de Ambiente y Cambio Climático, como autoridad de aplicación de la ley 13.836 del Árbol, se expida sobre la factibilidad de calificar al palto como “árbol distinguido” por su longevidad, su vinculación a un paisaje valioso y apreciable o su importancia histórica.

En los términos de la ley, esta calificación implicaría que aquel sea incluido en el registro de árboles distinguidos previsto en el art. 13 por su “valor, cultural o estético” y que, oportunamente, se implemente un plan de manejo integral tendiente a su adecuada conservación. Atento a que la protección para el arbolado privado urbano se reduce a los casos en los que los predios estén dedicados a actividades productivas (art. 18), se hizo uso de una herramienta prevista en el cap. II de la ley destinada al arbolado público, compeliendo a gestionar la calificación del árbol previo a tomar una decisión respecto de su destino. Esto se encuentra en sintonía con las normas contenidas en el cap. I de la ley, titula-

en tanto hacía responsable por los daños causados al emitente de inmisiones inmateriales que excediesen la normal tolerancia aun cuando exista autorización administrativa. En esta progresiva afirmación de los derechos, la noción de abuso del derecho del art. 14 del Cód. Civ. y Com. es específica para la colisión de derechos de diversa naturaleza o categorización.

(9) Es dable aquí referirnos a los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborados por la Comisión Redactora, los que, al referirse al art. 14, *in fine*, expresaron: “Se trata de que los derechos subjetivos tengan límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos”.

do “principios generales”, en concreto, el art. 2º, que expresamente declara actividad de interés público la promoción y conservación del arbolado y toda aquella que resulte conexa para la generación de un ambiente sustentable.

Resulta importante destacar que, aun cuando la prueba rendida en la causa no haya sido determinante respecto a la edad aproximada del árbol, el juez entendió crucial preservar su existencia a las resultas de su determinación en tanto que aquella permitiría afirmar su valor histórico-patrimonial, en una clara medida de prevención de daños, los que, de suceder, resultarían de imposible reparación ulterior. En palabras del juez: “Con todo, de confirmarse una edad del ejemplar superior al siglo y medio, y así colegir que fue testigo quieto de esos sucesos trascendentales de la historia ciudadana, provincial y nacional, mal podríamos mantenernos indiferentes frente a su suerte”.

Como segunda diligencia, el sentenciante ordenó que la Comisión de Preservación del Patrimonio Urbano y Arquitectónico de la Municipalidad de Rosario se expida sobre la intervención del árbol y la conveniencia de construir en el sitio donde se encuentra. Para ello puso de resalto que el palto forma parte de un conjunto arquitectónico patrimonial protegido —que es el Hospital Provincial— y que, por tanto, no puede ser extraído o mutilado sin la previa intervención de dicha Comisión. Para ello el magistrado sostuvo que la protección directa parcial que, según la ordenanza municipal 8245/2008, tiene el Hospital Provincial como conjunto arquitectónico patrimonial protegido no solo alcanza al *envolvente*, sino también a los *elementos ornamentales* o *compositivos*, dentro de los que puede incluirse al árbol, que “es un ejemplar que forma parte indisoluble del conjunto y hace al embellecimiento, decoración y composición del jardín interior”.

Corresponde mencionar aquí que esta ordenanza se dictó como instrumento de regulación urbanística para la ciudad de Rosario y establece un inventario y catalogación de bienes del patrimonio histórico arquitectónico y urbanístico, otorgando una especial protección a determinados inmuebles por su especial valor, estableciendo criterios de preservación, modalidades de intervención, conservación y reha-

bilitación de las construcciones, características y disposición de los elementos que afectan al espacio público y mecanismos de gestión, todo conforme a una categorización realizada normativamente y a la asignación de un grado de protección. En otras palabras, a través de la normativa municipal se disponen límites al ejercicio de los derechos que los titulares de los diferentes inmuebles que forman parte del catálogo pueden realizar.

En el caso, entender al palto como integrante de esencial importancia de un conjunto arquitectónico y, por ende, susceptible de protección exige que previo a su intervención la Comisión prevista en el reglamento de edificación de la localidad se expida sobre la viabilidad de su intervención.

Finalmente, es interesante poner de resalto que el juez dictó estas medidas de protección al palto desde una noción del ambiente que concede lo natural, posicionándose bajo una concepción integral que incluye el cuidado del patrimonio histórico, el paisaje, lo urbano, y hasta lo simbólico, esto es, concibiéndolo como un sistema (10).

IV. La ausencia de evaluación de impacto ambiental en el caso riñe con las leyes ambientales. Las cuestiones que deben observarse a la hora de categorizar la actividad proyectada

Primeramente corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la prevención debe ser de especial prioridad en la solución de los problemas ambientales (11), lo que resulta determinante a la hora de exigir a los obligados la toma de medidas de evitación de daños ambientales. Es por eso que una de las herramientas más importantes a nivel de prevención del daño ambiental es la evaluación de impacto ambiental.

Consagrada en la ley 25.675 de Presupuestos Mínimos de Política Ambiental Nacional como instrumento de política y gestión ambiental

(10) Sobre este particular: LORENZETTI, Ricardo L. — LORENZETTI, Pablo, “Derecho ambiental”, 1ª ed. revisada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 89.

(11) CS, “Mendoza”, Fallos 329:2316.

(art. 8º), la evaluación de impacto ambiental se diagrama como un deber que pesa sobre las autoridades e indirectamente sobre los particulares (12) que no pueden ejecutar una actividad susceptible de degradar al ambiente, alguno de sus componentes o afectar la calidad de vida de la población en forma significativa sin haber antes completado el procedimiento (arts. 11 a 13).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha contribuido a través de diversos precedentes a establecer las características más importantes de la evaluación de impacto ambiental. Es así que la ha calificado como una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana (13), que debe ser previa a la ejecución de la obra o actividad y no puede emitirse de manera condicionada (14). Así, también ha dicho que las consecuencias que deben ser adecuadamente medidas en una evaluación de impacto ambiental deben tener en cuenta las alteraciones que puedan producir en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras (15).

Además de estas normas de presupuestos mínimos y, por tanto, que son de aplicación en todo el país (art. 61, ley 25.675), la provincia de Santa Fe también cuenta con normativa atinente al procedimiento de evaluación de impacto ambiental en el cap. VIII de la ley 11.717, denominado "Impacto ambiental", lo que es precisado en el dec. regl. 101/2003. Este establece que ningún proyecto o emprendimiento capaz de modificar el ambiente puede iniciarse hasta tener aprobado por la autoridad de aplicación el estudio de impacto ambiental para las etapas correspondientes (art. 3º).

De este modo, los sujetos que se encuentren en situación de realizar un emprendimiento o actividad que, según el anexo del decreto, encuadre los *standards* 2 y 3 deben efectuar ante

la autoridad de aplicación —Ministerio de Ambiente y Cambio Climático— la categorización ambiental a través de un formulario de presentación, cuyo contenido se encuentra establecido en la reglamentación y que incluye, entre otras variables, aspectos del ambiente natural y socioeconómico (art. 8º y Anexo I del decreto). Atendiendo al contenido de esos documentos y teniendo en cuenta "las características del material que se manipule, elabore o almacene, la calidad y cantidad de residuos que se eliminen al ambiente, la localización y características de funcionamiento, instalaciones y del riesgo ambiental", la autoridad de aplicación decidirá la categoría ambiental del emprendimiento o actividad.

Es necesario mencionar que la norma establece tres categorías conforme al grado de impacto ambiental que la actividad o emprendimiento pueda causar al ambiente (bajo o nulo; mediano y alto impacto ambiental), cada una de las cuales entraña diversas obligaciones para los sujetos que pretenden emprenderla (art. 12). Las categorías se componen de diversas actividades descriptas en el Anexo, a las que se les asigna un *standard*, el que puede ser 1, 2 o 3 (Anexo II del decreto).

Es así que los emprendimientos clasificados como "*standard* 1" serán encuadrables en la categoría 1 (bajo o nulo impacto ambiental) y, por tanto, se encuentran eximidos de presentar el formulario de presentación y el estudio de impacto ambiental ante la autoridad de aplicación. Por su parte, los emprendimientos listados como "*standard* 3" se considerarán como parte de la categoría 3 (alto impacto ambiental), teniendo la obligación de presentar el formulario de presentación y el estudio de impacto ambiental. Por su parte, la norma dispone que los emprendimientos establecidos como "*standard* 2" serán analizados conforme a lo que surja de su formulario de presentación, pudiendo ser incluidos en cualquiera de las tres categorías (art. 14). Cabe agregar que si estas actividades fueran incluidas en la categoría 2, o incluso en la 3, deberán presentar un estudio de impacto ambiental y tramitar un certificado de aptitud ambiental para su funcionamiento, lo que implica la acreditación por parte de la autoridad de aplicación de la observancia de las normas ambientales vigentes (arts. 21 y 25).

(12) ESAIN, José A., "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentario", 1ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 605.

(13) CS, "Martínez", Fallos 339:201.

(14) CS, "Mamani", Fallos 340:1193.

(15) CS, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia", Fallos 339:515.

En el caso, el juez sostuvo que la extracción del palto sin realización de la evaluación de impacto ambiental se encuentra en pugna con la normativa ambiental provincial antes descripta. Específicamente, sostuvo que esta extracción y la posterior construcción de la residencia de madres encuadraría en, al menos, dos de las actividades a las que se atribuye “*standard 2*”, conforme al dec. 101/2003, reglamentario de la ley 11.717, esto es, “construcción, reforma y reparación de edificios no residenciales” y “movimiento de suelos y preparación de terrenos para obras n.c.p.”. Por lo que en el caso los demandados debieron realizar la presentación correspondiente para que la autoridad de aplicación evalúe el impacto ambiental de las obras y asigne la categoría de dicha actividad. Lo más destacable, sin dudas, es que el magistrado manifestó que para realizar dicha categorización la autoridad de aplicación no deberá omitir “el aparente valor histórico del árbol del que se pretenda extraer y su integración con el edificio también de preferente preservación municipal por sus cualidades culturales, arquitectónicas y antigüedad, con la consecuente posibilidad de variación del paisaje de manera abrupta y sin la debida armonía”.

De esta manera se trazaron pautas claras que la autoridad de aplicación deberá observar a la hora de decidir la categorización de la actividad, las que se relacionan con el especial valor del palto como referente simbólico, histórico y natural.

V. La legitimación del Ministerio Público Extrapenal en acciones preventivas tendientes a la tutela del ambiente

Como se puso de resalto anteriormente, este conflicto fue abordado judicialmente por la Fiscalía Extrapenal de Rosario, quien inició una acción preventiva para evitar la inminente extracción del palto en cuestión. Es importante por eso referirnos al rol de los Ministerios Públicos en materia de protección ambiental en nuestro país desde sus bases normativas.

Desde ese lugar, la clave para pensar la actuación del Ministerio Público en cuestiones ambientales en la Argentina es el art. 120 de la CN. A través de él se posicionó al Ministerio Público como la institución más adecuada para

presentar los intereses generales, entre los que sobresalen, nada menos, la protección de bienes comunes —como el ambiente (16)— y la representación y protección de las generaciones futuras (17).

Al precisar los alcances de esta norma, el entonces convencional constituyente Quiroga Lavié sostuvo: “a) La función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad implica la legitimación procesal para estar en juicio cuando lo establezca en forma expresa la ley o cuando los derechos públicos de la sociedad se encuentren desconocidos. b) Esto último se apoya no solo en las palabras de la Constitución: ‘en defensa de la legalidad,’ sino cuando a renglón seguido el texto agrega: ‘de los intereses generales de la sociedad’” (18).

(16) Al analizar el alcance que la fórmula “intereses generales de la sociedad” comprende en el diseño del art. 120 se ha incluido a los intereses de incidencia colectiva e intereses difusos del art. 43 de la CN. VANOSSI, Jorge R., “Hay que comprender qué es y para qué vale el Ministerio Público”, TR LALEY AR/DOC/3559/2016.

