

UNIVERSIDAD DE MENDOZA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Ciclo: Derecho Ambiental y Recursos Hídricos

TESIS DOCTORAL

SUSTENTABILIDAD Y REGULACIÓN AMBIENTAL

El principio de proporcionalidad y el derecho fundamental al ambiente

Aldo Rodríguez Salas (abogado, UM)

Director: Dr. Mauricio Pinto

Mendoza, 2022

Índice

ABREVIATURAS 10
INTRODUCCIÓN 11

1. Importancia 11
2. Planteo del problema 11
3. Fundamento de la investigación 15
4. El objeto de la investigación 16
5. Breve referencia a la obra de Robert Alexy 18
6. Marco teórico: la estructura normativa y la colisión de derechos 20
7. Recepción en la doctrina nacional 21
8. La hipótesis 23
9. El método de Alexy 25
10. El método de la investigación 26
11. Aportes teóricos del derecho ambiental argentino 28

CAPÍTULO 1. PRINCIPIOS Y REGLAS EN EL SISTEMA JURÍDICO 31

1. El sistema jurídico y la cláusula ambiental constitucional 31
2. Sistema legalista vs. Sistema de principios 33

2.1. Irrupción de los principios como normas jurídicas 33
2.2. Diversidad de principios y de interpretaciones 36

3. Estructura normativa y definición de principio 38
4. La norma y la disposición de derecho fundamental. Normas directamente estatuidas y normas adscriptas 41

4.1. La norma, el enunciado y la disposición de derecho fundamental. La norma de derecho fundamental al ambiente 41
4.2. Normas directamente estatuidas y normas adscriptas de derecho fundamental. La LGA y su adscripción constitucional. La estructuración del sistema jurídico 45

5. Los principios materiales y su relación con los principios formales 47
6. Reconocimiento y funciones. Principios, valores y PGD 48

6.1. Un modelo de reglas/principio. Reconocimiento en el CCyC. El dialogo de fuentes 48
6.2. Distinción entre principios y valores 52
6.3. Distinción con los principios generales del derecho (PGD) 53

7. La irradiación normativa: eficacia vertical y horizontal (*Drittwirkung)* 55
8. Derechos humanos y derechos fundamentales. La apertura constitucional 58
9. Recapitulación 62

CAPÍTULO 2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS 65

1. El principio de proporcionalidad como método y garantía constitucional 65
2. Proporcionalidad y razonabilidad 67

2.1. Evolución y migración global de la proporcionalidad 67
2.2. Razonabilidad y proporcionalidad en el sistema jurídico argentino. El contenido esencial 68

3. La función del principio de proporcionalidad. La precedencia condicionada. La ley de colisión y la limitación razonable....71
4. Etapas del examen de proporcionalidad y los subprincipios....73

4.1. Examen de idoneidad....74
4.2. Examen de necesidad....77
4.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto. La ley de ponderación. Terminología 78
4.4. Las variables de la ponderación....82

5. La variable «importancia concreta» en la ponderación. La escala triádica de intensidades....83

5.1. La escala de tres intensidades....83
5.2. Los niveles de intensidad....84
5.3. Los dos primeros pasos de la ponderación por intensidades....85
5.4. El tercer paso: el principio precedente....87

6. Los modelos triádicos....88
7. Otras variables relevantes en la ponderación: el peso abstracto y la certidumbre. La fórmula de peso y la integración de las variables. Supuestos de procedencia....90

7.1. Otras variables sujetas a ponderación. El peso abstracto....90
7.2. La certidumbre y las comprobaciones....92
7.3. La fórmula de peso y la integración de las variables....94

8. Ejemplo de aplicación de la Fórmula de Peso. Reglas para la resolución de los empates....97
9. Análisis valorativo y crítico del examen de proporcionalidad. Importancia de los precedentes para una ponderación consistente....99
10. Recapitulación....102

CAPÍTULO 3. EL PRINCIPIO DE SUSTENTABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD AMBIENTAL....104

1. La sustentabilidad como paradigma y como principio jurídico....104

1.2. La sustentabilidad como paradigma....104

2. La sustentabilidad: del valor al deber ser normativo....108

2.1. El componente axiológico: la solidaridad intergeneracional. Más allá del desarrollo sustentable....108
2.2. La sustentabilidad como principio normativo....110

3. La sustentabilidad constitucional y sus principios....113

3.1. Diversidad de principios ambientales....113
3.2. El criterio de identificación....117
3.3. Principios ambientales directamente estatuidos en la CN....118
3.4. Los principios adscriptos y la LGA....119
3.5. Prevención, precaución y recomposición....122
3.6. El principio de progresividad y de no regresión....126
3.7. Otros principios adscriptos de derecho ambiental....129

3.8. Principios orientadores 135
3.9. Valoración 136

4. El principio de proporcionalidad y la sustentabilidad....138

4.1. La razonabilidad ambiental 138
4.2. Los exámenes fácticos: idoneidad y necesidad 139
4.3. La ponderación de la sustentabilidad 147

5. Asunción normativa de la proporcionalidad 158

5.1. La proporcionalidad en el sistema jurídico ambiental 158
5.2. ¿La restricción es un contenido esencial o un límite externo? 162

6. Ejercicio de comprobación de la fórmula de peso. La duda fáctica, los empates y los principios epistémicos 164
7. Recapitulación....167

CAPÍTULO 4. ESTRUCTURA OPERATIVA DEL DERECHO AL AMBIENTE 170

1. Los derechos fundamentales y sus relaciones....170

1.1. La posición de derecho fundamental....170
1.2. Los derechos a prestaciones 173

2. La teoría de los derechos fundamentales y el derecho al ambiente. Observaciones de Lorenzetti 175
3. La estructura del derecho al ambiente (art. 41 de la CN)....178

3.1. El titular (supraindividual, colectivo e intergeneracional) 178
3.2. El destinatario del derecho a la tutela ambiental (las autoridades y los particulares) ..187
3.3. El objeto 189

4. El derecho al ambiente en el sistema jurídico 194

4.1. Ubicación en la trama de los derechos constitucionales 194
4.2. Los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos 195

5. Recapitulación....197

CAPÍTULO 5. EL BIEN COLECTIVO AMBIENTE 198

1. El supuesto de hecho y el ámbito protegido 198
2. Definición de bien colectivo....200

2.1. En la teoría de los principios 200
2.2. La cuestión doctrinaria sobre los bienes colectivos o supraindividuales....203

3. El bien colectivo ambiente desde la perspectiva fáctica 204

3.1. Indivisibilidad e interacciones sistémicas....204
3.2. Escalas espaciales y temporales del ecosistema 208

4. Estatus jurídico del bien colectivo ambiente....209

4.1. La asimilación jurídica de la complejidad ecosistémica 209
4.2. El estatus constitucional del bien colectivo y la perspectiva temporal.....210
4.3. Definición de bien colectivo conforme la CSJN 211
4.4. El bien colectivo y los diferentes grados de protección 214
4.5. La dualidad de los derechos referidos a los elementos de la naturaleza.....216
4.6. La regulación sistémica y la dualidad de derechos 218

5. LOS DERECHOS SOBRES LOS RECURSOS NATURALES Y EL PRINCIPIO DE UTILIZACIÓN RACIONAL COMO PRINCIPIO DE LA SUSTENTABILIDAD.....220

5.1. El dominio originario: competencia de configuración de los derechos fundamentales 220
5.2. Interpretaciones sobre el dominio originario provincial.....221
5.3. El dominio originario como competencia configuradora.....224
5.4. La utilización racional: significado jurídico del enunciado normativo.....224

6. EXÁMENES APLICANDO LA FÓRMULA DE PESO EN CASOS DE COLISIÓN DE DERECHOS SOBRE BIENES COLECTIVOS, SOCIALES E INDIVIDUALES 225

6.1. Colisión entre bienes colectivos y sociales.....225
6.2. Colisión entre el derecho de propiedad y el derecho sobre bienes culturales 228

7. RECAPITULACIÓN.....231

CAPÍTULO 6. LOS PRINCIPIOS FORMALES Y LA SUSTENTABILIDAD 233

1. LA RECONFIGURACIÓN ESTATAL Y EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO 233
2. LOS PRINCIPIOS FORMALES, VALIDEZ Y PONDERACIÓN.....236

2.1. Clasificación y principios configuradores 236
2.2. Los principios formales y la validez normativa.....238
2.3. El orden marco y el margen de acción estructural.....239
2.4. La variable certidumbre y la ponderación de segundo orden.....241

3. LOS PRINCIPIOS FORMALES Y LAS TENSIONES COMPETENCIALES 243

3.1. Las tensiones competenciales y la eficacia requerida.....243
3.2. Proporcionalidad institucional. Federalismo. Concepto e interés de su adopción 244

4. LA OPTIMIZACIÓN LEGISLATIVA (PMPA Y NC). TENSIONES CON EL PRINCIPIO FEDERAL 245

4.1. El federalismo y la configuración de la competencia regulatoria ambiental. Competencias concurrentes y compartidas.....245
4.2. Las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) y las normas complementarias (NC). El orden marco ambiental. La competencia compartida. Las escalas territoriales y las condiciones necesarias de protección ambiental 248
4.3. Optimización conforme la órbita competencial. Lo mínimo y lo complementario. Tipos de medidas. Intensidad de la complementación 252

5. LA OPTIMIZACIÓN DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA AMBIENTAL 257

5.1. Importancia de la administración ambiental 257

5.2. Coordinación administrativa. Territorialidad ambiental y federal. Tensiones interjurisdiccionales y la prioridad de la proporcionalidad institucional 260

6. Optimización jurisdiccional en la realización del derecho al ambiente. Tensiones procesales262

6.1. El proceso colectivo y la ruptura de los principios clásicos 263
6.2. El debido proceso como principio y la tutela judicial efectiva. El art. 32 de la LGA y el mandato de optimización jurisdiccional 267
6.3. La precaución y las medidas preliminares previas a la definición de la competencia. Colisión entre el federalismo y la sustentabilidad. La emergencia extrema. La tutela judicial efectiva en Salas (CSJN, 2008c, 2008d, 2009c, 2011a).....270
6.4. La competencia federal de excepción por razones de interjurisdiccionalidad (art. 7, LGA). Colisión entre el federalismo y la sustentabilidad. Estándares de ponderación provisorios y restringidos. Importancia de los estudios científicos. La certidumbre necesaria 279

7. La efectividad del derecho ambiental y el Sistema Federal Ambiental 283

7.1. Validez social y eficacia normativa.....283
7.2. Proporcionalidad institucional ambiental: el SFA 285
7.3. La compatibilización entre derechos y la compatibilización institucional como tarea prioritaria 289

8. Los principios formales y las tensiones en el Estado de Derecho.....290

8.1. El principio democrático, la división de poderes y el control de constitucionalidad 290
8.2. La optimización del principio democrático: participación social y sustentabilidad 293

9. Recapitulación.....297

CAPÍTULO 7. LA OPTIMIZACIÓN ORIENTADA DEL PRINCIPIO DE SUSTENTABILIDAD..... 300

1. Configuración de la proporcionalidad ambiental en los precedentes de la CSJN 300
2. Los estándares de la proporcionalidad y la red de reglas.....301

2.1. Significado jurídico de los precedentes de la CSJN. 301
2.2. La competencia de la CSJN 304
2.3. Justificación, objetivos y método del análisis de los fallos ambientales.....305

3. Red de reglas o estándares de la proporcionalidad ambiental.....307

3.1. La idoneidad: los medios y el fin de protección 307
3.2. Necesidad.....310
3.3. Ponderación de las tres variables.....312
3.4. Reglas especializadas de ponderación 318
3.5. Reglas de optimización jurisdiccional.....321
3.6. Optimización administrativa y participación ciudadana 324
3.7. La proporcionalidad institucional o federal 325

4. De la subsunción a la ponderación, de la ponderación a la subsunción 330
5. Valoración y observaciones. La configuración local de la proporcionalidad. Los precedentes como reglas *prima facie* de ponderación 331
6. Recapitulación.....335

CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES Y CONSTATACIÓN DE LA HIPÓTESIS 337

1. EL PROBLEMA Y LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN....337
2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS....338
3. COMPROBACIÓN DE LAS VARIABLES DE LA HIPÓTESIS....350

3.1. Las variables analizadas....350
3.2. La sustentabilidad como principio y la función estructuradora del sistema jurídico ambiental....350
3.3. El principio de proporcionalidad....352
3.4. La reconfiguración de la organización política del Estado....354
3.5. La proporcionalidad orientada y la seguridad jurídica....356

4. RESULTADOS Y CONSTATACIÓN DE LA HIPÓTESIS....358
5. LA DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA SUSTENTABILIDAD....366

ANEXO 1. ANÁLISIS DE LOS PRECEDENTES DE LA CSJN....368

1. FALLOS DE LA CSJN (2006-2014)....368

1.1. Mendoza (2006c; 2008b). Competencia originaria. Prevención y recomposición. Prioridad de la prevención del daño futuro. Bien colectivo. Idoneidad técnica. Progresividad. Deberes prestacionales....368
1.2. Salas (CSJN, 2009c) Precaución, prevención, evaluación de impacto ambiental acumulativa. Regla de compatibilización entre derechos. Juicio de ponderación razonable. Generaciones futuras....373
1.3. Kersich (CSJN, 2014a). Recurso extraordinario. Cautelar. Proceso colectivo. El agua potable es un bien colectivo. Norma precisante del derecho fundamental al ambiente. Resiliencia. Tutela judicial efectiva. Efecto de irradiación horizontal....375

2. FALLOS DE LA CSJN (2016-2019)....379

2.1. Cruz (CSJN, 2016a). Medida cautelar y recurso extraordinario federal. Tutela judicial efectiva. El juicio de ponderación entre principios formales y materiales. Arbitrariedad. El principio precautorio....379
2.2. Martínez (CSJN, 2016b). Principios formales y prevención. Recurso extraordinario y arbitrariedad. DIA condicionada. Amparo y tutela judicial efectiva. Prioridad de la prevención del daño futuro. Precaución....382
2.3. Represas de Santa Cruz (2016c; 2016d). El componente ambiental del Estado de Derecho. Derecho fundamental ambiental. Medida cautelar y tutela judicial efectiva. Incompetencia. El control de la CSJN....385
2.4. Mamani (CSJN, 2017a). Recurso extraordinario y arbitrariedad. El debido proceso y la tutela judicial efectiva. El peso de la precaución. El juicio de ponderación razonable. DIA condicionado. Prioridad de la prevención del daño futuro....389
2.5. Majul (CSJN, 2019b). Recurso extraordinario y arbitrariedad. Amparo y derechos fundamentales. Exceso ritual manifiesto y tutela judicial efectiva. Paradigma ambiental. DIA condicionada. Precaución, *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*. Cuenca hídrica y humedales....391

3. FALLOS DE LA CSJN (INSTITUCIONALES)....396

3.1. Barrick (CSJN, 2019a). Competencia originaria. División de poderes y principio democrático. Derechos colectivos en serio y derechos individuales. Paradigma ambiental. Visión policéntrica del proceso. Justicia climática. Armonización conforme art. 240 CCyC. El juicio de constitucionalidad y la ponderación de derechos 396
3.2. Ejército Argentino, (CSJN, 2019e). Competencia originaria. Normas complementarias. Estructura normativa 402
3.3. La Picasa (CSJN, 2019d). Competencia dirimente. Cuenca hídrica. Federalismo de concertación. Territorialidad ambiental y territorialidad federal. Optimización institucional. Paradigma ecocéntrico. Visión policéntrica del proceso. Irradiación de la sustentabilidad .405
3.4. La Pampa (CSJN, 2017c; 2020c). Competencia dirimente y originaria. Paradigma ecocéntrico. Visión policéntrica. Recomposición. Resiliencia. Cuenca hídrica. Territorialidad ambiental y federal. Caudal ecológico y ambiental. Metodologías. Optimización institucional. Principios federales. Efecto de irradiación del derecho. Derecho de las generaciones futuras. Observación 409
3.5. Equística (CSJN, 2020e). Amparo Colectivo. Originario. Paradigma ecocéntrico. Territorialidad ambiental y federal. Emergencia ambiental. Ley de Cambio Climático. La defensa de las generaciones futuras.....416

BIBLIOGRAFÍA 420
FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 441
OTROS FALLOS JUDICIALES.....446

Abreviaturas

CN	Constitución Nacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
COFEMA	Consejo Federal de Medio Ambiente
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CCyC	Código Civil y Comercial de la Nación
CPCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
EIA	Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental
IPCC	Panel Intergubernamental de Cambio Climático
LGA	Ley General del Ambiente de la Argentina N° 25.675
NC	Norma complementaria provincial
PMPA	Norma nacional de presupuestos mínimos de protección ambiental
PGDA	Principios Generales del Derecho
SFA	Sistema Federal Ambiental
SCBA	Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Introducción

1. Importancia

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

Esta expansión impele a la reformulación de las instituciones, nuevas funciones exigen formas adecuadas para realizar un abordaje interdisciplinario y participativo que conjugue lo natural con lo social, para luego disponer aquello que sea razonable.

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

En este contexto, la sustentabilidad del ambiente es un paradigma social, a partir del cual el conocimiento jurídico requiere reconstruirse para brindar respuestas coherentes y consistentes con el bien objeto de protección, en tanto este bien corresponde a las generaciones presentes y futuras.

En efecto, el bien protegido por el derecho constitucional, se caracteriza por la interacción permanente de sus elementos, conformando una realidad dinámica y compleja que requiere conocimientos científicos de múltiples disciplinas que explican tanto su situación actual como su evolución futura.

La dimensión de futuro del derecho al ambiente es un aspecto diferencial y supone una relación permanente entre el presente y el porvenir. Bien se dice que: «La regulación de la responsabilidad de las generaciones presentes respecto de las generaciones futuras aparece *a priori* como la tarea básica para la ciencia del derecho»[1].

Desde esta perspectiva, una compleja labor de los operadores jurídicos se despliega para realizar el derecho reconocido en la Constitución, tarea en la que confluyen un sinnúmero de cuestiones que revelan su creciente importancia para establecer las condiciones necesarias para asegurar un futuro mejor.

2. Planteo del problema

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

---

[1] López, 2000, p. 207-483.
[2] Peña Chacón, 2016, p. 56.

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

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

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

El caso de las diversas interpretaciones sobre la competencia regulatoria nacional es representativo de lo expuesto. Juliá identifica la influencia de esta problemática entre el derecho, su bien protegido y la competencia regulatoria, cuando expresa:

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

Para visualizar esta dificultad y sus proyecciones, se recurre a la sistematización de las corrientes interpretativas del contenido de la norma ambiental nacional realizada por Bec y Franco[4], que –con referencia a autores representativos de cada corriente– se adecúa de la siguiente forma:

1) Amplísimas. El Congreso de la Nación, en un marco de la razonabilidad y la fidelidad federal, determinará cuáles son las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección. Reconocen el dominio provincial sobre los recursos naturales, pero ello no invalida la jurisdicción nacional en la materia por razones de planificación y como garantía del uso racional de estos y de la

[3] Juliá, 2016, p. 23.
[4] Bec y Franco, 2010, p. 221.

sustentabilidad ambiental. Incluyen en la regulación instrumentos procesales, administrativos e institucionales[5].

2) Amplias. Comprende aquellas teorías que atribuyen a los PMPA un objeto protegido referido exclusivamente al bien colectivo ambiente, sin avanzar sobre la gestión de los recursos naturales. Consideran instrumentos procesales, administrativos e institucionales. Acuden al federalismo de concertación como moderador del sistema[6].

3) Restringidas. Limitan el objeto de los PMPA al establecimiento de umbrales cuantificables, reservando a las provincias la regulación del resto de la materia ambiental, como la regulación y gestión de sus recursos naturales. En algunas de sus versiones, se incluyen conceptos y principios rectores de la protección ambiental y normas técnicas que aseguren niveles mínimos de calidad[7].

4) Muy restringidas. No hay una verdadera delegación normativa a la Nación, los PMPA son reglas de conceptualización o de reconocimiento y no pueden ser prescriptivas hasta que las provincias acepten por coordinación los umbrales propuestos. El derecho al ambiente es un derecho individual[8].

Si bien esta clasificación es un extracto de las diversas elaboraciones, cuya riqueza expresan perspectivas de interés, es fácil inferir las divergencias interpretativas que suponen sobre el sistema jurídico ambiental, sobre la estructura de sus normas, sobre el derecho al ambiente y su función en el sistema jurídico, sobre el bien protegido y su naturaleza, sobre las competencias asignadas, sobre la eficacia operativa de estas, entre otras cuestiones.

Para poder resolver estas dificultades, se requiere de una interpretación adecuada de las regulaciones ambientales, en cuanto no son un mero conjunto apilado de normas, sino un sistema, por lo que su análisis debe relacionarse con las propiedades estructuradoras del sistema jurídico total, que se manifiesta en la coherencia, la consistencia y la complitud de sus normas[9].

Así, en procura de este propósito, se observa que la doctrina, la legislación, la jurisprudencia, recurren en sus desarrollos y fundamentaciones a los principios del derecho ambiental. Ninguna de las corrientes doctrinarias identificadas prescinde de ellos, alcanzando institucionalidad en la Ley General del Ambiente de Argentina 25675 (LGA), que enumera los principios rectores de la política ambiental y dispone que las autoridades en todos sus niveles deben aplicarlos en sus decisiones. Por lo que resulta evidente que se les ha asignado la función de estructurar el sistema jurídico ambiental.

El reconocimiento de los principios en el derecho positivo es compartido por muchos Estados, en tanto los principios ambientales tienen su fundamento en el derecho ambiental internacional, habiendo migrado a los ordenamientos nacionales, alcanzando, incluso, reconocimiento constitucional. Al respecto, Lorenzetti y

---

[5] Nonna, Dentone y Waitzman, 2011.
[6] Díaz Araujo, 2002; Maiztegui y Walsh, 2005; Esain, 2008; López Alfonsín, 2012.
[7] Bec y Franco, 2010; Torchia, 2017.
[8] Moyano, 2007.
[9] Huerta Ochoa, 2017, pp. 379-416.

Lorenzetti señalan que los principios en materia ambiental han tenido una profusa recepción en tratados internacionales, constituciones, leyes nacionales, declaraciones académicas y sentencias judiciales[10].

Estos principios son numerosos, Bibiloni[11], en la tarea de explicarlos, identifica veintidós. En marzo 2018, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Medio Ambiente, presentó un informe al Consejo de Derechos Humanos[12] identificando dieciséis principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Por su parte, la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental a través de la Comisión de Gestión Ambiental Institucional[13] presenta una guía con *noventa y cinco* principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable, en el que sistematiza los principios de protección del medioambiente. En el Capítulo 3.3.1. se suman otros elencos de principios ambientales enunciados por la doctrina.

Por ello, Lorenzetti y Lorenzetti observan que la enumeración de principios de manera indiscriminada presenta el problema de la sobreabundancia y la ineficacia sobre todo si no se distingue adecuadamente el enunciado normativo[14].

En el mismo sentido, Cafferatta señala que: «Desde la doctrina, se han enunciado principios rectores de derecho ambiental o principios generales del derecho ambiental o principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad para exponer una nómina de ellos, no siempre coincidente»[15].

Pero no hay solo una profusión de principios, sino una enorme gama de definiciones en torno de estos. Así, son entendidos como pauta orientadora, guía de resolución, directriz política, criterio de interpretación, soporte básico, filtro purificador, diques de contención, entre muchas otras expresiones[16] que, sumado a su multiplicidad, genera un espacio de confusión que nada aporta para comprender su funcionamiento en el sistema jurídico.

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

Al respecto, el principio de precaución concentra las mayores polémicas. Cafferatta comenta que, frente a quienes lo interpretan como un principio anticatástrofe, están quienes lo entienden como un medio de presión ilegítima (o de extorsión) contrario a cualquier obra, proyecto, o actividad, recibiendo calificaciones de genio maligno, de ser representativo del desconcierto del Leviatán, o de principio

---

[10] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 107.
[11] Bibiloni, 2008 pp. 156-162.
[12] Naciones Unidas, 2018.
[13] CIJA-CGAI, 2020.
[14] Lorenzetti, 2018, p. 115.
[15] Cafferatta, 2018.
[16] Saux, 2021.

anti-científico[17]. Bestani reseña a quienes niegan su condición de principio y lo encuadran como un simple enfoque o criterio inspirado en un vago escepticismo[18]. Respecto a su alcance, se señala una versión impulsiva, radical, exacerbada del principio precautorio por determinada doctrina, frente a una aplicación ponderada[19].

Entonces, aquello que se formula para abordar consistentemente la complejidad del sistema jurídico ambiental y justificar su razonable y necesaria expansión, deviene en un elenco indiscriminado de principios, donde muchas veces campea como pretensión su ilimitada prevalencia cualquiera sea la circunstancia y el contexto jurídico.

No se trata de cuestionar la importancia ni la diversidad de los principios de derecho ambiental, sino de establecer su naturaleza normativa y de identificar su función en el sistema jurídico, de tal forma que la interpretación y aplicación de estos sea coherente y razonable.

Y es sobre su aplicación donde converge la mayor dificultad, mientras que la subsunción ha sido la forma tradicional de aplicación de las reglas; respecto de los principios, la proporcionalidad y la ponderación son mencionadas como su forma de aplicación. Pero, *una difusa interpretación de los principios trae como consecuencia una aplicación infundada*, siendo muchas veces la fuente de las incoherencias e inconsistencia en las decisiones. Debe señalarse que, si bien en el derecho ambiental se alude a la proporcionalidad con frecuencia, salvo excepciones, poco se aclara sobre significado y alcance.

Entonces, como se comparte la importancia de los principios ambientales, la cuestión es si una concepción teórica sobre ellos puede contribuir a mejorar su interpretación y, en consecuencia, aportar a la realización del derecho al ambiente.

3. Fundamento de la investigación

Tratar la importancia de los principios requiere indagar su relación con los derechos fundamentales y el sistema político. Bernal Pulido explica esta relación: «El papel que desempeñan los derechos fundamentales hace que la dogmática de estos derechos se desarrolle a velocidades vertiginosas. Al compás del debate sobre el modelo de comunidad política que se considera más justa para cada sociedad»[20].

Por lo que la evolución de la configuración de la organización estatal en relación con los derechos fundamentales proporciona la indicación más adecuada para comprender el desenvolvimiento del sistema jurídico.

Los derechos fundamentales tienen una larga tradición jurídica, siendo concebidos originalmente como derechos de libertad frente al Estado, que se justifica en el reconocimiento a los individuos de una esfera de libertad previa a él. En esta concepción original de los derechos fundamentales, el Estado tenía como deber abstenerse, y su hacer se limitaba al aseguramiento de libertades y derechos individuales. El Estado, a través de sus leyes, de su aparato administrativo y judicial,

---

[17] Cafferatta, 2018.
[18] Bestani, 2012, p. 131.
[19] Franco, 2021, 38m19s.
[20] Bernal Pulido, 2014, p. 39.

garantiza el estatus de libertad negativa a los sujetos jurídicos, es decir, la no alteración de las reglas de juego vigentes en el libre juego de la autonomía privada. Este modelo requería de un juez que obligue a la Administración a someterse al mandato de un legislador/constituyente[21].

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

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

En efecto, tal como expresa Castillo-Córdova:

> [...] acaso la muestra más dolorosa fue lo ocurrido durante el régimen nazi en Alemania y fuera de ella. No cabe duda de que los militares nazis actuaron en cumplimiento de las leyes nazis cuando desarrollaron sus políticas internas y externas de exterminio del pueblo judío. Legalmente su comportamiento fue irreprochable, pero jurídicamente fue condenable e incluso sancionable precisamente por «delitos contra la humanidad» a través –entre otros– del conocido como Juicio de Núremberg[22].

El derecho, en consecuencia, no se podía reducir a la ley, así aparece un nuevo paradigma que instala a los principios como integrantes del sistema normativo, desplazando la fuerza de la ley por la fuerza de la Constitución. El derecho no estaría solo integrado por reglas, sino también por principios[23].

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

Esta concepción actualizada de los derechos fundamentales se expresa en un conjunto elaboraciones teóricas que convergen en interpretaciones y planteos, tales como: la defensa de la Constitución convertida en fuente del derecho; las diferencias entre reglas y principios; las tensiones entre la legislación y la judicialización; la justificación y operatividad de los derechos fundamentales; los límites y características de la democracia; la discrecionalidad y la ponderación judicial; las relaciones entre el derecho y la moral; la validez sustancial o material de las reglas jurídicas; la crisis de los sistemas jurídicos fuertes o kelsenianos[24].

4. El objeto de la investigación

El objeto de la investigación son los principios del derecho al ambiente, su función en el sistema jurídico y su forma de aplicación mediante la proporcionalidad.

---

[21] Aldao y Clérico, 2019, pp. 183-184.
[22] Castillo-Córdova, 2012, p. 20.
[23] Santiago, 2016, p. 5.
[24] Vigo, 2014, p. 925.

Su delimitación se expresa extrapolando al derecho ambiental nacional el planteo que realiza Bernal Pulido[25] en su trabajo *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?*, que aquí se reformula de la siguiente forma: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada del derecho al ambiente reconocido en la Constitución Nacional? Desentrañar esta pregunta es el objetivo general que procura este estudio.

La adopción de este planteo no es casual, se fundamenta en la destacada obra del autor citado, que, como referencia Carbonell, «Carlos Bernal Pulido es el más destacado promotor en lengua castellana del principio de proporcionalidad»[26].

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

Por lo que, para contestar el planteo, el presente estudio adoptará las premisas básicas de la teoría de los principios a partir de la formulación realizada por Robert Alexy en la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, considerando que constituye una de las concepciones actuales más relevante del derecho. Como expresa Alessio Sardo: «No hay exageración en afirmar que la de Alexy es la teoría de la ponderación más acreditada entre los juristas»[27].

Si bien no es el único desarrollo teórico sobre los principios y su método de aplicación[28], la elección de la obra del autor alemán se realiza porque, además de ser una de las teorías de los derechos más influyentes en el mundo jurídico, como expresa Pérez Jaraba: «La teoría de Alexy viene mejor como teoría de todos los derechos fundamentales, individuales y sociales, mientras que Dworkin limita su teoría solo para un tipo de derechos; para los derechos individuales»[29].

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

Este será el marco teórico a partir del cual se explicará el derecho al ambiente en la Argentina; con lo que, aunque la contribución de esta investigación se nutre de la teoría de los derechos fundamentales, se dirige fundamentalmente a la comprensión y aplicación en el derecho ambiental argentino.

Sobre el tratamiento de los principios en el derecho ambiental local, muchos autores los han analizado, tal como se desarrolla en el Capítulo 3. Al respecto, debe señalarse que Néstor Cafferatta –uno de los principales exponentes del derecho ambiental argentino– ha trabajado con amplitud los principios de derecho ambiental. Advirtió que constituía una novedad que las últimas leyes generales del ambiente en el continente, las del siglo XXI, contuvieran principios de política ambiental o

---

[25] Bernal Pulido, 2007a, p. 273.
[26] Carbonell, 2008, p. 12.
[27] Sardo, 2013.
[28] Sardo, 2013; Clérico, 2012.
[29] Jaraba, 2011, p. 186.

principios de derecho ambiental. Estima como un gran acierto de parte de las legislaciones incorporar dichos principios. Y explica, citando a Alexy, que «a diferencia de las reglas jurídicas, los principios son normas jurídicas inacabadas, germinales, son normas jurídicas *prima facie*»[30].

En *El ascenso de los principios de derecho ambiental*[31], Cafferatta realiza un abordaje sobre los principios siguiendo los postulados de Alexy, sin eludir otros autores de la corriente principialista. Comienza expresando que: «El derecho está compuesto por un conjunto de normas, que se integran con reglas y principios. Los principios son normas jurídicas *prima facie* (Alexy) o derrotables (Prieto Sanchís), en estado germinal, pero que, como toda norma jurídica, tienen carácter vinculante».

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

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

5. Breve referencia a la obra de Robert Alexy

El texto original de la obra de Alexy, a la que se acudirá como eje expositivo, fue publicado en el año 1986 y su primera traducción al español correspondió a Ernesto Garzón Valdez, publicada en el año 1993, constituyendo una visionaria anticipación respecto a otras lenguas. La segunda edición corresponde al año 2012 y la traducción fue llevada adelante por Carlos Bernal Pulido, la cual constituye –en palabras de este autor– un texto distinto tanto en su forma como en su contenido (p. XXI). Es esta última la edición que se utilizará en este estudio, sin dejar de consultar el texto traducido en el año 1993.

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

---

[30] Cafferatta, 2008c.
[31] Cafferatta, 2018.

Otras obras y publicaciones de Alexy serán consideradas cuando aporten mayor claridad a su concepción. Sirve de soporte sobre el valor de la obra y concepción del autor alemán una biografía sobre Alexy que proporciona Ávila Herrera[32].