(17) Esto último podría encontrar apoyo adicional en que el Ministerio Público no solo posee una estructura estable, sino que también tiene una función íntimamente relacionada con el cuidado de los derechos e intereses de quienes son sujetos vulnerables o hipervulnerables, conforme al art. 103 del Cód. Civ. y Com., categoría esta en la que puede incluirse a las generaciones futuras en tanto carecen de voz y portavoz en los debates sobre sus intereses. Conf. BARRAGUIRRE, Jorge A., “La importancia de la actuación de los Ministerios Públicos en materia ambiental”, exposición en el conversatorio sobre “El rol de los Ministerios Públicos en materia ambiental” llevado a cabo en el marco de la Escuela de Litigación Ambiental y Climática en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, el 01/09/2022.

(18) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Nuevos órganos de control en la Constitución: El Defensor del Pueblo y el Ministerio Público”, en ROSATTI, Horacio D. y otros, *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe — Buenos Aires, 1994, p. 287. Corresponde aquí recordar que, tal como lo sostuvo la Corte Suprema (Fallos 322:1253, entre otros), hay cláusulas de la Constitución Nacional que establecen pisos mínimos, incluso para provincias y aun cuando se trata de la organización del poder. Los argumentos allí vertidos pueden ser extendidos para salvaguardar las competencias histórico-constitucionales del Ministerio Público. A la luz de la concepción republicana que la Constitución Nacional abraza, puede discutirse su ubicación o posición institucional, mas no puede seguir discutiéndose su función y sus deberes más

La importancia de la actuación del Ministerio Público en la protección del ambiente en nuestro país (19) es apoyada por el Acuerdo

básicos y esenciales. La imaginación constitucional de 1994 es sumamente interesante, en tanto sobrevuela el alcance del art. 120 de la CN. Por ejemplo, el Dr. Héctor Masnatta destacó que sus funciones eran las siguientes: "... se trata de un órgano destinado a asegurar la permanencia del servicio de justicia. Además, debe defender la legalidad y, lo que es muy importante, los intereses generales de la sociedad" (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 3ª Sesión Ordinaria, 19/08/1994, ps. 4662/3). Posteriormente, intervino el convencional Posse, quien también recordó el nacimiento histórico de la institución y de allí derivó sus funciones contemporáneas, aun criticando tres, ya que dos estaban superpuestas: "... El dictamen sometido a nuestra consideración expresa que tiene por función promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Creemos que peca por exceso en cuanto entendemos que al hablar de la defensa de la legalidad está comprendida la de los intereses generales de la sociedad, así como también resulta obvio que su actuación debe estar en coordinación con las otras autoridades. Por lo tanto, pensamos que esa alusión debiera suprimirse. En cambio, peca por defecto en cuanto no le asigna específicamente la función de tutela" (ob. cit., p. 4670). Finalmente, debe destacarse que el convencional Jorge De la Rúa expuso: "El servicio de justicia en nuestros tiempos no se satisface simplemente con la existencia de jueces independientes. No basta la relación ciudadano-juez, porque la complejidad de intereses, la calidad de sociales o colectivos de muchos de ellos y el desamparo de muchos ciudadanos para el acceso a la justicia, requieren de otro poder que genere la función de dinamizar, incitar o promover ante los jueces la actividad judicial. No es buena la actuación de oficio de los jueces, que nos aproxima a viejos sistemas inquisitivos. Por el contrario, la regla debe ser la del estímulo por parte de un órgano requirente autónomo como es el Ministerio Público. El sistema propuesto en el dictamen en consideración fija el gran objetivo del Ministerio Público, que es la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Este es el gran objetivo de un Ministerio que va a cubrir roles de defensa de la legalidad y de acción pública para la protección de intereses sociales y de sectores sociales desamparados" (ob. cit., ps. 4675/76).

(19) Puede entenderse siempre como "norte" a la experiencia brasilera de Ministerio Público, el que tiene a cargo, por atribución constitucional y legal, la tutela procesal del medio ambiente a través de la acción civil pública. Con un accionar caracterizado por su independencia funcional y autonomía constitucional, su "superespecialización" en materia ambiental, su capacidad investigativa, el acompañamiento técnico interdisciplinar con el que cuenta y las herramientas que tiene para desempeñar sus funciones incluso extrajudicialmente, como los "términos de ajustamiento de conducta", el Ministerio Público es el encargado de llevar adelante casi la totalidad de las

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, en cuanto establece que, para garantizar el acceso a la justicia en asuntos ambientales, es necesario contar con órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especiales en la materia y legitimación activa amplia en defensa del medioambiente [art. 8.3, incs. a) y c)]. Este Acuerdo vinculante ratificado por la Argentina ha sido considerado por la doctrina como una suerte de norma de "superpresupuesto mínimo" que manda a verificar si existe armonía entre las disposiciones del Acuerdo y los sistemas locales y a reacondicionar la aplicación de las leyes nacionales, ya sean de fondo o de presupuestos mínimos (20), por lo que resulta un soporte elemental para la norma constitucional a la hora de pensar las funciones de los Ministerios Públicos en las provincias.

La legitimación de los Ministerios Públicos provinciales debe ser leída a través de estas normas (21), fundamentalmente a través del uso de los dispositivos y de las tecnologías normativas inhibitorias, que se caracterizan por su amplitud en la legitimación activa, requerida para vehicularlas por dos argumentos principales. En primer lugar, aquí puede mencionarse la figura del llamado "amparo de cese", contemplado en el párr. 3º del art. 30 de la ley 25.675 de Presupuestos Mínimos. En él se legitima a "toda persona" a solicitar mediante acción de amparo la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo. Mediante la legitimación activa amplísima dispuesta en esta norma, el

acciones en defensa del ambiente en ese país. Para un análisis sobre este tema ver LLORET, Juan S. — MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise, "Ambiente y acción procesal pública: Comparando con Brasil", *Revista de Derecho Público*, 2016-2: "Cuestiones procesales del federalismo argentino - II", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 117.

(20) ESAIN, José A., "El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino", *RD Amb.* 70; *TR LALEY AR/DOC/1204/2022*.

(21) En algunos entes provinciales esto no surge tan necesario por tener creadas Fiscalías con competencias ambientales específicas, como es el caso de Jujuy y más recientemente de Misiones, o por contar con legitimaciones procesales específicas ambientales, entre los que cabe mencionar a Salta a través de la ley 7070.

Ministerio Público puede vehicular las pretensiones tendientes a la cesación de un daño ambiental que se estuviere produciendo. En segundo lugar, corresponde mencionar aquí la acción preventiva contemplada en los arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com. como parte de la regulación de la función preventiva de la responsabilidad civil. En lo que aquí interesa, el art. 1712 establece que podrá interponer esta acción quien “acredite un interés razonable en la prevención del daño”, lo que sin dudas permite incluir al Ministerio Público, por las funciones esenciales que ostenta en materia de tutela de los intereses generales. Esta es una de las virtudes que posee la acción preventiva, que hace que sea una de las herramientas más utilizadas en el accionar del Ministerio Público en materia ambiental en la provincia de Santa Fe (22).

Estas tecnologías normativas inhibitorias fueron especialmente tenidas en cuenta por el juez de la causa al expedirse sobre la legitimación activa de la Fiscalía Extrapenal de Rosario cuestionada por la demandada. De esta forma, se fundó la existencia de legitimación activa de la Fiscalía conjuntamente en el art. 30, párr. 3º, de la ley 25.675 y en la acción preventiva prevista en el Código Civil y Comercial, lo que reforzó con la manda prevista en el art. 32 de aquella ley. Textualmente, el juez sostuvo: “El art. 30, *in fine*, de la LGA faculta ‘a toda persona’ a petitionar judicialmente el cese del daño ambiental colectivo, amplitud reforzada por su art. 32 según el cual el ‘acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie’, lo que solo podría considerarse limitado en el marco de una acción preventiva por la exigencia de una mera acreditación de ‘un interés razonable en la prevención del daño’ (art. 1712, Cód. Civ. y Com.), que en el caso sobradamente debe reconocerse al Ministerio Público en tanto ‘fiscal de la ley’ y representante del interés público de la sociedad”.

(22) Para una noción sobre la acción preventiva desde un análisis de las decisiones judiciales que la han utilizado para vehicular cuestiones relacionadas con riesgos ambientales, con inclusión de algunas acciones preventivas llevadas a cabo por el Ministerio Público Extrapenal de Santa Fe, ver BERROS, M. Valeria, “Función preventiva del Código Civil y Comercial y problemática ambiental”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, nro. 11, p. 119.

VI. Reflexiones finales

Recapitulando lo hasta aquí dicho, la sentencia bajo comentario reviste especial significación para el abordaje de los conflictos ambientales por diversas razones.

En primer lugar, por *las medidas allí ordenadas, las que reflejan una búsqueda por la prevención ante el peligro inminente*, que implicaba un daño irreversible si se producía la extracción del palto. Medidas que además se fundaron en una *noción de ambiente amplia y sistémica*, inclusiva de lo natural pero también de lo cultural, lo histórico, lo paisajístico y lo simbólico. En esta línea, *la categoría de “árbol distinguido”*, el alcance de lo protegido como patrimonio histórico y arquitectónico local y la evaluación de impacto ambiental son requeridos en el caso para definir la protección del árbol de palta desde sus múltiples dimensiones.

En segundo lugar, la decisión también es notable atento a lo que subyace a esas medidas y no está expresado por el juzgador, que es una *resignificación en la manera de concebir el ejercicio de los derechos individuales y su colisión con derechos de otra naturaleza*. Esto es producto de un paradigma en el ejercicio de los derechos a raíz de la incorporación de los derechos colectivos, lo que comenzó con la particular reconfiguración de nuestro derecho público provincial, siguió con la adopción de la cláusula constitucional y terminó por cristalizarse con la inclusión expresa en el Código Civil y Comercial de los arts. 14 y 240, que reflejan la función ambiental de los derechos. Lo poderoso de esto es que tiempo atrás y bajo otra visión este conflicto nunca hubiese sido un conflicto, sino un ejercicio del derecho del propietario sobre su inmueble, difícil (sino imposible) de ser cuestionado.

Finalmente, las consideraciones que el juzgador realiza sobre *la legitimación activa del Ministerio Extrapenal de Rosario* resultan también esenciales: son prudentes, sensatas y respetan la memorización del rol constitucional que los Ministerios Públicos ostentan como defensores de los intereses generales de la sociedad conforme al art. 120 de la CN; están de acuerdo con los requerimientos que el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales tiene conforme al Acuerdo de Escazú; y honran las tutelas procesales inhibitorias dispuestas en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial.

AMPARO AMBIENTAL

Desmontes. Deberes del Estado. Protección de bosque nativo. Procedencia.

Con nota de Cristian H. Fernández

1. — La adopción de medidas eficaces para evitar un daño grave e irreversible al medio ambiente es una obligación estatal no sólo en el orden interno de acuerdo con la ley general de ambiente —25.575 y la 26.331—, en lo relativo a la protección de los bosques nativos para su enriquecimiento, conservación y manejo sostenible, sino también en el derecho internacional, a partir de las distintas conferencias sobre materia ambiental en que participó nuestro país.
2. — La fuerza normativa del orden constitucional supremo, que ya desde la Constitución de 1853, en su art. 31 y aún con más fuerza a partir de la reforma de 1994 no se agota en la Constitución sino que se extiende a los Tratados Internacionales y a las Leyes Constitucionales que se dicten en su consecuencia, debe ser una regla de gobierno de las instituciones y supone la aptitud e idoneidad de ese orden para regir todos los ámbitos del quehacer individual y colectivo y la sujeción de toda la normativa sobre cuestiones de fondo y de procedimiento a dicho orden supremo.
3. — Siendo el tema del medio ambiente un asunto donde al Estado le incumbe por expreso mandato constitucional y legal, una función primordial e indelegable de custodia, se insituye tanto en garante como en sujeto activo, por lo que su papel no puede limitarse a adoptar un rol meramente gendarme, de vigilia del libre accionar de los particulares, sino que requiere la adopción de políticas activas de preservación y cuidado del medio ambiente que hagan en los hechos operativa la cláusula constitucional citada. Lo que supone además el deber de la magistratura judicial de dar eficaz respuesta, también por expreso mandato constitucional, ante los planteos que arriben a los estrados judiciales.
4. — Las pruebas colectadas en confrontación con el marco legal nacional y provincial, dan cuenta de que la autoridad demandada omitió dar cumplimiento al ordenamiento territorial del bosque nativo provincial, luego de vencido el plazo de cinco años de que disponía para su actualización, a partir del concretado en 2009, aprobado por ley 1762-R de Chaco.

ST Chaco, 13/06/2022. - Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente s/ acción de amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81838/2022]

COSTAS

Se imponen al vencido.

Expte. N° 11344/20-SCA

Resistencia, junio 13 de 2022.

1ª ¿Es procedente el recurso de inconstitucionalidad concedido en autos? 2ª En su caso ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Costas y honorarios.

1ª cuestión. — Los doctores dijeron:

1) Relato de la causa: El recurso fue declarado admisible por resolución 579 (fs. 669/670) corriéndose el pertinente traslado, el que es contestado por la contraria. A fs. 680 y vta. se concede, disponiéndose su elevación.

Radicado en esta sede a fs. 683 y vta., se constituye el tribunal que va a entender, notificándose a las partes. Por lo que a fs. 684, se llaman autos para sentencia.

2) Recurso de inconstitucionalidad: En el cometido de verificar las exigencias de admisibilidad formal, constatamos que fue incoado en término, por parte legitimada, cuestionando una resolución definitiva, observando los demás requisitos previstos por la resolución 1197/2007 del Superior Tribunal de Justicia y su anexo, reglamentaria de los recaudos de los escritos de interposición de los remedios de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, como del de queja por denegación de aquéllos.

Consecuentemente, corresponde ingresar a su tratamiento, a fin de dar una adecuada respuesta a los derechos de los litigantes.

3) Antecedentes del caso: a. La Asociación Civil “Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente, el Equilibrio Ecológico y los Derechos Humanos”, promueve acción de amparo peticionando el cese del estado de incertidumbre respecto de las solicitudes de cambio de suelo y permisos de desmonte otorgados por las autoridades provinciales con posterioridad al plazo de vigencia y la obligación de actualizar el Ordenamiento Territorial del Bosque Nativo (en adelante OTBN), establecida en la ley nacional 26.331 y su reglamentación 91/09.

Sostiene centralmente, que la Provincia del Chaco no cumplió con la actualización del ordenamiento territorial del bosque nativo, pese a lo cual autorizó desmontes más allá del tiempo permitido por la ley nacional para cumplir con dicha obligación. Que el diseño territorial es fundamental; por lo tanto, toda autorización concedida luego del vencimiento es ilegal.

Expone que si bien, en el año 2017 el Poder Ejecutivo sancionó el decreto 233/2017 en que dispuso el mecanismo para llevar adelante el proceso de renovación, que se inició a fines de 2018, no se brindó información sobre el mismo ni los lineamientos de participación y toma de decisiones conforme a la resolución 236/2017 del Consejo Federal del Medio Ambiente (en adelante COFEMA). Que luego de presentarse objeciones contra dicho acto, por decreto 298/2019 se suspendió el procedimiento encomendándose al Ministerio de la Producción el análisis del decreto 233/2017, a fin de garantizar la efectiva concurrencia popular en el ordenamiento territorial.

Relata que pese a los requerimientos efectuados a las autoridades nacionales y locales, la Provincia no actualizó su ordenamiento, sino que se limitó a dictar instrumentos legales para la tramitación de habilitación de desmonte o planes de cambio de uso de suelo, cuando debió brindar una adecuada, veraz y oportuna comunicación sobre las condiciones ambientales del territorio como también cumplir con su deber de tutela del medio ambiente.

Expresa que estamos en presencia de una verdadera destrucción del bosque nativo en el territorio provincial sin que el Poder Ejecutivo asuma sus obligaciones, lo que implica pérdida de recursos naturales y afectación de los servicios ambientales que el bosque presta y que son fundamento para la vida misma, a las condiciones vitales del presente y de las futuras generaciones.

Finalmente, resalta que el otorgamiento de permisos de desmonte y cambios de suelo que se dieron desde la sanción de ley 1762-R generan incertidumbre sobre la eventual exigibilidad de los derechos humanos vinculados al medio ambiente sano, emergentes de las leyes 25.675, 26.331 y art. 41 de la Constitución Nacional.

b. La Autoridad demandada objeta la admisibilidad formal de la vía intentada. Argumenta que el daño colectivo o difuso invocado resulta insuficientemente demostrado y que su procedencia afectará derechos de terceros, a los medios de producción y las fuentes de trabajo. Que la cuestión involucra un proce-

dimiento de neto corte administrativo, previsto en la ley 1762-R, por lo que el amparo no es la vía idónea.

Argumenta que el vencimiento del plazo para la actualización del OTBN no implica su pérdida de vigencia, porque el actual ordenamiento fue prorrogado automáticamente y se encuentra vigente. Que por ello, no pueden afectarse las situaciones jurídicas creadas mediante los permisos de explotación concedidos.

Manifiesta que el Estado provincial convocó por decreto 289/2019 a un proceso de diálogo con las ONG y personas que tengan interés y que en dicha oportunidad se comunicó que los permisos otorgados se trataban de cambios de categorías aprobados conforme a la reglamentación vigente.

Agrega que los requisitos exigidos a los solicitantes de explotación forestal resultan suficientes para garantizar la protección y subsistencia de la flora y fauna autóctona provincial.

Concluye que no hay daño actual o inminente de los derechos y garantías invocados y que la acción debe ser desestimada.

5) Sentencia recurrida: La Sala Primera de la Cámara Contencioso Administrativa hizo lugar a la acción, declarando ilegítima la omisión de actualizar el OTBN y, por implicancia, dispuso la prohibición de la aprobación de planes de aprovechamiento de cambio de uso del suelo y de otorgar permisos de desmonte, desde el vencimiento del instrumento (diciembre de 2014), hasta que la Provincia lo actualice en los términos de la ley 26.331, el decreto 91/2009, la ley 1762-R y las resoluciones del COFEMA y con sujeción a la ley general de ambiente (en adelante LGA), el art. 41 de la Constitución Nacional y el 38 de la Constitución Provincial (fs. 603/618).

Contra dicha decisión la demandada plantea el recurso de inconstitucionalidad en trato.

6) Agravios extraordinarios: La apelante argumenta que la sentencia es arbitraria porque lejos de contener fundamentos jurídicos, evidencia afirmaciones dogmáticas que solo constituyen fundamentos aparentes. Finca su postura en que el fallo conculca derechos subjetivos adquiridos por los titulares de los permisos emitidos por la Subsecretaría de Recursos Naturales y, pasa por alto la especulación realizada por los integrantes de la cadena comercial respecto del producto futuro obtenido de dicha actividad.

Que el fallo recurrido generaría grandes pérdidas patrimoniales para los productores autorizados, terceros de buena fe, ajenos al proceso.

Recuerda que la amparista participó activamente en calidad de “tercero interesado” en el proceso judicial tramitado ante el Juzgado Civil y Comercial N° 21, caratulado: “Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco c. Subsecretaría de Recursos Naturales del Chaco y/o Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco s/ acción de amparo”, Expte. 5761/19. Donde las afirmaciones e interrogantes vertidas en el escrito postulatorio fueron debidamente superados.

Destaca asimismo, que muchas de las asociaciones que participaron como “amicus curiae” en la presente causa, también intervinieron en las reuniones celebradas entre diciembre de 2014 y la interposición de la demanda, en los distintos procesos de autorización de cambios de suelo, siguiéndose el procedimiento previsto en la reglamentación.

Reitera que ante la desactualización por vencimiento del OTBN, opera automáticamente su prórroga, sin que ello resulte impedimento para el normal desenvolvimiento de las actividades autorizadas previo a su determinación, ni que impida la tramitación de nuevos permisos y autorizaciones.

Manifiesta que las juezas efectuaron un incorrecto análisis de la normativa nacional y local arribando a una sentencia a todas luces arbitraria.

Por último, solicita se haga lugar al recurso, se modifique el resolutorio impugnado y se determine el cese de las prohibiciones y obligaciones impuestas, a fin evitar el avasallamiento de los derechos del Pueblo chaqueño por cuanto el trabajo realizado sobre el producto extraído como consecuencia del usufructo de los permisos represente muchas veces la única fuente de trabajo de los ciudadanos del interior provincial.

7) La solución acordada: Inicialmente, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido que “...El objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales, ni sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que por su índole les son privativas, pues sólo procura cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado” (CSJN Fallos 298:360) Y sólo “...son pasibles de la tacha de arbitrariedad las sentencias judiciales que no constituyen derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa o que

omiten considerar articulaciones serias de las partes conducentes a la correcta solución del litigio” (CSJN, Fallos: 301:1089).

Los supuestos descriptos no se verifican en el caso pues el decisorio impugnado posee basamento suficiente de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa y el plexo jurídico aplicable, lo que impide su descalificación conforme los fundamentos fácticos y jurídicos que pasamos a exponer.

En primer lugar, cabe ponderar que la presente causa es iniciada por la Asociación Civil “Conciencia Solidaria” a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre generado a partir de permisos de explotación y cambio de suelo concedidos por las autoridades provinciales, sin haber actualizado el ordenamiento territorial del bosque nativo provincial (en adelante OTBN).

Situación que pondría en riesgo la preservación y protección de los recursos naturales locales.

El eje de la controversia radica entonces, en un derecho humano fundamental consistente en la preservación y protección del medio ambiente, a fin de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal. Específicamente, si el Estado provincial infringió la prohibición dispuesta por el art. 7 de la ley 26.331 y art. 6 del decreto 91/2009, al otorgar permisos o si, por el contrario, fueron válidamente emitidos.

Al respecto, la Corte IDH sostuvo que: “...El derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras; mientras que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas, en virtud de su dimensión individual y su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad...” (Opinión consultiva 23, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia).

A su vez, dicho Tribunal señaló: “...la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, 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 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..." (Opinión Consultiva 23/17).

La Corte IDH además, describió las obligaciones de los Estados Partes, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal, en relación con daños al medio ambiente, entre las que pueden destacarse: a. "...la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio. b. Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aún cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado. c. Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica..." (El texto íntegro de la Opinión Consultiva puede consultarse en el siguiente enlace: <http://bit.ly/2Bddq6f>).

La fuerza normativa del orden constitucional supremo, que ya desde la Constitución de 1853, en su art. 31 y aún con más fuerza a partir de la reforma de 1994 no se agota en la Constitución sino que se extiende a los Tratados Internacionales y a las Leyes Constitucionales que se dicten en su consecuencia, debe ser una regla de gobierno de las instituciones y supone la aptitud e idoneidad de ese orden para regir todos los ámbitos del quehacer individual y colectivo y la sujeción de toda la normativa sobre cuestiones de fondo y de procedimiento a dicho orden supremo.

Es oportuno recordar a Germán Bidart Campos, cuando al referirse a la reforma constitucional de 1994, nos invitaba a despojarnos de los preconceptos y estreñimientos mentales, y a salir de los esquemas civilistas, ingresando a los esquemas constitucionales y encontrando los bienes colectivos que, desde el preámbulo, hallan ejemplo evidente en el bienestar

general (autor citado, Los bienes colectivos tienen existencia constitucional, LA LEY, 2002-A).

De conformidad con los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional que además del derecho al medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, reconocen expresamente los derechos a la salud, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, también tutelados por los arts. 12, 19, 36, 38, 39, 41, 44, 47 y concordantes de la Constitución Provincial, y en un sentido más amplio y protectorio, los llamados derechos de incidencia colectiva a partir de las reformas de 1994 revisten status constitucional y es deber de la judicatura asegurar en los casos concretos sometidos a juzgamiento la supremacía constitucional establecida en los arts. 31 de la Constitución Nacional y 9 de la Constitución local.