El principio de proporcionalidad, elemento central de su teoría, tuvo su origen en el derecho de policía prusiano, y se concebía como un límite al exceso. De ahí en más fue migrando desde el derecho alemán a la escala comunitaria europea, transformándose en la esencia del control de constitucionalidad de los tribunales nacionales e internacionales[33]. La obra de Alexy imprimió al principio de proporcionalidad de la lógica necesaria para cumplir esa función. Así, el examen de proporcionalidad, como método para la aplicación de los principios, se emplea en el derecho nacional de muchos países europeos y latinoamericanos, también en Canadá, Nueva Zelanda, Israel y Sudáfrica, como en el derecho público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, a tal punto que se afirma que ha adquirido recepción universal[34].

En efecto, un caso emblemático de aplicación de este método de resolución de la colisión entre principios es el caso Kimel vs. Argentina[35], que enfrentó los derechos de libertad de expresión y la honra, ambos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió ponderando que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra.

Sobre el aporte realizado a la teoría del derecho, Borowski[36] destaca que, con su teoría, Alexy introduce a la ponderación como método de aplicación jurídica con el mismo rango categorial que la subsunción, hasta entonces dominante en la metodología clásica.

Sobre el significado de su obra, Sodero destaca que:

> [...] como sabemos, en 1978 Robert Alexy publicó su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, casi cuatro décadas después puede afirmarse que el fundador de la «segunda escuela de Kiel» no solo ha desarrollado la que es –probablemente– la más significativa teoría del discurso jurídico, sino que ha llegado a exponer un sistema *iusfilosófico* completo en lo esencial, algo que representa una *rara avis* en la filosofía jurídica de nuestro tiempo[37].

El desarrollo de esta investigación, si bien tendrá como eje la obra de Alexy, también recurrirá a los aportes de otros autores que trabajan en el campo de la *teoría de los principios*.

---

[32] Ávila Herrera, 2017.
[33] Bernal Pulido, 2018, p. 217. Sardo, 2013.
[34] Klatt y Meister, 2017, p. 8.
[35] Corte IDH, 2008.
[36] Borowski, 2016, p. 43.
[37] Sodero, 2015, p. 1.

Entre los autores de habla hispana, son de referencia Carlos Bernal Pulido, Laura Clérico, Ernesto Garzón Valdez, Jorge M. Seña, María Cecilia Añaños Meza, Alexander Portocarrero Quispe, Juan José Moreso, Francisco J. Bastida, Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Ángel Presno, Benito Aláez e Ignacio F. Sarasola.

6. Marco teórico: la estructura normativa y la colisión de derechos

El marco teórico se conforma por la teoría de los principios en la formulación de Alexy; de esta teoría se toman las premisas esenciales para el desarrollo de la investigación, las cuales son acompañadas para su mejor comprensión por la interpretación realizada por autores representativos del pensamiento del autor alemán. Si bien en los Capítulos 1 y 2 se procede a su tratamiento, aquí se puntualizan algunos de sus principales rasgos.

Para Alexy, la estructura normativa esencial del sistema jurídico reside en que se integra por dos tipos de normas: las reglas y los principios; mientras que las primeras ordenan algo de forma definitiva, que se cumple o no se cumple, los últimos son concebidos como mandatos de optimización o mandatos *prima facie*, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de la posibilidades jurídicas y fácticas existentes.

En esta explicación introductoria corresponde adelantar que los principios a los que alude Alexy son los derechos constitucionalmente reconocidos, que denomina principios de derecho fundamental, distinguiéndose de otros principios que poseen otra significación.

Los principios –para Alexy– son normas jurídicas que expresan el *deber ser* de los derechos constitucionales reconocidos como mandatos *prima facie*, siendo, entonces, el deber de optimización o de mayor realización la clave esencial de esta teoría. Desde esta perspectiva, constituye una reconstrucción de la teoría del derecho si se considera lo que por derechos fundamentales se entendía hasta entonces.

La colisión entre derechos emerge de la definición de los principios: los derechos fundamentales en su afán de mayor realización pueden colisionar entre sí; esto es, los derechos constitucionales, en cumplimiento del mandato de optimización, interfieren con otros derechos constitucionales, situación que requiere de un procedimiento especial que resuelva este tipo de conflicto que no tiene relación con el que corresponde a la aplicación de las reglas ni a sus eventuales conflictos.

En caso de conflictos entre reglas, su resolución se realiza a través de los criterios de la regla jerárquicamente superior, o la especial sobre la general, o la temporalmente prioritaria.

Nada de esto es aplicable en caso de colisión entre principios, la resolución de este tipo de conflicto requerirá de la proporcionalidad para establecer el principio aplicable.

En tanto los principios son mandatos que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en caso de colisión, el principio de proporcionalidad

establecerá cuál es el principio precedente. La precedencia supone el desplazamiento del otro principio en el caso, pero nunca su derogación. Otras posibilidades jurídicas o fácticas podrán ameritar su aplicación. Para establecerla precedencia, examinará las posibilidades fácticas y jurídicas que se dan en el caso concreto o situación a regular mediante tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación, estableciendo como resultado el principio constitucional que precederá el caso o situación.

Entonces, la proporcionalidad, especialmente en la etapa de ponderación, pone el acento en las interacciones entre los derechos constitucionales, sopesando las razones de uno y de otro en el caso o situación a regular, para descubrir y establecer la precedencia del que tenga mayor peso para resolver el caso. El resultado de este procedimiento será una regla ponderada.

Entendido que los derechos constitucionales son normas de principios, la investigación tendrá en el principio de proporcionalidad su eje, en tanto, como técnica para la aplicación de aquellos, será el instrumento para la realización del derecho al ambiente.

7. Recepción en la doctrina nacional

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

Berizonce sostiene:

> El encumbramiento de los nuevos derechos y garantías, a su vez, por la propia y consustancial morfología de los preceptos de sesgo supremo, básicamente consistentes en normas fundantes, principios, en sus diversos sentidos, relacionados con valores o con las denominadas «directrices políticas», permite conceptualizar a la Constitución como «principiológica». No porque antes no lo fuera, sino, en todo caso, desde que ahora existen más y más normas abiertas[38].

Perspectiva que también se encuentra en el actual Código Civil y Comercial argentino (2015), con la denominada «constitucionalización» del derecho privado, que supuso una explícita revisión y reformulación del paradigma positivista legalista heredado del siglo XIX[39].

Como expresa Sozzo:

> La constitucionalización del Derecho Privado, con la consecuente puesta en vinculación de la teoría de los derechos fundamentales con las bases teóricas del Derecho Privado, que importa el reconocimiento, en el ámbito del sistema jurídico, de derechos fundamentales individuales (como el derecho propietario) y bienes colectivos fundamentales (como la protección del patrimonio cultural o del medio ambiente), con fuerza

---

[38] Berizonce, 2016, p. 1005.
[39] Pinto, 2017, p. 496.

normativa propia introduce un salto cualitativo respecto del modelo de la función social de la propiedad y el contrato[40].

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

Sobre esta perspectiva del sistema jurídico, Pérez Hualde señala:

> La moderna tendencia que nos ofrece el constitucionalismo nos coloca frente a un conjunto de valores y principios fundamentales, expresados –en principio– en los acuerdos internacionales de derechos humanos, y en aquellos que tienen por finalidad la protección del medio ambiente, que se encuentran contenidos explícita o implícitamente en el texto constitucional y que le sirven de sustrato al compromiso de acatamiento a ese orden normativo[41].

Cassagne, por su parte, expresa:

> A su turno, la progresiva constitucionalización de los principios generales –que abrió paso a nuevas técnicas de interpretación– ha ahondado el declive del llamado positivismo excluyente que, en su caída, ha arrastrado antiguos dogmas. En la actualidad, casi nadie sostiene que la interpretación y aplicación al caso sea una operación de pura lógica formal que consista en subsumir los hechos a la norma aplicable[42].

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

> [...] un renovado bloque de constitucionalidad asentado en la concepción superadora de un Estado social democrático de derecho que, sin renegar de los valores democrático-liberales tradicionales, incorpora un catálogo ampliado de nuevas categorías de derechos y garantías –aquellos encuadrados en segunda y tercera generaciones–, asentados en renovados valores que ensalzan la dignidad humana como eje central para el ejercicio de la libertad[43].

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

---

[40] Sozzo, 2007, p. 376.
[41] Pérez Hualde, 2008, p. 750.
[42] Cassagne, 2015, p. 13.
[43] Santiago, 2008.

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

8. La hipótesis

La hipótesis que guía esta investigación es:

El derecho al ambiente, como principio de derecho fundamental sobre un bien colectivo, estructura mediante el principio de proporcionalidad el sistema jurídico ambiental argentino, tanto en la formación de reglas y decisiones, como en la reconfiguración de la organización del Estado.

La hipótesis presenta variables que conforman su estructura. Son conceptos de mayor o menor grado de abstracción que representan el conocimiento que se procura alcanzar. En un sentido más concreto, las variables posibilitan analizar, medir y organizar el objeto sometido a la investigación[44], es decir, si la teoría de los principios es la base para una interpretación adecuada del derecho al ambiente reconocido en la Constitución Nacional.

Se distinguen las siguientes variables: 1) el derecho al ambiente, como norma tipo principio, estructura el sistema jurídico ambiental; 2) el principio de proporcionalidad como método de aplicación, y 3) la configuración del Estado Ambiental de Derecho.

Hay una variable adicional implícita: 4) las conclusiones deben resultar coherentes y consistentes con el sistema jurídico[45]. La coherencia debe ser concebida como un atributo relativo a la racionalidad del sistema jurídico, constituyendo una condición de la eficacia de sus normas, y la consistencia, como la necesaria previsión de mecanismos de interpretación y de solución de los conflictos normativos[46]. Los arts. 1, 2 y 3 del CCyC son contestes con estas condiciones. Por lo que, tratándose de una investigación dogmática, las conclusiones que se obtengan deben ser corroboradas por su consistencia y coherencia.

La hipótesis se enmarca en la *teoría de los principios,* considerando que el derecho al ambiente, entendido como principio de derecho fundamental, explica, interpreta y estructura en forma coherente el sistema jurídico ambiental argentino.

Al afirmar que el derecho al ambiente estructura el sistema jurídico ambiental, entiende que, como norma tipo principio, en su proceso de mayor realización colisiona con otros derechos que también integran la trama de derechos constitucionales reconocidos, por lo que se requiere del principio de

---

[44] Núñez Flores, 2007, pp. 166-167.

[45] Ordenamiento y sistema jurídico son conceptos que se distinguen en la doctrina. La diferencia entre sistema y orden jurídicos se puede explicar mediante una distinción relativa a su operatividad en el tiempo, siendo el primero diacrónico y el segundo sincrónico. Huerta Ochoa, 2003, p. 29. El art. 2 del CCyC alude que la interpretación debe ser coherente con el ordenamiento, sin embargo, sin alterar su significado, en la investigación se utilizará sistema jurídico por su uso habitual y porque posibilita aludir con facilidad al subsistema jurídico ambiental.

[46] Huerta Ochoa, 2008, pp. 133-134.

proporcionalidad para la resolución de estas colisiones y la formación de la regla ambiental definitiva. Estas reglas, al ser conforme al principio constitucional, permiten afirmar que las regulaciones ambientales se estructuran a partir de aquel.

La hipótesis también expresa que el derecho al ambiente tiene por objeto un bien colectivo, cuya titularidad es comunitaria y que entraña múltiples intereses a satisfacer. Este bien protegido, perfila la operatividad del derecho constitucional y establece relaciones singulares con los demás derechos constitucionales.

Expresa, también, que la competencia de configuración para la realización del principio de derecho ambiental incide en la organización del Estado como en las relaciones sociales.

Para comprobarla, el plan de desarrollo de la investigación se desplegará en el siguiente orden:

1) En los Capítulos 1-2 se desarrollará el marco teórico general, tratándose la estructura del sistema jurídico, sus tipos de normas y, especialmente, las normas de derecho fundamental.

Comprobada la existencia de normas tipo principios, corresponderá explicar el principio de proporcionalidad como método para la resolución de la colisión entre derechos fundamentales.

Estos capítulos iniciales sistematizarán los aspectos esenciales del marco teórico, ubicando el objeto de investigación –los principios de derecho ambiental– dentro de la *teoría de los principios*, como presupuesto necesario para el análisis del derecho fundamental al ambiente. En esta parte inicial también se definirá y delimitará conceptualmente los términos a aplicar en el desarrollo de la metodología de la investigación. La adopción y manejo de tales conceptos es esencial para emprender el análisis metodológico que se concreta en los capítulos subsiguientes.

Se debe remarcar que la labor en estos primeros capítulos es sin perjuicio de completar en otros capítulos los contenidos conceptuales que integran el marco teórico cuando el tema lo requiera.

2) Sentadas las bases del marco teórico y conceptual de la investigación, se aplicará en los Capítulos 3-5 sus premisas esenciales al derecho al ambiente reconocido en la CN, analizándose el principio de sustentabilidad y su optimización por la proporcionalidad. Luego de ello, se examinará la estructura operativa del derecho al ambiente a fin de establecer las relaciones que compone en su proceso de realización. Finalmente, se tratará el bien colectivo protegido por el derecho fundamental.

3) En el Capítulo 6 se tratarán los principios formales y su relación con la sustentabilidad en la configuración del Estado de Derecho.

4) El Capítulo 7, en procura de la coherencia y consistencia de los resultados alcanzados, se dirigirá a validar la correspondencia del método aplicado y sus conclusiones parciales con los fallos ambientales resueltos por la Corte Suprema de

Justicia de la Nación (CSJN). El análisis de los fallos se encuentra en el Anexo 1 y acompaña el desarrollo de la investigación.

Una consecuencia de este análisis será conformar una red de estándares de la sustentabilidad que contribuirán a la seguridad jurídica de las conclusiones.

5) El Capítulo 8 se realizará el balance de las conclusiones alcanzadas para la comprobación de la hipótesis.

9. El método de Alexy

No es solo la trascendencia de la obra del jurista alemán el motivo de la elección de las premisas de la teoría de los principios como base de la investigación, sino también el fundamento que proporciona sobre el método de su trabajo: «Con el análisis lógico se puede librar a la ciencia de los derechos fundamentales, al menos en parte, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo»[47].

La lógica jurídica como método superador de las consideraciones ideológicas es el desafío de su trabajo científico, esto tiene singular importancia cuando es evidente que esas consideraciones conspiran en la compresión y aplicación del derecho.

Sobre el método, Alexy explica que el camino hacia una teoría integradora de los derechos fundamentales pasa por una teoría estructural de los derechos fundamentales, y en una teoría estructural de los derechos fundamentales lo que importa sobre todo son las cuestiones analíticas.

En tanto teoría analítica, investiga estructuras tales como los conceptos de los derechos fundamentales, la influencia de estos sobre el sistema jurídico y la fundamentación misma de los derechos fundamentales.

Precisa que, siendo su materia más importante los precedentes del máximo tribunal alemán, se trata también de una teoría empírica-analítica.

Finalmente, también tiene carácter normativo-analítico en cuanto procura la fundamentación racional de los derechos fundamentales.

El objetivo del método, entonces, es la claridad analítica-conceptual en tanto condición elemental de racionalidad de toda ciencia[48].

En este sentido, Bernal Pulido sintetiza que la obra de Alexy tiene como objetivo básico aclarar el concepto, la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales[49].

---

[47] Alexy, 2012, p. 28.
[48] Alexy, 2012, p. 22.
[49] Bernal Pulido, 2014, p. XXIX.

10. El método de la investigación

Acorde al objetivo general y la hipótesis, se procura comprobar si la teoría de los principios es la base para una teoría adecuada del derecho al ambiente reconocido en la Constitución Nacional.

Para comprobar la hipótesis, se tiene en cuenta la distinción que realiza Alexy entre una teoría general de los derechos fundamentales, de tipo integradora, y una teoría particular que se ocupa de los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares[50].

A este último renglón se dirige el presente estudio, en cuanto la hipótesis, para resolver el problema en la interpretación de los principios de derecho ambiental, afirma que el derecho al ambiente es un principio de derecho fundamental, adscribiendo de esta forma a un modelo teórico general representado por la teoría de los principios.

La teoría de los principios se organiza en conceptos jurídicos, postulados y premisas para la interpretación de las normas constitucionales. Conforme a ella se explicará la estructura normativa del sistema jurídico ambiental, la función del principio de proporcionalidad y la naturaleza y estructura del principio de sustentabilidad. Debe adelantarse que la teoría de los principios es portadora de un método específico, cuyo objeto es resolver la colisión de derechos constitucionales; por lo que la proporcionalidad, cuando el derecho al ambiente es el derecho en colisión, será el eje de la exposición.

Se aplica, entonces, un método hipotético-deductivo que, a partir de la hipótesis enunciada, se referencia en una teoría jurídica general, y que mediante la deducción procurara obtener conclusiones relacionadas con el derecho al ambiente reconocido en el art. 41 de la CN. Esta tarea se realizará en sucesivos capítulos en los que se comprobará la correspondencia de la teoría general con el derecho ambiental argentino y su aporte en la resolución de la problemática de la investigación.

En síntesis, el desarrollo se apoyará en las premisas de la teoría general de Alexy y se dirigirá a analizar:

1) la estructura normativa del sistema jurídico (su composición);

2) el principio de proporcionalidad como método;

3) la estructura normativa del principio del art. 41 CN;

4) la proporcionalidad en relación con el principio de sustentabilidad;

5) la estructura operativa del derecho al ambiente.

Se precisa que es una investigación jurídica de tipo dogmático conforme el sistema jurídico vigente y no de una indagación filosófica. Un análisis dogmático,

[50] Alexy, 2012, p. 18.

como aclara Alexy, se dirige a saber qué es lo que tiene validez en un sistema jurídico, mientras que las cuestiones ético-filosóficas pueden plantearse con independencia del sistema[51].

Por lo que para validar o refutar las conclusiones parciales con el sistema jurídico ambiental vigente en la Argentina, se requiere demostrar su coherencia y consistencia con este. Entonces, a medida que se obtengan, se recurrirá a los fallos en causas ambientales de la CSJN, considerando que, como interprete final de la Constitución, la protección de los derechos depende de la interpretación que realiza el máximo tribunal en sus pronunciamientos.

Para ello, se aplicará la metodología o enfoque de *estudio de casos,* en la que los fallos ambientales seleccionados del máximo tribunal serán objeto de «una recolección sistemática de información (datos) y su análisis conforme a un método jurídico»[52], que en esta investigación corresponde a las variables o subprincipios del principio de proporcionalidad, en tanto método de resolución de las colisiones entre derechos, buscando identificar las características, propiedades y manifestaciones de los exámenes fácticos y jurídicos realizados en los diferentes pronunciamientos.

Esta tarea analítica se justifica porque, si bien se entiende que el control de constitucionalidad de la Corte se ejerce aplicando el criterio de la razonabilidad, los autores expresan que no hay por parte del máximo tribunal una explicación precisa del método correspondiente[53], por lo que es necesario identificar los criterios argumentativos que sostiene en la resolución de los casos ambientales e indagar su relación con el principio de proporcionalidad.

Para la instrumentación del análisis de casos, se selecciona un conjunto de fallos de relevancia en el derecho ambiental que se analizan de acuerdo con las siguientes consignas o variables:

1) examinaron la idoneidad de la medida conforme las circunstancias fácticas y el fin de protección ambiental;

2) examinaron la necesidad de las medidas considerando los derechos opuestos;

3) ponderaron los derechos en colisión y cómo lo hicieron.

Además de comprobar la correspondencia con el principio de proporcionalidad y sus modalidades específicas en el derecho ambiental argentino, este análisis conducirá a un objetivo particular, conforme lo propuesto por Bernal Pulido[54] y por Clérico[55], cual es si los precedentes en los que la sustentabilidad es uno de los principios en colisión conforman una *red de reglas de ponderación*, que contribuiría a la seguridad jurídica de los exámenes que esta implica.

---

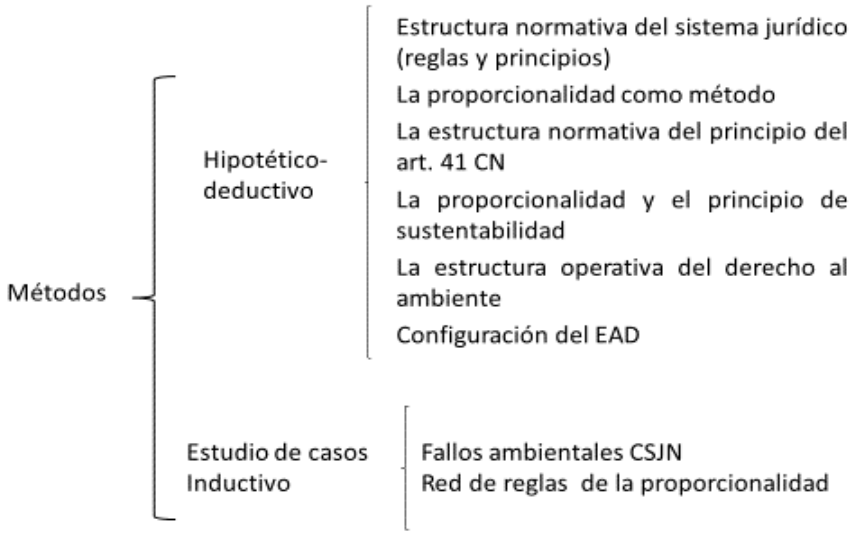
[51] Alexy, 2012, p. 152.
[52] Álvez Marín y Vielma, 2018, pp. 155-174.
[53] Clérico, 2018, p. 158. Saggese, 2010, pp. 211y 142. Se amplia en el Capítulo 2.2. y en el Capítulo 7.5.
[54] Bernal Pulido, 2007a; 2014.
[55] Clérico, 2018.

La red de reglas supone alcanzar, mediante la inducción, conclusiones generales que tipificarían en el sistema jurídico ambiental estándares de la proporcionalidad aplicables en el proceso de resolución cuando la sustentabilidad colisiona con otros derechos. El estudio de casos se realiza en el Anexo 1, y su análisis y evaluación en el Capítulo 7.

El conjunto de metodologías de la investigación posibilitará la conexión entre teoría y práctica, haciendo posible el descubrimiento de nuevas relaciones y conceptos.

Figura 1

Plan de desarrollo de la investigación



11. Aportes teóricos del derecho ambiental argentino

La elaboración de concepciones teóricas del derecho ambiental no es ajena a los autores nacionales, tampoco lo es el tratamiento de los principios de derecho ambiental.

Ricardo Lorenzetti, en *Teoría del Derecho Ambiental*[56], junto a Pablo Lorenzetti en *Derecho Ambiental*, instala el paradigma ambiental como eje de su concepción. Parten de señalar la evolución del sistema ambiental dividiendo la historia del ambientalismo en tres periodos: *retórico*, en el que se introdujo el discurso «verde»; *analítico*, en el que se promovieron las leyes; y *paradigmático*, en el que se deben cambiar las conductas y la cultura.

Al respecto, expresan que:

> Denominamos paradigmas a los modelos decisorios que tienen un estatus anterior a la regla y condicionan las decisiones. El vocablo ha sido

[56] Lorenzetti, 2010a.

> utilizado en numerosos campos filosóficos y científicos con acepciones diferentes, pero en nuestro caso se refiere únicamente al modelo de precomprensión que guía las acciones humanas en un determinado tiempo y lugar[57].

Para precisar que el paradigma ambiental se basa en una idea de interacción compleja que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana[58]. Los aportes de Ricardo Lorenzetti comprenden un amplio espectro de cuestiones que han dotado al derecho ambiental argentino de reconocimiento internacional; también, debe destacarse, su pensamiento se refleja en los más importantes fallos en causas ambientales resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), por lo que su referencia será un recurso permanente en el desarrollo de la investigación.

Ya se mencionó la fecunda labor de Néstor Cafferatta en todas las problemáticas del derecho ambiental y sus significativos aportes en la interpretación de los principios de derecho ambiental. Sus trabajos sobre el principio de prevención y precaución son de referencia en el derecho ambiental argentino e internacional. La interpretación que realiza sobre el sistema jurídico ambiental expresa en forma contundente la estructura normativa dual, compuesto por reglas y principios, que conforman un sistema coherente y general. Se destaca la definición de los principios como normas jurídicas *prima facie*, en estado germinal, que constituyen mandatos de optimización. Interesa especialmente la identificación que este autor hace del principio de realidad, el cual, entiende, es un principio oculto en la Ley General del Ambiente –ya que no lo menciona en su Art. 4– que «pone el acento en la realidad ambiental, local, regional, nacional o internacional, como condición de eficacia o aplicación de la normativa», expresando que se trata ni más ni menos que del fruto maduro del principio de proporcionalidad[59]. Esta mención tiene un significado especial para esta investigación, ya que el principio de proporcionalidad será la referencia esencial del desarrollo a realizar.

Franco y Bec, en su obra *Presupuestos mínimos de protección ambiental* (2010), realizan un exhaustivo análisis de la norma ambiental, acudiendo a autores clásicos, destacándose la frecuente apelación a la teoría de Kelsen para construir su teoría sobre la norma ambiental argentina. La concepción de los «umbrales cuantificables» como criterio que define el contenido de las normas de presupuestos mínimos es el eje de su trabajo.

Alberto Esain, en el libro *Competencias ambientales* (2008), desarrolla una explicación integral del derecho ambiental que se centra en el ámbito competencial de la norma ambiental. Más recientemente, Esain (2015) enuncia los trazos de una teoría que, en su esencia, se centra en el ambiente como bien jurídico complejo.

Por su parte, Gonzalo Sozzo realiza una contribución significativa en su obra *Derecho privado ambiental*. *El giro ecológico del derecho privado* (2019). En ella señala que la debilidad del derecho ambiental es que siempre se ha detenido frente al umbral del derecho privado. Por lo que la transformación del derecho privado

---

[57] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 35.
[58] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 37.
[59] Cafferatta, 2009.

respecto de los bienes ambientales era indispensable. Así, la reforma del Código Civil y Comercial (CCyC) supone su recodificación mediante una nueva cosmovisión de la relación del hombre con la naturaleza.

Muchos otros autores nacionales han elaborados aportes sustanciales al derecho ambiental que acompañarán la presente investigación.

Capítulo 1. Principios y reglas en el sistema jurídico

1. El sistema jurídico y la cláusula ambiental constitucional

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

Al respecto, Sabsay explica que la estructura general de tratamiento en las constituciones del derecho al ambiente responde a un esquema prácticamente idéntico. En primer lugar, en la parte dogmática –la dedicada a principios, derechos y garantías– se reconoce el derecho; luego, en segundo lugar, en la parte orgánica –la consagrada a los poderes de gobierno– se determinan una serie de prestaciones a cargo del Estado para posibilitar que rija el derecho humano fundamental reconocido. Sabsay observa que «la reforma ha incluido ambos aspectos en una misma disposición, haciendo uso de una técnica legislativa que no es la más habitual»[60].

Esain, en este sentido, describe que:

> La cláusula ambiental argentina emerge en 1994 con la reforma constitucional, pero como parte de una estructura más amplia. Ella puede pensarse desde el punto de vista dogmático (derechos) y también desde el espacio de los poderes (orgánico) y con pleno reenvío entre ambos, porque el derecho al ambiente se rodea de contracciones tanto en el sistema de derechos como en el sistema del nuevo Estado de derecho ahora Estado ambiental de derecho[61].

Una relación entre derechos sustantivos y reglas de la organización del Estado se vinculan en la misma disposición constitucional.

Previo al análisis estructural de la norma jurídica, debe considerarse que estas se diferencian de otros tipos de normas por las propiedades que les son atribuidas debido a su pertenencia a un sistema jurídico, derivando de este su estructura formal[62]. El primer abordaje, entonces, será indagar la estructura del sistema jurídico en el que se desenvuelve el derecho al ambiente. Este análisis posibilitará descubrir las relaciones, interacciones y procesos que lo explican sistémicamente, siendo la base para reconocer y entender el funcionamiento de la cláusula ambiental y sus eventuales conflictos interpretativos.

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

---

[60] Sabsay, 2003, p. 417.
[61] Esain, 2017, p. 42.
[62] Huerta Ochoa, 2007, p.18.

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

El concepto de sistema jurídico se muestra como un concepto clave en la teoría jurídica. Sin embargo, el término no está exento de vaguedad. No existe una única definición o noción de sistema jurídico; por tal razón se reivindica –más que su acepción– sus efectos prácticos o funcionales para resolver conflictos[63].

Entonces, si la complitud, consistencia y coherencia entre sus normas son los rasgos esenciales del sistema jurídico, la Constitución es el parámetro relevante para la identificación del ordenamiento que establece la cláusula ambiental.

Acosta Alvarado[64] caracteriza al sistema jurídico que, con algunas acotaciones, describe de la siguiente forma:

1) El sistema jurídico es un sistema normativo: según algunos autores, integrado exclusivamente por reglas; según otros, por principios y reglas.

2) El sistema jurídico es sistema coactivo: pues algunas de sus disposiciones están dirigidas a regular el ejercicio del monopolio estatal de la fuerza.

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

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

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

Así, estructura y función son dos enfoques complementarios de una misma realidad y ninguno describe acabadamente por sí solo el sistema[65].

[63] Pavlovich Jiménez, 2009.
[64] Acosta Alvarado, 2010, pp. 193-219.
[65] Grün, 2007.

2. Sistema legalista vs. Sistema de principios

2.1. Irrupción de los principios como normas jurídicas

Concebir al sistema jurídico como integrado exclusivamente por normas tipo reglas ha sido la teoría dominante hasta la Segunda Guerra Mundial, luego se abrió paso una concepción que integró al sistema jurídico normas tipo principios.

Un sistema jurídico integrado exclusivamente por reglas fue fundamentado y expuesto por Hans Kelsen. El paradigma de Kelsen es el de un sistema cerrado, porque ve al derecho únicamente integrado por normas, básicamente de un solo tipo, la regla de derecho. La regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que, si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero –aclara– esta expresión «debe ser» está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico[66].

Al respecto, precisa que «la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo, o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo»[67].

Entonces, identifica aquello que es lo propio del derecho: «El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada»[68].

Como «teoría pura» desvincula al derecho de su entorno social, político, económico y axiológico. Preserva el sistema jurídico de elementos extrajurídicos para dotarlo de seguridad. Para la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas sobre la base de su validez y/o eficacia. La pirámide normativa coronada por la norma fundamental representa el ideal positivista.

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

El derecho, en consecuencia, no se podía reducir a la ley, así aparece un nuevo paradigma que instala a los principios como integrantes del sistema normativo, desplazando la fuerza de la ley por la fuerza de la Constitución. El derecho no estaría solo integrado por reglas, sino también por principios[69].

Los principios, como expresión jurídica, irrumpen cuando Ronald Dworkin presenta una construcción del derecho que parte de la crítica a quien era entonces el exponente más importante del positivismo, H. L. A. Hart, quien había publicado el libro *El concepto del derecho* en 1961 y que Dworkin rebatió con un artículo

---

[66] Kelsen, 1982, p. 68.
[67] Kelsen, 1982, p. 60.
[68] Kelsen, 1982, p. 72.
[69] Santiago, 2016, p. 5.

publicado en 1967, con el título: «¿Es el derecho un sistema de reglas?», concepción jurídica que sistematizaría en su obra *Los derechos en serio*, publicada en 1977.

Para Dworkin, la teoría del derecho de Hart sirve exclusivamente para las «reglas del sistema jurídico», pero no dice nada respecto de lo básico de cualquier sistema jurídico: que está compuesto fundamentalmente por principios jurídicos[70]. Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios. Mientras que las normas tipo reglas suponen un esquema binario para su aplicación, llamado por Dworkin «a todo o nada», esto es, si se verifican las condiciones de aplicación previstas en las normas deben verificarse sus consecuencias jurídicas, las normas tipo principios se desempeñan con mayor fuerza en los casos duros o difíciles en los que no media ninguna regla[71].

Dworkin distingue además entre principios y directrices o directrices políticas. Los principios aluden a un estándar que debe ser observado porque es una exigencia de la justicia, la equidad u otra dimensión de la moralidad, mientras que las directrices políticas son un tipo de estándares que tienen algún objetivo económico, político o social de la comunidad. Los define más sintéticamente, expresando que: «Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos»[72]. Para Dworkin los principios son principios morales y, en este sentido, excluye de sus alcances a las directrices o políticas[73].

Dworkin afirma que los principios están dotados de una dimensión de peso o importancia del que carecen las reglas; el conflicto entre dos reglas supone que una es inválida, los conflictos entre principios implican aplicar el de mayor peso relativo en el caso[74].

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

Es con Alexy que la teoría de los principios adquiere precisiones lógicas y mayores fundamentos jurídicos. Recoge las ideas básicas de Dworkin, así como desarrollos sobre los principios jurídicos presentes en anteriores tendencias en la literatura de habla alemana, para establecer una diferenciación, en cuanto a la teoría de la norma, entre reglas y principios[75].

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

> Para saber si las mejores razones hablan en favor o en contra de considerar a los principios como elementos del sistema jurídico, hay que preguntarse, ante todo, qué sucedería si el sistema jurídico contuviese

---

[70] Dworkin, 1989, p. 72.
[71] Dworkin, 1989, p. 80.
[72] Dworkin, 1989, p. 158.
[73] López Ruf, 2009.
[74] Dworkin, 1989, p. 77-78.
[75] Borowski, 2016, p. 56.

> exclusivamente reglas. Una concepción del sistema jurídico que solo contuviese reglas puede ser llamado «modelo de sistema jurídico de reglas[76].

El éxito de este modelo depende de que sus normas puedan establecer o describir todos los hechos sujetos a decisión. Pero la experiencia histórica y la lógica demuestran que «una legislación tal es imposible»[77], en cuanto las reglas no pueden abstraer la dinámica de toda la realidad, siempre cambiante y colmada de circunstancias.

Se suelen distinguir al respecto los casos denominados fáciles de los difíciles. Como expresa Negri[78]: son casos fáciles aquellos en los que no existen dificultades en identificar la norma a aplicar y el supuesto de hecho objeto de decisión; por ejemplo, aquellos en que la norma utiliza conceptos unívocos (aeronave, cheque, hecho imponible, etc.), o cuando utiliza conceptos numéricos, cuando establece la mayoría de edad a los dieciocho años, o requiere la existencia de tres testigos en los testamentos o determina que el muro medianero debe tener como mínimo tres metros de altura. De allí que se afirme que en los casos fáciles sea más evidente la aplicación del derecho como subsunción.

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

De tal forma, frente a la dinámica social, las lagunas regulatorias son inevitables, incluso en el sistema legal más completo. Bien se dice que «en términos doctrinarios, vale la pena repetir con Larenz: toda ley, inevitablemente, tiene lagunas»[79].

Sobre las lagunas regulatorias, la CSJN (2017c) reconoce:

> Que, en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, las previsiones constitucionales –aún las más exactas– suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas, pero insuficientemente reguladas, y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto.

Para Alexy, apelar a lo extrajurídico como argumentación para resolver estos vacíos contradice la teoría positivista, peor aún, contradice una concepción científica del derecho. Así, fundamenta la conformación del sistema jurídico integrado por reglas y principios:

---

[76] Alexy, 2004, p. 165.
[77] Alexy, 2004, p. 166.
[78] Negri, 2018.
[79] Lezcano, 2015, p. 7.

> Otra es la situación en una teoría del sistema jurídico según la cual este está constituido tanto por reglas como principios, es decir, en un *modelo de reglas/principios.* En el modelo de reglas/principios, por una parte, se conserva básicamente la fuerza vinculante del nivel de las reglas. Por otra, es un sistema cerrado en la medida en que siempre hay principios a los que puede recurrirse y, por lo tanto, no hay en él ningún caso posible que no pueda *ser* decidido sobre la base de criterios jurídicos[80].

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

Corresponde aclarar que los principios tienen una larga historia en la tradición jurídica moderna y contemporánea, y no reduce sus límites a los desarrollos de Dworkin o de Alexy, pero es innegable el hecho de la creciente influencia que la doctrina elaborada por ambos ha ejercido sobre la teoría contemporánea del derecho y los valiosos aportes que han hecho a la práctica jurídica –especialmente a la práctica de los tribunales judiciales–[81].

Sobre este cambio de paradigma jurídico, expresan Sodero y Vigo, que, frente a las visiones «normativistas», se consolida con el Estado de Derecho Constitucional una visión «principialista» del derecho. Esta nueva matriz jurídica se fue construyendo en Europa Continental después de Núremberg, y una de sus tesis centrales es la de la ruptura de la sinonimia entre derecho y ley, junto a la superación del dogma de la infalibilidad de la voluntad legislativa[82].

Como expresa Alfonso Santiago: «del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos»[83].

2.2. Diversidad de principios y de interpretaciones

Alexy considera desconcertante la amplia gama de caracterizaciones teórico-estructurales que se encuentran en las interpretaciones de la jurisprudencia y en la doctrina, tanto respecto de los derechos fundamentales como de las normas de derecho fundamental. Identifica veintiún expresiones con connotaciones teórico-estructurales de los derechos fundamentales y de sus normas: garantías de libertad, principios de conformación social, elementos de ordenación social, principios constitucionales, disposiciones de fines del Estado, principios estructurales, norma rectora, norma-pauta, principios de orden social, principios objetivos, entre muchos otros, para preguntarse, ¿qué se quiere decir con «objetivo» o con «principio»?[84].

---

[80] Alexy, 2004, p. 168.
[81] Suárez-Rodríguez, 2012, p. 58.
[82] Vigo, 2015, p. 1077.
[83] Santiago, 2008.
[84] Alexy, 2012, pp. 23-24.

En efecto, los principios son utilizados con gran amplitud en el derecho, comprendiendo ideas tales como «origen o causa», «parte importante de algo», «regla o guía», «finalidad», «premisa o esencia», «máxima» o «verdad ética incuestionable», del mismo modo se ha asimilado la expresión «principios» a la de «valores»[85].

Para Negri, una opinión común de los juristas es que existe una clase diferente de normas, que son los *principios*, para afirmar que se trata, indudablemente, de una expresión ambigua. Al respecto, se muestran algunas de las acepciones que este autor recopila: 1) como parte o ingrediente importante de algo, propiedad fundamental, núcleo básico, característica central; 2) como premisa, inalterable punto de partida para el razonamiento, axioma, esencia, propiedad definitoria; 3) como regla práctica de contenido evidente; verdad ética incuestionable, 4) como máxima, aforismo, proverbio, pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición, 5) como idea o rasgo fundamental del ordenamiento jurídico o de un sector de él; 6) como la *ratio legis* de una norma o de un conjunto de ellas; 7) como una regla general inducida de disposiciones específicas; 8) como una regla de una larga tradición jurídica; 9) como una regla aplicada por analogía; 10) como una regla originada en la equidad; 11) como una disposición legal de carácter general; 12) como un artículo considerado fundamental de un cuerpo legal; 13) como un artículo o un grupo de ellos de la constitución política[86].

También son comprendidos como pauta orientadora, guía de resolución, directriz política, criterio de interpretación, norma inacabada, soporte básico, filtro purificador, diques de contención, entre muchas otras expresiones y puntos de vista[87] que, sumado a su multiplicidad, genera un espacio de confusión que nada aporta para comprender su funcionamiento en el sistema jurídico.

En el mismo sentido, Saggese, cuando procura determinar el estatus jurídico de la razonabilidad, analiza el significado jurídico que se le otorga al término «principio», encontrando diversidad de ideas y teorías sobre su significado, considerando que la tarea más importante es la función que cumplen en la interpretación y aplicación del derecho[88].

Delucchi, luego de realizar una extensa enumeración de los principios, se pregunta si todos ellos significan lo mismo. Responde que no, caso contrario todos los principios operarían del mismo modo. En efecto, su función en el sistema jurídico varía considerablemente. Se puede apreciar que algunos de ellos operan como guías de resolución de conflictos entre reglas (la ley superior prevalece sobre la inferior), otros como valores (principio de solidaridad, de justicia), otros como garantía de la organización institucional (principio de división de poderes y federalismo), otros como consecuencias lógicas del propio sistema de normas en un caso (si puedo lo más puedo lo menos) y tal vez también como consecuencias pragmáticas (estar por la validez del acto), y otros como formulaciones explicitadas en el sistema (no hay crimen ni pena sin ley previa). En otros casos actúan como la enunciación de lo que

---

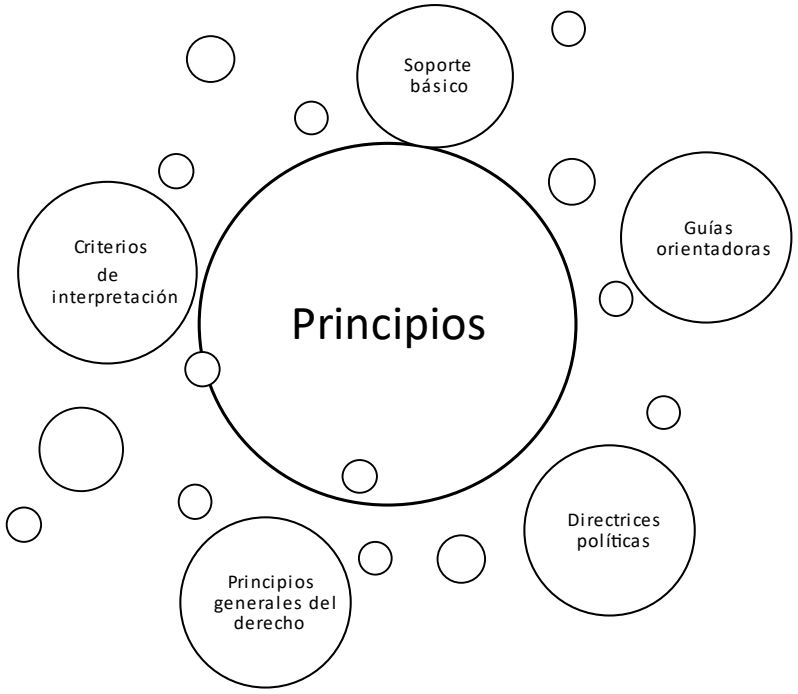
[85] Delucchi, 2010, p. 598.
[86] Negri, 2020.
[87] Saux, 2021, p. 7 y ss.
[88] Saggese, 2010, p. 39

suele pasar en la realidad (*pacta sunt servanda*) o de ficciones o presunciones que mantenemos para que otras instituciones del sistema puedan funcionar (*iuria curia novit*)[89].

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

Figura 2

Diversidad de definiciones



3. Estructura normativa y definición de principio

Para Alexy, tanto las reglas como los principios son normas jurídicas porque establecen lo que *debe ser*. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición[90].

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

---

[89] Delucchi, 2010, p. 602.
[90] Alexy, 2012, p. 65.

Entonces, la norma jurídica se formula de manera condicional, atendiendo a una serie de *circunstancias, sujetos y acciones*, que son denominadas elemento del supuesto de hecho, que se vinculan a una consecuencia jurídica que *debe ser* cuando el supuesto se materializa. La relación normativa entre estas dos partes de la estructura de la norma es, como Kelsen la denominó, de imputación, y se representa en la fórmula condicional: «Si A es, entonces B debe ser», es decir, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). La consecuencia es imputada a la condición[91].

Las reglas y los principios pueden establecer obligaciones, prohibiciones o permisiones, por lo que entonces, toda norma jurídica es o bien una regla o un principio[92].

No obstante, debe precisarse cuál es la diferencia de la regla con los principios. La distinción más frecuente se ha vinculado a la generalidad de estos. Se expresa que una generalidad alta distingue a los principios, mientras que una generalidad baja distingue a la regla. Por ejemplo, si todos los habitantes gozan de la libertad de profesar su culto, este sería el principio, mientras que la Ley 21754, que regula el Registro Nacional de Cultos, sería la regla.

Pero esta distinción no es el criterio decisivo. Alexy distingue los principios y reglas definiendo a los primeros *como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*, mientras que las reglas son normas que ordenan algo en forma definitiva. Así, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios opuestos[93].

De esta distinción se sigue que los principios, en tanto mandatos de optimización, son realizables con medidas de autorización, obligación o prohibición que pueden comprender un amplio espectro; mientras que las reglas, en tanto mandatos definitivos, se cumplen o no[94].

Entonces, de una concepción del derecho que agotaba su esfuerzo en la subsunción de los hechos y conductas a las reglas[95], se pasa a entender a los derechos constitucionales como principios normativos, como mandatos de optimización cuya resolución, en caso de colisión, se resuelve con la proporcionalidad, método que se desarrolla en el Capítulo siguiente.

---

[91] Kelsen, 1982, p. 50.
[92] Alexy, 2012, pp. 67-68.
[93] Alexy, 2012, p.68.
[94] Alexy, 2004, pp. 68 y 185.
[95] La subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica es un silogismo a tenor del cual la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) que debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica. Iturralde, 1991, 241-242.

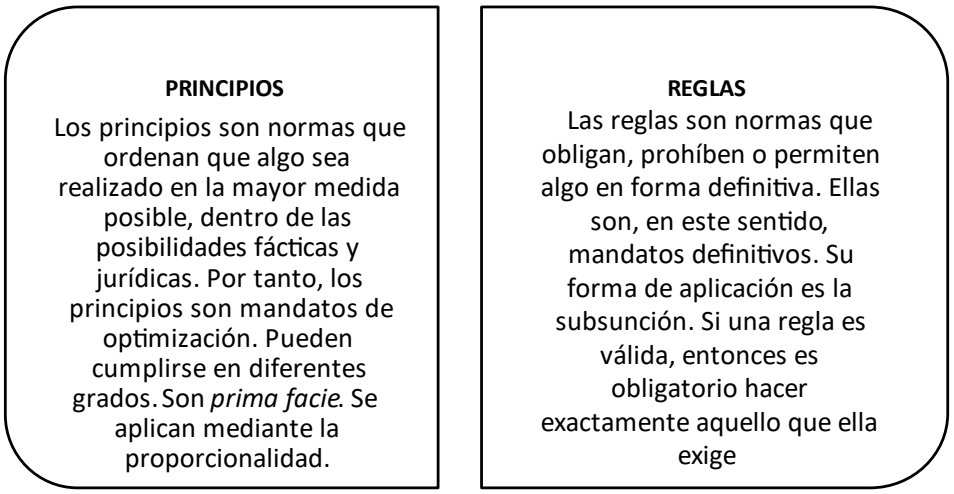
Corresponde aclarar que Alexy utiliza la palabra mandato en sentido amplio, comprendiendo la permisión y la prohibición[96].

Con esta definición, se apunta a una norma que se caracteriza por procurar su optimización, esto es su mayor realización posible, siendo las posibilidades fácticas y jurídicas las que establecerán el grado de realización.

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

Figura 3

Distinción entre reglas y principios



Con estos conceptos, se construye la base de la teoría de los principios: las normas jurídicas pueden ser reglas o principios, cuando tienen el carácter de principio, son mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

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

[96] Alexy, 2012, nota 23, p. 68.

4. La norma y la disposición de derecho fundamental. Normas directamente estatuidas y normas adscriptas.

4.1. La norma, el enunciado y la disposición de derecho fundamental. La norma de derecho fundamental al ambiente

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

Un enunciado –sin aditamentos– es una expresión lingüística que permite comunicar algo. Un enunciado califica de *normativo* por pertenecer a una fuente de derecho –por ej.: la Constitución o la ley–, siendo *lo normativo* el resultado de la interpretación sobre lo debido, prohibido o permitido. Lo normativo es lo prescripto por el enunciado. La norma, entonces, establece una conducta como obligatoria, prohibida o permitida.

De tal forma, los enunciados *normativos* expresan las normas a través del lenguaje en que se redactan los textos normativos[97], si un enunciado por sí mismo no expresa ninguna norma, deberá combinarse con otros enunciados para construirla.

Negri, siguiendo a Guastini, define la relación entre interpretación, enunciado y disposición: «La operación intelectual que conduce del enunciado al significado (o la operación de identificación del significado) constituye la interpretación. La disposición es por lo tanto el objeto de la interpretación, y la norma es su resultado, aunque la norma no es ontológicamente algo distinto de la disposición»[98].

Respecto a los significados, Negri explica que, sentada esta distinción, hay disposiciones que expresan más de una norma (tienen un contenido de significados complejo: expresan una multiplicidad de normas conjuntas). Hay disposiciones ambiguas, en el sentido que pueden ser interpretadas de distintas maneras. A cada interpretación corresponde un significado distinto y, por tanto, una norma distinta. En estos casos, a una sola disposición corresponde no ya una sola norma, sino una multiplicidad de normas separadas entre sí. Hay disposiciones sinonímicas, es decir, que tienen el mismo significado. Hay normas extraídas de más de una disposición; una norma se extrae por vía interpretativa de una pluralidad de disposiciones combinadas. Hay decisiones interpretativas en una sentencia en la que el juez constitucional se pronuncia sobre una interpretación de una disposición, es decir, sobre una norma[99].

Entonces, hay diferentes formas de expresar una norma, entre estas formas destacan las que emplean formas deónticas, tales como: está prohibido, pueden o deben. Por su parte, las expresiones «tienen un derecho» son una modalidad deóntica compleja[100] como se aprecia en el art. 41 de la CN con respecto al derecho al ambiente y que se trata en el Capítulo 3.2.2.

---

[97] Huerta Ochoa, 2008, p. 18.
[98] Negri, 2020.
[99] Negri, 2020.
[100] Alexy, 2012, p. 37.

El asunto es cuándo un enunciado normativo de la Constitución es una norma de derecho fundamental. Antes de acometer esta tarea, razones terminológicas requieren aclarar que en ocasiones Alexy simplifica la expresión de enunciado normativo de derecho fundamental por el de *disposición* de derecho fundamental por su uso más frecuente[101].

Conforme Alexy, hay tres criterios para identificar las normas de derecho fundamental, el estructural, el material y el formal. Señala que Carl Schmitt expresa un criterio que vincula elementos materiales y estructurales. Según esta perspectiva, los derechos fundamentales:

> [...] son solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución. Que un derecho pertenezca al fundamento mismo del Estado es una manifestación material. Según Schmitt, al fundamento del Estado Liberal de Derecho, pertenece un grupo de derechos, es decir, el de los «derechos individuales de libertad»102.

Una definición de los derechos fundamentales de carácter material, como la expuesta por Schmitt, es rechazada por Alexy, por ser limitativa, en cuanto la vincula con una determinada concepción del Estado, resultando que, si el Estado es Liberal de Derecho, muchos derechos fundamentales quedarían excluidos.

Por su parte, el criterio formal, que apunta a la forma de positivización, le resulta más conveniente. Pero realiza una observación, este criterio es muy restrictivo al considerar como norma de derecho fundamental exclusivamente a las que son establecidas expresamente en algún capítulo específico de un texto constitucional, por ejemplo: «de los derechos fundamentales». Alexy observa que muchas disposiciones, ubicadas en otras partes de los textos constitucionales, tienen conexión sistémica y contextual con normas que confieren derechos, las que quedarían excluidas de este concepto. Da un ejemplo de la Constitución alemana cuando fuera del capítulo específico establece: *Todo el sistema escolar se encuentra bajo la supervisión del Estado*, enunciado en el que observa una clara prescripción hacia el Estado, por lo que rechaza el criterio subjetivo por ser restrictivo.

El afán de alcanzar una teoría general de los derechos fundamentales, lo decide por una definición formal, que apunte a *la forma de positivización*, pero sin cerrarse a una parte del texto constitucional. Entiende que este criterio no excluye ningún derecho fundamental ni se opone a la definición material. Entonces, son normas de derecho fundamental las normas directamente expresadas por enunciados constitucionales[103].

---

[101] Alexy, 2012, p. 46.
[102] Bernal Pulido, 2014, p. 46.
[103] Alexy, 2012, p. 48.

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

Como bien sintetiza Bernal Pulido: «Aquello que la disposición de derecho constitucional expresa se traduce en aquello que la norma ordena»[104].

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

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

Entonces, en el art. 41 conviven dos tipos de normas. Respecto de las reglas de derecho fundamental, Alexy califica a este tipo de disposiciones como de carácter doble, en las que se da un ensamble entre el nivel del principio y el nivel de la regla, en cuanto esta última supone una ponderación del constituyente entre el derecho fundamental reconocido y un derecho opuesto[105]. Sin embargo, debe destacarse, no se afecta la proyección del principio sustantivo contenido en la regla a otras esferas de la trama de derechos constitucionales, respecto de los cuales requiere determinación.

---

[104] Bernal Pulido, 2014, pp. 141-142.
[105] Alexy, 2012, pp.114-115.

Cuadro de texto 1

Principios de derecho fundamental

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

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

En la concepción formal, la idea que subyace es que lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su resistencia frente a la ley o, si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos, incluido el propio legislador democrático. Ello solo puede lograrse si se trata de derechos recogidos en normas de rango superior al de la ley[106].

En definitiva, «la norma de derecho fundamental se define como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está iusfundamentalmente ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental»[107].

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

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

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

---

[106] Díez-Picazo, 2003, p. 33.
[107] Bernal Pulido, 2014, p. 103.

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

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

> Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscritas. Una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación *ius fundamental* correcta[108].

Es decir, la norma adscripta es una norma *conforme a derecho* de la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la identifica. Las normas adscriptas requieren, además, de una «relación de fundamentación» entre la norma que hay que precisar y la norma que la precisa; relación que se establece por la argumentación *iusfundamental*. Por lo que, una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación *ius fundamental* correcta. Esa fundamentación provendrá del texto de las disposiciones constitucionales, de los precedentes en los conflictos de tipo constitucional y de los argumentos prácticos generales[109].

Una condición debe apreciarse: una adscripción se lleva *conforme a derecho* cuando la norma adscripta puede catalogarse como *válida.* Sobre la condición de validez, Alexy considera que debe reunir validez formal, ética y social[110], pero el criterio formal de validez, que se vincula con la competencia del órgano para expedirla, es decir, a la forma de la positivación del derecho, será el punto de partida de los enunciados jurídicos con validez[111]. Por lo que este criterio formal es el que se utilizará en lo sucesivo; sin eludir, por su manifiesta importancia, a los otros criterios cuando sea necesario acudir a los mismos.

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

Bernal Pulido indica que la adscripción puede resultar del vínculo semántico entre los términos en que está redactada una disposición de derecho fundamental y la norma o posición que se adscribe, siendo este el método literal de interpretación, pero también pude resultar del método teleológico en el cual el fin de la norma constitucional se relaciona con la norma cuya adscripción se pretende[112]. Este criterio

---

[108] Alexy, 2012, p. 52.
[109] Alexy, 2012, p. 53.
[110] Alexy, 2004, p. 89.
[111] Pérez Jaraba,2011, p. 204-205.
[112] Bernal Pulido, 2014, pp.787-794

de vinculación semántica o teleológica será empleado en lo sucesivo junto con el de relación precisante.

Las normas adscriptas pueden ser reglas o principios, en este último caso se aplican mediante la proporcionalidad[113]. Será un principio adscripto cuando aporte mayores precisiones al principio que precisa sin llegar a establecer un mandato definitivo. Esto tiene especial importancia para los principios ambientales legal o judicialmente establecidos.

Es manifiesto el proceso estructurador del sistema jurídico que, a partir de las disposiciones estatuidas de derecho fundamental, se configura en las normas adscriptas. Bernal Pulido lo explica con claridad: el contenido de los derechos fundamentales se identifica con un conjunto infinito de normas y posiciones que pueden ser adscriptas interpretativamente a las disposiciones *iusfundamentales*. Este conjunto de normas y de posiciones no está conformado solo por las que expresa la Constitución, sino también por todas aquellas que resultan de las leyes, los reglamentos, los actos administrativos y las sentencias, incluso en los actos jurídicos de los particulares donde se ejercitan. Por lo que «la indeterminación de las disposiciones *iusfundamentales* se reduce en un formidable pero imperceptible proceso, del cual son partícipes cada uno de los poderes del Estado y cada uno de los participantes en la práctica jurídica»[114].

Cuadro de texto 2

Norma adscripta de derecho fundamental

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

Es la relación de precisión con la norma *iusfundamental* la que aglutina el conjunto normativo que conforma el sistema jurídico. Por lo que, como se sostiene en la hipótesis de esta investigación, la disposición del derecho fundamental al ambiente de la CN estructura el sistema jurídico ambiental.

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

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

[113] Bernal Pulido, 2014, p. 753
[114] Bernal Pulido, 2014, p. 683.

carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios que enuncia (art. 5), ello conforme con el deber tutelar constitucional impuesto a las autoridades, art. 41, segundo párrafo de la CN.

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

> Que la Ley General del Ambiente 25.675, establece en su art. 6º los presupuestos mínimos que el art. 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (arts. 2º, 4º y 8º).
>
> La referida ley ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones 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.

En efecto, la protección del derecho al ambiente en todas sus dimensiones conforma su fin e integra sus enunciados: derechos y deberes, principios adscritos y conexos al principio constitucional, instrumentos de gestión y política ambiental, mecanismos participativos, reglas procesales y de responsabilidad colectiva y un sistema de coordinación interjurisdiccional que establece el procedimiento de implementación de la normativa ambiental. De este modo, el derecho positivo argentino ha contenido a los distintos niveles de gobierno –incluyendo el ejercicio de la función jurisdiccional– en la determinación de los principios ambientales y su contenido, definiéndolos en un texto legal que complementa al plexo constitucional que le sirve de base[115].

Finalmente, un criterio signa la diferencia entre la norma de derecho fundamental directamente estatuidas y las normas adscriptas. La norma directamente estatuida en el texto constitucional tiene mayor rigidez que las normas adscriptas, ya que estas últimas pueden ser modificadas, derogadas o denunciadas, según corresponda, sin convocar a una reforma constitucional[116].

5. Los principios materiales y su relación con los principios formales

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

En efecto, mientras los principios materiales tienen por objeto la optimización de contenidos, como, por ejemplo, la vida, libertad de expresión, el mínimo vital, y

---

[115] Pinto, 2015, p. 307.
[116] Quiroga Lavié Benedetti, Cinecacelaya, 2009, p. 570.

la protección del medio ambiente[117], los principios formales se refieren a la organización y procedimientos para la defensa y protección de los derechos fundamentales[118]. Se caracterizan porque *el algo* que conforma su mandato de optimización lo es en relación con los derechos fundamentales y por dotar a la autoridad de la competencia optimizadora.

El Estado Constitucional de Derecho se configura conforme los principios formales; la división de poderes, el federalismo y la democracia, entre muchos otros, representan el compromiso del Estado en el aseguramiento de los derechos fundamentales materiales. A medida que estos evolucionan y se reconocen positivamente, el Estado optimiza los principios formales que lo configura para la realización de los principios sustanciales.

En efecto, en tanto principios constitucionales, los principios formales también son objeto de optimización en sí mismos para proporcionar en la mayor medida posible la vía para que el Estado y sus autoridades garanticen los principios sustanciales. Cuando de la protección del derecho al ambiente se trata, nuevas formas o la reconfiguración de estas son requeridas, así, por ejemplo, la acción colectiva es una expresión optimizada del proceso tradicional, mediante legitimaciones procesales extraordinarias, medidas cautelares eficaces, y el efecto *erga omnes* de la sentencia. El fallo dictado en la causa Halabi (2009a) es un ejemplo de optimización, en el que la Corte, con base en la acción de amparo para derechos de incidencia colectiva prevista en el segundo párrafo del art. 43 CN e interpretando los derechos constitucionales, optimiza el proceso colectivo ante la estructura legal incipiente o básica establecida por la Ley 25675.

Los derechos de acceso a los procedimientos y procesos, a la tutela judicial efectiva, que en materia ambiental será de esencia anticipatoria, y a la información pública son formas para la realización de los derechos a proteger.

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

6. Reconocimiento y funciones. Principios, valores y PGD

6.1. Un modelo de reglas/principio. Reconocimiento en el CCyC. El dialogo de fuentes

Se identifican tres funciones de los principios de derecho fundamental en el sistema jurídico: en su producción, su interpretación y su integración[119].

Los principios de derecho fundamental son la fuente para la creación de las reglas adscriptas de derecho fundamental. Esta es la función clave y proviene de la propia definición de principio como mandato de optimización que ordena su realización en la mayor medida posible, esto es, que como norma *prima facie* impele a su realización en normas tipo regla. Esto permite apreciar que la pluralidad de

[117] Alexy, 2014, p. 29.
[118] Alexy, 2012, pp. 433-434; y 2002, p. 89.
[119] Acosta Alvarado, 2010, p. 202.

principios en procura de su realización revela una dinámica permanente del sistema jurídico, por lo que este no es *estacionario*, sino que es esencialmente *expansivo*.

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

Los principios como normas jurídicas y su función en el sistema jurídico son reconocidos en el Código Civil y Comercial de la Nación[120]. Así, en el artículo 1 del CCyC, dispone: «Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. […]». El artículo 2 del Código Civil y Comercial es explícito en cuanto al significado normativo a alcanzar mediante la interpretación al establecer que «la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento». Estas normas ponen a la Constitución junto con los tratados de derechos humanos en el centro del sistema jurídico. La ley, o la regla, deberá ser conforme a ellos.

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

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

> Ya hemos consignado que en la Exposición se reconoce que el derecho no solo está en las reglas sino también en principios y valores, pero si vamos al capítulo del derecho ellos no aparecen en la nómina del art. 1º referido precisamente a las «fuentes» sino simplemente en el art. 2º, cuando se habla de la interpretación de la ley. De ese modo, los principios (y valores) solo tendrían una función interpretativa, pero se les desconocería las funciones: integradoras, correctiva y validadora de las reglas[121].

No se comparte que exista esta limitación por el siguiente motivo: por una parte, el art. 1 es contundente en el reconocimiento de los principios cuando instala como fuentes a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, en tanto los derechos humanos positivizados por la CN son principios de derecho fundamental; por la otra, el art. 2 provoca una apertura en la interpretación de la ley, la que debe hacerse conforme los derechos humanos, los principios y los valores. Que el artículo refiera a la interpretación de la ley es, nada menos, que establecer que el resultado de la misma sea la adscripción de su significado normativo con la Constitución y sus principios. Se expresó que la norma adscripta es una norma *conforme a derecho* de

---

[120] Código Civil y Comercial de la Nación comentado, arts. 1, 2 y 3.
[121] Vigo citado por Lezcano, 2015, p. 7.

la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la identifica. Por lo que estos artículos tienen una estrecha conexión y establecen definitivamente un modelo de reglas/principios en el sistema jurídico argentino.

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

Para completar:

> El art. 2 del Código Civil y Comercial refleja este cambio de paradigma en los sistemas de aplicación e interpretación. La coherencia que exige como pauta de interpretación está basada en la inexcusable remisión a los principios constitucionales y convencionales. Las palabras, las finalidades, las leyes que se apliquen deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional. La aplicación del Código Civil y Comercial responde a una racionalidad menos apegada a las verdades terminantes y más proyectadas a las verdades consensuadas y ponderadas[122].

Sobre la trascendencia de este modelo, Cafferatta, en un intenso comentario sobre la constitucionalización del derecho privado, expresa que el artículo 1º del Código Civil y Comercial, al reconocer fuerza normativa a la Constitución, no solo unifica la materia Civil y Comercial (Derecho Privado), sino que también establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina[123].

La nueva concepción adopta el «dialogo de fuentes» como figura interpretativa y de aplicación. Berizonce, luego de señalar que la doctrina alemana pergeñó este concepto, expresa que es «metafóricamente una actitud que se requiere del intérprete para armonizar las diversas fuentes jurígenas, con la finalidad última de tornar operativos los derechos y garantías»[124].

Sobre la proporcionalidad y su relación con el dialogo de fuentes, explica Cafferatta que esta es la base del juicio de ponderación, que debe implementar el juez en los llamados «casos difíciles», siendo un método de razonamiento, interpretación hermenéutica y aplicación de las normas «reflejo de una lectura "horizontal" o "transversal" del derecho», que exige del operador jurídico, una labor de conjugación, armonía, coordinación, compatibilización, de derechos, intereses, leyes (reglas), y de principios y valores en juego[125].

---

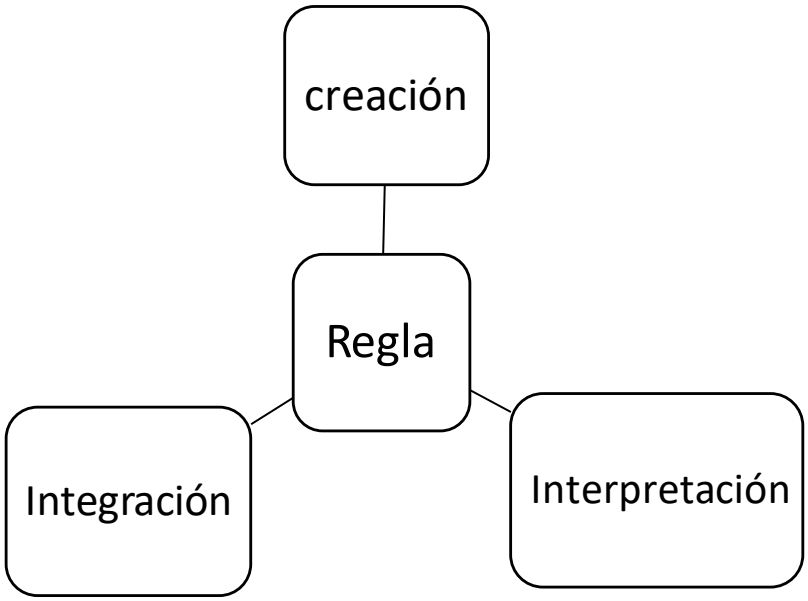
[122] Gil Domínguez, 2016, p. 57.
[123] Cafferatta, 2014.
[124] Berizonce, 2015, p. 175.
[125] Cafferatta, 2022.