La doctrina tiene dicho sobre el punto que: "El reconocimiento del derecho a un ambiente sano constituye un hito en la evolución del constitucionalismo en tanto significa la creación de una nueva generación de derechos (...). El desarrollo sustentable o sostenible combina como elementos que deben estar presentes en la planificación del desarrollo, a las variables ambiental, económica y social" (Sabsay, Daniel, "La protección del ambiente en el marco del desarrollo sustentable", TR LALEY AR/DOC/5367/2014).

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido recientemente que: "...la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de 'compatibilización', que no es una tarea 'natural' (porque ello significaría 'obligar' a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente 'cultural'" (CSJN Servicio de agua y mantenimiento empresa del Estado Provincial s/ infracción ley 24.051, 11/06/2020).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-23/17 del 15/11/2017 reconoció "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" (con cita de Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. párr. 148).

Recordó que el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador"), "resalta la estrecha relación entre la vigencia de los

derechos económicos, sociales y culturales —que incluye el derecho a un medio ambiente sano— y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

Opinión que destacó en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (Sentencia del 06/02/2020 de Fondo, reparaciones y Costas) en donde sostuvo que “[s]e trata de proteger la naturaleza, no solo por su ‘utilidad’ o ‘efectos’ respecto de los seres humanos, ‘sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta’. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales”.

Además del marco normativo internacional, entre los que se destaca la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 pasando por la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible 2015 (A/RES/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) hasta llegar 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, más conocido como Acuerdo de Escazú (Adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018 y vigente desde 22 de abril de 2021). El referido Acuerdo tiene como principal objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible (el texto del Acuerdo puede consultarse en el sitio web <http://www.cepal.org/acuerdodeescazu>).

Siendo el tema del medio ambiente un asunto donde al Estado le incumbe por expreso mandato constitucional y legal, una función primordial e indelegable de custodia, se instituye tanto en garante como en sujeto activo, por lo que su papel no puede limitarse a adoptar un rol meramente gendarme, de vigilia del libre accionar de los particulares, sino que requiere la adopción de políticas activas de preservación y cuidado del medio ambiente que hagan en los hechos operativa la cláusula constitucional citada. Lo que supone además el deber de la magistratura judicial

de dar eficaz respuesta, también por expreso mandato constitucional, ante los planteos que arriben a los estrados judiciales.

Cabe asimismo, recordar que la ley nacional 27.592, a la que adhirió el Estado provincial, por ley 3338-R, tiene por finalidad garantizar la formación integral en ambiente, con perspectiva de desarrollo sostenible y especial enfoque en el cambio climático para las personas que se desempeñen en la función pública (art. 1); estableciendo el deber de información a cargo de las autoridades públicas en relación a la protección de la biodiversidad, los ecosistemas, la eficiencia energética, energías renovables, la economía circular y el desarrollo sostenible, como también sobre la normativa ambiental vigente (art. 5).

En otro orden, deben ponderarse los principios que fundamentan la materia ambiental, expresados en la legislación como metas a alcanzar y como guías de interpretación frente a conductas individuales. La Ley General del Ambiente condensa disposiciones concretamente referidas a los principios, normativizándolos —o positivizándolos— por vía de su incorporación al texto legal (4 de la ley 25.675) (cfr. Kamada, Luis E. “El derecho ambiental como derecho principista y valorista”, LLNOA2019 (agosto) 5, Cita Online: AR/DOC/541/2019). Esta cualidad se evidencia en el presente, al examinarse las particularidades del caso a la luz del principio de prevención.

En tal orientación este Tribunal compartió los fundamentos expresados en causas anteriores de similar objeto, reafirmando la importancia de la protección de los recursos naturales, el medio ambiente y la biodiversidad, temas trascendentes que hacen a la existencia misma de la sociedad y de un estado democrático, con vigencia plena y efectiva de los derechos humanos, donde se impone la preservación y defensa del medio ambiente, como así, una actividad protagónica de las autoridades públicas tendientes a preservar el aprovechamiento racional de los mismos, evitando su deterioro y el compromiso a las generaciones futuras, tal lo manda la Constitución (STJ del Chaco, Sent. 35/08, *in re*: “Asociación Comunitaria Nueva Pompeya: Asociación Comunitaria de Comandancia Frías y Asociación Comunitaria Nueva Población c. Provincia del Chaco y/o Subsecretaría de Recursos Naturales Medio Ambiente de la Provincia del Chaco: Instituto de Colonización del Chaco y/o Quien Res. Resp. s/ acción de amparo colectivo de intereses difusos”, Expte. 61.605/06).

Sobre la base de las consideraciones efectuadas, se estima que la sentencia impugnada resulta acorde a los estándares internacionales en la materia, contando con fundamentos que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido.

En efecto, las pruebas colectadas en confrontación con el marco legal nacional y provincial, dan cuenta de que la autoridad demandada omitió dar cumplimiento al ordenamiento territorial del bosque nativo provincial, luego de vencido el plazo de cinco años de que disponía para su actualización, a partir del concretado en 2009, aprobado por ley 1762-R. Tal omisión se corrobora con el informe emitido por el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de fecha 21 de octubre de 2021, que expresa que el proceso de actualización no se encuentra concluido (fs. 575/576).

En ese marco, los argumentos del apelante en punto a la arbitrariedad de la sentencia o prescindencia de la ley aplicable carecen de asidero. Como se dijo, la adopción de medidas eficaces para evitar un daño grave e irreversible al medio ambiente es una obligación estatal no sólo en el orden interno de acuerdo a la ley general de ambiente —25.575 y la 26.331—, en lo relativo a la protección de los bosques nativos para su enriquecimiento, conservación y manejo sostenible, sino también en el derecho internacional, a partir de las distintas conferencias sobre materia ambiental en que participó nuestro país, como ser: la de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobados por las leyes 24.295 y 24.375, respectivamente.

Desde esa especial mirada, estimamos que el fallo recurrido resulta razonable y consecuente con el imperativo de tutela a cargo del Estado en su conjunto.

En este sentido, resultan insoslayables las mandas constitucionales de los artículos 41 de la Carta Nacional y 38 de la Provincial, respectivamente, en punto a los deberes de preservación, protección, conservación y recuperación de los recursos naturales y su manejo a perpetuidad.

Se observa así que el pronunciamiento contempla prioritariamente, la conservación y cuidado del sistema global ambiental constituido por los recursos naturales, el ecosistema, la biodiversidad y el patrimonio cultural (fs. 613); efectúa un meduloso análisis de las constancias de la causa, exponiendo las normas y principios constitucionales, legales e internacionales imperantes en materia ambiental, y resolviendo el litigio en sentido acorde con ellos.

Como se aprecia, sobre la base de una línea reflexiva propia de los jueces de la causa, actuando dentro de sus facultades privativas, las sentenciantes adoptaron un criterio razonable y fundado, que no resulta absurdo ni arbitrario y por ende escapa al control por

este medio excepcional, al no ser esta instancia superior, una tercera vía ordinaria de revisión y de reexamen de cuestiones de hecho y prueba.

El decisorio examinado es además, concordante con lo expresado por este Tribunal sobre el principio precautorio consagrado en art. 4° de la ley 25.675, en cuya oportunidad se sostuvo que: "...la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente." (CSJN *in re* "Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas SA", SAIJ, Sumario A0071360)." (STJ del Chaco Sent. 314/11; Sent. 182/07; Sent. 313/11, entre otras, de la Sala Civil, Comercial y Laboral).

De todo lo expuesto, consideramos que el fallo de la anterior instancia constituye un acto jurisdiccional válido, al poseer fundamentos fácticos y jurídicos que obstan a su descalificación como tal.

Por último, cabe recordar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "...para calificar como arbitraria una sentencia se requiere que haya resuelto contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso, o de pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio" (CSJN, Fallos: 303:317; 248:487; 267:283), situación que no se configura en el supuesto en análisis, sino que por el contrario el decisorio impugnado exhibe un estudio pormenorizado de los antecedentes del caso, ponderando la trascendencia de la cuestión litigiosa.

En consecuencia, nos expedimos por la desestimación del recurso en trato.

Así votamos.

2ª cuestión. — Los doctores dijeron:

Dada la conclusión arribada precedentemente, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad incoado por la demandada a fs. 649/666, contra la sentencia 197/21 dictada por la Sala Primera de la Cámara Contencioso Administrativa a fs. 603/618.

Las costas son a cargo de la recurrente vencida, de conformidad con el art. 83 del Cód. Proc. Civ. y Comercial del Chaco, ley 2559-M, regulándose los honorarios de los profesionales de acuerdo a los arts. 3, 4, 6, 11 y 25 de la ley 288-C de aranceles vigente, tomándose como base dos veces el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente, para el doctor Pablo Martín Fernández Barrios la suma de pesos ... (\$...), como patrocinante. A la doctora Nora Beatriz Giménez la suma de pesos ... (\$...) como apoderada. Todo con más IVA si corres-

pondiese. Sin emolumentos para los representantes de la vencida en virtud del modo en que se resuelve, la relación que los une con su representada, lo dispuesto por el art. art. 42 de la ley 288-C. Así también votamos.

Por los fundamentos vertidos, el Superior Tribunal de Justicia, resuelve: I. Desestimar el recurso de inconstitucionalidad deducido por la demandada a fs. 649/666, contra la sentencia 197/21 dictada por la Sala Primera de la Cámara Contencioso Administrativa de esta Provincia a fs. 603/618. II. Imponer las

costas a la vencida. III. Regular los honorarios profesionales al doctor Pablo Martín Fernández Barrios la suma de pesos ... (\$...), como patrocinante. A la doctora Nora Beatriz Giménez la suma de pesos ... (\$...) como apoderada. Todo con más IVA si correspondiese. Sin emolumentos para los representantes de la perdedora por los motivos expuestos en el acuerdo que antecede. IV. Regístrese, notifíquese personalmente o por medios electrónicos. Oportunamente, vuelvan los autos al Tribunal de origen. — *Iride I. M. Grillo. — Emilia M. Valle. — Víctor E. Del Río. — Rolando I. Toledo. — Alberto M. Modi.*

In dubio pro bosques nativos: la importancia de un ordenamiento territorial actualizado y participativo

Cristian H. Fernández (*)

Sumario: I. El caso “Conciencia Solidaria”.— II. Acerca de la importancia de actualizar el ordenamiento territorial de bosques nativos.— III. Omisiones y desmontes ilegales.— IV. Conversación sobre la conservación.— V. Si los árboles del bosque hablaran.

“Quisiera que los árboles pudieran hablar en nombre de todas las cosas que tienen raíz y castigar a quien les hiciese daño”

El Silmarillion, de J. R. R. TOLKIEN.

I. El caso “Conciencia Solidaria”

Se trata de una acción de amparo mediante la cual la asociación civil actora solicita el cese del estado de incertidumbre respecto de las solicitudes de cambio de uso de suelo y permisos de desmonte conferidos por las autoridades pro-

vinciales de la provincia del Chaco con posterioridad al vencimiento del plazo de vigencia y la obligación de actualizar el Ordenamiento Territorial del Bosque Nativo (en adelante, OTBN). Esta obligación legal surge de la ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Bosques Nativos y de su dec. regl. 91/2009.

(*) Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Carrera de Especialización en Derecho Ambiental (UBA). Docente en la materia Evaluación de Impacto Ambiental del Ciclo Profesional Orientado (UBA).

En lo que respecta al panorama legal local, la provincia del Chaco, en diciembre del año 2009, sancionó la ley 1762-R, que aprobó el OTBN de

esa provincia. Por ende, correspondía ingresar al proceso de actualización de los bosques nativos en el mes de diciembre del 2014. A pesar de que ello no había sido cumplimentado, se autorizaron desmontes con posterioridad al vencimiento señalado. En este contexto, la asociación “Conciencia Solidaria” presenta su amparo ambiental sosteniendo que todo acto de permiso o autorización emitido luego del vencimiento del plazo legal de cinco años establecido en el dec. 91/2009 deviene ilegal, ilegítimo e inconstitucional. En su demanda, explica que en el año 2017 el Poder Ejecutivo chaqueño estableció el mecanismo destinado a llevar adelante el proceso de actualización del OTBN a través del dec. 233/2017. Este proceso tuvo inicio en diciembre de 2018, pero se omitió brindar información de relevancia respecto de aquel o de los lineamientos de participación y toma de decisiones. Luego de las objeciones presentadas por la sociedad civil, se suspendió el procedimiento de actualización (dec. 298/2019) y se encomendó al Ministerio de la Producción el análisis de situación a fines de garantizar la efectiva participación popular en el OTBN. Sin embargo, a pesar de los requerimientos efectuados a las autoridades nacionales y locales, la provincia del Chaco no procedió a actualizar su OTBN, sino que se limitó a sancionar instrumentos legales para la tramitación de permisos de desmonte o planes de cambios de uso de suelo.

Frente a la destrucción del bosque nativo en el territorio provincial como consecuencia de los desmontes y permisos de usos de suelo, una vez operado el vencimiento del primer OTBN, se generó un estado de incertidumbre sobre la eventual exigibilidad o no de derechos humanos vinculados al ambiente sano y los emergentes de la Ley General del Ambiente (LGA), de la Ley de Bosques Nativos y del art. 41 de la CN. Sobre esta base, la asociación civil “Conciencia Solidaria” sostiene que, una vez operado el vencimiento del plazo de cinco años, corresponde concluir que la falta de actualización del OTBN trae como consecuencia la prohibición de otorgar permisos desde el mes de diciembre del año 2014.

Por otra parte, la postura defensiva de la provincia del Chaco consistió en que el vencimiento del plazo previsto para las actualizaciones

del OTBN no implicó su pérdida de vigencia. Argumentó que el actual ordenamiento fue prorrogado automáticamente al vencimiento del plazo y que se encuentra vigente. Partiendo de esta idea, afirmó que no se puede afectar derechos adquiridos por terceros mediante el otorgamiento de permisos de explotación forestal ni sostener que las autorizaciones otorgadas con posterioridad carezcan de sustento legal.

A su vez, afirma que el Estado provincial convocó a un proceso de diálogo y que, en esa oportunidad, se comunicó que los permisos otorgados se trataban de cambios de categoría aprobados conforme a la reglamentación vigente. También que el otorgamiento de los permisos de explotación forestal llevaba implícito el análisis de impacto ambiental, el cumplimiento de acciones positivas tendientes a resguardar el ambiente y la función fiscalizadora del organismo de aplicación.

El 08 de noviembre de 2021, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Única Instancia hizo lugar a la acción de amparo declarando ilegítima la omisión de la provincia del Chaco en actualizar el OTBN. En ese sentido, declaró la prohibición de aprobar los Planes de Aprovechamiento de Cambio de Uso del Suelo y de otorgar permisos de desmonte, desde el vencimiento del OTBN (diciembre del año 2014) hasta que la provincia del Chaco actualice el OTBN. Asimismo, la Cámara insta a la provincia del Chaco a subsanar la ilegítima omisión con carácter urgente y concluir en el plazo de noventa días hábiles el proceso de actualización del OTBN (1).

Contra esta decisión judicial, la provincia del Chaco interpuso un recurso de inconstitucionalidad. Argumenta que el fallo de la Cámara vulnera derechos subjetivos adquiridos por los titulares de los permisos emitidos por la Subsecretaría de Recursos Naturales de Chaco. A su vez, plantea que esa sentencia generaría grandes pérdidas patrimoniales para los productores autorizados, terceros de buena fe, ajenos al proceso. Insiste con el argumento de que, ante la desactualización por vencimiento del OTBN,

(1) CCont. Adm. Chaco, Sala I, 08/11/2021, “Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente s/ acción de amparo”.

opera automáticamente su prórroga, sin que ello resulte impedimento para el normal desenvolvimiento de las actividades autorizadas previo a su determinación ni que impida la tramitación de nuevos permisos y autorizaciones. Por último, sostiene que se encuentra en riesgo la única fuente de trabajo de los ciudadanos del interior provincial.

El 13 de junio de 2022, el Superior Tribunal de Justicia chaqueño, en un fallo con numerosas consideraciones sobre el derecho humano al ambiente, rechazó el recurso de inconstitucionalidad planteado, dejando firme el criterio adoptado por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Chaco (2).

II. Acerca de la importancia de actualizar el Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos

La sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Chaco concluye que la autoridad provincial omitió dar cumplimiento con la actualización del Ordenamiento Territorial del Bosque Nativo chaqueño luego de vencido el plazo de cinco años de que disponía para hacerlo. Los jueces consideran que tal omisión fue corroborada mediante un informe elaborado por el Ministerio de la Producción, Industria y Empleo de fecha 21 de octubre de 2021, que reconocía que el proceso de actualización no se encontraba concluido.

Recordemos que el ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8º, 9º, 10 y 21, LGA) es una herramienta trascendental de política ambiental que permite planificar actividades resguardando sus consecuentes impactos ecosistémicos. Se trata de desarrollar la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación. Esta tarea de coordinación interjurisdiccional es desarrollada por el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), cuya tarea consiste en concertar los intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de estos con la Administración Pública (art. 9º, LGA).

Para llevar adelante el proceso de ordenamiento ambiental territorial es necesario tener en cuenta los aspectos políticos, físicos,

(2) STJ Chaco, 13/06/2022, “Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente s/ acción de amparo”, TR LALEY AR/JUR/81838/2022.

sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional (art. 10, LGA). En efecto, se requiere de un enfoque integral para lograr una planificación estratégica.

El art. 10, LGA, introduce la metodología específica para el proceso de ordenamiento ambiental del territorio fijando como obligaciones de resultado la máxima producción, la mínima degradación de ecosistemas y la participación ciudadana (3). El incumplimiento de estas metas invalidaría el ordenamiento territorial trazado (4).

En lo que respecta a la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección de Bosques Nativos, uno de sus objetivos es “promover la conservación mediante el Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos y la regulación de la expansión de la frontera agropecuaria y de cualquier otro cambio de uso del suelo” [art. 3º, inc. a), ley 26.331]. Esta norma define al OTBN, según criterios de sostenibilidad ambiental, como la zonificación territorial del área de los bosques nativos existentes en cada jurisdicción de acuerdo con las diferentes categorías de conservación (art. 4º, ley 26.331). Estas categorías de conservación surgen del art. 9º de la Ley de Bosques Nativos y están representadas por los mismos colores de un semáforo: rojo (alto valor de conservación e insusceptible de transformación), amarillo (mediano valor de conservación susceptible de aprovechamiento sostenible, turismo, recolección e investigación científica) y verde (bajo nivel de conservación susceptible de transformación parcial o total).

A partir de la sanción de la Ley de Bosques Nativos en el año 2007, se estableció que en el plazo máximo de un año cada jurisdicción debía realizar el ordenamiento de bosques en su territorio a través de un proceso participativo con criterios de sustentabilidad. Se puso en cabeza de cada jurisdicción la obligación de actualizar periódicamente el ordenamiento de bosques en su territorio (art. 6º, ley 26.331). En

(3) VALLS, Mario, “Presupuestos mínimos ambientales. Ley General 25.675 comentada, anotada y concordada”, Ed. Astrea, p. 64.

(4) Ídem.

este sentido, el decreto reglamentario de la ley determinó que el OTBN de cada jurisdicción debe actualizarse cada cinco años.

Los presupuestos mínimos ambientales en materia de bosques nativos prohíben que las jurisdicciones autoricen desmontes o aprovechamientos forestales si previamente no han realizado su OTBN (art. 7º, ley 26.331).

En su análisis legal, la justicia chaqueña tuvo en cuenta las pautas metodológicas para las actualizaciones de los OTBN, aprobadas mediante res. COFEMA 236/2012. Justamente, la introducción de estas pautas dice: “El plazo de cinco años en el que deberán actualizarse los OTBN rige desde la sanción del acto administrativo de mayor jerarquía por el que el Ejecutivo provincial da cumplimiento al art. 6º de la ley 26.331, pudiendo este plazo ser menor al citado pero no superior. En este último caso la restricción impuesta por el art. 7º vuelve a regir durante el período posterior al vencimiento hasta la sanción del nuevo OTBN” (5).

En este marco, los jueces de la provincia de Chaco debían determinar si la omisión de actualizar el OTBN implica una prohibición de otorgar permisos de desmontes desde el mes de diciembre del año 2014; o si, por el contrario, se prorrogó automáticamente el OTBN aprobado en el año 2009. Para hacerlo, tuvieron que considerar los cambios de categoría en las actualizaciones de los OTBN y, ponderando las pautas metodológicas del COFEMA, detuvieron su mirada en el principio de no regresividad en materia ambiental, que consiste en que la normativa ambiental no debe ser modificada si esto implica retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad.

La doctrina especializada vincula al principio de no regresión con la obligación constitucional de no comprometer a las generaciones futuras (6). Este principio constituye una he-

(5) Véase https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resolucion_no_236_-_anexo_i_-_pautas_metodologicas_para_las_actualizaciones_de_los_otnb_-_2012_2.pdf.

(6) BERROS, María Valeria, “Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino”, JA 2011-IV-994/1001, AP 0003/015709.

rramienta fundamental para evitar retrocesos que afecten a la biodiversidad en nuestro país y en nuestro planeta (7).

En este orden de ideas, la progresividad y no regresividad resultan coordinadas claves para evitar daños ambientales irreversibles como consecuencia de retrocesos en los avances logrados en la elaboración de los OTBN. Así, se asegura que, durante un proceso de actualización, los niveles de conservación alcanzados no se vean disminuidos. Este proceso debe ser continuo y progresivo, buscando un equilibrio entre el potencial forestal y la preservación de los servicios ecosistémicos que brindan los bosques.

Otra coordinada está dada por la cláusula constitucional chaqueña. El art. 38 de la Constitución provincial contiene el derecho al ambiente sano, equilibrado y sustentable, en términos similares al art. 41 de la CN. También se refiere al deber de los poderes públicos respecto de “la fijación de políticas de reordenamiento territorial, desarrollo urbano y salud ambiental, con la participación del municipio y entidades intermedias”.

Recordemos que el Superior Tribunal de Justicia de Chaco utilizó un informe del propio Ministerio de la Producción, Industria y Empleo, de fecha 21 de octubre de 2021, para tener por demostrada la ausencia de actualización del OTBN. Lejos de tratarse de una cuestión menor, este informe oficial tiene el mismo valor probatorio de una pericia (art. 33, LGA). Este reconocimiento podría considerarse un “acto propio” de la autoridad provincial.

La sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Única Instancia de Chaco, luego confirmada por el Superior Tribunal provincial, calificó como “ilegítima” la omisión de no actualizar el OTBN desde el año 2014.

III. Omisiones y desmontes ilegales

En su sentencia, el Superior Tribunal de Justicia de Chaco puso de relieve el deber consti-

(7) SABSAY, Daniel — FERNÁNDEZ, Cristian, “Un principio crucial para el derecho humano al ambiente y la defensa de la biodiversidad”, LA LEY 2020-C, 745.

tucional del Estado de preservar el ambiente: “Siendo el tema del medio ambiente un asunto donde al Estado le incumbe por expreso mandato constitucional y legal, una función primordial e indelegable de custodia, se instituye tanto en garante como en sujeto activo, por lo que su papel no puede limitarse a adoptar un rol meramente gendarme, de vigilia del libre accionar de los particulares, sino que requiere la adopción de políticas activas de preservación y cuidado del medio ambiente que hagan en los hechos operativa la cláusula constitucional citada. Lo que supone además el deber de la magistratura judicial de dar eficaz respuesta, también por expreso mandato constitucional, ante los planteos que arriben a los estrados judiciales” (8).

Antes, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Única Instancia de Chaco se refirió a un absoluto descuido de las políticas públicas ambientales, cuya implementación está a cargo de la provincia por mandato constitucional y legal: art. 41 de la CN, art. 38 de la Constitución provincial, LGA, Ley de Bosques Nativos (ley 26.331), Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global (ley 27.520), Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (ley 24.295), dec. 91/2009, las resoluciones del COFEMA y la ley 1762-R (OTBN del Chaco), entre otras normas (9).