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

> [...] en el siglo XIX, en el que el legislador diseñaba un código con reglas jurídicas armonizadas entre sí, la coherencia del sistema era *a priorística*. Hoy, la coherencia es *a posteriori* y ya no es obra del legislador, sino del juez, quien debe decidir un caso tomando en cuenta diversas normas ubicadas en diversas fuentes que debe hacer «dialogar»[126].

Figura 4

Función de los principios



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

En efecto, el reconocimiento de los principios de derecho ambiental y su función de optimización es anterior a la reforma del CCyC. Es la LGA la precursora en el reconocimiento de los principios de derecho ambiental como normas jurídicas para la toma de decisiones.

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

---

[126] Lorenzetti, 2010a, p. 63.

y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la ley (art. 5).

Esta última norma de la LGA responde al deber tutelar consagrado en la cláusula constitucional y proyecta a todas las funciones del Estado la acción trasformadora de los principios del derecho fundamental al ambiente.

Por su parte, la CSJN, es el máximo intérprete del significado normativo de la sustentabilidad constitucional y de sus principios.

Lo concerniente al derecho al ambiente como principio de derecho fundamental es el núcleo del desarrollo de la investigación y se despliega a partir del Capítulo 3.

6.2. Distinción entre principios y valores

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

Resulta así que la diferencia entre principios y valores tiene una naturaleza cualitativa, que se vincula con su carácter axiológico o deontológico: «Lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*»[127].

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

> La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un estatus axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico[128].

Ante esto, interesa indagar el significado que se da a los valores jurídicos en el art. 2 del CCyC como criterio de interpretación. Lorenzetti comenta que los valores cumplen algunas funciones: en el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores; en el campo argumentativo, pueden ser contenido de los principios, en tanto estos contienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores; en otros casos el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del

[127] Alexy, 2012, p. 125.
[128] Alexy, 2004, p. 164.

principio (mandato de optimización, manda a hacer algo en la mayor medida posible). Concluye explicando que «esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro»[129].

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

Bernal Pulido expresa esta relación desde una perspectiva histórica, cuando sostiene que es innegable que los derechos fundamentales representan una institucionalización en el sistema jurídico de los valores de la teleología o de los principios que aparecen en la moral en forma de derechos humanos. Esta tesis puede fundamentarse no solo desde un punto de vista filosófico jurídico, sino también, histórico. Los conceptos de libertad, igualdad, participación política o mínimo existencial se propusieron y se configuraron primero en el ámbito de la filosofía política y moral, como elementos de lo bueno y como objeto de los derechos humanos, antes de que se institucionalizaran en la Constitución[130].

Así, se considera que los valores son tomados por los principios, en la medida en que éstos constituyen determinaciones de los valores. De allí, entonces, que los principios o derechos fundamentales como –por ejemplo– el de trabajar o el de contratar, se respaldan en el valor jurídico libertad; el de igualdad ante la ley en el valor de la igualdad entre los hombres; etcétera[131].

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

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

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

La distinción entre principios de derecho fundamental con los principios generales del derecho (PGD) tiene importancia para evitar equívocos, dada la gran tradición de estos.

---

[129] Lorenzetti, 2014, p 39.
[130] Bernal Pulido, 2007a, p. 287.
[131] Negri, 2020.

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

> […] hay principios generales de una institución jurídica dada, de varias instituciones jurídicas afines, de una determinada parte del derecho privado (civil o comercial) o de un parte del derecho público (constitucional, administrativo, internacional, eclesiástico, etc.), de todo el derecho privado o de todo el derecho público y finalmente de todo el derecho positivo sin distinción alguna. A estos últimos hay que recurrir cuando no sean suficientes los otros menos generales[132].

Los principios generales del derecho son principios implícitos, una consecuencia de un proceso de integración del derecho. Estos principios no están en una disposición en particular, sino que «ellos se desprenden de la conjunción y el análisis de varios enunciados provenientes de otras fuentes o de la construcción de normas sin partir de disposición alguna gracias a la indagación de la razón de ser (ratio) y el fundamento del ordenamiento jurídico o de parte de él»[133]. Es decir, su fuente son los propios cuerpos normativos legales, de los cuales se inducen o infieren; así, por ejemplo, si en materia de residuos peligrosos se establecen reglas sobre la trazabilidad de la vida de estos desde la generación hasta su disposición final, con la implementación de un manifiesto que acompaña y certifica cada etapa, se induce el principio de regulación integral o, en su expresión popular, «de la cuna a la tumba».

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

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

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

> […] de una dinámica en la cual los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución adquirían fuerza en tanto eran desarrollados por la ley,

---

[132] Busso, 1944, p. 155.
[133] Acosta Alvarado, 2010, p. 201.

> se pasa a una relación de subordinación en donde –en palabras de Susanna Pozzolo– la ley opera como un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas[134].

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

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

Esborraz critica esta supresión, que conduciría «al cierre del ordenamiento jurídico argentino sobre sí mismo»[135]. Entiende que la Comisión Redactora del CCyC habría seguido la teoría de Robert Alexy, no advirtiendo que los principios generales del derecho proyectan al sistema jurídico en tanto conjunto de conceptos, principios, reglas, instituciones y normas armónicamente enlazados entre sí, un rasgo caracterizante de la tradición jurídica romanista[136].

No se comparte que la supresión realizada por el CCyC haya excluido los PGD, en tanto ellos se inducen de los cuerpos legales; los principios y valores a los que remite el art. 2 expresan que la interpretación de los enunciados legales para alcanzar el significado normativo debe ser conforme con la Constitución y los tratados de derechos humanos (art. 1). Lejos de conducir al cierre del ordenamiento jurídico argentino sobre sí mismo, provoca una apertura de este.

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

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

Más novedosa es la eficacia horizontal que alude a los efectos entre particulares, a su salvaguarda cuando las actuaciones lesivas provienen de agentes privados. En palabras de Alexy: «Actualmente se acepta en general que las normas *iusfundamentales* influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto entre terceros o un efecto horizontal»[137].

En el marco de la evolución de los derechos, Anzures Gurría explica que, si la noción actual de los derechos fundamentales se da en el marco de un Estado social de derecho, se deduce que su vigencia surte efectos no solo en las relaciones verticales (del particular con el Estado), sino también en las relaciones sociales, y que el Estado debe garantizarlos[138].

---

[134] Núñez Leiva, 2016.
[135] Esborraz, 2015, p. 60.
[136] Esborraz, 2015, p. 53.
[137] Alexy, 2012, p. 468. Alexy identifica en la causa *Lüth,* fallada en el año 1958 por el Tribunal Constitucional Federal alamán, el reconocimiento del efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico. Alexy, 2009.
[138] Anzures Gurría, 2010, p. 9.

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

> [...] el gran cambio que consagra este Código [Civil y Comercial] es la intervención de las normas constitucionales en las relaciones entre los particulares (conforme a la doctrina que los alemanes llaman *dritwirkung*, del objeto horizontal o entre particulares de las garantías constitucionales). Para este Código Civil y Comercial, las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales (artículos 1 y 2) tienen también eficacia en el dominio de las relaciones entre particulares[139].

Así, el Código Civil y Comercial recepta este efecto cuando, entre otros institutos, regula la función preventiva del daño, estableciendo el deber de toda persona de evitar el daño no justificado (art. 1710), para luego regular su garantía con la acción preventiva (arts. 1711-1713). El deber genérico de prevención del daño impuesto enmarca de modo certero el principio de prevención contenido en el art. 4 de la Ley 25675[140], pero su sustento constitucional es el deber de preservar que se impone a todo habitante en el art. 41, primer párrafo, de la CN. Deber que irradia a todas las relaciones entre particulares.

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

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

> Piénsese en lo siguiente: si las garantías constitucionales también tienen efectos horizontales, los instrumentos procesales que protegen esas garantías también deben estar al servicio de las garantías individuales que los particulares tienen unos frente a los otros. Abrimos la vía del amparo no solo contra actos del gobierno, sino también contra actos de los particulares. En este aspecto de la cuestión, la Provincia de Mendoza ha sido pionera. Nuestra ley de amparo siempre admitió que el amparo procede también contra los actos de los particulares[141].

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

> La *Drittwirkung* implica pues una eficacia *inter privatos*, o sea, que se hace cargo del tráfico jurídico privado, que por mucho tiempo ha quedado fuera de la protección constitucional. Y es que los poderes fácticos, poderes salvajes del mercado, grupos de interés, grupos de presión o factores reales de poder han logrado por siglos salir *avantes* de sus propias transgresiones a la vida social. La nueva dimensión de los

[139] Cafferatta, 2015b.
[140] Lorenzetti, 2018.
[141] Kemelmajer de Carluccci, 2003.

> derechos fundamentales va en el sentido de propiciar mecanismos de defensa acordes con un Estado ciudadanizado y con el empoderamiento de la sociedad civil organizada[142].

Este efecto es gravitante en el derecho al ambiente. Kemelmajer, tratando el efecto horizontal y su repercusión en el derecho de daños, ejemplifica sobre los derechos al consumidor y los derechos al medio ambiente incorporados en la reforma constitucional de 1994, se pregunta: ¿a quiénes se oponen?, ¿contra quién se hacen valer?, respondiendo que se oponen a las empresas contaminadoras, a las que producen productos defectuosos, etcétera. Así, derechos que aparecían en el ámbito de la legalidad ascienden al derecho constitucional[143].

Corresponde a Sozzo un profundo estudio sobre la «ecologización» del derecho privado, en el que el autor considera que el CCyC incorpora la racionalidad constitucional, cuestión que no era evidente en cuanto se pensaba que la Constitución estaba limitada al derecho público. Este «giro ecológico» se manifiesta en el art. 1 del CCyC, que ubica a la Constitución como fuente normativa, borrando las fronteras de lo público y lo privado. El rediseño se realizó reescribiendo las instituciones fundamentales del dispositivo del derecho privado –la propiedad, el contrato, la responsabilidad, la teoría de los bienes y el ejercicio de los derechos– a partir de la premisa de reconocer la necesidad de que funcionen –además–en el sentido de proteger la naturaleza[144]. El empleo de conceptos de cuño constitucional por el CCyC es otra evidencia de la constitucionalización del derecho privado. Aludir a los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 7); establecer la categoría de los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240); el concepto de comunidades indígenas (art. 18); la expresión garantía constitucional de igualdad (art. 1098), entre otros, tienen una conexión inequívoca con la Constitución[145].

Por ello, Kemelmajer sostiene que: «El derecho ambiental es horizontal; hace un corte transversal entre todas las disciplinas clásicas del derecho, entre las que se solapa y penetra. Es, por ello, un derecho invasor»[146].

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

> El derecho ambiental, como parte de los derechos humanos de la tercera generación, tiene un carácter transversal. Esto implica que sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan el entero ordenamiento jurídico[147].

Cafferatta señala la consecuencia de este efecto en relación con los otros derechos:

> El derecho ambiental debe tener preeminencia o mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y ese efecto

---

[142] Arroyo Cisneros, 2015, p. 228.
[143] Kemelmajer de Carlucci, 2001.
[144] Sozzo, 2019, p. 25.
[145] Sozzo, 2019, pp. 104-105.
[146] Kemelmajer de Carlucci, 2006, p. 12.
[147] Peña Chacón, 2004.

> irradia del texto constitucional, e influyen su interpretación en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de esos derechos[148].

Finalmente, Martín destaca la consecuencia de este efecto sobre el régimen de los recursos naturales, sosteniendo que a partir del art. 41 CN todos los recursos naturales quedan impregnados por sus principios. La doctrina –dice– ha puesto de relieve el efecto jurídico reestructurante que estos principios ambientales tienen sobre el sistema normativo en su conjunto, en particular, por ejemplo, el carácter reestructurante que el principio de sustentabilidad tiene sobre el régimen dominial[149].

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

8. Derechos humanos y derechos fundamentales. La apertura constitucional

Expresa Alexy que «con frecuencia se dice que existe una estrecha conexión entre derechos humanos y organización del Estado y difícilmente se duda de ello»[150].

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

Al respecto, García Jaramillo expresa:

> Los derechos humanos constituyen la base del ordenamiento normativo de la sociedad. Son derechos morales debido a su especial importancia. Los derechos humanos también tienen una doble naturaleza: la real al momento de su positivización, y la ideal que existe de manera independiente a este hecho[151].

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

---

[148] Cafferatta, 2010.
[149] Martín, 2010, p. 39.
[150] Alexy, 2000, p. 21.
[151] García Jaramillo, 2015.

> El argumento expuesto hasta ahora se basa en la existencia y en el carácter de los derechos humanos, así como en la premisa de que la validez moral por sí sola, aun tratándose de derechos humanos, no siempre garantiza un comportamiento respectivo por parte de todos. Este es el principal argumento de la transformación de derechos humanos en derecho positivo[152].

En consecuencia, en el pensamiento de Alexy, los derechos humanos son derechos morales, nutridos de valores, que una vez positivizados dan origen a los derechos fundamentales, porque los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalmente protegidos[153].

García Jaramillo continúa explicando que: «La positivización de los derechos humanos, es decir su transformación en derechos fundamentales, constituye el esfuerzo por articular las dimensiones real e ideal del derecho»[154]. La transformación resulta de su positivización constitucional.

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

> [...] por una parte, la facultad o poder de disposición que le corresponde a una persona respecto de una cosa y/o frente a otras personas, y que puede esgrimirse frente a los tribunales para su protección; y, por otra parte, que esa facultad que detenta el sujeto la tiene precisamente por su condición de ser humano. Cada uno de estos aspectos –en caso de que no se presenten simultáneamente– afecta a un plano distinto de la prerrogativa; el primero al de la eficacia y el segundo al de la fundamentación[155].

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

La reforma constitucional de 1994, en el art. 75 inc. 22, confiere jerarquía constitucional a once tratados y declaraciones sobre derechos humanos y prescribe que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Además, admite la jerarquización de otros tratados de derechos humanos a través de un procedimiento legislativo con mayorías calificadas. Bidart Campos califica este dispositivo normativo como bloque de constitucionalidad federal (BCF)[156], que está conformado por la constitución formal y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que integran el art. 75 inc. 22.

De esta forma, como señala Amaya, el principio de supremacía constitucional en la Argentina tiene en su cúspide una doble fuente (interna e internacional): la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que recibieron jerarquía constitucional con la reforma constitucional, o aquellos que el Poder Legislativo le

---

[152] Alexy, 2000, p. 32.
[153] Guibourg, 2008.
[154] García Jaramillo, 2015.
[155] Pinto y Andino, 2016, p. 4.
[156] Bidart Campos, 2005b, p. 412.

otorgó u otorgue en el futuro dicha jerarquía a través del procedimiento legislativo de ratificación con mayoría calificada[157].

Ello ha provocado una profunda transformación del sistema jurídico en casi todas sus ramas. La Corte Suprema de la Nación considera que hay una plena compatibilidad entre la primera parte de la Constitución Nacional y los once Tratados sobre Derechos Humanos a los que el Constituyente de 1994 dio reconocimiento en el art. 75 inc. 22[158].

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

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

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

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

Doctrina que se ha ido profundizando en posteriores pronunciamientos, como lo identifica Santiago «al resolver en el año 2013 el caso Carranza Latrabusse establecerá el carácter vinculante no sólo de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, sino también de las recomendaciones de la Comisión IDH. Este criterio será reiterado en el año 2014 al resolver el caso Arrillaga, Alfredo Manuel»[159].

Entonces este conjunto normativo o bloque de constitucionalidad se integra, además, por las Opiniones Consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[160].

Así, Pizzolo[161]define al sistema jurídico general como un sistema de «normas interconectadas», en el que concurre una protección multinivel o por niveles, en este caso —por cierto, el más emblemático— de los derechos humanos. Se trata de

---

[157] Amaya, 2015, pp. 361-362.
[158] Santiago, 2016, p. 5.
[159] Santiago, 2016.
[160] Basterra, 2016.
[161] Pizzolo, 2015, p. 1.

diversas capas de protección que se insertan o, si se quiere, se van acumulando a la protección ya prevista en el derecho nacional. En ello, esencialmente, consiste el pluralismo jurídico.

Esto tiene profunda incidencia en el sistema jurídico de la sustentabilidad, si se considera, por ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva OC-23/17 afirmó que el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal y es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, y que «como derecho autónomo […] protege los componentes del […] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales». Lo cual expresa la fundamentalidad a partir del valor que para la existencia humana tiene el derecho al ambiente.

Este proceso, con multiplicidad de fuentes jurídicas, requiere del diálogo de fuentes, que supone un método de razonamiento y de aplicación de las normas, reflejo de una lectura horizontal o transversal del derecho, que servirá para resolver de manera ponderada, los casos complejos o difíciles, de base interdisciplinaria[162].

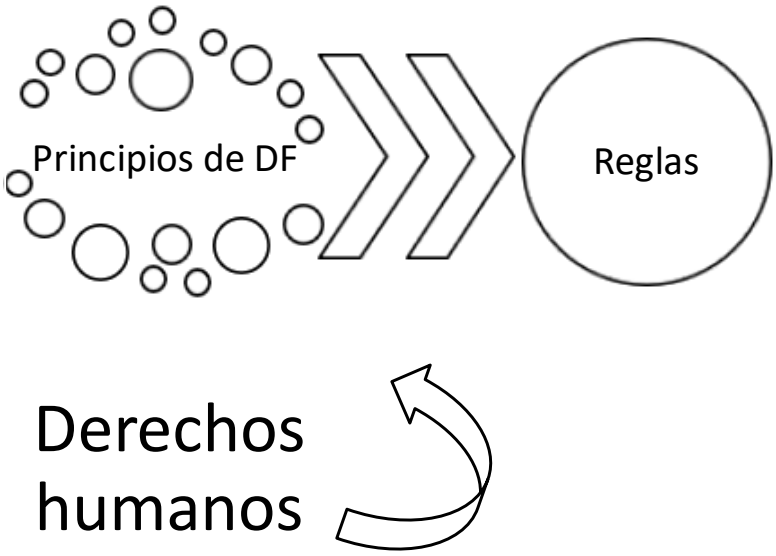
El Código Civil y Comercial argentino consolida este proceso, cuando establece en el art. 1 que: «los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos», estableciendo la apertura y la pluralidad jurídica.

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

Figura 5

[162] Cafferatta, 2022.

Derechos humanos y derechos fundamentales



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

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

> Es una norma nueva que da acogimiento a una materia que antes de la reforma era susceptible de ubicarse por igual en dos ámbitos: en el de los derechos de la tercera generación, y en el de los llamados intereses difusos, o intereses colectivos, o intereses de pertenencia difusa. El art. 33 sobre derechos implícitos les servía de base. Ahora, bien se lo puede ubicar entre los derechos humanos fundamentales[163].

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

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

9. Recapitulación

Se sintetiza los resultados alcanzados:

[163] Bidart Campos, 2005a, p. 84.

1) El análisis estructural del sistema jurídico ambiental argentino condujo a que está integrado por principios y reglas.

2) Los principios se originan por la traducción a términos prescriptivos o deónticos de los enunciados constitucionales que reconocen derechos. Expresan el deber ser de los derechos constitucionales.

3) Aquello que la disposición de derecho constitucional expresa se traduce en aquello que la norma ordena.

4) Son normas de derecho fundamental las normas directamente expresadas por disposiciones constitucionales. Estas normas pueden conformar reglas y principios de derecho fundamental.

5) Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Admiten grados de realización. Las reglas son mandatos definitivos, se cumplen o no se cumplen.

6) La norma de derecho fundamental se clasifica en normas de derecho fundamental directamente estatuidas en la Constitución y normas adscriptas de derecho fundamental.

7) La norma adscripta es una norma conforme a derecho de la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la identifica.

8) Las normas adscriptas pueden ser reglas o principios, en este último caso se aplican mediante la proporcionalidad. Será un principio adscripto cuando aporte mayores precisiones al principio que precisa sin llegar a establecer un mandato definitivo.

9) El art. 41 de la CN es una disposición de derecho fundamental compleja, que expresa un conjunto de significados prescriptivos que establecen lo ordenado, prohibido o permitido para la protección del ambiente y atribuyen la competencia ambiental.

10) El derecho positivizado en el art. 41 de la CN configura el principio de sustentabilidad que expresa el deber ser del derecho al ambiente.

11) El enunciado normativo del derecho al ambiente de la CN, en tanto principio de derecho fundamental, es el elemento estructurador del sistema jurídico ambiental del que emanarán las normas ambientales adscriptas que lo conformarán.

12) La Ley General del Ambiente (LGA) 25675 es una norma adscripta del derecho fundamental al ambiente que contiene reglas y principios.

13) La función estructuradora del derecho al ambiente se expresa en la Ley 25675 General del Ambiente (LGA) cuando, al enunciar los principios ambientales, dispone que la interpretación y aplicación de la ley y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estará sujeta al cumplimiento de los principios que enumera.

14) Los derechos humanos cuando se positivizan son derechos fundamentales y suministran la fundamentación valorativa propia de ellos.

15) El derecho al ambiente es un derecho humano fundamentalizado por su positivo reconocimiento en la CN, cuyo valor es la solidaridad intra e intergeneracional.

16) Los derechos fundamentales tienen eficacia vertical y horizontal, esto es, frente al Estado y entre los particulares.

17) Los derechos humanos son derechos morales, nutridos de valores, que una vez positivizados dan origen a los derechos fundamentales, porque los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalmente protegidos.

18) El derecho al ambiente es un derecho humano fundamentalizado por su positivización en la CN.

Capítulo 2. El principio de proporcionalidad y la colisión entre principios

1. El principio de proporcionalidad como método y garantía constitucional

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

En un sistema jurídico de reglas, la decisión razonable aplica la subsunción de los hechos y conductas a las reglas[164], pero cuando el sistema jurídico integra los derechos constitucionales como principios normativos, la resolución en caso de colisión se resuelve con la proporcionalidad.

En estos sistemas, como es el argentino (CN, arts. 1 y 2 del CCyC), la relación entre los principios de derecho fundamental y la proporcionalidad es consustancial. Tal como expresa por Alexy: «La teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y este implica aquella»[165]. En una obra posterior, precisa: «Esto significa que, si los derechos fundamentales tienen carácter de principios, entonces se aplica (*gilt*) el principio de proporcionalidad; y si se aplica el principio de proporcionalidad, entonces los derechos fundamentales tienen carácter de principios»[166].

La subsunción y la proporcionalidad como métodos de resolución no son incompatibles y cada uno se aplica conforme la norma tipo regla o tipo principio que anima un caso. Lo que sucede es que cuando una decisión aplica mediante la subsunción una regla restrictiva de un derecho constitucional, el control de constitucionalidad deberá ponderar los principios en colisión, en tanto, los principios modulan la interpretación de la ley (art. 2 del CCyC)[167].

Los principios de derecho fundamental, en procura de su mayor realización, entran en colisión con otros derechos fundamentales; esto puede suceder entre derechos individuales, como la libertad de expresión y el derecho al honor; o entre derechos individuales y colectivos, como el derecho de propiedad o a la industria lícita y el derecho al ambiente; y entre derechos colectivos entre sí, como el derecho a la cultura y el derecho al ambiente.

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

> Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos. No se puede utilizar el criterio «lex posterior», porque los dos principios son coetáneos. No se puede emplear el criterio «lex superior», porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se

---

[164] Ver nota 94.
[165] Alexy, 2003, p. 101.
[166] Alexy, 2009a, p. 83.
[167] Alexy, 2009c. Sobre esto, Alexy destaca que en el caso *Lüth (1958)*, el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que cuando la aplicación de normas del derecho civil mediante la subsunción condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión.

> puede utilizar el criterio «lex specialis», porque las dos clases de hechos regulados por los dos principios se entrecruzan[168].

Se expresa por ello que, a partir de la doctrina de Robert Alexy, ha cobrado relevancia la idea de que los derechos y libertades pueden colisionar, y que la forma de solucionar esta clase de problemas es acudiendo a la proporcionalidad y a la ponderación entre los derechos en conflicto[169], siendo este el mayor aporte de la teoría de los principios.

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

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

> La máxima de proporcionalidad suele ser llamada «principio de proporcionalidad». Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tenga precedencia y otras no. Lo que se pregunta es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas[170].

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

Sin embargo, su función como garantía constitucional es apreciable y para visualizarlo es muy útil el pensamiento de Saggese cuando analiza si la razonabilidad es un principio, para considerar que, más que un principio propiamente dicho, constituye una garantía, que se traduce en una exigencia para la validez y aplicación de las normas, y que junto con la legalidad conforman la garantía fundamental del Estado de Derecho[171].

Clérico, en el mismo sentido, explica que la validez y el rango constitucional del mandato de proporcionalidad en sentido amplio ha sido reconocido con múltiples

---

[168] Guastini, 2007, p. 636
[169] Sánchez Gil, 2017.
[170] Alexy, 2012, p. 92.
[171] Saggese, 2010, p. 49.

argumentos, entre ellos, el argumento del Estado de Derecho, de la esencia de los derechos fundamentales y de la Justicia[172]. Por lo que conforme lo expresado por Saggese se puede argumentar que la proporcionalidad es uno de los sentidos del principio de razonabilidad constitucional.

Una interpretación más amplia proviene de Klatt y Meister, quienes, por la vinculación con los derechos constitucionales, justifican que se considere a la proporcionalidad como principio constitucional universal[173].

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

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

2. Proporcionalidad y razonabilidad

2.1. Evolución y migración global de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene sus raíces en el derecho alemán:

> […] está en el derecho prusiano de policía, en donde la proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual. La jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo de Prusia (*preussisches OVG*) sostuvo que este principio era vinculante para el poder ejecutivo, para lo cual acuñó el concepto de «prohibición de exceso», como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía[174].

La proporcionalidad como límite se aplicaba solo al Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo estaba exento, ya que de él provenía toda la legalidad. El Estado de Derecho era concebido en un sentido formal, basado en el principio de legalidad y no en el de constitucionalidad.

Esto cambia con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuando el Tribunal Constitucional Federal (TCF) desarrolló el concepto de la proporcionalidad como un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del Estado de Derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos[175].

Esta última etapa no se divorcia de la idea de límite a los excesos, pero la novedad reside en que el principio de proporcionalidad cobra centralidad en la teoría

---

[172] Clérico, 2016, p. 27.
[173] Klatt y Meister, 2017.
[174] Arnold, Martínez Estay y Zúñiga Urbina, 2012, p. 67.
[175] Arnold et al., 2012, pp. 67-68.

del derecho en la que los principios se integran al sistema normativo, requiriendo de una especial forma de decisión cuando colisionan entre ellos.

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

> En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de un principio más amplio; este principio comprehensivo es el de proporcionalidad (Verhältnismäßigskeit). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (Geeignetheit), necesidad (Erforderlichkeit) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización[176].

Bernal Pulido explica la migración del principio de proporcionalidad desde el derecho administrativo al derecho constitucional, teniendo génesis en el derecho prusiano de policía, para extenderse al continente europeo y consagrarse como un principio general del derecho administrativo. Sí –afirma–, la proporcionalidad antes de consagrarse como una técnica del control de constitucional fue un principio del derecho administrativo. Recién en 1958, el Tribunal Federal Constitucional alemán inaugura el empleo de la doctrina de la proporcionalidad como piedra angular del control de constitucionalidad. Luego de ello, la proporcionalidad migró al derecho comunitario europeo y al derecho europeo de los derechos humanos, para escalar finalmente al derecho constitucional nacional de los países europeos[177].

Klatt y Meister describen «la marcha triunfal» del principio de proporcionalidad y de su ubicuidad en el derecho, por su recepción, además de los países europeos, en Canadá, Nueva Zelanda, Israel, Latinoamérica, Sudáfrica, por lo que no dudan en identificarlo –como se expresó *supra*– como un elemento del constitucionalismo global, como un principio constitucional universal[178].

Respecto al derecho español, Sapag[179] comenta que el principio de proporcionalidad comienza a manifestarse a mediados del siglo XX como una herramienta de control de la discrecionalidad administrativa; empero, el principio se aplicaba de un modo impreciso y asistemático: no será sino hacia fines de siglo cuando el Tribunal Constitucional adoptará la estructura de los tres subprincipios proveniente del derecho alemán.

2.2. Razonabilidad y proporcionalidad en el sistema jurídico argentino. El contenido esencial

Se expresa que la razonabilidad se encuentra implícita en los artículos 28 y 33; 16, 17 y el Preámbulo, y que la interpretación de dichos artículos permite deducir que los derechos se ejercen según las leyes que reglamentan su ejercicio y que esas reglamentaciones encuentran su límite en la razonabilidad, a los fines de evitar que

---

[176] Alexy, 2009c.
[177] Bernal Pulido, 2018, pp. 208- 217.
[178] Klatt y Meister, 2017, p. 8.
[179] Sapag, 2008, p. 172. En el mismo sentido, Bernal Pulido, 2007a, p. 277.

se restrinja demasiado el derecho, desvirtuándolo o privándolo de contenido[180]. Pero esta es una interpretación limitada de la razonabilidad, ya que decidir solo y únicamente acorde a la ley se aleja de las exigencias actuales del derecho, y de las necesidades de los justiciables en un Estado de derecho constitucionalizado[181].

La interpretación jurisprudencial y doctrinaria ha ido variando, y en ese tren la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha invalidado pronunciamientos por no ser «una derivación razonada del derecho vigente» (nótese que dice derecho en lugar de ley)[182] o por no responder a un «juicio de ponderación razonable» como se trata en el Capítulo 7.3.4.2.

Desde la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), la razonabilidad «en la interpretación y aplicación del derecho atraviesa una buena parte del Cód. Civ. y Com.»[183]. El art. 3 establece este mandato con el siguiente enunciado: «Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada». El significado normativo del principio formal de razonabilidad ordena decisiones fundadas. Se entiende que la razonabilidad impone el deber de seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial[184]; por lo que una decisión razonable se expone mediante argumentos, ya que, como expresa Guibourg, «argumentar, desde luego, es dar razones»[185].

De tal manera, la interpretación de un enunciado se identifica con la argumentación, dado que el significado elegido como correcto para resolver ha de ser justificado[186]. La decisión judicial implica una doble tarea: la de buscar la solución del caso planteado a la luz del ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo, la de justificar la decisión adoptada ante las partes, los tribunales superiores y la sociedad. En este sentido, justificar quiere decir dar las razones por las cuales se decidió de una manera determinada y no de otra. Por lo tanto, en todo proceso de aplicación del derecho se desarrollan ambas tareas, la de elaboración y la de exposición de la decisión, la de búsqueda y justificación de la decisión[187].

Por lo que, si la interpretación judicial de un enunciado normativo ha de producir una decisión, ésta ha de ser justificada mediante argumentos que sean conforme lo prescripto por el art. 2 del CCyC, esto es, de acuerdo con los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Es decir, la proporcionalidad está ínsita en el mandato de razonabilidad, ya que es un procedimiento de decisión para la determinación fundada de relaciones de precedencia a partir de los argumentos que se aportan para sopesar los principios en colisión.

La coherencia en la interpretación está relacionada «con la razonabilidad de las normas, su integración al sistema jurídico y con su funcionamiento integral, lo cual

---

[180] Soriano Zothner, 2018.
[181] Ruhl, 2021.
[182] Ruhl, 2021.
[183] Kemelmajer de Carlucci, 2019.
[184] Código Civil y Comercial Comentado, 2014.
[185] Guibourg, 2019.
[186] Huerta Ochoa, 2017, p. 406.
[187] Negri, 2018.

permite la aplicación de las normas al evitar la incompatibilidad entre sus contenidos, en otras palabras, implica la congruencia material de las normas y refleja una racionalidad normativa»[188].

Tanto la subsunción como la proporcionalidad son procedimientos racionales para la aplicación de las normas. En la subsunción, la reconstrucción silogística de la justificación tiene por objeto demostrar la correspondencia entre la norma y el caso que justifica la subsunción de los hechos, así como el deber de aplicar la norma[189]. Pero la subsunción, conforme los arts. 2 y 3 del CCyC, como forma de aplicación de las reglas, sin un razonado desarrollo argumentativo que pondere las circunstancias fácticas y que armonice las normas operativas en el caso con el sistema (legal, constitucional y convencional), no satisface las exigencias del paradigma de derecho actual[190].

Al respecto, el art. 1713 del CCyC, aporta mayor precisión al mandato del art. 3, cuando para la decisión de la acción preventiva establece la *ponderación* de los derechos en colisión, indicando los elementos a examinar para la justificación. La relación entre razonabilidad y proporcionalidad en materia ambiental se trata en el Capítulo 3.4. y 3.5.

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

En efecto, Saggese analiza el significado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le atribuye a la razonabilidad en diversos fallos, distinguiendo un sentido estricto y un sentido amplio. Expresa que, cuando lo utiliza en sentido amplio, lo hace aludiendo a aquello que está conforme a la razón, que es justo, aceptable o equitativo, en oposición a lo que es injusto, arbitrario o inequitativo. Por otra parte, cuando se refiere a su significado en sentido estricto, lo hace en referencia a la relación entre los medios y fines. «Así, la Corte Suprema entiende que la razonabilidad supone que los actos deberán satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido y carecer de inequidad manifiesta»[191].

También señala que cuando realiza el control de razonabilidad entre el medio y el fin, ha utilizado dos parámetros, uno de ellos, el más estricto, es el cumplimiento de la idoneidad, la necesidad y/o proporcionalidad de la medida, considerando irrazonable una norma por la ausencia de uno de estos requisitos. Entiende que estos tres requisitos tienen correspondencia con los desarrollados por el Tribunal Constitucional Alemán, no obstante, agrega, no hay en los fallos de la CSJN una referencia conjunta a esos tres requisitos[192].

---

[188] Huerta Ochoa, 2003, pp. 123-124.
[189] Huerta Ochoa. 2017. p. 394.
[190] Ruhl, 2021.
[191] Saggese, 2010, pp. 134-137.
[192] Saggese, 2010, p. 142.

Cianciardo interpreta que la postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Reconoce la existencia de dos criterios conexos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego. La garantía de la vigencia de los derechos fundamentales se alcanzará solo si al juicio sobre la proporcionalidad de la medida se le agrega el del contenido esencial, orientado hacia la tutela de la intangibilidad de los derechos[193].

Este autor, cuyo desarrollo teórico es una variante respecto a la teoría que se sigue en esta investigación, en un párrafo, sintetiza su visión: «La proporcionalidad y el contenido esencial se coimplican: la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestación»[194].

Un párrafo en el voto de Lorenzetti en la causa Shi (2021c), coincide con lo expresado por Cianciardo, cuando dice: «la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles».

Pedernera Allende, revisando la evolución de la jurisprudencia de la CSJN, expresa: «Con algunas variantes, la jurisprudencia posterior a 1983 comenzó a hacer hincapié en los derechos fundamentales. La conceptualización de la razonabilidad se tradujo en la adopción del juicio de proporcionalidad, que se compone de tres subprincipios»[195]. La proporcionalidad, entonces, es el método del control de la razonabilidad constitucional.

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

3. La función del principio de proporcionalidad. La precedencia condicionada. La ley de colisión y la limitación razonable

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

Entonces, mientras que la resolución de un conflicto entre reglas conduce siempre a la invalidez de una de ellas; en el caso de colisión entre principios, la proporcionalidad establecerá cuál de los principios corresponde aplicar al caso concreto, siendo el principio precedente parar resolver el caso, mientras que al otro

---

[193] Cianciardo, 2004, pp. 98-99.
[194] Cianciardo, 2004, p. 99.
[195] Pedernera Allende, 2015, p. 123.

principio se lo hace retroceder, pero sin declararlo inválido. Cambiando las condiciones, el principio desplazado puede ser el principio precedente[196].

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

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

Cuadro de texto 3

Ley de colisión

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

La ley de colisión expresa:

1) Que, en tanto norma *prima facie*, el supuesto de hecho de los principios está representado por sujetos, acciones y el bien protegido, y una consecuencia –lo ordenado, prohibido o permitido– *prima facie*;

2) Que, cuando colisionan, la proporcionalidad examinará las posibilidades o condiciones fácticas y jurídicas de los principios, para luego establecer la regla definitiva, determinado el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica conforme al principio precedente;

3) Que la precedencia es condicional, ya que ambos principios tienen la misma jerarquía constitucional y serán esas condiciones las que en el caso establecerán la precedencia de uno sobre otro. Cambiando las condiciones, la precedencia también puede cambiar. Esto quiere decir, que la proporcionalidad no deroga principios constitucionales, sino que establece el principio aplicable en cada caso;

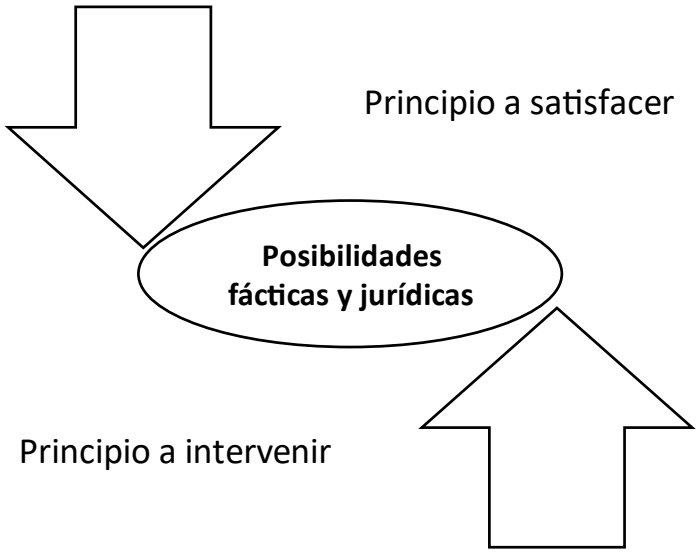
4) Que la proporcionalidad no establece por sí una limitación a los derechos fundamentales, sino que lo hace al identificar el grado de intervención posible o razonable del derecho a restringir en el caso concreto o en la situación a regular.

[196] Alexy, 2012, p. 70.

Bernal Pulido define esta función del siguiente modo: «Es un instrumento metodológico mediante el cual se hace explícito hasta dónde del derecho fundamental limitado tolera las limitaciones que se le imponen»[197].

Figura 6

Colisión de principios y examen de las posibilidades



La colisión se representa, por una parte, por el principio a satisfacer, que se identifica como aquel cuya realización es objeto del examen, y, por otra parte, por el principio opuesto, que es aquel que va a ser intervenido o afectado como consecuencia de la eventual medida de satisfacción. Por ejemplo, si se pretende satisfacer el derecho al ambiente, las medidas que instrumenten las obligaciones que se pretenden prescribir intervienen o restringen el derecho a ejercer una actividad industrial.

4. Etapas del examen de proporcionalidad y los subprincipios

La proporcionalidad dirime la precedencia a través de la aplicación de tres subprincipios o máximas parciales: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en *sentido estricto*, esta última también denominada ponderación. Los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios[198].

Los dos primeros, idoneidad y necesidad, representan la pretensión de alcanzar la mayor realización del principio conforme las posibilidades fácticas y recaen sobre la medida o medio que, como consecuencia jurídica, corresponde al principio a satisfacer para realizar el fin de protección. Estas medidas implican un grado de intervención o restricción del derecho opuesto.

La ponderación, representa el examen de las posibilidades jurídicas y expresa la mayor realización posible del derecho a satisfacer en relación con el derecho a

---

[197] Bernal Pulido, 2014, p. 673.
[198] Alexy, 2002, p.26.

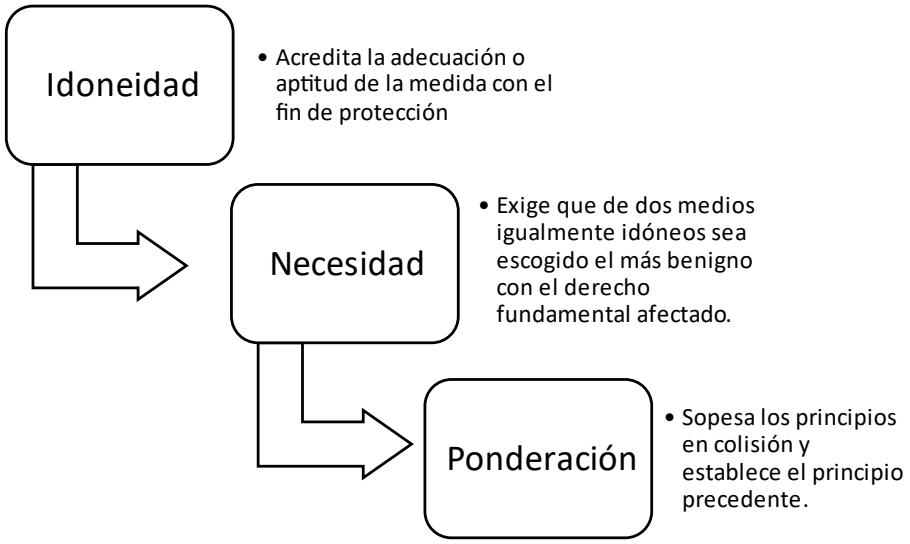
intervenir. Es la esencial del procedimiento considerar el derecho que se va a afectar, en este sentido se la denomina proporcionalidad *en sentido estricto*.

El examen de proporcionalidad a través de la aplicación de los tres subprincipios o exámenes identificará la medida óptima o razonable. De este surgirá el mandato optimizado o definitivo: la regla jurídica.

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

Figura 7

Subprincipios del examen de proporcionalidad



4.1. Examen de idoneidad

El subprincipio de idoneidad tiene más bien el estatus de un criterio negativo mediante el cual se puede detectar qué medidas no son adecuadas al fin. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos[199]. El principio excluye la adopción de medidas que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios. La consecuencia es que «Si un medio *M*, adoptado con objeto de promover un derecho a protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un derecho de defensa, entonces será desproporcionado y, por tanto, anticonstitucional»[200].

[199] Alexy, 2002, p. 28.
[200] Alexy, 2009, p. 57.

La máxima requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto es, la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse coherente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece[201].

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

Por lo que la determinación del fin es la condición del examen de adecuación del medio. La expresión fin, dice Clérico, suele ser utilizada para referirse a un estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr. Su determinación es esencial para la selección de los medios y requiere la descripción del estado de inicio –diagnóstico de la situación de partida– y el estado de llegada o final[202] que se persigue provocar.

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

> El fin inmediato del legislador es un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional, sea individual o colectivo (el fin mediato).
>
> Alcanzar dicho estado de cosas forma parte de la realización del derecho fundamental, el bien colectivo o el bien jurídico que el principio constitucional protege[203].

Estos conceptos son aplicables a todas las funciones del Estado; así dentro del fin *mediato* constitucional, que es lo constitucionalmente ordenado –por ejemplo, la protección del ambiente corresponde a todas las autoridades– existe un margen de acción respecto al grado en que debe promoverse la satisfacción de este, en tanto, los principios exigen, *prima facie*, que se otorgue más protección. Por lo que la fijación de fines *inmediatos* integra el margen de discrecionalidad competencial que establecerá los grados de realización[204].

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

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

> Las normas infraconstitucionales dictadas o a dictarse deberán ser interpretadas de modo de constituir *medios idóneos* para hacer efectivos

---

[201] Prieto Sanchís, 2008, p. 111.
[202] Clérico, 2016, p. 47.
[203] Bernal Pulido, 2014, p. 907.
[204] El orden marco y los márgenes de discrecionalidad se tratan en el Capítulo 6.

> los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional. Si así no fuera el mandato constitucional quedaría transformado en una mera declamación dogmática sin posibilidad de aplicación práctica alguna (Disidencia de los jueces Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

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

En tanto una medida puede tener mayor o menor grado de intensidad en la realización del fin, hay cuestiones en cuanto al nivel de exigencia requerido para reputar como idónea a una medida. Mientras Bernal Pulido entiende que una medida será idónea si promueve la realización del fin de algún modo[205]; Clérico considera que, si bien el operador jurídico debe controlar la adecuación del medio con el fin en el marco de una versión débil –de fomento del fin– otros aspectos, cuantitativos, cualitativos y probabilístico, son de utilidad para el referido examen. Esta sería una versión fortísima del mando de idoneidad, que realiza la selección atendiendo a que el medio alcance el fin en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (el más alto alcance); cualitativo (el mejor de los alcances) y el de las probabilidades (el más seguro de ser alcanzado)[206].

Bernal Pulido sintetiza los aspectos de la versión fortísima del examen de idoneidad:

> Desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser *más o menos* eficaz para la obtención de su fin; desde la perspectiva temporal, el medio puede contribuir con *mayor o menor* rapidez a la obtención de su objetivo; desde la perspectiva de la realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen *más o menos* aspectos relativos al fin, y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con *mayor o menor seguridad* para alcanzar la finalidad que se propone[207].

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

---

[205] Bernal Pulido, 2014, p. 916.
[206] Clérico, 2016, p. 59-60 y 2015, p. 81.
[207] Bernal Pulido, 2014, pp. 913-914.

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

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

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

4.2. Examen de necesidad

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

Bernal Pulido explica la medida necesaria así: «Debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto»[208].

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

Para Sánchez Gil, el criterio de necesidad requiere que la intervención en el derecho fundamental se dé en un grado estrictamente imprescindible, ya sea porque la medida es la única disponible o bien porque existiendo varias es la menos lesiva al derecho fundamental porque lo afecta en menor grado[209].

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

Conforme la posición de Bernal Pulido es en esta instancia que se debe examinar la *intensidad* de la eficacia, de la temporalidad, de la plenitud y de la probabilidad, ya que en todas estas dimensiones puede mediar mayor o menor grado de intervención. Por lo que en cuanto al requerimiento de que el medio sea más benigno con el derecho a intervenir, debe considerarse que, si es más benigno en

---

[208] Bernal Pulido, 2008.
[209] Sánchez Gil, 2017, p. XXV.

alguna de estas perspectivas, es un medio necesario, aunque todavía resta someterlo al examen de ponderación[210]. En el Capítulo 3 se analiza el examen de necesidad y su relación con la intensidad de las dimensiones de la idoneidad conforme el art. 1713 del CCyC.

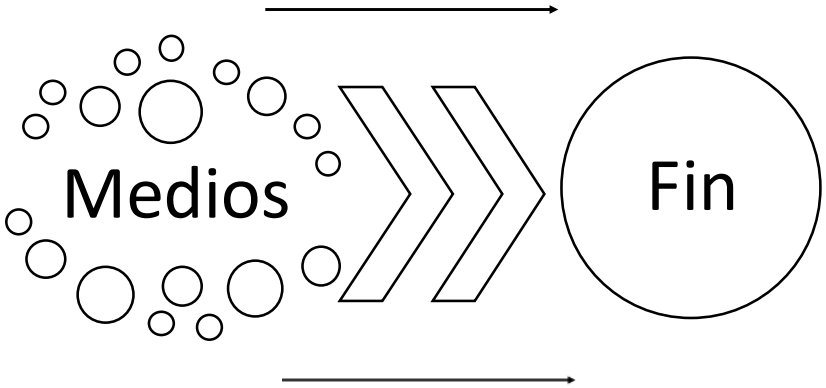
Puede observarse que este examen, al requerir la consideración del medio menos lesivo sobre el derecho a intervenir, preestructura el examen de ponderación, pero se debe aclarar que en esta instancia el derecho a intervenir es considerado en abstracto, es decir, el medio más benigno será aquel que, en promedio, o sea, en la generalidad de los casos o en un caso normal, afecte con menor intensidad el derecho fundamental[211].

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

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

Figura 8

Examen de idoneidad y necesidad



4.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto. La ley de ponderación. Terminología

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, como tercer subprincipio, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario[212].

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

[210] Bernal Pulido, 2014, p. 947.
[211] Bernal Pulido, 2014, p. 953.
[212] Alexy, 2002, p. 31.

mayor debe ser la satisfacción del otro[213]. Esta *ley* pone de manifiesto que la precedencia de un principio sobre otro no es determinable de forma absoluta, *a priori*, sino que tan solo puede hablarse de *pesos relativos* y que la determinación requiere sopesar a ambos principios en el caso a resolver, estableciendo que el principio a satisfacer frente al principio a intervenir debe reunir mayor grado de importancia. La ley de ponderación significa, entonces, que cuanto más intensa sea la restricción del derecho afectado por la intervención, tanto más importantes deben ser las razones alegadas para la satisfacción del otro derecho.

Cuadro de texto 4

Ley de ponderación

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

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

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

Como aclaración terminológica, en tanto lo mismo sucede en el derecho local, en la dogmática alemana de los derechos fundamentales son sinónimas las fórmulas «proporcionalidad en sentido estricto, ponderación y adecuación. La segunda es preferida en el uso común; se emplea con menor frecuencia la última. Estas diferencias son meramente formales y en nada cambian la esencia del concepto que dichos términos refieren»[214].

Prieto Sanchís explica el significado de la ponderación:

> Pues bien, como venimos diciendo, el modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas[215].

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

---

[213] Alexy, 2012, p. 138 y p. 141.
[214] Sánchez Gil, 2017.
[215] Prieto Sanchís, 2008, p. 99.

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

> En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro[216].

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

Bernal Pulido los explica: «Es pertinente observar que el primer y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de la importancia en la satisfacción –del segundo principio–»[217].

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

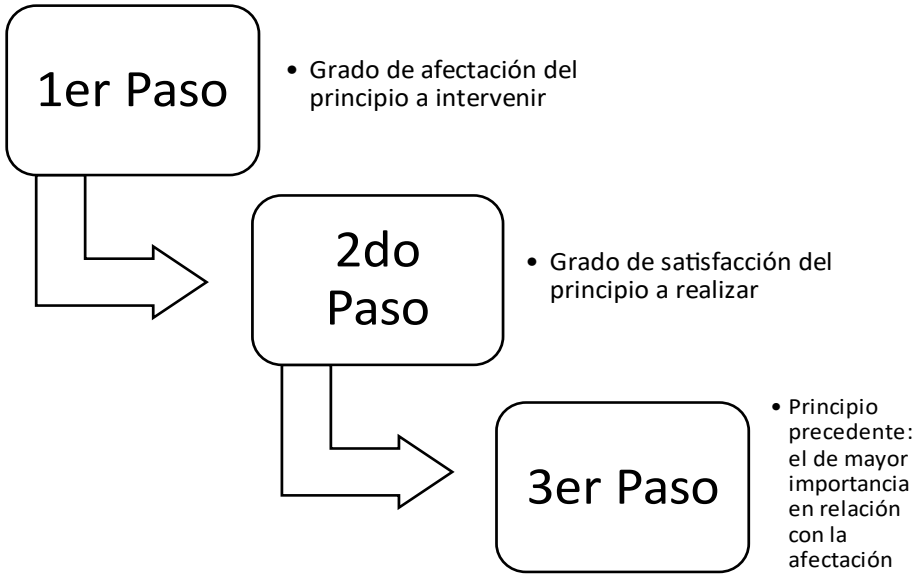
El tercer paso implica la selección del principio precedente, que resulta cuando la importancia de la satisfacción del principio (por ser mayor) justifica la afectación del otro principio.

---

[216] Alexy, 2002, p. 32.
[217] Bernal Pulido, 2008, p. 99.

Figura 9

Pasos de la ponderación



Una aplicación del método de la proporcionalidad se observa en la causa Kimel vs. Argentina, en este fallo de la Corte IDH se explican los pasos de la ponderación para resolver el caso: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación *fue grave, intermedia o moderada*; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro. Considerando que «En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra»[218].

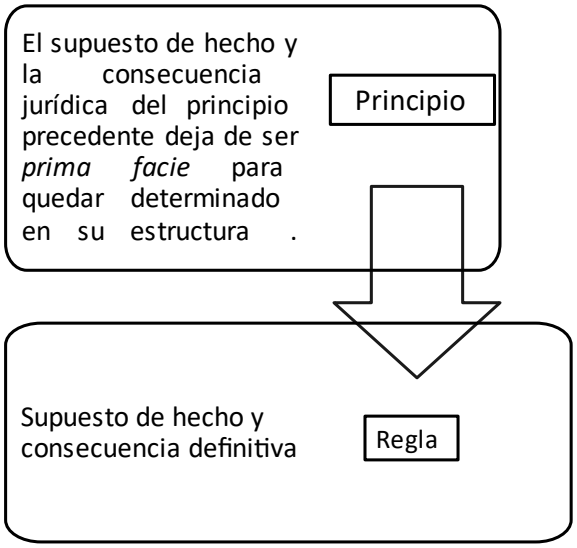
El resultado de la ponderación es establecer la regla definitiva: el supuesto de hecho del principio precedente deja de ser *prima facie* para quedar determinado en sus condiciones. Lo mismo sucede con la consecuencia jurídica, concretándose la medida como autorizaciones, obligaciones o prohibiciones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

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

[218] Corte IDH, 2008.

Figura 10

El principio precedente y la regla definitiva



4.4. Las variables de la ponderación

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

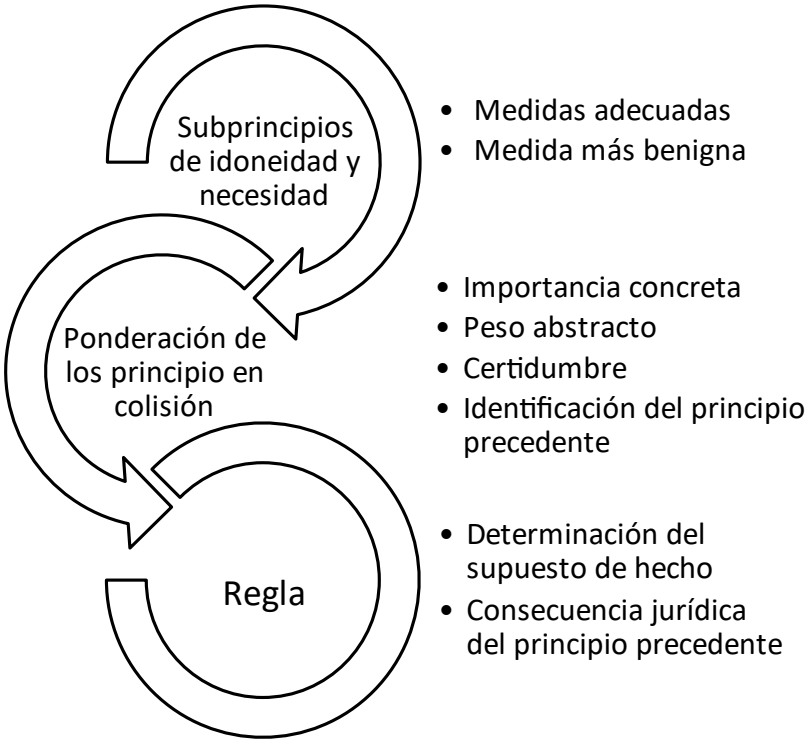
Pero en la ponderación no solo se sopesa la importancia concreta de los derechos en colisión, sino que también se debe sopesar la importancia que tienen en sí mismos en la trama de derechos constitucionales, siendo esta una valoración despojada de consideraciones circunstanciales. Esta variable considera el mayor o menor *peso abstracto* que corresponde a cada principio. Además, como no todos los principios en colisión alcanzan la comprobación plena de las premisas fácticas o normativas que los sustentan, corresponderá sopesar la *certidumbre* de esas premisas. La forma de ponderar estas variables de los derechos en colisión –importancia concreta, peso abstracto y certidumbre– signarán el desarrollo que sigue.

Lo expuesto hasta aquí revela la ponderación como una metodología dialéctica, en la que se examinan los argumentos a favor de un principio y los argumentos a favor de otro, siendo la resolución la superación de la contradicción entre los derechos en colisión[219].

[219] Berumen Campos, 2003.

Figura 11

Secuencia completa del examen de proporcionalidad



5. La variable «importancia concreta» en la ponderación. La escala triádica de intensidades

5.1. La escala de tres intensidades

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

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

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

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

El autor alemán comienza argumentando que: «Es posible encontrar algunos ejemplos fáciles en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados

de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado de forma racional»[220].

Da el siguiente ejemplo:

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

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

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

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

5.2. Los niveles de intensidad

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

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

En relación con la terminología, Alexy precisa:

---

[220] Alexy, 2012, p. 33.

> Como ya se ilustró, los tres rangos pueden designarse con las expresiones «leve», «medio» y «grave». Para simplificar la exposición, estos tres rangos serán caracterizados con las letras «l», «m» y «g». «l» no solo representa la expresión «leve» del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como «reducido» o «débil», y «g», junto a «grave», también representa términos como «elevado» o «fuerte»[221].

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

5.3. Los dos primeros pasos de la ponderación por intensidades

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

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

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

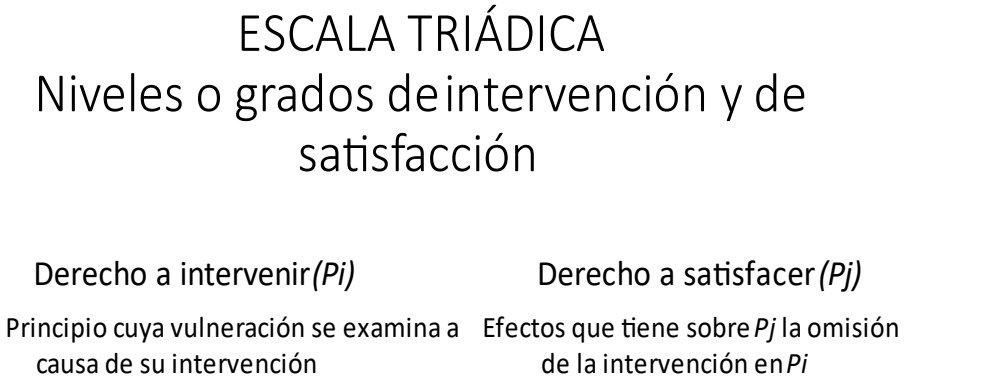
El principio intervenido *(Pi)* pone de manifiesto que se trata del principio cuya vulneración como *l, m* o *g* se examina a causa de su restricción o intervención. *La intervención en el principio vulnerado siempre es concreta.* Esto justifica que la importancia concreta comience sopesando el principio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

---

[221] Alexy, 2002, p. 37.

Figura 12

Escala triádica de intensidades de intervención y de satisfacción



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

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

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

En materia ambiental es habitual que los informes científicos expliquen la importancia de sus conclusiones y de las medidas propuestas, atendiendo a las consecuencias que su no realización tendría en el ambiente. Por lo que, si una medida restringe un derecho individual en forma concreta, la escala de intensidad de la

satisfacción surge del impacto que ocasionaría su omisión en el derecho al ambiente. Así, las medidas de reducción de los gases de efecto invernadero propuestas por el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) son fundamentadas en los escenarios futuros, que identifican las graves consecuencias que para el clima del planeta provocaría su omisión; de ese modo se establece el grado de importancia de la satisfacción de la protección del ambiente.

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

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

Cuadro de texto 5

Importancia concreta del principio a proteger

> *La importancia concreta solo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en el principio a intervenir tenga en el principio a satisfacer*.

5.4. El tercer paso: el principio precedente

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

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

Cumplido este examen, surge la regla ponderada: «Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»[222].

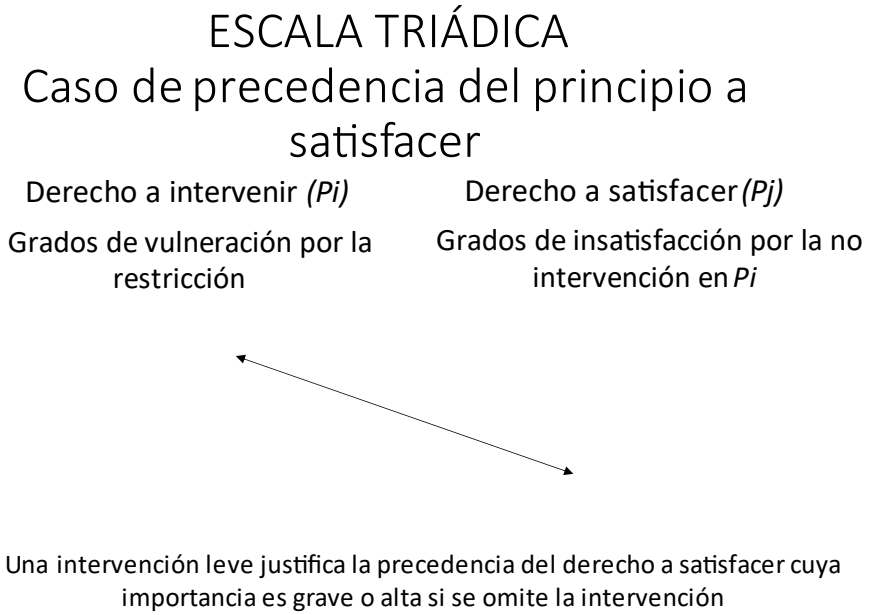
En el ejemplo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, esta medida provoca una afectación leve o media en el derecho a ejercer una industria

[222] Alexy, 2012, p. 75.

licita y una satisfacción mayor en el derecho al ambiente al prevenir los daños ambientales relevantes. Siendo en este caso el derecho al ambiente el principio precedente, corresponderá aplicar las consecuencias normativas de la prevención.

Figura 13

Supuesto de precedencia del principio a satisfacer



En la Figura 13, una vulneración leve del principio a intervenir se justifica cuando la omisión de intervención genera un menoscabo en la satisfacción del principio que se estima alta o grave. Lo mismo sucedería en el caso de que la intervención fuera media. En ambos casos las medidas son constitucionales.

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

6. Los modelos triádicos

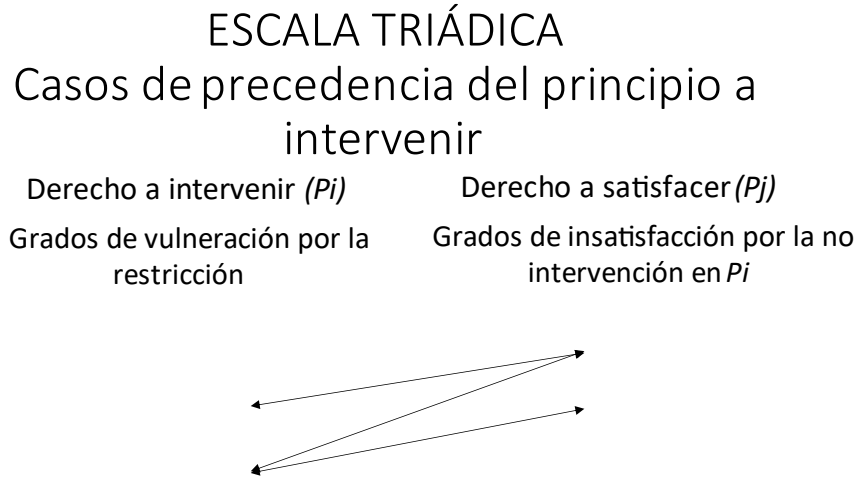
A partir de lo expuesto, se pueden esquematizar las alternativas en las que un principio precede a otro.

Existen tres constelaciones en las que la gravedad en el principio a intervenir (*Pi)* es más intensa que el efecto que sobre el principio a satisfacer *(Pj)* produce la omisión de dicha intervención. En estos casos, la ley de la ponderación no justifica la intervención en *Pi*, ya que la vulneración de dicho principio es mayor al efecto que la omisión de esa medida tiene sobre el principio a satisfacer (*Pj)*. Es decir, el mayor peso está del lado del principio a intervenir.

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

Figura 14

Constelaciones de precedencia del principio intervenido

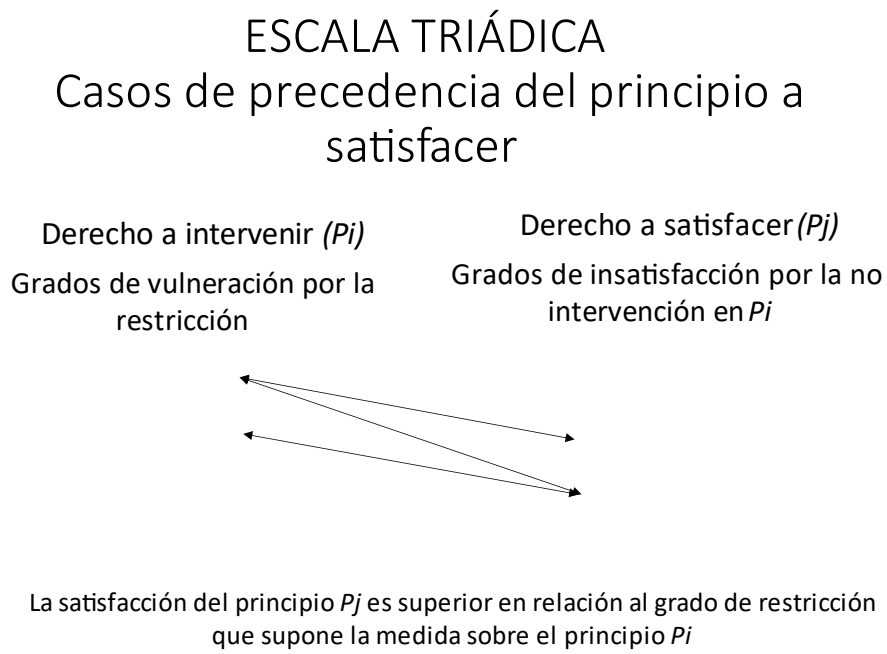


A esos tres casos de primacía del principio a intervenir (*Pi),* son correlativos tres casos de primacía del principio a satisfacer (*Pj).* En estos supuestos, la ley de la ponderación justifica la intervención en cuanto la vulneración de *Pi* a causa de la intervención es menor al efecto que la omisión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

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

Figura 15

Constelaciones de precedencia del principio a satisfacer



7. Otras variables relevantes en la ponderación: el peso abstracto y la certidumbre. La fórmula de peso y la integración de las variables. Supuestos de procedencia

7.1. Otras variables sujetas a ponderación. El peso abstracto

Tal como señala Bernal Pulido, la variable importancia de la intervención/satisfacción de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación[223]. Otras concurren en el proceso del examen de proporcionalidad, variables con características singulares, que justifican un tratamiento específico.