Del párr. 1º del art. 41 de nuestra CN surge no solo el derecho al ambiente sano y sustentable, sino también el deber de preservarlo. Si bien este deber incumbe a toda la ciudadanía, en el caso de una autoridad provincial adquiere mayor intensidad. Ello se desprende del Principio 7 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (ECO 92), que dice: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema

(8) STJ Chaco, 13/06/2022, “Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente s/ acción de amparo”, TR LALEY AR/JUR/81838/2022.

(9) CCont. Adm. Chaco, Sala I, 08/11/2021, “Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente s/ acción de amparo”.

de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.

El párr. 2º del art. 41 de la CN establece el deber estatal de preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica. Por su parte, la Constitución de Chaco establece que es deber de los poderes públicos dictar normas que aseguren el resguardo de la biodiversidad ambiental (art. 38, inc. 3º). Ninguno de estos deberes constitucionales fue satisfecho por la provincia de Chaco al omitir actualizar el OTBN.

Asimismo, el art. 2º, inc. f), de la LGA establece entre los objetivos de la política ambiental el de “asegurar la conservación de la diversidad biológica”. Una forma de hacerlo es preservando los bosques nativos y promoviendo su manejo sostenible.

A esta altura, es sencillo concluir que existe una omisión ilegal e, incluso, inconstitucional, como consecuencia de que la provincia de Chaco no hubiera actualizado el OTBN.

Estamos en presencia de una omisión inconstitucional cuando la inercia del poder constituido evita que se satisfagan los derechos reconocidos constitucionalmente. Los ejemplos más claros son la mora del legislador o la ausencia de reglamentación de una ley de parte del Poder Ejecutivo, que pueden afectar derechos y garantías expresa o implícitamente tutelados por la Constitución Nacional.

Cabe destacar que debe tratarse de una omisión relevante en virtud de la cual resulte necesario proteger el imperio de la Ley Suprema y los tratados de derechos humanos que gozan de idéntica jerarquía a fin de remediar la “agresión negativa del órgano omitente” (10). Justamen-

(10) BAZÁN, Víctor, “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, LA LEY 2005-F, ps. 775 y ss. BAZÁN, Víctor, “Inconstitucionalidad e inconvencionali-

te, la ausencia de actualización del OTBN revela el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente de conformidad con el plazo de cinco años para hacerlo fijado en el decreto reglamentario de la Ley de Bosques Nativos.

En un contexto de inacción de la autoridad provincial, los jueces juegan un rol fundamental a fin de evitar que el texto constitucional se convierta en letra muerta. Los derechos y garantías contenidos en la Constitución no deben convertirse en una mera expresión de deseos ni en simples promesas. Para ello, resulta de suma trascendencia la misión del Poder Judicial, exhortando a la autoridad provincial a dar cumplimiento a los derechos ambientales y, de esta manera, impregnar de realidad nuestra Ley Fundamental. Ello a través del dictado de una sentencia exhortativa fijando un plazo de 90 días hábiles para la actualización del OTBN.

La sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Única Instancia de Chaco utiliza palabras como “ilegítima omisión”, “letargo”, “desidia” y “negligencia” (11) para calificar la conducta estatal. Estas nociones nos recuerdan la responsabilidad del Estado por omisión y por “falta de servicio”.

La falta de zonificación actualizada en materia de bosques nativos no debe ser relativizada. En sentido contrario, debe ser juzgada mediante una ponderación judicial robusta que parta desde una perspectiva ecocéntrica o ecosistémica. Esta debe tener en cuenta los intereses del sistema ambiental, tal como lo establece la LGA. Como explica la Corte Suprema: “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

dad por omisión”, LA LEY 2009-E, ps. 1240 y ss. BAZÁN, Víctor, “Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2011, ps. 158 y ss.

(11) CCont. Adm. Chaco, Sala I, 08/11/2021, “Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente s/ acción de amparo”.

es su propietario” (12). Por esta razón, resulta desacertado el argumento legal de la supuesta afectación de derechos adquiridos por terceros mediante el otorgamiento de permisos de explotación forestal. Estos terceros no pueden desconocer el orden público ambiental ni la limitación de los derechos privados frente a los derechos de incidencia colectiva (13). Carece de relevancia que los propietarios de las tierras cuenten con estudios de impacto ambiental que avalen los desmontes. Sin un ordenamiento territorial previo, no puede asegurarse el diálogo ni la coherencia entre estas herramientas de gestión ambiental ni analizarse con seriedad las relaciones espaciales entre áreas de desmonte y de masas forestales [art. 24, inc. d), ley 26.331].

Sostener, como lo hizo la autoridad provincial, que ante el vencimiento del plazo de cinco años del OTBN opera su prórroga automática constituye un argumento voluntarista que se aparta del principio constitucional de legalidad y de los principios de política ambiental. Precisamente, se ven lesionados no solo los principios de congruencia, prevención, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, solidaridad y cooperación (art. 4º, LGA), sino también el principio *in dubio pro natura* (14) (Principio 5 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en Materia Ambiental). Aplicando este último principio al caso “Conciencia Solidaria”, debemos concluir que, en caso de duda, debe favorecerse una actualización del OTBN que permita trazar una planificación integral para un desarrollo sustentable.

De la misma manera en que, en el caso “Majul” (15), el principio *pro natura* fue enlazado con el principio *pro aqua*, en el fallo objeto de comentario debemos hablar del principio *in dubio pro bosques nativos*. Esta es la coordenada interpretativa a la que debe acudirse cada vez que exista alguna controversia respecto de

(12) Fallos 340:1695, consid. 5º.

(13) Art. 240, Cód. Civ. y Com.

(14) Fallos 342:1203.

(15) Ídem.

los alcances y la aplicación de la Ley de Bosques Nativos.

La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Única Instancia de Chaco también consideró la necesidad de adoptar una postura ecocéntrica y biocéntrica amigable con la biodiversidad. Desde esta postura, los jueces buscan garantizar la sustentabilidad del sistema para las generaciones presentes y futuras, la calidad de vida de las comunidades campesinas y la cosmovisión de los pueblos originarios (16).

Asimismo, la demora en la actualización del OTBN atenta contra los objetivos del Programa Nacional de Protección de los Bosques Nativos de promover el manejo sostenible de las categorías “amarillo” y “verde” de los bosques nativos [art. 12, inc. a), ley 26.331] y de fomentar la creación de reservas forestales por cada ecoregión del territorio nacional [art. 12, inc. c), ley 26.331]. Al no contar con un diagnóstico reciente no es posible efectuar una planificación correcta tendiente a preservar los servicios ecosistémicos que los bosques brindan.

En este contexto, los permisos de desmontes otorgados y cambios de usos de suelo se encuentran en una zona de ilegalidad imposible de justificar. Ello contradice el paradigma preventivo con el que la autoridad ambiental debería siempre desarrollar su tarea.

No olvidemos que cuando se persigue la tutela de bienes ambientales colectivos, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, en tanto la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales (17).

En numerosos casos, a pesar de los esfuerzos, la recomposición del ambiente no logra concretarse, dejando un daño irreversible al entorno. En este contexto, el paradigma preventivo re-

(16) CCont. Adm. Chaco, Sala I, 08/11/2021, “Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente s/ acción de amparo”.

(17) Fallos 343:1859.

sulta prioritario. En palabras de Jorge Galdós, la mirada legal del daño ambiental se configura de la siguiente manera: “precaer, recomponer, reparar mediante una indemnización sustitutiva en caso en que no sea factible el restablecimiento al estado anterior y sancionar la grave conducta de quien causa daño hacia los derechos colectivos ambientales [arts. 2º, inc. g), 4º, 27, 28, 29, 30, *in fine*, 32, LGA)” (18).

IV. Conversación sobre la conservación

En los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio debe asegurarse la participación ciudadana, en particular en las etapas de planificación de resultados (art. 21, LGA). Del art. 10, LGA, surge que el proceso de ordenamiento ambiental deberá promover la participación social.

En esta dirección, el art. 7º, inc. 3º, del Acuerdo de Escazú promueve la participación del público en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a asuntos ambientales de interés público, tales como el ordenamiento del territorio (ley 27.566). El citado Acuerdo tiene como principal objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales. A su vez, persigue la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación contribuyendo a la protección del derecho al ambiente de cada persona y de las generaciones presentes y futuras.

Valeria Berros nos enseña la trascendencia de la participación ciudadana en el ordenamiento territorial con las siguientes palabras: “No parece posible pensar el territorio desde una perspectiva confinada a lo técnico, en la cual solo intervengan algunos actores de las ciencias, sino que se requiere del establecimiento de interconexiones entre diferentes perspectivas. Se exigiría de interacciones entre las llamadas ciencias de lo fáctico (dentro de las que se destacan las ciencias naturales) y las ciencias de lo humano,

(18) GALDÓS, Jorge, “La sanción pecuniaria disuasiva ambiental”, RDamb, 31, Ed. AbeledoPerrot, 2012, p. 96.

que conforman los dos grandes polos que, modernamente contruidos, ocultaron la hibridez de los problemas. A ello puede sumarse que, en razón de la multiplicidad de facetas respecto de las cuales las ciencias ya no pueden dar acabada respuesta —o por falta de conocimiento preciso o por la existencia de controversias entre quienes ‘hacen ciencia’—, se da apertura a una revalorización de otras formas de producción de saberes que fueron descartados en el esquema de la modernidad. Quienes se encuentran al interior del sistema científico no son los únicos que producen saberes, lo que permite revalorizar otras voces y exige la creación de canales a través de los cuales efectivizar esos diálogos. De este modo, adquiere especial relevancia la arquitectura de los mecanismos de participación ciudadana también como vías para la introducción de otros modos de acercamiento a los problemas que no provienen del sistema científico, pero que son igualmente relevantes” (19).

Dado que en la incompleta actualización del OTBN de Chaco no se había garantizado la participación popular, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Chaco convocó a una audiencia pública que tuvo lugar el 13 de octubre de 2021. De esta audiencia pública participaron con una postura conservacionista de los bosques nativos la Fundación Greenpeace Argentina, el Colegio de Abogados y Procuradores de la Ciudad de Resistencia, la Red Nacional y Latinoamericana de Defensoras del Ambiente y el Buen Vivir, la Asociación Civil Red Agroforestal Chaco Argentina, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, la Sra. Graciela E. Bergallo, Somos Monte, la Dra. Micaela Camino, los integrantes del colectivo Casco Histórico Barranqueras, el Grupo de Educación, Ambiente, Hábitat y Territorios y el Laboratorio de Biodiversidad, Limnología y Biología de la Conservación, entre otros (20). Estos “amigos del tribunal” fueron partícipes de una conversación sobre la conservación de los bosques nativos.

(19) BERROS, María Valeria, “Ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana en Argentina: aportes posibles desde el derecho”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Ed. Centro Universitario de Brasilia, ps. 4 y 5.

(20) Audiencia pública, CCont. Adm. Chaco, Sala I, 13/10/2021, “Conciencia Solidaria al Cuidado del Medio Ambiente s/ acción de amparo”, <https://www.youtube.com/watch?v=mcc77cJw94Q>.

V. Si los árboles del bosque hablaran

En un altamente recomendable posgrado de la Universidad Nacional del Litoral sobre derechos de naturaleza, el Prof. Dabel L. Franco explica el lugar central que ocupan la Tierra Media, la naturaleza y los árboles en la obra de J. R. R. Tolkien (21). Se refiere a los *ents*, árboles que aprendieron a hablar, que interactúan con Merry y Peppin en el capítulo “Bárbol” de “El Señor de los Anillos” y que tuvieron un rol decisivo en la Guerra del Anillo. A partir de esta fantasía medieval, me permito la licencia literaria de plantear el siguiente interrogante: ¿Qué le dirían los árboles que habitan los bosques nativos chaqueños a los jueces? Probablemente, dirían que las sentencias de la Sala I de la Cámara y del Superior Tribunal de Justicia son buenas, pero que ambas se quedaron a mitad de camino. Que no es suficiente con la prohibición de otorgamiento de permisos de desmontes ni con el requerimiento de actualizar el OTBN, sino que deben llevarse adelante tareas de recuperación y restauración de los bosques, manteniendo la categoría de clasificación que se hubiera definido en el ordenamiento territorial. Ello en armonía con la literalidad del art. 40 de la Ley de Bosques Nativos y con la necesidad de recomponer el ambiente. No olvidemos que el art. 28, LGA, establece que “el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción”. Las hachas y máquinas topadoras deben ser reemplazadas con palas que planten nuevos árboles.