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

El peso abstracto refiere a una consideración despojada de aspectos circunstanciales, se relacionada con la valoración de los derechos en colisión en la trama constitucional de los derechos. Alexy, da el siguiente ejemplo, la vida humana tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Entonces, distingue la importancia concreta de la abstracta de este principio: la importancia que tenga la protección de la vida en una situación puede determinarse a la vez, según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso

[223] Bernal Pulido, 2014, p. 992.

concreto. Que un concepto integrado de importancia como éste sea inteligible no es, sin duda, una razón en contra de que sus elementos puedan ser diferenciados, y ello por razones analítica[224].

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

> La igual jerarquía de todas y cada una de las normas constitucionales […], permite decir que todas las que declaran derechos gozan de igual rango, no obstante lo cual, los derechos "en sí" no son todos iguales, porque hay unos más "valiosos" que otros (la vida "vale" más que la propiedad, por ejemplo)[225].

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

Se atribuye un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales cuando media conexión entre ellos y otros principios del estado constitucional y democrático. Se identifican como principios que otorgan un peso abstracto mayor al principio de protección y respeto de la dignidad humana y al principio democrático. Así, la libertad de expresión y el derecho a la intimidad priman sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana[226].

Respecto a los derechos sobre bienes colectivos, Sozzo explica: «A la hora de efectuar los "juicios de ponderación" cuando existen conflictos entre diferentes tipos de derechos –de las diferentes generaciones– un argumento para resolver los conflictos de derechos fundamentales es el "principio de precedencia" de los derechos sobre bienes comunes»[227].

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

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

---

[224] Alexy, 2002, p. 38.
[225] Bidart Campos, 2005a, T. I, p. 494.
[226] Clérico, 2008, p. 160; Bernal Pulido, 2008, p. 56.
[227] Sozzo, 2018, p. 1.

> Entre la esfera pública y privada hay una esfera social donde ubicamos a los bienes colectivos, lo cual instaura una regla de precedencia lógica en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales[228].

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

> [...] que un principio se refiere a bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas o fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales[229].

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

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

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

7.2. La certidumbre y las comprobaciones

Alexy incorpora, además, la variable *certidumbre o seguridad de las premisas empíricas y normativas*. Tal es su importancia que lleva a Alexy a enunciar la segunda ley de ponderación, que denomina *ley epistémica de la ponderación*, según la cual: «*Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención*»[230].

Cuadro de texto 6

Ley epistémica de ponderación

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

Conforme esta ley, a mayor grado de intervención, el principio (*Pi*) acrecienta su resistencia, exigiendo mayor certeza en el principio a satisfacer (*Pj*). Por esta razón, a la primera ley de ponderación Alexy la denomina «ley material de la ponderación» y a la segunda «ley epistémica de la ponderación»[231]. A diferencia de

---

[228] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 86.
[229] Alexy, 2004, p. 90.
[230] Alexy, 2002, p. 55.
[231] Alexy, 2002, p. 55.

la primera, la segunda ley de ponderación no hace énfasis en grado de importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en el grado de conocimiento de las premisas que lo configuran.

Alexy fundamenta esta variable sosteniendo que «los derechos fundamentales requieren no sólo una optimización sustancial, sino también una optimización epistémica»[232], en tanto, una precedencia absoluta para el principio sustancial en casos de incertidumbre empírica, conduciría a una parálisis legislativa de largo alcance en áreas como el derecho comercial, la seguridad y el derecho ambiental, por lo que de acuerdo con el principio democrático, está permitido al legislador decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben. Luego completa esta explicación, expresando que, de manera análoga, según el principio del Estado de Derecho, la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del Derecho ordinario o la valoración de las pruebas[233].

Por lo que, cuando hay incertidumbre, con sustento en los principios conformadores del Estado, se reconoce a la autoridad competente el margen epistémico o cognitivo para decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben o confían a la discrecionalidad estructural de la autoridad[234]. Los principios formales y el margen de acción discrecional de tipo estructural se tratan en el Capítulo 6.

En efecto, en el derecho ambiental, negar el margen epistémico sería aceptar la exigencia de operar siempre con una verdad segura que reduciría al mínimo la competencia de la autoridad para resolver, lo que tendría graves consecuencias en la protección del ambiente, en tanto un margen de actuación reservado a premisas seguras sería la única forma de satisfacer la sustentabilidad. Pero, no obstante, hay que aclarar que el ejercicio de este margen competencial debe ser ponderado, excluir la ponderación sería aceptara la primacía absoluta del principio formal de competencia, en cuanto se habilitaría al máximo la posibilidad de operar, incluso con premisas falsas[235].

Las definiciones epistémicas son esenciales en materia ambiental, una acción epistémica legislativa de gran importancia es el principio de precaución, que requiere a las autoridades intervenir en caso de incertidumbre cuando concurren determinadas condiciones fácticas. También ingresan en esta esfera competencial aquellas decisiones restrictivas adoptas sobre el empleo de determinadas sustancias o sus valores de emisión, o sobre la distancia para la emisión de radiaciones ionizantes, cuando no hay una certeza absoluta sobre sus efectos en el ambiente o la salud.

En consecuencia, las posibilidades epistémicas establecen límites adicionales a los mandatos de optimización, en cuanto se parte de la base de que no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios fundamentales en colisión[236].

---

[232] Alexy, 2014, p, 25.
[233] Alexy, 2014, p. 26.
[234] Alexy, 2014, p. 29.
[235] Alexy, 2002, p. 54; 2014, p. 26.
[236] Bernal Pulido, 2007a, p. 291.

La certidumbre puede ser empírica o normativa. La certidumbre empírica es un factor referido al grado de conocimiento de las cosas, e incide jurídicamente cuando no se ha acreditado plenamente las premisas fácticas de un principio. En efecto, si el supuesto de hecho tiene la función de resumir totalmente los presupuestos materiales de los principios para la consecuencia jurídica *prima facie*[237], muchas veces, especialmente en el derecho al ambiente, esas pruebas no serán suficientes para alcanzar el grado de certeza absoluta de sus premisas, lo que provocaría su desplazamiento en la ponderación. Por lo que se reconoce a la autoridad el margen epistémico para establecer la valoración alcanzada sobre el estado de cosas.

Por su parte, la incertidumbre normativa tiene lugar cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en colisión[238]; en estos casos existe inseguridad respecto a cuál de los derechos en colisión corresponde mayor protección.

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

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

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

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

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

El tema es cómo integra Alexy las variables de importancia concreta, peso abstracto y certidumbre para obtener la precedencia de un principio sobre otro. Brinda la respuesta con la fórmula de peso[239].

Esta fórmula define el peso como el cociente de los tres factores fijados, en cada lado de la ponderación, donde cada uno es representado por números[240]. El

---

[237] Alexy, 2012, p. 266.
[238] Alexy, 2002, p. 62.
[239] Bernal Pulido, 2014, p. 993.
[240] Alexy, 2008, p. 32. Explica que, si se utiliza la serie aritmética 1, 2 y 3 para cada nivel, se obtienen resultados esclarecedores mediante una *fórmula diferencial*. Pero la serie geométrica 1, 2 y 4

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

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

1) Respecto a la importancia concreta, para los grados de intensidad de la intervención y de satisfacción (*I*), los valores numéricos son: (1) para leve, (2) para medio y (4) para grave.

2) A los pesos abstractos (*W*), corresponden los mismos grados triádicos de la importancia y se asignan los siguientes valores numéricos: (1) para leve, (2) para medio y (4) para grave.

3) Para la certidumbre de los presupuestos fáctico y normativos (*R*), los valores numéricos son: (1) para cierto, (1/2) para plausible y (1/4) para no evidentemente falso[241].

Figura 16

Fórmula de peso completa (tres variables)

$$W_i, j = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_J \cdot W_J \cdot R_J}$$

Wi,j representa el cociente o peso del principio *Pi* en relación con el principio en colisión *Pj.«*La fórmula del peso define este peso concreto como el cociente de los tres factores fijados, por así decir, en cada lado de la ponderación». Esto, es, resulta de las tres variables de la ecuación –peso concreto, abstracto y certidumbre– en la que *I* representa la gravedad de la intervención (*Ii*) o importancia de la satisfacción *(Ij*), entonces, según sea el peso concreto estimado, al grado leve se le asigna (1), al medio (2), al grave (4). Respecto de los pesos abstractos de los principios en colisión (*Wi/Wj*), se ponderan asignándoles respectivamente la cantidad numérica (1), (2), (4) según el peso que posean en la trama constitucional de derechos. Finalmente, para medir la fiabilidad de las premisas empíricas y normativas (*R*), los grados y valores son: seguro, (1), plausible (1/2) y no evidentemente falso (1/4)[242].

---

representa mejor el concepto de ponderación. Esta serie se diferencia de la serie aritmética esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales, sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención. El carácter geométrico de la escala permite definir el peso concreto de *Pi,* no mediante una fórmula de diferencia, sino mediante una *fórmula de cociente*. Esta fórmula constituye el núcleo de una fórmula más comprensiva cuando incluye las demás variable que debe llamarse «la fórmula del peso».

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

[242] Alexy, 2014, p. 18.

Por lo que, el resultado o cociente de cada principio representa su peso en la colisión, estableciendo la precedencia del principio con mayor peso.

La variable certidumbre se puede presentar en forma refinada, distinguiendo la certidumbre empírica de la normativa, expresándose en la fórmula de peso así:

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

Una aclaración importante es que *Ii* e *Ij* (peso concreto*)* y *Wi* y *Wj* (peso abstracto*)*, corresponden a la dimensión material de la ponderación, que también se denomina ontológica[243]. Mientras que *Ri* y *Rj (*certidumbre empírica o normativa*)* tiene un carácter completamente diferente, en tanto opera cuando no se tiene certeza plena acerca de las premisas empíricas o cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales.

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

> Si los valores epistémicos ascienden a 1, los valores materiales permanecen intactos. Si los valores epistémicos son menores que 1, el impacto de los valores materiales o sustanciales se reduce en consecuencia. El menor valor epistémico se da cuando la fiabilidad tanto de las premisas empíricas como normativas es evaluado no tan alto como «no evidentemente falso[244].

Respecto a la ponderación mediante la fórmula de peso, una precisión debe realizarse sobre las variables adicionales, peso abstracto y certidumbre, las que se sopesan únicamente cuando los principios en colisión no tienen el mismo peso abstracto y cuando las premisas fácticas del principio a satisfacer no alcanzan el nivel de certeza requerido. En el caso de la certidumbre normativa, cuando no existe certeza respecto a cuál de los principios en colisión debe prevalecer. Por lo que, fuera de estas condiciones, estas variables se anulan recíprocamente y el procedimiento culmina con la ponderación de la importancia concreta.

En consecuencia, estas variables deben ser utilizadas en la fórmula sólo cuando los pares de factores son desiguales. Si estos pares son iguales, se neutralizan mutuamente[245].

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

---

[243] Alexy,2016.
[244] Alexy, 2014, p. 20.
[245] Alexy, 2008, p. 33.

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

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

A continuación, en sus rasgos esenciales, se aplica la fórmula de peso conforme un ejemplo de Bernal Pulido[246].

Cuadro de texto 7

Ejemplo de aplicación de la fórmula de peso

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

1) PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CULTOS (*Pi*):

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

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

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

2) EL PRINCIPIO A LA VIDA Y SALUD DE LA NIÑO (*Pj*):

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

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

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

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

$$8/16$$

Principio de la libertad de cultos (Pi) = 0.50

$$16/8$$

Principio a la salud y a la vida (Pj) = 2

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

[246] Bernal Pulido, 2014, pp. 996-997.

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

$$Pi = \frac{4}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{1} = 0{,}50 \quad < \quad Pj = \frac{4}{4} * \frac{4}{2} * \frac{1}{1} = 2$$

$$Pi = 0{,}50 < \quad Pj = 2$$

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

Para comprender la incidencia de la certidumbre en los cocientes, como ejercicio, se utiliza el mismo caso, pero alterando el grado en el principio a satisfacer (*Pj*) a *no evidentemente falso,* al que corresponde el valor ¼**,** conservando el grado y valoración de las otras variables. La consecuencia es que el cociente del principio a satisfacer se modifica a 0,5, mientras que el del principio a intervenir (*Pi*) se eleva a 2. En tal supuesto, no se debe intervenir el derecho.

$$Pi = \frac{4}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{1/4} = 2 \quad > \quad Pj = \frac{4}{4} * \frac{4}{2} * \frac{1/4}{1} = 0{,}50$$

$$Pi = 2 \quad > \quad Pj = 0{,}50$$

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

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

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

La segunda regla es la argumentación en base a los precedentes que establecieron una precedencia condicionada como resultado de una ponderación en casos idénticos o análogos, estos precedentes orientarán la definición[247].

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

[247] Bernal Pulido, 2014, pp. 1015-1016.

9. Análisis valorativo y crítico del examen de proporcionalidad. Importancia de los precedentes para una ponderación consistente

El principio de proporcionalidad implica un *procedimiento escalonado y sucesivo*[248], de modo que, si no se logra atravesar uno de ellos, la norma es inconstitucional[249]. En primer lugar, realiza un examen fáctico de las medidas a través de la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad del principio a satisfacer para luego ponderara las variables de los principios, estableciendo el principio con mayor importancia en el caso concreto. Así, se construye la regla definitiva, que resulta del examen de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Respecto a la ponderación, expresa Bernal Pulido, es racional tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico. Es racional porque responde a una estructura que resulta de la ley de colisión, de la ley de ponderación, de la formulad peso y de la argumentación jurídica, y es práctica porque su estructura argumentativa satisface la racionalidad del discurso jurídico[250].

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

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

Este autor realiza una aclaración no menor, al señalar que no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer en cada caso una única respuesta correcta. Lo valora como un procedimiento que abre al juez un margen racional de deliberación, que posibilita fundamentar a través de esas variables una ponderación correcta[251].

Sobre la naturaleza de la fórmula de peso, Alexy explica que la fórmula no pretende sustituir la ponderación como forma de argumentación por el cálculo. «Se trata de un dispositivo formal para expresar la estructura inferencial de la ponderación de principios, del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la subsunción normativa»[252].

---

[248] Bernal Pulido, 2014, p. 874.
[249] Sapag, 2008, p. 172.
[250] Bernal Pulido, 2012, p. XLVII.
[251] Bernal Pulido, 2014, pp. 995-996 y 1006.
[252] Alexy, 2009a, pp. 63-64.

Respecto a la utilidad práctica, Sánchez Gil[253]entiende que más allá de su interés teórico, en la práctica jurídica, es innecesario usar la fórmula de peso como si se tratara de un problema de física o de matemáticas. Por su parte, Klatt y Meister indican que no debe ser utilizada sacramentalmente, aunque recomiendan seguir sus pasos para justificar el resultado de la ponderación y alcanzar una «gran competencia argumentativa»[254].

Alexy, en el *Epílogo,* advierte sobre su función instrumental, cuando expresa que una vez que se ha hecho el trabajo analítico, el jurista tiene que regresar a la superficie y tiene que comunicar sus conocimientos con las palabras más fáciles y confiables que sea posible[255].

Sobre la precisión jurídica de la fórmula de peso, hay importantes observaciones críticas que giran sobre la confiabilidad de las valoraciones que la componen. Así, para Guibourg[256], la estructura de la fórmula del peso es inútil sin un método confiable para medir la interferencia con un principio que sea requerida para satisfacer otro principio dentro de un caso dado.

Sin embargo, respecto a la confiabilidad en la determinación de las variables, se propone por Bernal Pulido y por Clérico un modelo de reglas para conferir previsibilidad a la ponderación.

Bernal Pulido lo formula a partir de dos planteos, el primero es si existen o no criterios objetivos para determinar el valor de las variables que la integran; el segundo, cuando este no es el caso, si los precedentes pueden servir para alcanzar, no la objetividad, pero al menos la racionalidad de la decisión[257].

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

Respecto al peso abstracto, expresa que es una variable bastante peculiar, que siempre implica que el juez tome una determinada posición respecto a la Constitución, del rol del Estado en determinada sociedad e, incluso, del concepto mismo de justicia[258]. Esta observación también es referida por Clérico, quien señala que la fórmula de peso no otorga pistas acerca de cómo determinar todos aquellos componentes que no dependen de las circunstancias concretas del caso; es decir, el peso y la restricción abstractos de los principios[259].

---

[253] Sánchez Gil, 2017.
[254] Klatt y Meister, 2017, p. XXXII.
[255] Alexy, 2002, p. 39.
[256] Guibourg, 2008.
[257] Bernal Pulido, 2018, p. 260.
[258] Bernal Pulido, 2018, p. 262.
[259] Clérico, 2008, pp. 159-160.

Moreso también manifiesta que para esa ponderación «deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos», para luego afirmar: «No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente»[260].

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

Es entonces que este autor se pregunta cómo asignar un valor a cada variable en la fórmula de peso si pueden resultar diferentes según la perspectiva que se considere[261].

Estas y otras apreciaciones le indican que el juez tiene un margen de discreción para ponderar cada variable, pero dentro de ese margen de discreción son los precedentes los que adquieren relevancia fundamental. Afortunadamente –expresa–, los jueces no resuelven cuestiones sobre el peso de los principios y la seguridad de las premisas empíricas a manera de *tabula rasa*. Los jueces toman decisiones en una *red de precedentes*, que permiten que los principios se apliquen de manera consistente y coherente, de esa manera que la ponderación no solo es racional sino predecible[262].

Por su parte, Clérico demuestra que el modelo de la ponderación de Alexy no opera frente a cada una de las colisiones de derechos desprovisto de toda atadura, sino que es un modelo de la ponderación fuertemente orientado por reglas, entre otras, por reglas-resultados de anteriores ponderaciones que bien pueden ser reconstruidas como una red de casos[263].

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

> El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos[264]

Ante ello, para abordar la indeterminación que suponen las variables de la proporcionalidad, Clérico propone *la tesis de la red de reglas-resultado de la ponderación*, obtenidas de la sistematización de las decisiones judiciales *iusfundamentales*. Estas reglas de ponderación surgen del análisis de casos relevantes –precedentes– que conforman la red de reglas-resultados de las sentencias. Mediante

---

[260] Moreso, 2009, p. 231. No es otra la posición de Alexy, cuando expresa que no hay un catálogo de todos los principios, y si lo hubiera, no expresaría todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos. Proporcionalidad y argumentación jurídica, construyen la decisión correcta. La argumentación se vincula a la ley, al precedente y a la dogmática. Alexy, 2088, pp. 145- 147.
[261] Bernal Pulido, 2018, p. 263.
[262] Clérico, 2018, pp. 263-264.
[263] Clérico, 2012.
[264] Alexy, 1988, p. 146.

las ponderaciones y las reconstrucciones críticas se constituye, con el correr del tiempo, una red de puntos de vista concretos y reglas –que, sin embargo, debe permanecer abierta– para la aplicación del respectivo derecho fundamental. La vinculación a la regla-resultado de la ponderación y, por ende, su aplicación debe poder ser justificable a la luz de las similitudes de las circunstancias del caso anterior con las de la nueva colisión[265].

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

10. Recapitulación

Se sintetiza los resultados alcanzados:

1) Los principios, en tanto mandatos de optimización, entran en colisión con otros derechos fundamentales.

2) El principio de proporcionalidad es el procedimiento para resolver la colisión entre principios de derecho fundamental.

3) La proporcionalidad es uno de los sentidos de la razonabilidad constitucional.

4) Cuando una decisión aplica mediante la subsunción una regla restrictiva de un derecho constitucional, el control de constitucionalidad deberá ponderar los principios en colisión.

5) La proporcionalidad establece el principio precedente y la consecuencia jurídica que le corresponde al caso o situación a resolver.

6) El procedimiento de proporcionalidad tiene tres subetapas o subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

7) Es un procedimiento escalonado y sucesivo, de modo que, si no se logra atravesar uno de ellos, la norma debe ser declarada inconstitucional.

8) La idoneidad y la necesidad examinan las condiciones fácticas de las medidas de realización. Establecen la relación entre el medio y el fin constitucional.

9) En caso de colisiones en las que intervenga el derecho al ambiente, se requiere examinar la idoneidad y necesidad en relación con las variables eficacia, temporalidad, seguridad y probabilidad de las medidas. Mientras que la idoneidad procura la eficacia en el logro de la finalidad, la necesidad

[265] Clérico, 2018, pp. 257-280.

procura la eficiencia en el logro de la finalidad, requiriendo la menor afectación del derecho a restringir.

10) La ponderación expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario.

11) La ley de ponderación establece que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro.

12) La escala triádica o de tres intensidades mide en grados la importancia concreta de la no satisfacción o de afectación de los derechos en colisión.

13) La fórmula de peso integra en la ponderación el peso concreto o importancia, el peso abstracto y la certidumbre de los principios en colisión.

14) El peso abstracto refiere a una consideración despojada de aspectos circunstanciales, más relacionada a la posición del derecho en la trama constitucional de los derechos.

15) La certidumbre es la optimización epistémica de los principios y tiene lugar cuando son inciertos los conocimientos acerca de lo que está ordenado, prohibido o confiado a la discrecionalidad por los derechos fundamentales.

16) La certidumbre de las premisas fácticas se refiere al conocimiento sobre el estado de cosas objeto de examen. La certidumbre normativa se refiere a la duda sobre cuál de los derechos en colisión es el merecedor de la mayor protección.

17) La seguridad jurídica requiere identificar si los precedentes de la CSJN aportan certeza a la proporcionalidad en materia ambiental.

Capítulo 3. El principio de sustentabilidad y la proporcionalidad ambiental

1. La sustentabilidad como paradigma y como principio jurídico

1.2. La sustentabilidad como paradigma

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

Desde esta perspectiva, es la sustentabilidad el concepto clave a analizar. La centralidad política del desarrollo sustentable es consecuencia de un proceso de escala internacional en la que se consagraron y entretejieron múltiples principios que generaron un caudal regulatorio significativo. De ese entretejido surgió la sustentabilidad como «principio de los principios»[266].

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

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

La palabra paradigma que se emplea proviene del griego y significa «modelo o ejemplo». Fue el científico estadounidense Thomas Kuhn quien actualizó el concepto para referirse al conjunto de prácticas que definen una disciplina científica durante un período de tiempo. Es la visión o cosmovisión. Cuando un paradigma no puede satisfacer las necesidades de una ciencia es sucedido por otro. Se está entonces frente a un cambio de paradigma[267].

Entonces, si la teoría de los principios, en relación con el positivismo, es un cambio de paradigma de la ciencia jurídica, la sustentabilidad es el paradigma de sistema jurídico ambiental. Esto implica que sus valores y principios, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan el entero ordenamiento jurídico[268].

---

[266] Gorosito Zuluaga, 2017, p. 115,
[267] Marín Gallego, 2007, pp. 76-79,
[268] Peña Chacón, 2004.

En este último sentido, Lorenzetti, en su *Teoría del Derecho Ambiental*, instala el concepto de paradigma ambiental como eje de su desarrollo y análisis jurídico[269].

El paradigma de la sustentabilidad reconoce los siguientes hitos en su evolución:

1.2.1. La Declaración de Estocolmo

La Declaración de Estocolmo[270] fue consecuencia de la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano, que tuvo lugar en Estocolmo (Suecia) en junio de 1972, con representantes de 113 países. Esta conferencia logró reunir a las naciones industrializadas y en desarrollo para la defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras como meta imperiosa de la humanidad (Declaración de Estocolmo, Proclama, punto 6).

Fue el primer intento de conciliar los objetivos tradicionales del desarrollo con la protección de la naturaleza, y de contemplar los diferentes intereses de los países de la comunidad internacional[271].

La actividad preparatoria fue intensa en debates. El énfasis de la conferencia estaba dado por los países desarrollados que se enfocaban en los problemas de contaminación causada por la acelerada industrialización y urbanización, y en el agotamiento de los recursos naturales, el que adjudicaban al crecimiento poblacional. Por otra parte, los países del Tercer Mundo, que representaban la mayor parte de la población mundial y la falta de desarrollo económico, reaccionaron con recelo y hasta con abierta hostilidad a aquel planteo que los podía perjudicar. Maurice Strong, secretario general de la conferencia, en aras de salvar la reunión, hizo un gran esfuerzo para lograr la ampliación del concepto de «medio humano», integrando los aspectos sociales a los físicos tradicionales. Para ello, instó a la formación de un grupo de veintisiete expertos de diversos países que, reunidos en Founex (Suiza), del 4 al 12 de junio de 1971, elaboraron un informe en el que se recogieron las principales preocupaciones económico-ecológicas de los menos desarrollados. Así, en la tercera y cuarta reuniones generales preparatorias (septiembre de 1971 y marzo de 1972, Nueva York), se consensuó que la expresión «medio ambiente» debía incluir no solo las cuestiones estrictamente ecológicas, sino también las sociales.

En su principio 1, la Declaración de Estocolmo enuncia:

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

La Declaración es una de las respuestas a la oposición absoluta hombre-naturaleza o economía-ecología, y a la propuesta del crecimiento cero que esgrimieron los países desarrollados. Acepta, hasta cierto punto, la idea de los límites físicos, y plantea que el crecimiento puede ser compatible con el cuidado ambiental,

---

[269] Lorenzetti, 2010a, pp. 7-15.
[270] Declaración de Estocolmo, 1972.
[271] Pierri, 2005.

entendiendo que el primero es un presupuesto necesario para el segundo, dado que la pobreza genera problemas ambientales por las necesidades acuciantes a satisfacer. También reconoce el derecho de todos los países de usar sus propios recursos como un aspecto de su soberanía.

1.2.2. La Carta de la Naturaleza

La Carta de la Naturaleza[272], aprobada el 28 de octubre de 1982 por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 37/7, establece como concepto clave mantener la *capacidad de carga* de los ecosistemas, consagrando los principios de conservación con arreglo a las cuales debe guiarse y juzgarse todo acto del hombre que afecte a la naturaleza. Gorosito Zuluaga la describe así: «La Carta Mundial de la Naturaleza, por su lado, es una perspectiva más ecocéntrica o biocéntrica que los otros documentos encuadrados en perspectivas claramente antropocéntricas»[273].

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

1.2.3. Nuestro Futuro Común y el desarrollo sustentable

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

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

---

[272] Carta de la Naturaleza, 1982.
[273] Gorosito Zuluaga, 2017, p. 114.

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

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

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

1.2.4. La Declaración de Río de Janeiro

Luego del Informe Brundland y su notable trascendencia internacional, las Naciones Unidas convocó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), conocida como Cumbre de Río o de la Tierra. Tuvo lugar en 1992 y en ella la comunidad internacional se reunió para discutir y acordar principios y políticas en torno al desarrollo sostenible. La Declaración de Río de Janeiro[274] es el documento más importante aprobado en la conferencia de Río y consolidó el desarrollo sustentable como objetivo central de la política universal. En esta conferencia también se aprobaron tratados significativos sobre biodiversidad y cambio climático, siendo expresiones de la escala global de la problemática que amenazaba al mundo. En este contexto, la Declaración de Río sintetiza en sus principios los compromisos institucionales que asumían los Estados.

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

> Principio 3
>
> El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
>
> Principio 4

---

[274] Declaración de Río de Janeiro, 1992.

> A fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
>
> Principio 5
>
> Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sustentable, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.

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

La aceptación universal del desarrollo sustentable no supuso la desaparición de diferentes intereses e interpretaciones sobre este, pero puso a todos bajo el mismo techo conceptual[275].

2. La sustentabilidad: del valor al deber ser normativo

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

a) Lo axiológico identificará el valor que lo fundamenta;

b) Lo normativo expresará el deber ser del derecho fundamental.

2.1. El componente axiológico: la solidaridad intergeneracional. Más allá del desarrollo sustentable

Alexy, cuando distingue las reglas de los principios, destaca una característica de estos: «En tanto razones para las reglas, a menudo técnicas, los principios permiten conocer su contenido valorativo más fácilmente que aquellas»[276].

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

---

[275] Ramírez Treviño, Sánchez Núñez y García Camacho, 2004, p. 57.
[276] Alexy, 2012, p. 84.

Walsh y Di Paola, en relación con la sustentabilidad, señalan que existe un aspecto que involucra un contenido axiológico, asociado a una concepción ética de la relación entre hombre y naturaleza. Este aspecto es el que permite incorporar al análisis de la sustentabilidad *la dimensión temporal de la equidad entre generaciones y entre miembros diversos de una generación coetánea*. Este sentido permite abordar las cuestiones sociales con sus implicancias ambientales en forma integradora y transversal[277].

Los autores citados expresan que no solamente es sustentable «aquello que materialmente puede sostenerse sino también que merece o es digno, en sentido moral, de ser sostenido»[278].

Esto remonta a lo expresado sobre los derechos humanos como derechos morales en el Capítulo 1.8. En consecuencia, el derecho a la sustentabilidad (como síntesis actual del derecho al ambiente y al desarrollo) viene a formar parte de los atributos que hacen a la dignidad humana[279].

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

Cafferatta la explica del siguiente modo:

> […] esta solidaridad no es solo actual, sino futura, ya que de nuestro obrar presente depende, en buena medida, la suerte de los que vendrán. Supone que debemos entregar a las generaciones venideras un mundo que desde la estabilidad ambiental les brinde las mismas oportunidades de desarrollo que tuvimos nosotros[280].

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

Al respecto, Sabsay expresa:

> *El ethos ambiental* es todavía más paradigmático que aquellos comprendidos en los restantes intereses colectivos derivados de los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva en general –como los denomina la C.N. (art. 43, 2do. párr.). Ello es así como consecuencia de uno de los elementos fundamentales del desarrollo sustentable –ligado a la protección ambiental–: nos referimos a la equidad intergeneracional[281].

---

[277] Walsh y Di Paola, 2000, p. 21.
[278] Walsh y Di Paola, 2000, p. 39.
[279] García, 2004.
[280] Cafferatta, 2010.
[281] Sabsay, 2007.

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

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

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

Cafferatta y Peretti explican que la sustentabilidad va más allá del concepto de desarrollo sustentable al que refieren las fuentes constitucionales y legales, que lejos de resignarse a adjetivar determinado modelo de desarrollo exige una visión más axiológica, impregnada por una indetenible tendencia a sustantivarse. Al liberarse de su condición de adjetivo del desarrollo adquiere una sustancia propia, autónoma. Así, ambos autores propugnan hablar de «sustentabilidad con desarrollo» de modo tal que no pueda concebirse el desarrollo sin sustentabilidad[282].

2.2. La sustentabilidad como principio normativo

La positivización del derecho al ambiente dota de carácter normativo jurídico al derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, que deben preservar. Lo axiológico adquiere de mano de la Constitución ropaje deóntico, del *deber ser*. Un estado de cosas representado por el bien protegido y consecuencias jurídicas *prima facie* lo conforman.

En el Capítulo 1.4.1., en relación con el derecho reconocido en el art. 41 de la CN, se concluyó que es una norma de derecho fundamental que prescribe el deber de protección del ambiente y atribuye una posición a un titular –a todos los habitantes– para exigir a otros o al Estado esa protección. La estructura operativa del derecho fundamental ambiental de trata en el Capítulo 4.

Respecto a la estructura normativa del principio de sustentabilidad, aunque Saux[283] niega que los principios posean supuesto de hecho rechazando su carácter normativo, la disposición constitucional del art. 41 permite interpretar lo contrario:

> 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

[282] Cafferatta y Peretti, 2019, pp.318-319.
[283] Saux, 2021, p. 12.

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

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

Conforme lo tratado en el Capítulo 1.4.1., los principios de derecho fundamental, en tanto norma jurídica, se originan por la traducción a términos prescriptivos o deónticos de los enunciados constitucionales que reconocen derechos. Entonces, la norma es el significado jurídico de la disposición como resultado de la interpretación[284].

Respecto a los significados normativos, hay disposiciones que expresan más de una norma, en el sentido de que poseen un contenido complejo que expresan una multiplicidad de normas vinculadas. Es el caso del enunciado del art. 41 de la CN.

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

El ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano debe ser preservado.

Las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

El daño ambiental debe ser prioritariamente recompuesto.

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

Permisión:

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

Prohibición:

Si las actividades productivas afectan al ambiente deben ser prohibidas.

Obligación:

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

---

[284] Bernal Pulido, 2014, pp. 103 y 141.

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

El ambiente debe ser preservado.

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

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

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

La Figura 17 muestra algunos significados normativos del primer párrafo del art. 41 de la CN; pero la Corte ha identificado más significados. Por ejemplo, uno que se relaciona con los deberes de los particulares, considera: «La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera» (CSJN, 2006c). Otro, muy relevante expresa que: «cuando se trata de la tutela del bien colectivo ambiente, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro» (CSJN, 2008b, 2009a, 2016a, 2016b, 2017a).

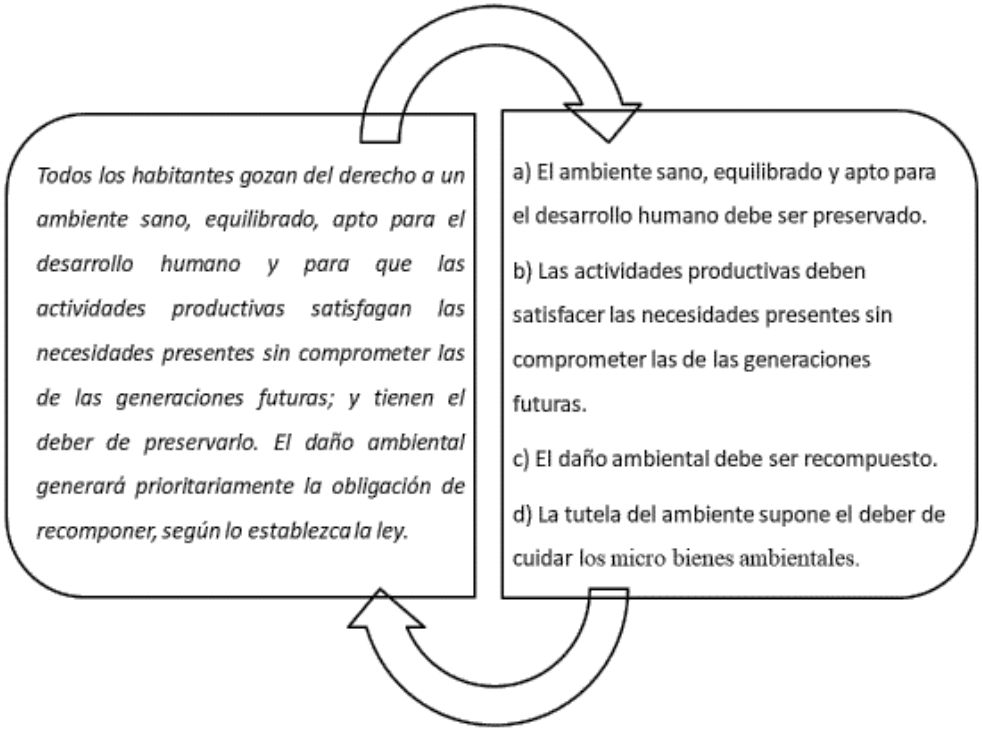
Este último apunta a un significado normativo central, la norma constitucional integra en las condiciones materiales la conexión intertemporal entre las necesidades presentes y las generaciones futuras. Por eso, se afirma que la más importante característica del derecho a un ambiente sano y equilibrado es su dimensión intertemporal, porque no solo debe satisfacer las necesidades de las generaciones actuales, sino también las de las generaciones futuras[285].

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

[285] Sánchez Iturbe, 2009, p. 38.

Figura 17

El enunciado constitucional y algunos significados normativos



Como enseña Cafferatta, la fórmula constitucional se integra con la idea de la sustentabilidad, que, en realidad, deberá interpretarse como un pilar sustantivo de la especialidad, que apunta a satisfacer las necesidades del presente, en términos de equidad, sin comprometer las de las generaciones futuras[286].

Por lo que siendo el valor de la solidaridad intergeneracional el que lo fundamental, conforme lo tratado *supra*, el principio, en sus diversos significados jurídicos, refiere a lo que se denomina sustentabilidad, por lo que asiste razón a los autores que proponen calificar al derecho como derecho a la sustentabilidad[287]. En esta investigación se aludirá al principio de sustentabilidad o al derecho al ambiente con la misma significación.

3. La sustentabilidad constitucional y sus principios

3.1. Diversidad de principios ambientales

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

---

[286] Cafferatta, 2021, p. 15.
[287] Walsh y Di Paola, 2000.

Para identificar los principios que corresponden al derecho fundamental al ambiente de otros principios catalogados como ambientales, es necesario efectuar algunas distinciones.

Por su importancia, la principal distinción es con los principios generales del derecho, en tanto, esta designación ha sido empleada con amplitud. Así, se expresa que la expresión «principios generales del derecho ambiental» (PGDA) abarca una variedad de principios legales y normas de diferente naturaleza y autoridad normativa. Algunos receptados en leyes o convenios internacionales, otros en normas del derecho consuetudinario internacional. Incluso, algunos principios tienen un estatus normativo aún menor, pudiendo ser normas interpretativas orientadoras o simplemente aspiracionales[288].

En efecto, la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho no ha sido considerada de modo uniforme por la doctrina ya que existen, al menos, dos posturas contrapuestas: una positivista y la otra de carácter iusnaturalista. Así, para la primera, estos principios surgen del derecho positivo, se infiere de los cuerpos legales; mientras que, para la segunda postura, los mismos se encuentra el origen del orden jurídico, son de una existencia anterior y superior a los diversos y varios ordenamientos concretos, es decir los mismos se encuentran radicados fuera del ordenamiento positivo vinculándose con la idea del derecho natural[289].

Una posición especial es expresada por Saux, que comprende a todos los principios en el concepto de principios generales del derecho. No cree que se pueda distinguir entre principios constitucionales y principios generales del derecho, en tanto todos los principios generales del derecho, aún los no expresados por la Constitución Nacional «(v.gr., el principio justinianeo del *non alterum laedere*, base y sustento de todo el sistema de la responsabilidad civil contractual y aquiliana), tienen su fuente jurígena en preceptos de rango constitucional y convencional, estén expresos o implícitos»[290]. Expresa que los principios no son normas por carecer de supuesto de hecho y de consecuencia jurídica, para definirlos como *guías para el razonamiento legal o pauta orientadora.*

Esta posición pone a los principios inevitablemente afuera del sistema normativo, lo que contradice la base de la construcción teórica de los principios de derecho fundamental. La aparente carencia de normatividad se produce por la confusión entre el enunciado y el significado normativo que les corresponde, como se trata en el Capítulo 1.4.1.

López Alfonsín[291], refiriéndose a los principios de derecho ambiental, distingue los principios generales del derecho que rigen en todo el mundo jurídico de los principios especiales que corresponden a cada rama del derecho. Dentro de cada rama –continúa– también deben distinguirse los principios generales de los principios específicos de cada disciplina jurídica. Es allí donde se sitúan los principios propios

[288] Drnas De Clément, 2017.
[289] Ranieri de Cechini, p. 166; Esborraz, 2015, p. 41.
[290] Saux, 2021, p.15.
[291] López Alfonsín, 2016.

del derecho ambiental que cumplirán el rol de integración y sistematización frente a la posible fragmentación de una rama que se caracteriza por su transversalidad.

Esta explicación se vincula a la concepción positivista y no difiere de la expresada por Busso[292] sobre los principios generales del derecho, tratada en el Capítulo 1, cuando comenta el art. 16 del código velezano.

Entonces, una definición aproximada de los principios generales del derecho los ubica como principios implícitos, como una consecuencia de un proceso de integración del derecho. Estos principios no están en una disposición en particular, sino que «ellos se desprenden de la conjunción y el análisis de varios enunciados provenientes de otras fuentes o de la construcción de normas sin partir de disposición alguna gracias a la indagación de la razón de ser (*ratio*) y el fundamento del ordenamiento jurídico o de parte de él»[293]. Es decir, su fuente son los propios cuerpos normativos legales, de los cuales se inducen o infieren.

Otra distinción, es con los valores. Tal como se trató *supra*, estos responden a lo que es bueno o, mejor, digno para el ser humano; mientras que los principios son propios del *deber ser,* entrañan un mandato. Su relación es estrecha: tanto valores como principios de derecho fundamental requieren de la ponderación. La solidaridad intra e intergeneracional es el valor del derecho al ambiente como derecho humano, valor que comunica –mediante su positivización– su peso al principio constitucional de sustentabilidad. Ello, en cuanto los derechos humanos son derechos morales, nutridos de valores, que una vez positivizados dan origen a los derechos fundamentales, porque los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalmente protegidos[294].

Así, con estas precisiones, en la doctrina de los autores se introducen o identifican múltiples principios de derecho ambiental:

Pigretti[295] distingue entre criterios y principios. Los criterios son conceptos no receptados legislativamente, mientras que los principios son postulados reconocidos doctrinariamente o por ley. Entre esto últimos menciona: 1) eticismo y solidaridad; 2) enfoque sistémico; 3) participación pública; 4) interdisciplina; 5) principio contaminador-pagador; 6) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera; 7) uso racional del medio; 8) coordinación de actuaciones; 9) ordenamiento ambiental; 10) calidad de vida y 11) cooperación internacional.

Mosset Iturraspe[296] señala los principios de: 1) realidad, 2) solidaridad, 3) regulación jurídica integral, 4) responsabilidad compartida, 5) conjunción de aspectos colectivos en individuales, 6) introducción de la variante ambiental, 7) nivel de acción más adecuado del espacio a proteger, 8) tratamiento de causas productoras y de síntoma con puntualidad o prematura, 9) unidad de gestión y 10) transpersonalización de las normas jurídicas.

---

[292] Busso, 1944, p. 155.
[293] Acosta Alvarado, 2010, pp. 193-201.
[294] Guibourg, 2008.
[295] Pigretti, 1986, p. 21.
[296] Mosset Iturraspe, 1986, p.19.

Bibiloni[297] ha indagado los principios del derecho ambiental tomando acumulativamente los trabajos de Silvia Jaquenod de Zsögon y Demetrio Loperena Rota, exponiendo los siguientes: 1) pensar global, actuar local; 2) solidaridad; 3) integración de las políticas sectoriales; 4) protección elevada; 5) precaución; 6) prevención; 7) conservación; 8) corrección de las fuentes; 9) restauración efectiva; 10) corresponsabilidad y responsabilidad diferenciada; 11) subsidiariedad; 12) optimización de la protección ambiental; 13) diversidad estratégica normativa; 14) exigencia de la mejor tecnología disponible; 15) participación pública; 16) primacía de la persuasión sobre la coacción; 17) realidad; 18) vecindad; 19) igualdad; 20) colectivo público universal; 21) subsunción de lo público y lo privado; 22) transpersonalización de las normas.

Desde la órbita internacional, el informe presentado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Medio Ambiente[298] identifica dieciséis principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Por su parte, la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental a través de la Comisión de Gestión Ambiental Institucional[299] presenta una guía con *noventa y cinco principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable*.

Sobre esta diversidad de principios, Cafferatta comenta:

> Desde la doctrina, se han enunciado principios rectores de derecho ambiental o principios generales del derecho ambiental o principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad para exponer una nómina de ellos, no siempre coincidente. O como lo prefiere denominar la Ley 25.675: Principios rectores de las políticas medioambientales[300].

Todos ellos guardan importancia, pero, siguiendo el método de investigación, corresponde identificar aquellos que son la forma normativa, el *deber ser,* del derecho fundamental al ambiente reconocido en el art. 41 de la CN.

En efecto, deslindar lo que es propio de la sustentabilidad constitucional tiene importancia porque el examen de proporcionalidad, como método de resolución de una eventual colisión, se aplica exclusivamente a principios de igual jerarquía fundamental, de lo contrario la sustentabilidad podría resultar desplazada por un principio o interés desprovisto de fundamentalidad. Esto alteraría significativamente la construcción teórica desarrollada.

Este problema es explicado por Klatt y Meister: «En la proporcionalidad se asegura una primacía definitiva a los derechos fundamentales frente a consideraciones no constitucionales. Con esto se conjura el peligro que los derechos

---

[297] Bibiloni, 2008, pp. 156-162.
[298] Naciones Unidas, 2018.
[299] CIJA-CGAI, 2020.
[300] Cafferatta, 2018, p. 1.

fundamentales puedan ser desplazados por cualquier interés no constitucionalmente garantizado»[301].

La relevancia de esta premisa evitará la restricción de los derechos fundamentales por creaciones normativas secundarias que no respondan a un fin constitucional. Se resguarda al principio de elaboraciones o formulaciones arbitrarias no relacionadas con la sustentabilidad.

3.2. El criterio de identificación

Si la norma de derecho fundamental se define como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental, el enunciado del art. 41 de la CN, es una disposición cuyo resultado es una norma de derecho fundamental que prescribe el deber de preservación y protección ambiental.

Entre los principios de derecho fundamental, por otra parte, se debe atender a la distinción relacional entre principios de derecho fundamental *estatuidos* y *adscriptos*.

Las normas adscriptas precisan fundadamente lo que en la norma directamente estatuida está ordenado de manera muy general y con un alto nivel de abstracción. La norma adscripta resultará del vínculo semántico con la disposición de derecho fundamental o por la relación con su fin. Lo esencial es que esa vinculación represente normativamente el derecho que protege, conformando una optimización del mismo.

Una adscripción se lleva conforme a derecho cuando la norma adscripta puede catalogarse como *válida.* El criterio formal de validez se vincula con la competencia del órgano para expedirla, es decir, la optimización del principio sustancial corre por el carril de la competencia asignada.

Las normas adscriptas pueden ser reglas o principios. Este último supuesto es el que interesa aquí y sucede cuando la norma tiene un grado de determinación mayor pero no establece mandatos definitivos. Es decir, son optimizaciones del principio instituido sin llegar a conformar reglas. En efecto, estas normas representan una mayor realización del derecho fundamental, estableciendo precisiones en los supuestos fácticos o jurídicos.

En consecuencia, si los principios de derecho fundamental expresan el deber ser de los derechos constitucionales, resulta que en el trance de la realización del derecho al ambiente se pueden enunciar por la autoridad competente otros principios de derecho fundamental precisantes de la sustentabilidad.

A partir de estos criterios, se distinguirán los principios que conforman el derecho fundamental al ambiente de aquellos que no lo son.

---

[301] Klatt y Meister, 2017, pp. 15-17.

3.3. Principios ambientales directamente estatuidos en la CN

Quiroga Lavié[302] realiza una importante observación cuando destaca que el art. 43 de la CN –al regular la acción de amparo– hace una nominación plural cuando enuncia «los derechos que protegen al ambiente», nominación plural que también adopta la CSJN cuando en Barrick (2019a) expresa que «los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio», consideración que es acorde con un grupo de derechos constitucionalmente estatuidos que conforman la sustentabilidad. En efecto, cuando el art. 41 impone a las autoridades proveer a la protección del derecho al ambiente, inmediatamente integra a este deber general la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y la información y educación ambientales. En tanto la palabra *proveer* en el contexto protectorio de la cláusula debe entenderse como garantizar[303], todos estos son principios de derecho fundamental directamente estatuidos integrantes de la sustentabilidad, en tanto su formulación como deber alude al significado normativo del derecho.

También, siguiendo el mismo criterio, el deber prioritario de recomposición, la prohibición del ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos, expresan el deber ser de la sustentabilidad ensamblado en una regla.

Entre los principios estatuidos, el mandato de preservación, cuyo significado es amplio y comprende tanto la anticipación como la recomposición prioritaria del daño ambiental, conforma el núcleo de la protección del ambiente. El mandato de recomposición del daño ambiental posee un especial enunciado normativo: El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Cada uno de estos principios directamente estatuidos se despliega en leyes, las cuales establecen principios y reglas adscriptos para el área regulada, siendo la LGA, la norma central del sistema jurídico de la sustentabilidad. También, por ejemplo, el derecho a la educación ambiental tiene en la Ley 27621 los principios y reglas de realización; el derecho a la información ambiental, en la LGA y la Ley 25831, son normas precisantes de este derecho.

Otros principios que establecen derechos se encuentran en la CN a través de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y aquellos con jerarquía superior a las leyes, conforme el art. 75 inciso 22 de la CN, conformando el bloque de constitucionalidad.

En efecto, respecto a los once Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos reconocidos con jerarquía constitucional, Quiroga Lavié explica en relación con el derecho al ambiente:

---

[302] Quiroga Lavié, et al., 2009, p. 323.
[303] Quiroga Lavié, et al., 2009, p. 327.

> A su vez, al atribuirse a todos los tratados jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1 *in fine*, CN), se rejerarquizan varios tratados relativos a la cuestión ambiental, entre los que se destaca el Protocolo de San Salvador de 1988 (…anexo al Pacto de San José) que, al receptar los específicos derechos de segunda generación, también incluye este típico derecho de tercera generación en forma autónoma en singular: "Toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos", añadiendo el compromiso de los Estados de promover "la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente" (art. 11) [304].

Más interesante es el caso de los tratados sobre derechos humanos no enumerados en la CN que, además de ser ratificados, requieren de una aprobación adicional con una mayoría de los dos tercios del Congreso para alcanzar jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22 *in fine,* CN). Esta aprobación adicional no está presente en el caso de los tratados internacionales ambientales ratificados por la Argentina en los aspectos en que desarrollan la tutela del derecho humano al ambiente: Escazú, Minamata, Nagoya, París, Recursos Fitogénicos, Estocolmo, Rotterdam, Kyoto, Lucha contra la Desertificación, Diversidad Biológica, Especies Migratorias Silvestre, Cambio Climático, Basilea, Montreal, Viena y CITES[305].

Por lo que se plantea cuál es la condición normativa que tienen estos tratados ratificados pero que no han sido objeto de la aprobación adicional para alcanzar jerarquía constitucional. La respuesta conforme la teoría seguida es que, por su estrecha vinculación con el principio del art. 41 CN, son principio y reglas adscriptas del derecho fundamental al ambiente.

3.4. Los principios adscriptos y la LGA

A fin de evitar una dispersión en este tratamiento, se analiza el art. 4 de la Ley 25675, que, con el título de principios de política ambiental, enumera diez principios, que los distintos niveles de gobierno deben cumplir en sus decisiones (art. 5, LGA).

En ese marco, en este acápite se analiza un primer conjunto de principios de la LGA, para luego precisar con mayor detenimiento algunos principios que –como los de prevención y precaución o los de progresividad y no regresión– han adquirido una relevancia mayor en la configuración del derecho ambiental.

1) El principio de equidad intergeneracional es enunciado de la siguiente forma: «Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras». El principio está dirigido a quienes detentan el deber de tutela constitucional a partir de la perspectiva axiológica de la equidad y solidaridad de los derechos humanos, cuya referencia ineludible son las generaciones presentes y futuras. La equidad intergeneracional, como elemento esencial de este principio, expresa la valoración de la relación entre nosotros y los que vendrán, conformando el macro fin del derecho. Su vinculación semántica y teleológica con la cláusula ambiental es

---

[304] Quiroga Lavié, et. al, 2009, p. 321.
[305] CEPAL, 2021.

manifiesta. De tal forma constituye un principio optimizador de la sustentabilidad que se enfoca en la responsabilidad intergeneracional.

2) El principio de sustentabilidad es enunciado por la ley desde la perspectiva de los derechos individuales sobre las actividades productivas y la utilización de los recursos naturales, estableciendo que: «El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras». Este principio es una optimización del principio del uso racional de los recursos naturales del art. 41, segundo párrafo de la CN, dirigiéndose a la *compatibilización* del ejercicio de los derechos sobre bienes individuales, tomando como referencia y límite no comprometer las posibilidades de las generaciones presentes y futuras. Una gestión apropiada de los recursos naturales responde al mandato constitucional de la sustentabilidad. La compatibilización alcanza mayor precisión en el artículo 240 del CCyC. Se trata en el Capítulo 5.

3) El principio de subsidiariedad, por su parte, tiene una extensa historia en su formulación y aplicación jurídica, tanto en el derecho nacional como en el internacional. Frías sostiene: «El texto constitucional está presidido por dos principios: el de subsidiariedad, implícito y el de solidaridad federal […] Subsidiariedad es atribuir la gestión administrativa al nivel de gobierno más bajo y más cercano del usuario, si es apropiado»[306].

Su incorporación a la enumeración de la Ley 25675 impone al Estado aportar eficacia a la gestión ambiental de los particulares. Bibiloni explica: «El principio importa una actuación complementaria de unos sobre o con otros, respetando el protagonismo de quien está directamente involucrado por territorialidad, competencia, etcétera, pero interviniendo ante la insuficiencia o imposibilidad de estos en el logro de objetivos ambientales establecidos»[307].

Su enunciado en la LGA expresa el soporte que la gestión del Estado debe dar a los particulares para el cumplimiento del deber de preservación: «El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales».

El enunciado normativo contenido en el art. 4 de la LGA, manda a colaborar e, incluso, participar complementariamente en el accionar de los particulares en la protección del ambiente, siendo un principio formal adscripto del principio federal de gobierno en conexión con la sustentabilidad.

4) El principio de solidaridad, tal como se enuncian en la LGA, proyecta esa eficacia a los espacios interestaduales: «Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos

[306] Frías, 1998.
[307] Bibiloni, 2008, p. 159.

ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos».

El principio de solidaridad es una optimización del principio federal de gobierno en conexión con la sustentabilidad que ordena un accionar responsable entre los Estados que integran una federación en la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos, cada uno en el marco de sus competencias constitucionales.

5) El principio de cooperación completa y reafirma esta relación: «Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta».

El principio de cooperación articula la relación entre los Estados que integran una federación, es un principio del federalismo de concertación predicado por Pedro Frías y receptado en la reforma constitucional de 1994.

En Barrick (2019a), la Corte considera:

> Ante este tipo de mandas legislativas –y en la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio– forzosamente su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás. De ahí la utilidad del diálogo constructivo al que alude –entre Nación y provincias– el concepto de federalismo concertado acuñado en la cláusula ambiental de la Constitución Nacional.

Entonces, solidaridad y cooperación son principios formales *adscritos* del principio federal de gobierno, optimizados en la LGA para la realización del derecho sustancial al ambiente cuando la territorialidad ambiental excede las jurisdicciones locales y tienen un ámbito especializado en el Sistema Federal Ambiental (art. 23, Ley 25675). Ambos principios se tratan en el Capítulo 6.

6) El principio de congruencia hace referencia a la consistencia y coherencia entre las normas que conforman el sistema jurídico ambiental. Es un principio formal básico del orden normativo. En el caso del sistema jurídico ambiental, su función es estructurar este sistema, poniendo a la LGA en el centro del mismo, en tanto norma adscripta del derecho fundamental al ambiente. Su enunciado en la LGA es el siguiente: «La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga».

La unidad del sistema jurídico ambiental requiere coherencia y consistencia para que pueda reputarse racional y lógico. La congruencia se vincula a la coherencia que requiere el art. 2 del CCyC, en el que la interpretación jurídica debe proveer una relación razonable de las normas; se carece de ella cuando en el sistema se encuentran regulaciones diversas e incompatibles. La LGA resuelve las inconsistencias mediante la precedencia de sus normas. Del conjunto de normas de la LGA, son los principios que consagra los que configuran la unidad del sistema jurídico ambiental. El principio formal de congruencia se precisa en el art. 5 de la LGA, cuando establece que las autoridades integrarán en sus decisiones los principios que enuncia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que «… la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente» (CSJN, 2001).

3.5. Prevención, precaución y recomposición

1) La LGA, en el art. 4, enuncia los principios de prevención y precaución. Prevención y precaución son principios precisantes de la sustentabilidad constitucional, en tanto, si el deber de preservación y de protección de las generaciones presentes y futuras conforman el enunciado constitucional, una actuación *ex ante* fundamenta estos principios como de derecho fundamental.

El enunciado legal de ambos es el siguiente:

> Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.
>
> Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

Estos principios parten de la consideración de la realidad ecosistémica y sus interacciones con las actividades humanas en el que la acción anticipatoria constituirá la conducta debida. Se identifica, sin dificultad, una relación causal con el principio constitucionalmente de sustentabilidad. Por ello son fuente de creación, interpretación y aplicación del derecho respectivo.

La evolución de la prevención es demostrativa de esta condición. Inicialmente la política ambiental y su derecho se movieron en torno a la necesidad de detener la degradación de la naturaleza, expresándose a través de medidas de restauración, recuperación o resarcimiento. Pronto se advirtió que las características propias del daño ambiental –su expansividad en el espacio, su persistencia en el tiempo y, la más de las veces, su irreversibilidad– hacían necesario revisar los principios esenciales de la responsabilidad en esta materia. No se trataba del patrimonio individual ni de un daño con efectos limitados regulado por el derecho civil. Así, la prevención cobró centralidad en la protección ambiental: evaluar la causa de los posibles efectos de las acciones proyectadas configuró una tarea aceptada a nivel universal. La prevención exigió un abordaje metodológico, nutrido de consideraciones científicas que explicaran las complejas relaciones subyacentes.

Lo propio de la prevención es evitar un daño futuro, pero cierto y mensurable[308]. O sea, el principio de prevención actúa sobre riesgos futuros, pero ciertos, concretos, sabidos, mensurables; se aplica porque se sabe, con certeza científica, que determinada actividad es riesgosa[309]. La diferencia entre el principio

[308] Bestani, 2012, p. 19.
[309] Kemelmajer de Carlucci, 2019.

de precaución y el de prevención, sintetiza Cafferatta, consiste en que, así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles[310].

Berros expresa:

> […] tanto la reparación como la prevención se sustentan en la labor con lo que podríamos sindicar como "lo cierto", sea porque se trata de perjuicios ya materializados o bien porque se refiere a riesgos que son conocidos, por tanto, susceptibles de ser matrizados. A diferencia de ello, a manera de quiebre, el problema de la precaución se configura como la introducción de lo posible, lo incierto, lo controversial o desconocido[311].

El principio de prevención, en su enunciado por la LGA, tiene la indeterminación propia de todo principio, pero precisa como prioritario atender a la causa de los problemas y el correspondiente tratamiento integral, estableciendo la necesaria anticipación sobre los efectos negativos sobre el ambiente que una conducta u obrar pueda ocasionar. Es una clara optimización del principio de sustentabilidad, en tanto proteger el ambiente exige una acción dotada de certeza sobre las relaciones ecosistémicas eventualmente comprometidas.

Esta determinación se acrecienta en el CCyC, con el deber de prevención en el derecho de daños (art. 1710) y en la acción preventiva regulada en los artículos 1711-1713, en concordancia con la restricción impuesta al ejercicio de los derechos sobre bienes individuales de no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas (arts. 14 y 240).

Respecto de la precaución, su formulación reconoce que el conocimiento científico tiene una frontera, más allá de la cual las acciones humanas pueden irrogar riesgos imprevisibles que pueden causar graves daños. La incertidumbre como ausencia de conocimiento o de información comenzó a ser jurídicamente reconocida cuando eventos ampliamente dañosos daban cuenta de que no todo podía ser previsto científicamente pero que requerían una respuesta normativa. La necesaria anticipación del daño ambiental dio lugar a un principio particular del derecho ambiental, *el de precaución*, que exige adoptar medidas cuando no se alcanzare la certeza científica requerida si se presumen graves efectos[312].

La sustentabilidad impone una restricción a la acción de efectos inciertos cuando se consideran capaces de provocar daños graves o irreversibles.

La CSJN ha destacado el carácter sustantivo del principio precautorio:

> El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información

---

[310] Cafferatta, 2020a, p. 14.
[311] Berros, 2013, p. 37.
[312] Peretti, 2009, p. 336.

> o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego (CSJN, 2010a).

La sustancialidad del principio deviene de aportar mayor precisión a la sustentabilidad constitucional y se refiere «al curso de eventos próximos a suceder y si estos causarán un daño grave e irreversible, no al interesado de modo individual sino al ambiente como bien colectivo» (CSJN, 2010a). Es decir, es un principio conformado por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, que sin perder la condición de *prima facie* posee mayor grado de determinación.

Por ello Cafferatta, luego de identificarlo como un principio estructural y sustantivo del derecho ambiental, expresa: «Tiene carácter vinculante, produce […] una obligación de previsión extendida y anticipatoria; que constituye claramente un nuevo fundamento civil o factor de imputación de la responsabilidad por daños…»[313].

El principio precautorio como norma está integrado por el supuesto de hecho dado por el peligro de daño grave o irreversible en un contexto de ausencia de información o certeza científica y la consecuencia jurídica, que se conforma por las medidas eficaces de tipo anticipatorio. Esas medidas deberán ser examinadas en función de los costos, lo que supone considerar el grado de intervención en el derecho opuesto. Por lo que la precaución incide en los exámenes fácticos de idoneidad y de necesidad.

Esto lleva a reconocer el mayor carácter precisante del principio precautorio en relación con la sustentabilidad, que, sin alcanzar el nivel de la regla, aporta una optimización por parte del legislador.

En tanto principio, requiere de la proporcionalidad para la realización del principio, que se manifiesta cuando la LGA requiere, no obstante la incertidumbre, la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, lo que supone considerar el grado de afectación de las medidas precautorias en los derechos a intervenir. La optimización es una condición expresa de aplicabilidad de este principio que no se limita a lo fáctico, sino que escala a la variable certidumbre de la ponderación, como se analiza en el punto 5 de este Capítulo.

Para su aplicación, tanto la determinación del grado de certidumbre como de la gravedad del daño requieren ponderación, de lo contrario cabría la adopción de medidas precautorias en cualquier ámbito de acción en forma arbitraria[314].

Cafferatta delimita el grado de conocimiento exigible en el sistema jurídico nacional:

> [...] uno de los requisitos de aplicación del principio de precaución o principio precautorio es la evaluación científica del riesgo. O sea, su invocación o apelación no debe ser ligera, sino seria, consistente, con

[313] Cafferatta, 2013.
[314] Embid Tello, 2010, p. 174.

prueba suficiente para acreditar el estado de incertidumbre, duda técnica[315].

La probabilidad del daño en la magnitud requerida impone un mínimo de demostración, tal como expresa Lorenzetti en su voto en la causa Telefónica Móviles (CSJN, 2019c):

> La aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño; debe existir un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños, el problema que ello acarrea es que se puede desnaturalizar la utilización del principio, prestándose a usos que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones.

Por lo que la aplicación de la precaución requerirá algún grado de comprobación de la amenaza de daño grave o irreversible. En el punto 4.3.3 de este Capítulo se trata los grados admisibles de certidumbre.

Conforme lo expuesto, los principios de prevención y precaución en la Ley 25675 son principios adscriptos de derecho fundamental, estableciendo un mayor grado de determinación respecto a la sustentabilidad. Además, consolidan este rango por el reconocimiento expreso en el Acuerdo Regional de Escazú, ratificado por Ley 27566.

El carácter estructurador de estos principios respecto al sistema jurídico de la sustentabilidad demandará un mayor tratamiento en el desarrollo de esta investigación.

2) El principio de recomposición es de cuño constitucional, de naturaleza sustantiva, y conforma el deber correlativo del derecho fundamental al ambiente. Como expresa Berros, la recomposición es un eje medular para el problema ecológico: como primera medida ante un perjuicio existente, volver las cosas al estado anterior[316]. La LGA lo optimiza como *principio de responsabilidad* expresando que «el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan». Identifica al responsable e introduce la dimensión temporal cuando distingue entre daños actuales y futuros. Respecto a su enunciado constitucional, la obligación de recomponer el daño ambiental queda enfatizada por el adverbio *prioritariamente*, que significa que *antes que todo*, o, *antes que nada*, las cosas deben volver a su estado anterior, cuando ello sea posible[317]. Un conjunto de normas precisantes de la LGA lo regulan, tanto en la definición del daño ambiental como el deber de restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la LGA establece la indemnización sustitutiva.

3) El CCyC ha normado el régimen preventivo como en el resarcitorio, sin embargo, en nada se ha alterado la secuencia de la responsabilidad en materia

---

[315] Cafferatta, 2018.
[316] Berros, 2015.
[317] Cafferatta, 2004, p. 143.

ambiental señalada por Cafferatta: se atiende primero a la precaución, segundo a la prevención, tercero a la recomposición y cese del daño y como última *ratio*, al resarcimiento o indemnización sustitutiva que determine la justicia[318].

Si bien es correcto decir que el CCyC limita la polifuncionalidad de la responsabilidad civil a la reparación y la prevención, en otras palabras, al campo de los daños ciertos y de los riesgos probables[319], debe agregarse que el principio de sustentabilidad del art. 41 de la CN y los principios y reglas adscriptas de la LGA y de las normas de presupuestos mínimos, cubren los vacíos legales y completan los enunciados normativos, en tanto, como normas de derecho fundamental, irradian su eficacia hacia todo el ordenamiento jurídico y se introducen en las relaciones entre privados, por lo que la precaución y la recomposición se alista en el campo de la decisión razonablemente fundada. Es el significado de los arts. 240 y 241 del CCyC.

3.6. El principio de progresividad y de no regresión

El principio de progresividad merece especial atención en tanto expresa más de una perspectiva en el sistema jurídico.