Es importante determinar responsabilidades políticas, civiles y penales y que quienes autorizaron ilegalmente desmontes sean sancionados por incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos.

Los arbustos y quebrachos colorados chaqueños también podrían afirmar que los propietarios de tierras conocen el ordenamiento jurídico vigente, los principios precautorio y preventivo (art. 4º, LGA), el orden público ambiental y la función social y ambiental de la propiedad (art. 21, Convención Americana de Derechos Huma-

(21) Curso virtual “Derechos de la naturaleza: un abordaje teórico, práctico e interdisciplinar”, Universidad Nacional del Litoral, módulo 9, <https://www.youtube.com/watch?v=d1m7MNilzI&t=602s>.

nos). No pueden alegar desconocimiento y beneficiarse a partir de permisos que se encuentran viciados de nulidad desde su origen. En caso de duda, no deberían haber avanzado con los desmontes, sino que deberían haber aplicado el principio *in dubio pro bosques nativos*, que se desprende del principio *pro natura*.

Más allá de la prohibición decidida en la sentencia, los jueces deben declarar la nulidad absoluta de las autorizaciones de desmontes instando a que, en un plazo determinado, se dé inicio a la restauración integral del bosque. No olvidemos que estamos transitando el decenio (2021 a 2030) de restauración de los ecosistemas, tal como fuera proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas. El decenio tiene como objetivo movilizar a cientos de millones de personas para restaurar la naturaleza y fomentar una cultura de restauración global en la que las iniciativas se amplíen en todo el planeta **(22)**.

(22) Véase <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/recrea-reimagina-restaura-el-decenio-de-las-naciones>.

Los decisores judiciales deben tener una sensibilidad diferente, una subjetividad distinta a la de las necesidades humanas y una mirada ética y biocéntrica más profunda que contemple los intereses del sistema ambiental en juego. Todo ello en armonía con la naturaleza. Esta interpretación es propiciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párr. 62 de la Opinión Consultiva 23/2017 y en el párr. 203 del caso “Lhaka Honhat vs. Argentina”. Allí, la Corte Interamericana asegura que el derecho al ambiente es autónomo y que de ello se deriva la protección de los bosques como interés jurídico en sí mismo, reconociendo así los derechos de la naturaleza **(23)**.

Ningún humano tiene un derecho adquirido a destruir bosques nativos ni la biodiversidad que estos albergan. Este sería un discurso legal posible si los árboles del bosque chaqueño hablaran.

(23) Corte IDH, Opinión Consultiva 23/2017 de 15/11/2017, párr. 62; Corte IDH, 06/02/2020, “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, párr. 203.

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Salvaguardas ambientales a favor de ecosistemas fluviales

Mario Peña Chacón (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. Definición y objetivo.— IV. Alcance.— V. Implicaciones.— VI. Plazo y posibilidad de prórrogas.— VII. Suspensión de trámites pendientes y respeto de derechos adquiridos.— VIII. Régimen de excepciones.— IX. Declaratoria de interés público.— X. Fortalezas, debilidades y retos.— XI. Conclusiones.— XII. Bibliografía consultada.

I. Introducción

En Costa Rica, los ríos Pacuare, Savegre, Naranjo y Sarapiquí cuentan con sus propias salvaguardas ambientales a efectos de mantenerlos en las mejores condiciones ecológicas y libres de barreras físicas.

Esta figura jurídica propia del desarrollo sostenible y concebida a favor de los ecosistemas fluviales y de las generaciones futuras aún no cuenta con un marco general regulatorio dentro del ordenamiento jurídico nacional y se ha venido construyendo e implementando a través de declaratorias casuísticas a nivel legislativo y reglamentario.

Por ello, se hace necesario realizar un análisis comprensivo y comparativo de esta novel figura para poder determinar su objetivo, contenido, alcances, implicaciones, limitaciones y excepciones, así como sus principales fortalezas y debilidades.

II. Antecedentes

La figura jurídica de las salvaguardas ambientales encuentra como antecedentes y comparte algunas características con otros instrumentos

o herramientas de protección vigentes, pero históricamente poco utilizadas, como lo son las *declaratorias de zona de reserva minera* y de *reserva nacional de energía hidráulica*, previstas respectivamente por el Código de Minería (1) y la Ley de Aguas (2).

II.1. Declaratorias de zonas de reserva minera

El art. 8º del Código de Minería dispone que la Asamblea Legislativa se encuentra facultada para reservar la exploración o explotación de ciertas zonas, por motivos de interés, para la protección de riquezas forestales, hidrológicas, edafológicas, culturales, arqueológicas o zoológicas, o para fines urbanísticos. En estas zonas la exploración y la explotación minera queda prohibida a particulares y reservada exclusivamente al Estado.

La declaratoria de un cauce como zona de reserva minera impide al Estado, por medio de la Dirección de Geología y Minas, el otorgamiento y renovación de nuevos permisos de exploración y el otorgamiento de concesiones de explotación mineras a particulares a partir de la promulgación del respectivo acto legislativo.

Sin embargo, todas aquellas concesiones otorgadas con anterioridad a tal declaratoria mantienen su vigencia hasta su respectivo vencimiento, a menos que el Estado decida declarar su caducidad e indemnizar los derechos subjetivos de los concesionarios.

(1) Ley 6797, del 04/10/1982.

(2) Ley 276, del 27/08/1942.

(*) 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).

Si bien la declaratoria de un cauce como zona libre de minería por parte de la Asamblea Legislativa prohíbe el otorgamiento y renovación de nuevas concesiones mineras a favor de particulares, la figura no es de aplicación respecto a otro tipo de concesiones y permisos, tales como concesiones de agua ni futuros proyectos hidroeléctricos.

Vale la pena destacar que esta figura tampoco impide o limita la edificación de obras, barreras o diques (3) dentro de cauces que no tengan relación con la actividad minera. Sería posible realizar tales obras e infraestructuras siempre que cuenten con la autorización respectiva expedida por la Dirección del Recurso Hídrico del Ministerio de Ambiente y Energía. A raíz de lo anterior, su prohibición, limitación o restricción requeriría de la aplicación concomitante de otros mecanismos o herramientas de conservación.

II.2. Declaratoria de reserva nacional hidráulica

Los arts. 143 y 144 de la Ley de Aguas regulan la figura de la reserva nacional hidráulica, disponiendo que el Poder Ejecutivo, por medio de un decreto ejecutivo, podrá constituir las, única y exclusivamente, con fines de generación de energía (4).

Mediante su declaración, las aguas comprendidas dentro de la zona reservada no estarán a disposición de quien las solicite, con excepción de aquellas solicitudes de concesiones para cañerías de poblaciones y usos domésticos, que conservan la preferencia que les dan la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos y la ley, en relación con las implicaciones y obligaciones propias del derecho humano al agua.

A partir de la declaratoria de reserva nacional hidráulica, el Poder Ejecutivo queda inhibido de otorgar nuevos permisos de uso o concesiones

(3) Art. 4º del Reglamento del Código de Minería, dec. ejec. 43.443, del 04/02/2022: “*Diques o represas: Barrera que se construye en el cauce de un río para facilitar la sedimentación de materiales en el represamiento que se forma. Podrán ser de madera, troncos de árbol o barreras del mismo material del río. Estas obras deberán ser de carácter provisional y de ninguna manera se utilizarán para desviar la corriente de los ríos.*”

(4) La ley 4334 del 05/03/1969 declaró zona de reserva de energía la laguna Arenal.

para aprovechamiento de aguas, salvo aquellas para abastecimiento poblacional y usos domésticos. De igual forma, el Estado tampoco podría autorizar la edificación de obras tales como barreras, diques, etc. En ambos casos, las prohibiciones quedan supeditadas a la generación de energía.

Debe tomarse en cuenta que todas aquellas concesiones otorgadas con anterioridad a la declaratoria de reserva nacional hidráulica mantienen su vigencia hasta su respectivo vencimiento, a menos que el Estado decida declarar la caducidad de estas e indemnizar los derechos subjetivos de cada concesionario. Una vez vendidas las concesiones, el Estado se encuentra inhibido de renovarlas.

III. Definición y objetivo

Si bien el ordenamiento jurídico costarricense no prevé una definición de la figura de las salvaguardas ambientales, podría afirmarse que se trata de una herramienta propia del desarrollo sostenible que permite al Estado tomar medidas para fomentar y lograr la armonía entre el ser humano y la naturaleza.

A través de salvaguardas ambientales se busca proteger uno o varios elementos del ambiente como intereses jurídicos en sí mismos (5), en un lugar y tiempo determinado; por su importancia ecosistémica, ecológica, biológica, económica, social y cultural; en favor de las presentes y futuras generaciones y de las demás especies con las cuales compartimos el planeta.

La figura jurídica de las salvaguardas ambientales aplicada a ecosistemas fluviales tiene por objetivo preservar en las mejores condiciones ecológicas los cauces de los ríos, esto es: limpios y libres de barreras físicas y, a la vez, mantener la belleza escénica y biodiversidad; proteger las áreas de recarga y los acuíferos de los manantiales, así como los valores históricos y culturales comprendidos dentro de la cuenca hidrológica.

Al efecto, la ley 10.152 para el Desarrollo Sostenible de la Cuenca del Río Sarapiquí y la Protección de su Cauce Principal (6), que declaró

(5) Opinión Consultiva 23/17, Corte IDH.

(6) Ley 10.152, del 31/03/2022.

la salvaguarda ambiental a favor del río Sarapiquí, dispone que su finalidad es mantener a este ecosistema en las mejores condiciones ecológicas.

Por su parte, la ley 9683 para la Promoción y Desarrollo Sostenible de la Cuenca del Río Naranjo y la Protección del Parque Recreativo Nacional Manuel Antonio (PNMA) (7), que creó una salvaguarda ambiental para el río Naranjo, establece que su finalidad es mantenerlo limpio y libre de barreras físicas, permitiendo el equilibrio ambiental del río y del PNMA, en donde desemboca.

En relación con los ríos Pacuare y Savegre, el dec. ejec. 39.199 de Salvaguarda Ambiental para el Cauce de los Ríos Pacuare y Savegre dispuso que la finalidad de dicha salvaguarda es que ambos ríos se mantengan limpios y libres de barreras físicas, permitiendo su equilibrio ambiental.

IV. Alcance

La figura jurídica de las salvaguardas ambientales está concebida para proteger el cauce principal de los ríos, desde su nacimiento hasta su desembocadura, pudiendo ampliarse, dependiendo del caso, a las riberas y cauces tributarios, bajo un enfoque ecosistémico y de gestión de cuenca.

En ese sentido, la ley 10.152 dispuso que la salvaguarda ambiental a favor del río Sarapiquí es a todo lo largo del cauce principal del río y su ribera, desde su nacimiento hasta la desembocadura en el río San Juan.

Por su parte, la ley 9683 estableció que la salvaguarda del río Naranjo cubre todo lo largo del cauce principal, desde su nacimiento hasta la desembocadura al mar, así como todos los cauces tributarios a este cuerpo de agua principal que se encuentran dentro de la cuenca hidrográfica.

Tratándose de los ríos Pacuare y Savegre, el dec. ejec. 39.199 establece el alcance de la salvaguarda a todo lo largo del cauce principal de ambos ríos, desde su nacimiento hasta la desembocadura al mar.

(7) Ley 9683, del 29/04/2019.

V. Implicaciones

Esta joven figura jurídica conlleva para las autoridades administrativas una obligación negativa o de *no hacer*. Se trata de una prohibición de habilitación de nuevas actividades, obras o proyectos que puedan impactar negativa y gravemente en las condiciones ecológicas de ecosistemas fluviales, específicamente: proyectos hidroeléctricos y concesiones para la extracción de materiales mineros.

Tratándose de los ríos Sarapiquí y Naranjo, sus respectivas leyes impiden el desarrollo de nuevos proyectos hidroeléctricos, así como otorgar nuevas concesiones para la extracción de materiales mineros.

Mientras que para los ríos Pacuare y Savegre, el decreto ejecutivo que establece su salvaguarda la restringe a una prohibición de nuevos proyectos hidroeléctricos con una potencia igual o mayor a los 500 kW.

VI. Plazo y posibilidad de prórrogas

Las salvaguardas ambientales a favor de los cuatro ríos fueron otorgadas por un plazo de 25 años.

La ley 10.152 previó la posibilidad de prórroga de la salvaguarda que protege al río Sarapiquí por períodos iguales cuando no se hayan cumplido los objetivos de la ley para proteger la cuenca, lo cual deberá ser definido según análisis y estudios técnicos previos realizados por el Ministerio de Ambiente y Energía en coordinación con la Comisión del Desarrollo Sostenible de la Cuenca del Río Sarapiquí.

Por su parte, en el caso de los ríos Pacuare y Savegre, el consid. 12 del dec. ejec. 39.199 deja claro que su otorgamiento es por una única vez; mientras que la ley 9683, que estableció la salvaguarda del río Naranjo, es omisa en cuanto a la posibilidad de su prórroga.

VII. Suspensión de trámites pendientes y respeto de derechos adquiridos

En los cuatro casos bajo estudio, la figura jurídica de las salvaguardas ambientales aplica exclusivamente para nuevos proyectos que puedan impactar en las condiciones ecológicas de los ríos, específicamente: proyectos hidroeléct-

tricos y concesiones para la extracción de materiales mineros.

Lo anterior tiene como consecuencia que todos aquellos trámites pendientes de aprobación ante instancias administrativas relacionados con la instalación de nuevos proyectos quedan suspendidos desde la entrada en vigor de la norma de rango legal o reglamentario que declara la respectiva salvaguarda y hasta el vencimiento de su plazo.

Por su parte, en virtud de los principios constitucionales de irretroactividad de las normas y seguridad jurídica, todos aquellos actos habilitantes otorgados con anterioridad a la vigencia de la respectiva norma declarativa de la salvaguarda mantienen su validez y eficacia por el plazo por el cual fueron otorgadas, siempre que se cumpla con las condiciones legales y reglamentarias y se trate de derechos adquiridos (8).

Cabe destacar que el Estado está autorizado, por motivos de oportunidad y conveniencia, a declarar la caducidad de los actos habilitantes y siempre que se trate de derechos adquiridos deberá realizar la respectiva indemnización (9).

VIII. Régimen de excepciones

La aplicación de esta figura admite excepciones en situaciones especiales.

En el caso del río Sarapiquí, la ley 10.152 prevé una suspensión temporal de sus efectos en dos supuestos: 1) por declaratoria de emergencia, cuando sea requerido por la Comisión Nacional de Emergencias, y por un período definido; y

(8) Art. 1º de la ley 9683: “Todos aquellos trámites pendientes relacionados con la instalación de nuevos proyectos hidroeléctricos y con la concesión de permisos de extracción de materiales mineros, en el cauce del río Naranjo, serán suspendidos. Todo derecho adquirido, antes de la publicación de la presente ley, será respetado”. Art. 2º del dec. ejec. MINAE 39.199: “Todos aquellos trámites relacionados con la instalación de nuevos proyectos hidroeléctricos que se encuentren pendientes en la Dirección de Aguas, y ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental a la fecha de publicación del presente decreto, serán suspendidos. Todo derecho adquirido antes de la publicación del presente decreto ejecutivo será respetado”.

(9) PEÑA CHACÓN, M., “Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales”, *Revista Monfrague, Desarrollo Resiliente*, vol. II, nro. 1, España, enero de 2014, accesible en <http://monfragueresiliente.com/numero3/indice3.html> (consultado el 12/05/2022).

2) para los proyectos de beneficio para las comunidades ubicadas en la cuenca. Para tal efecto, deberán contar con la aprobación de la Comisión del Desarrollo Sostenible de la Cuenca del Río Sarapiquí.

Por su parte, la ley 9683 autoriza a la Comisión Nacional de Emergencias y a las municipalidades en cuyo territorio está ubicada la cuenca del río Naranjo para extraer materiales mineros de su cauce, en caso de una declaratoria de emergencia; asimismo, en todos los cauces tributarios a este cuerpo de agua principal que se encuentran dentro de la cuenca hidrográfica. Se exceptúa de la suspensión a la Municipalidad de Dota en cuanto a la concesión de permiso de extracción de materiales mineros en la cuenca alta del río Naranjo.

Cabe destacar que para los ríos Pacuare y Savegre, el dec. 39.199 no dispuso un régimen especial de excepción.

IX. Declaratoria de interés público

La figura jurídica de las salvaguardas ambientales ha sido acompañada de una declaratoria de interés público de la protección y sostenibilidad de la cuenca y de las actividades y obras que se lleven a cabo para mantener y recuperar su equilibrio ambiental libre de barreras.

La ley 10.152 declaró la protección de la cuenca del río Sarapiquí y su ribera de interés público y dispuso que el Estado debe apoyar las iniciativas de desarrollo local y las actividades vinculadas al desarrollo del turismo, que buscan mantener, proteger y potenciar la región; todo bajo un marco de protección y sostenibilidad del medio ambiente.

De igual forma, la ley 9683 declaró de interés público toda obra que se realice con el fin de mantener el equilibrio ambiental libre de barreras físicas; mantener la belleza escénica y la biodiversidad; proteger las áreas de recarga y los acuíferos de los manantiales, así como los valores históricos y culturales comprendidos dentro de la cuenca hidrográfica del río Naranjo, y estableció que todas las instituciones del sector público y del sector privado, presentes en la zona de la cuenca hidrográfica del río Naranjo, deben involucrarse, promover y apoyar los programas y las actividades que se generen para la recuperación del río y que garanticen el desarrollo sos-

tenible, respetando las competencias de cada una y el marco normativo que las rige.

Mientras que el dec. 39.119 declaró de interés público toda obra que se realice en las cuencas del río Pacuare y del río Savegre con el fin de recuperar su equilibrio ambiental libre de barreras físicas, e instó a todas las dependencias del sector público y del sector privado para que, en la medida de sus posibilidades y dentro del marco legal respectivo, apoyen las labores de recuperación de dichos ríos.

X. Fortalezas, debilidades y retos

La figura jurídica bajo estudio llegó a suplir los vacíos y falencias de otros instrumentos y mecanismos vigentes que no responden ni se ajustan a las necesidades ambientales actuales, como lo son las declaratorias de zona de reserva minera y de reserva nacional hidráulica.

Se trata de una herramienta de protección de ecosistemas fluviales con “dientes”, de efectos jurídicos reales y prácticos, que prohíbe a la Administración habilitar nuevos proyectos hidroeléctricos y otorgar concesiones para la extracción de materiales mineros, en un espacio delimitado y un tiempo determinado, utilizando a la cuenca hidrológica como unidad de gestión (enfoque ecosistémico), suspendiendo todas las solicitudes pendientes de aprobación ante instancias administrativas, siendo, además, lo suficientemente flexible para admitir excepciones temporales a su aplicación por razones de emergencia o en beneficio de las comunidades ubicadas en la cuenca.

Sin embargo, tal y como se ha venido exponiendo, aún no cuenta con disposiciones generales y uniformes que establezcan, de forma clara y precisa, su contenido y alcances. A la vez, no despliega efectos jurídicos sobre aquellos actos habilitadores otorgados con anterioridad a su entrada en vigor, los cuales mantienen su vigencia hasta el vencimiento de sus respectivos plazos, pero una vez vencidos no pueden ser renovados.

Para alcanzar plena efectividad, este tipo de figura requiere de un eficiente mecanismo estatal de control, supervisión, fiscalización y san-

ción de las actividades ilegales, siendo este el principal desafío.

XI. Conclusiones

En palabras del Prof. Michel Prieur: “Existen ya mecanismos en el derecho, tanto a nivel estatal como internacional, suficientes para combatir la desprotección y los incumplimientos en materia de protección de la naturaleza” (10); por ello, tal y como lo señala el secretario general de las Naciones Unidas, António Guterres: “Sabemos lo que tenemos que hacer, la cuestión es cómo hacerlo y la consigna debe ser implementación, implementación e implementación” (11).

XII. Bibliografía consultada

GUTERRES, A., “Challenges and Opportunities for the United Nations”, 2018, disponible en <https://www.antonioguterres.gov.pt/vision-statement/>.

PEÑA CHACÓN, M., “Actos administrativos habilitadores en el nuevo paradigma ambiental”, RDAMB., nro. 68, octubre-diciembre de 2021.

PEÑA CHACÓN, M., “Propuesta de marco jurídico aplicable a la protección y gestión del sitio de compensación fluvial Parismina”, Informe final de consultoría ICE/BID, 2015.

PEÑA CHACÓN, M., “Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales”, *Revista Monfrague, Desarrollo Resiliente*, vol. II, nro. 1, España, enero de 2014.

PEÑA CHACÓN, M., “Derecho ambiental efectivo”, Programa de Posgrado en Derecho, 1ª ed., Universidad de Costa Rica, San José, 2016.

PRIEUR, M., “Que faut-il faire pour l'Amazonie?”, *Revue Juridique de l'Environnement*, 2019/4, vol. 44.

(10) PRIEUR, M., “Que faut-il faire pour l'Amazonie?”, *Revue Juridique de l'Environnement*, 2019/4, vol. 44, ps. 665 a 669.

(11) GUTERRES, A., “Challenges and Opportunities for the United Nations”, disponible en <https://www.antonioguterres.gov.pt/vision-statement/> (última consulta: 11/05/2022).

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

DERECHO DE AGUAS

ESTUDIO SOBRE EL USO, PRESERVACIÓN Y DOMINIO DE LAS AGUAS PÚBLICAS

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA

Autor: **Liber Martín**



2022



1 Tomo
disponibles en
papel y eBook
(con un anexo
exclusivo para
esta versión).


La segunda edición actualizada de este trabajo se justifica en la necesidad de reformular y actualizar parte de su contenido en función de las grandes transformaciones y novedades operadas a nivel teórico, legislativo, jurisprudencial y doctrinario sobre aguas y ambiente.

Esta nueva publicación presenta, además, por primera vez, la base sustancial positiva del derecho de aguas vigente y completa que se encuentra más en la legislación de aguas provincial que en las disposiciones del Código Civil y Comercial de 2015 relativas a las aguas.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

 **THOMSON REUTERS®**



Seguí nuestra página
de  **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

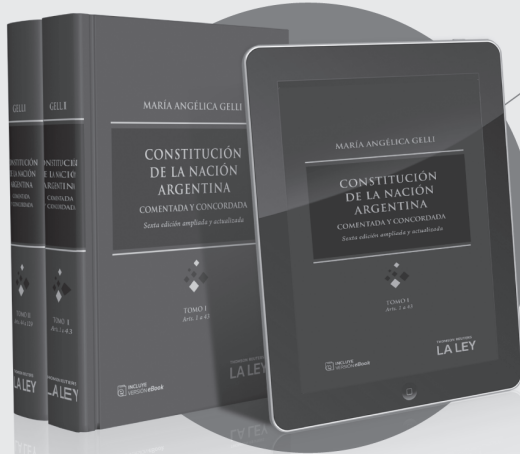
CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

COMENTADA Y CONCORDADA
Sexta edición ampliada y actualizada

Autora: **María Angélica Gelli**



2022



Incluye un
anexo exclusivo
en su versión
eBook.



2 Tomos
disponibles en
papel y eBook.

A más de veinte años de su primera edición, el lector podrá encontrar en esta sexta edición actualizada, comentarios de la autora a los fallos más relevantes en materia constitucional desde comienzos de 2018 hasta finales de abril de 2022.

Esta obra es un recorrido de las instituciones constitucionales, los derechos, garantías y deberes. Incorpora citas de jurisprudencia a cada artículo, especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.



Obtené más
información sobre
la obra escaneando
el código QR



ThomsonReutersLaLey

@TRLaLey

Thomson Reuters Argentina | LEGAL

Thomsonreuters_ar