Reconocido expresamente en el art. 4 de la Ley 25675, dispone la gradualidad para alcanzar *los objetivos* ambientales con el establecimiento de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Este principio incide en los análisis facticos de idoneidad y de necesidad. Como expresa Bibiloni, a ideas de temporalidad, de involucramiento paulatino, de concientización, de adaptación[320], siendo la dimensión temporal de la sustentabilidad del bien protegido la que define su alcance.

El principio también coadyuva con el principio de proporcionalidad en la selección del medio necesario, en cuanto una medida sujeta a un cronograma temporal supone una menor restricción sobre la actividad, habilitando su adecuación, conforme se analiza en el Capítulo 2.4. y en el punto 4.1. del presente.

Hasta aquí la progresividad es un procedimiento de optimización fáctica en la aplicación del derecho al ambiente. Su función es clara, incide en la idoneidad y necesidad de la medida. Desde esta perspectiva, la LGA establece la proporcionalidad fáctica en el derecho ambiental.

Pero el principio de progresividad tiene también otra naturaleza. Un análisis desde los derechos humanos conduce a distinguir en el mismo otro rasgo de índole fundamental. El principio de progresividad se encuentra contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN).

---

[318] Cafferatta, 2010.
[319] Berros, 2015.
[320] Bibiloni, 2008, p. 156.

El principio de progresividad de los DESC contiene una doble significación: la primera, de índole positiva, que alude «al avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales», y la otra, de índole negativa, que se cristaliza a través de la «prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad»[321].

El principio de progresividad, como mandato de optimización sostenida de la protección, y el principio de no regresión, como restricción a la flexibilización de la protección alcanzada –significado relacional de aquel–, participan del sistema de los derechos humanos como garantía de estos.

Con el Acuerdo Regional de Escazú, ratificado por Ley 27566, estos principios ingresan de lleno en el ámbito de la protección ambiental en sus dos acepciones. Como expresa Peña Chacón[322], este acuerdo es el primer instrumento internacional vinculante sobre derechos humanos y medio ambiente en incluir, de forma expresa y taxativa, los principios de progresividad y no regresión ambiental, coronando con ello los esfuerzos realizados antes y durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (Cumbre Río+20) para lograr su pleno reconocimiento en materia ambiental.

Entonces, en el derecho argentino, este principio tiene dos funciones distinguibles. La que responde a la literalidad legal (art. 4, LGA), relacionada con la proporcionalidad fáctica, y la que se vincula con los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, y que alude a la satisfacción creciente de estos y a su no flexibilización.

En su relación con los derechos fundamentales, como señala Prieur[323], el derecho al ambiente contiene una esencia intangible estrechamente vinculada al más intangible de los derechos humanos –el derecho a la vida– para advertir que «los jueces (encargados de valorar los casos de regresión) tendrán que crear una nueva escala de valores para garantizar, de la mejor forma posible, la supervivencia del frágil equilibrio entre el hombre y la naturaleza, teniendo en cuenta la globalización del medio ambiente».

Como principio-garantía de los derechos fundamentales, Cafferatta sostiene:

> En función de lo expuesto, por el principio de progresividad, el legislador no puede menoscabar derechos fundamentales a no ser que los reemplace por un régimen que ofrezca al menos la misma protección. Se trata de mejorar el ejercicio real de un derecho confiriéndole eficacia, lo que obliga al Parlamento a dar en todo momento a la legislación un «efecto ascendente», según la expresión de D. Rousseau. Y que el retroceso de un derecho no puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión[324].

---

[321] Toledo Toribio, 2011, p. 2.
[322] Peña Chacón, 2020, p. 173.
[323] Prieur, 2011, citado en Cafferatta, 2012.
[324] Cafferatta, 2012.

Sobre su incidencia en las decisiones, Peña Chacón explica que, a través del principio de progresividad del derecho ambiental, el Estado se ve compelido a adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial, que tengan como finalidad el incremento gradual, constante, sostenido y sistemático del alcance y amplitud del nivel de protección ambiental, buscando alcanzar su plena efectividad en justo equilibrio con la protección y promoción del resto de los derechos humanos[325].

Sobre la tutela defensiva que irroga este principio, Amaya Arias señala: «Si el Estado tiene la obligación de tomar medidas encaminadas a la protección del derecho en cuestión [al ambiente], también tiene la obligación correlativa de no disminuir el nivel alcanzado en dicha protección, sin justificación alguna»[326].

Respecto a la no regresión, Peña Chacón[327] detalla que la prohibición de retroceso dispone que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.

Conforme los conceptos desarrollados en esta investigación, la fundamentación de la no regresión enlaza con la propia definición de principio como mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, que en la sustentabilidad supone el deber de la mayor realización posible del fin de protección ambiental, por lo que toda optimización claudicaría de no establecerse un criterio que preserve la protección alcanzada. El principio de no regresión en el sistema jurídico ambiental reafirma la sustentabilidad frente a las pretensiones flexibilizadoras.

Entonces, es consustancial al mandato de optimización de la sustentabilidad no retroceder en la protección ambiental lograda, en cuanto esto significaría incurrir en una desprotección vedada constitucionalmente, tanto al legislador como respecto a cualquiera autoridad. La relación de este principio con la sustentabilidad es tan estrecha que participa de su condición de fundamentalidad.

En efecto, Clérico trata la regresión arbitraria como la afectación a una posición de derecho fundamental ya garantizada normativamente, distinguiendo los supuestos de interrupción sin reemplazo de la prestación o de interrupción con reemplazo de la prestación. Este último supuesto es el más corriente, ya que la supresión o derogación viene acompañada de medidas que pretenden justificarlo, por lo que corresponde aplicar el examen de proporcionalidad en todas sus etapas para comprobar la razonabilidad, en tanto puede entrañar el incumplimiento del mandato de prohibición por acción insuficiente[328].

---

[325] Peña Chacón, 2018, p. 11.
[326] Amaya Arias, 2016, p. 228.
[327] Peña Chacón, 2015, p. 212.
[328] Clérico, 2018, pp. 133-134.

De tal manera, el principio de no regresión dará una especial cobertura a las normas adscriptas, exigiendo a cualquier intento modificatorio el examen de proporcionalidad.

Como explica Peña Chacón, el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto, pero advierte que cualquier norma que pretenda reemplazar a una vigente requiere de un examen de proporcionalidad o razonabilidad. Al respecto indica:

> De esta forma, la inexistencia o insuficiencia de fundamentación científica que permita determinar, con grado de certeza, la no afectación negativa del bien jurídico tutelado por la norma modificada sería suficiente para confirmar su carácter regresivo en relación a los principios de razonabilidad, objetivación de la tutela del ambiente y precautorio, violentándose además el deber constitucional de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y equilibrado[329].

Esto es sumamente importante respecto a la operatividad del principio de no regresión, si el examen de proporcionalidad se aplica cuando hay una colisión entre principios constitucionales, la modificación de una regla ambiental supone una ponderación diferente a la realizada cuando se estableció la norma vigente, entonces la flexibilización normativa pretendida lo es en relación con otros derechos que ahora se estima deben prevalecer.

En consecuencia, la norma reformadora requiere de un examen de proporcionalidad que examine si la idoneidad de la nueva medida en relación con el fin de protección, si el medio alternativo es tan eficaz o mejor que el anterior y si la ponderación de los principios en colisión es conforme la ley de ponderación: cuanto más intensiva sea la restricción y peso del derecho afectado, tanto más importantes deben ser las razones alegadas por el Estado.

Pero, en el ámbito de la ponderación de la certidumbre, el principio de no regresión en materia ambiental tiene conexión con la precaución, en tanto supone un criterio por el cual, si no se aporta certeza científica sobre la no afectación del bien jurídico tutelado por parte de la norma vigente, se confirmaría el carácter regresivo de la reforma, siendo inconstitucional por incurrir en desprotección por acción insuficiente.

Entonces, el principio de no regresión es un principio instituido (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), ambientalmente adscripto (Acuerdo de Escazú) de derecho fundamental, que entraña un mandato de prohibición.

3.7. Otros principios adscriptos de derecho ambiental

Más allá de la Ley 25675, otros principios de derecho fundamental ambiental conforman la trama de protección del derecho constitucional. Estos resultan de las leyes, de las constituciones provinciales, de los reglamentos, de los actos administrativos y de las sentencias. En todo caso, requieren demostrar su vinculación o adscripción con la sustentabilidad constitucional.

---

[329] Peña Chacón, 2015, p. 218.

En efecto, como expresa Bernal Pulido, «la indeterminación de las disposiciones iusfundamentales se reduce en un formidable pero imperceptible proceso, del cual son partícipes cada uno de los poderes del Estado y cada uno de los participantes en la práctica jurídica»[330] por lo que, en ese proceso de producción jurídica, otras normas adscriptas a la sustentabilidad aportarán mayor precisión sin por ello ser reglas definitivas.

3.7.1. El derecho humano al agua

La CSJN, en Kersich (2014a), califica en los términos de la causa Halabi (2009a) a la acción promovida por vecinos como un proceso colectivo, en tanto procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. De tal forma, y en base a pronunciamientos internacionales, concluye que: «En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia», y que «en el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho».

Este reconocimiento profundiza los conceptos acuñados en Mendoza (2006c; 2008b) y forma parte de un discurso jurídico ambiental que se consolida en los pronunciamientos de La Pampa (2017a), Barrick (2019a), Majul (2019b) y La Picasa (2019d), entre otros, perfilando una doctrina sobre este derecho colectivo, que caracteriza por la visión o paradigma eco-céntrico o sistémico del agua en conexión con el principio precautorio y el principio *in dubio pro aqua.*

Este derecho es acorde con los derechos constitucionalmente estatuidos que conforman la sustentabilidad, por lo que es una norma de derecho fundamental adscripta, en tanto precisa la sustentabilidad comprensiva del bien colectivo agua. La operatividad, al igual que lo derechos de la sustentabilidad, exige múltiples prestaciones tanto al Estado como a los particulares, como se trata en el Capítulo IV.

3.7.2. In dubio pro natura e *in dubio pro aqua y la incertidumbre normativa*

La CSJN, en los fallos Majul (2019b) y Minera San Jorge (2021e), aplica los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua.* En Majul, fallo en que los desarrolla, señala previamente que el tribunal superior cuya sentencia revisa omitió considerar normas conducentes tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados (art. 43 de la Constitución Nacional y 56 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos). Señala también, que omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución de la Provincia de Constitución de la Provincia de Entre Ríos). Luego de ello procede a reconocerlos, comenzando por el principio *in dubio pro natura*:

[330] Bernal Pulido, 2014, p. 683.

> En efecto, al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 40 de la ley 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que «en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos» (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza [UICN], Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

Olivares y Lucero[331]analizan la evolución del principio *in dubio pro natura* en Costa Rica, Brasil y Ecuador. En Costa Rica, una expresión original de *in dubio pro natura* lo vincula con el principio precautorio, distinguiéndose por reducir la intensidad de la gravedad exigida al peligro de degradación del medio ambiente. Luego, en una segunda etapa, además de seguir vinculado al principio de precaución, se lo define como un criterio de actuación para la Administración Pública, ante situaciones cotidianas de su actividad, para optar por aquellas decisiones que impliquen una menor afectación al medio ambiente. Finalmente, *in dubio pro natura* deja de ser asimilado al principio precautorio, para pasar a ser identificado como un principio autónomo, que deviene en criterio de actuación para todos los órganos público que deben preferir aquellas medidas que protegen de mejor forma el medio ambiente y el desarrollo sustentable.

En Brasil, *in dubio pro natura* ha sido usado como criterio hermenéutico para la interpretación de la ley de manera favorable al medio ambiente por parte de los tribunales superiores de justicia, y también como criterio de preferencia de normas y de solución de contienda de competencias entre los órganos federales, estaduales o locales, en el sentido de que se privilegia la ley o la competencia del órgano que entrega una mayor protección al medio ambiente.

En Ecuador el principio *in dubio pro natura* tiene reconocimiento constitucional estableciendo un enfoque general hacia el sentido más favorable en los casos de duda frente a decisiones ambientales. La legislación ecuatoriana, lo regula como un criterio hermenéutico y de actuación para las actividades de los privados y de los distintos órganos del aparato estatal, incluido el poder judicial.

Respecto al principio *in dubio pro natura,* Capelli[332] se propone distinguirlo del principio de precaución, para ello aplica la teoría de los principios. Así, expresa que:

> La constitucionalización de los principios los elevó a la categoría de nuevas atribuciones. Asumen la función interpretativa, limitadora, supletoria, directiva y fundadora del orden jurídico. Los principios que estructuran el derecho ambiental, necesarios para la formación de un

---

[331] Olivares y Lucero, 2018, pp. 619-650.
[332] Cappelli, 2020, p. 3.

> Estado de derecho ambiental, poseen dos dimensiones: 1) constitutiva: porque en su propia esencialidad, los principios expresan, indican, denotan o constituyen una íntegra comprensión del orden constitucional; 2) declarativa: pues los principios asumen la naturaleza de conceptos superiores, de vocablos denominativos, que se utilizan para expresar la suma de otros subprincipios y concreciones de normas plasmadas.

Al igual que la precaución, la duda activa la aplicación del principio *in dubio pro natura*, pero la duda es de diferente naturaleza. Este principio aborda las incertidumbres normativas o jurídicas. Cappelli indica que sirve como un *principio metodológico* para cooperar en los análisis de quienes toman decisiones (autoridades administrativas o judiciales) con el fin de llegar a la interpretación más beneficiosa para el medioambiente.

Entonces, su campo no es la incertidumbre científica propia de la precaución, sino que se inserta normativamente en la labor ponderativa del decisor, estableciendo una precedencia a favor del derecho al ambiente.

Capelli señala otra diferencia entre el principio *in dubio pro natura* y el principio precautorio y es que este actúa antes de que la actividad se inicie, mientras que aquel puede repercutir antes, durante o después, es decir, cuando el daño ambiental ya existe. Por lo que también se conecta con los principios de prevención y de recomposición.

Afirma, entonces, que *in dubio pro natura* siempre será un principio hermenéutico para resolver una duda, incertidumbre, oscuridad o antinomia normativa o jurídica.

También explica que el derecho público y el privado reconocen en forma amplia instrumentos que aspiran a equilibrar desigualdades, como los principios *favor debitoris, favor debilis, pro persona, e in dubio pro reo*. «La raíz está allí, a pesar de que la posibilidad de aplicar el precepto pueda examinarse desde varias perspectivas. Todo dependerá de los marcos constitucionales y legislativos».

Cappelli, luego de citar a Alexy, introduce la cuestión de la ponderación en caso de colisión entre principios cuando las premisas normativas del derecho al ambiente carecen de certidumbre.

Conforme lo tratado en el Capítulo 2.7., respecto a la fórmula de peso, la certidumbre como variable se pondera, reconociendo al decisor el margen competencial epistémico cuando no se tiene certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en colisión. Si la certidumbre es menor a *no evidentemente falso*, el principio es inaplicable. Se particulariza este aspecto en el punto 4.4. del presente Capítulo.

Entrando en el análisis sobre la interpretación que le confiere la Corte, se observa que, del considerando transcripto *supra*, resulta 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 o preferencia a las alternativas menos perjudiciales». Agrega que no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.

Se acota que, en la provincia de Mendoza, la Ley 5961 del año 1992, en el artículo 5, inciso d, establece el principio *in dubio pro natura*, con el siguiente enunciado: «El ordenamiento normativo provincial y municipal y los actos administrativos deberán ser aplicados con criterio ambientalista, conforme con los fines y objetivos de la presente ley». La norma tipo principio establece un mandato epistémico a favor de la protección del ambiente.

Siguiendo con el análisis del fallo de la CSJN, resulta que en todos los procesos se establece como criterio de resolución la preferencia a favor del ambiente a través de medidas proporcionales. En el primer párrafo se puede apreciar que trasciende la órbita de la precaución, al incidir en la decisión cualquiera sea la magnitud del peligro u oportunidad. El segundo párrafo, se relaciona con los exámenes de idoneidad y necesidad en cuanto la proporcionalidad de las medidas debe ser valorada.

Debe notarse que se destaca la preferencia hacia la vía procesal más ventajosa. En efecto, en Majul (2019b) el Superior Tribunal de Entre Ríos dejó sin efecto una sentencia que acogió un amparo colectivo argumentando que había una vía administrativa abierta sobre el conflicto y que resultaba inadmisible la vía del amparo en tanto estaba bajo estudio por la autoridad administrativa con competencia ambiental. La Corte consideró que pretensión del actor en la acción de amparo era más amplia debido a que solicitó la recomposición del ambiente y, en consecuencia, no resultaba un reclamo reflejo de trámite administrativo como sostuvo el tribunal local. Es entonces que aplica los principios *in dubio pro natura e in dubio pro agua*, que, al ser desconsiderados por el Superior Tribunal, desbarataban la tutela efectiva contenida en el derecho al debido proceso constitucional. Es decir, el tribunal omitió considerar que mediando duda la acción de amparo era la vía más adecuada para la tutela del derecho al ambiente.

Con estos conceptos es oportuno preguntarse si más que un principio de derecho fundamental es un criterio coadyuvante de la proporcionalidad en la etapa de ponderación. Su función epistémica es indudable, pero responde también a la naturaleza sustantiva de los principios al ordenar al decisor una interpretación preferencial en favor del ambiente cuando no se dispone de certeza acerca de los pesos de los principios en colisión, conforme lo visto en el Capítulo 2.7. Su enunciado como deber es consecuencia del margen epistémico que en el ejercicio de la competencia tiene la autoridad de la decisión.

Respecto al principio *in dubio pro aqua,* la Corte expresa:

> Especialmente el principio *In dubio pro Aqua*, consistente con el principio *In dubio pro natura*, que, en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018).

En este considerando es más explícita la coincidencia con la interpretación que propone Cappelli, *pro aqua* requiere la interpretación jurídica más favorable a la protección del ambiente.

En conclusión, ambos principios intervienen en el ámbito competencial asignado a la autoridad y, en tanto mandato, suponen una optimización del principio formal de competencia cuando tiene por fin la protección del ambiente.

La distinción entre principios formales y sustanciales se trata en el Capítulo 6.

3.7.3. Principios adscriptos en leyes especiales

Las leyes ambientales especiales, tanto nacionales como complementarias provinciales, introducen principios específicos para un área de regulación. Lo esencial es que optimicen el derecho a la sustentabilidad para adquirir la aptitud necesaria para ser sopesados cuando se presenten colisiones con otros derechos. Lo mismo resultará en la labor judicial, cuando el juez debe resolver una colisión entre derechos fundamentales.

En consecuencia, cuando se trata de principios adscriptos, se puede observar una amplia gama de estos con un creciente grado de determinación que los aproxima a la regla. Algunos requieren ser interpretados en sus enunciados, otros son enumerados expresamente.

En la Ley 27279 de gestión integral de los envases vacíos de fitosanitarios, la generación, la reutilización, el reciclado, la valorización y la disposición final, responden a este proceso de determinación del principio preventivo. Esa relación los explica y posibilita un examen de idoneidad y necesidad apto para optimizar la prevención.

La Ley 27520 de cambio climático, establece principios a los que deben atenerse las políticas públicas en materia de adaptación y mitigación al cambio climático.

a) Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas: De acuerdo con este principio establecido en la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), las decisiones en materia de prioridades, transferencia tecnológica y de fondos, deberán tener en cuenta el reconocimiento histórico de la responsabilidad desigual por los daños del calentamiento global.

b) Transversalidad del Cambio Climático en las políticas de Estado: Deberá considerar e integrar todas las acciones públicas y privadas, así como contemplar y contabilizar el impacto que provocan las acciones, medidas, programas y emprendimientos en el Cambio Climático.

c) Prioridad: Las políticas de adaptación y mitigación deberán priorizar las necesidades de los grupos sociales en condiciones de mayor vulnerabilidad al Cambio Climático.

d) Complementación: Las acciones de adaptación deberán complementarse con las acciones de mitigación del cambio climático.

La Ley 27621 de educación ambiental, como proceso permanente, integral y transversal, despliega en su artículo 3 los principios para su realización.

3.8. Principios orientadores

Fuera del sistema normativo de la sustentabilidad, se formulan numerosos principios orientadores o guías. Algunos de ellos coinciden semánticamente con la cláusula ambiental o con su fin, pero carecen de la condición de validez que requieren las normas jurídicas, que se relaciona con la autoridad investida de la respectiva atribución para dictarlos, conforme lo tratado en el Capítulo 1.4.2.

No obstante, dado la fuente que los producen –la doctrina, las declaraciones o recomendaciones de comités de expertos–, no los priva de aportar un entendimiento sobre la sustentabilidad, facilitando los exámenes facticos y jurídicos y la respectiva argumentación jurídica. En efecto, no siempre resultará fácil establecer los grados de importancia, el peso abstracto o la certidumbre, entonces una guía se encontrará en ellos.

Muchos son los catálogos de principios, pero interesan aquí los que poseen relevancia jurídica. Así, a nivel internacional, los «95 principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable»[333] son propuestos como un protocolo de principios para quienes imparten justicia como una herramienta orientadora frente a aquellos casos de demanda o violación de derechos relacionados con el ambiente. Es una sistematización de los principios y directrices recogidas en las más relevantes Convenciones y Declaraciones Internacionales, como de recomendaciones de Comités de expertos, con la incorporación de algunos criterios jurisprudenciales de los tribunales nacionales e internacionales sobre la materia. El objetivo es que cada Poder Judicial pueda adecuar ese protocolo, de acuerdo con su marco constitucional y legal, profundizando su contenido a partir de los efectos prácticos del mismo.

Si se seleccionan algunos, se advierte que, además de los principios constitucionalmente instituidos y de los adscriptos en los sistemas jurídicos, se incorporan aquellos que representan proyecciones de la definición de desarrollo sustentable, la comprensión del ambiente como un sistema, las valoraciones que lo fundamentan, las prioridades que deben considerarse, las aptitudes técnicas de los operadores, la relación con características propia de los derechos humanos, la importancia de la eficiencia de las medidas, la necesidad de considerar la realidad territorial, la gestión integrada, la solidaridad, la especial atención de la población vulnerable, la vinculación con la democracia, ente otros aspectos. Cada uno suministra un entendimiento útil sobre la sustentabilidad, sin que por ello se incurra en una confusión en relación con el principio de derecho fundamental reconocido por el art. 41 de la CN y sus optimizaciones o adscripciones.

Cuadro de texto 8

Selección de principios para un desarrollo ecológicamente sustentable

PRINCIPIO 1 Interdependencia de las especies

[333] CGAI (2020).

PRINCIPIO 3 Especialización funcional, junto a la sensibilidad y proactividad.
PRINCIPIO 11 Primacía a las soluciones no adversariales
PRINCIPIO 21 De autodeterminación
PRINCIPIO 36 De globalidad
PRINCIPIO 37 Principio de horizontalidad
PRINCIPIO 39 Principio de derecho a la naturaleza y derechos de la naturaleza
PRINCIPIO 42 Principio de sostenibilidad ecológica y resiliencia
PRINCIPIO 50 Criterios verdes transversales
PRINCIPIO 51 Adecuación con respeto y promoción del medio ambiente
PRINCIPIO 60 Autoejecutabidad de los principios ambientales
PRINCIPIO 61 Principio de realidad
PRINCIPIO 64 Introducción de la variable ambiental en la toma de decisiones
PRINCIPIO 68 Ecología integral, soluciones integrales en materia ambiental
PRINCIPIO 70 Pleno reconocimiento de los grupos vulnerables en materia ambiental
PRINCIPIO 71 Igualdad de género
PRINCIPIO 72 Ecología cultural
PRINCIPIO 73 Mínimo existencial ecológico
PRINCIPIO 74 Vinculación ente la paz y la protección ambiental
PRINCIPIO 76 Principio de cooperación internacional
PRINCIPIO 80 Principio de conjunción de aspectos colectivos e individuales
PRINCIPIO 82 Transpersonalización de la norma jurídica ambiental

3.9. Valoración

En conclusión, la teoría aplicada, como un prisma, permite visualizar un espectro que descompone el derecho protegido en múltiples principios susceptibles de ser diferenciados en su grado de determinación y por sus funciones en la realización del derecho fundamental.

Un principio, el de sustentabilidad, expresa el deber de protección constitucional del derecho al ambiente; el análisis realizado confirma que es el

«principio de los principios» como su función estructuradora del sistema jurídico ambiental. Otros principios estatuidos, como el del uso racional de los recursos naturales, el de recomposición y el derecho a la educación y a la información ambiental, lo integran; también se suma un conjunto de principios adscriptos en otras normas, que por vinculación con el deber ser constitucional lo precisan. Esa relación precisante los distingue de otros principios denominados ambientales que no catalogan como fundamentales por no corresponder con la sustentabilidad constitucional o no emanar de autoridad competente.

Si correspondiera clasificarlos y se identificara al principio de sustentabilidad como el principio estructurador del sistema jurídico ambiental, resultaría que los principios de prevención, de precaución y de responsabilidad –de recomposición– conforman las expresiones nucleares de aquel.

La fundamentalidad de estos provine del significado jurídico de sus respectivos enunciados: el ambiente debe ser protegido mediante un actuar preventivo, precautorio o de recomposición, aportando así una optimización respecto a lo que aquél demanda como fin constitucional.

El principio de prevención opera *ex ante* del daño ambiental cuando son conocidas las relaciones ecosistémicas, conformando una optimización fáctica de la sustentabilidad.

El principio de precaución también actúa *ex ante* del daño cuando existe incertidumbre en las premisas fácticas, estableciendo, en determinadas condiciones –amenaza de daño grave o irreversible–, el deber de protección. Es una optimización *epistémica* de la sustentabilidad.

El principio de responsabilidad actúa *ex post* y exige que en caso de degradación ambiental prioritariamente se restituyan las condiciones constitucionales de sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Bajo la denominación de principio de sustentabilidad, destaca el principio del uso racional de los recursos naturales que exige la compatibilización del aprovechamiento de estos con la sustentabilidad. Se trata este aspecto en el Capítulo 5.5.4.

Otro conjunto se conformaría por los principios metodológicos y técnicos, como el de progresividad, el cual optimiza los aspectos fácticos temporales en los exámenes de idoneidad y de necesidad de la proporcionalidad. La norma legal expresamente se refiere al mismo como la forma de alcanzar los objetivos ambientales.

El principio de no regresión ambiental es un principio que interviene para resguardar el fin de protección constitucional ante la modificación de las regulaciones ambientales. Su vinculación con la definición misma de principio lo integra a la sustentabilidad en forma inescindible y, como tal, requiere de la proporcionalidad para su operatividad.

Los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, son principios *epistémicos*, que ordenan a la autoridad competente, cuando hay duda o incertidumbre normativa, resolver en favor de la precedencia de la sustentabilidad.

Los principios solidaridad y cooperación son principios formales *adscritos* del principio federal de gobierno, optimizados por la LGA para la realización del derecho sustancial al ambiente cuando la territorialidad ambiental excede lo local.

El principio de subsidiariedad también optimiza el federalismo y ocurre como apoyo y complemento a la gestión de los particulares.

Otros principios adscriptos pueden ser encuadrados en esta estructura, con la condición de demostrar su función optimizadora de la sustentabilidad constitucional. Lo esencial es que su vinculación represente normativamente el derecho que protege, conformando una optimización de la sustentabilidad.

Se responde de este modo la cuestión inicial en la que se observaba un voluminoso y desordenado catálogo de principios de derecho ambiental (Introducción, 2.); no se restringe la posibilidad de su despliegue, pero se despeja la confusión con otros principios o las imprecisiones sobre su naturaleza y función normativa en el sistema jurídico.

La función estructurante del principio de sustentabilidad es explícita, en tanto el sistema jurídico se integra por un proceso continuo de formación normativa que dimana de la cúspide constitucional de derechos conforme el art. 5 de la LGA. Esta norma no es más que la adscripción al deber impuesto a las autoridades en el segundo párrafo del art. 41 de la CN.

Queda pendiente cómo se aplican razonablemente la sustentabilidad y sus principios cuando colisionan con otros derechos, aspecto que será analizado en los puntos siguientes.

4. El principio de proporcionalidad y la sustentabilidad

4.1. La razonabilidad ambiental

En el Capítulo 2 se trató el principio de proporcionalidad como método para dirimir la colisión entre derechos constitucionales y como procedimiento destinado a fundamentar la razonabilidad de las decisiones.

Las colisiones tienen lugar en materia ambiental cuando en el proceso de mayor realización del deber de protección, el derecho al ambiente interfiere con otros derechos constitucionales. Esta interferencia es propia de su despliegue, en cuanto, como expresa Cafferatta, el derecho ambiental colisiona con derechos subjetivos, colisiona con la economía, con la industria, con el comercio, y las condiciones para la adopción de una resolución que contemple los múltiples intereses legítimos en juego se tornan sumamente complejas [334].

El desarrollo que se realiza a continuación aplicará los exámenes del principio de proporcionalidad en sus tres etapas al derecho al ambiente de acuerdo con el sistema jurídica ambiental argentino.

---

[334] Cafferatta, 2019, p. 9.

4.2. Los exámenes fácticos: idoneidad y necesidad

4.2.1. La relación del medio con el fin. El estado de cosas inicial y la sustentabilidad futura. Una idoneidad especializada.

En el Capítulo 2.4.1. se trató el examen de idoneidad y su relación con el fin constitucional. La idea de fin adquiere singular importancia en los exámenes del art. 1713 del CCyC, cuando exige que la decisión en la acción preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Dos formas de concebir la finalidad fueron expuestas. La primera se relaciona con el estado de cosas, en el entendimiento que la selección de los medios requiere la descripción del estado de inicio –diagnóstico de la situación de partida– y el estado de llegada o final[335] que se persigue provocar.

Esta forma es empleada por la Corte en varios pronunciamientos; en la causa Salas (CSJN, 2009c; 2011a) –que se comenta en detalle el Capítulo 6.6.3.–, la Corte justifica su intervención ante un estado de cosas ambiental inicial que se caracteriza por la gravedad y urgencia de los hechos que afectan a la población de la etnia Toba, y que se propone superar, resolviendo el cese de su intervención cuando considera que ha alcanzado el estado final propuesto.

La norma constitucional Argentina define el estado de cosas final cuando establece que el bien ambiente sea sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

La segunda forma de concebir esta relación fue la distinción entre el fin constitucional o fin mediato y el fin inmediato establecido por la autoridad competente. El fin mediato de protección ambiental está establecido constitucionalmente en el art. 41 de la CN. Los fines inmediatos, del legislador o de la autoridad competente, obran en las leyes de presupuestos mínimos y en las decisiones administrativas y judiciales y siempre deben ser conformes con el fin constitucional, precisándolo para el caso o situación a regular.

Así, muchos de los objetivos que enuncian las leyes ambientales deben interpretarse como los fines establecidos por el legislador. El art. 2 de la LGA, establece como objetivos: asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos, entre otros, conformando los fines inmediatos de la protección constitucional.

La cuestión, entonces, es si la máxima de idoneidad que requiere que la medida contribuya *de algún modo* al fin constitucional, es una idoneidad especializada cuando la sustentabilidad es el derecho a proteger. Al respecto, el estado de cosas inicial y final signará este análisis.

---

[335] Clérico, 2016, p. 47.

El bien ambiente es portador de una complejidad sistémica en el que múltiples relaciones se despliegan entre el sistema natural y social en un tiempo diacrónico, como se trata en el Capítulo 5. La regla jurídica que resultará del proceso de optimización del principio requerirá de un soporte científico o técnico para considerar todas las perspectivas fácticas involucradas.

En este punto cobra particular importancia el componente técnico reglado que Martín Mateo resalta como distintivo del derecho ambiental, en tanto las normas ambientales incluyen prescripciones rigurosamente técnicas que determinan y cifran los niveles de emisión o de inmisión, de vertido, etc.[336].

Es muy expresiva la descripción de Cano de la norma ambiental en el nacimiento mismo de esta disciplina jurídica:

> La comprensión del entorno originó la elaboración de principios científicos y de técnicas para el manejo integrado de los diversos elementos constituyentes del ambiente humano, en tanto conjunto y universalidad y no –como antes– solo en función de cada una de sus partes componentes o de los usos de estas.

Para enunciar luego su definición de derecho ambiental:

> La aplicación de tales principios al orden físico y social originó la necesidad de trasladarlos al campo jurídico y la de adoptar o reformular normas legales y nuevas estructuras administrativas para posibilitar su implementación. Esas normas legales y la doctrina que les es correlativa son las que constituyen el derecho ambiental[337].

Por lo que la idoneidad de las medidas ambientales que *de algún modo* contribuyan a la realización del fin de protección requieren demostrar aptitud técnica para cumplirlo. Entonces, la selección de medios comienza por establecer el estado de cosas inicial o actual sobre el que se pretende actuar a partir de una descripción o *diagnóstico* ambiental del bien protegido y de un *pronóstico* sobre la evolución futura a partir de conocimientos científicos y técnicos, que compondrá el fin inmediato de protección ambiental al que se dirigirán las medidas.

En la causa Mendoza, en el pronunciamiento del 23 de febrero de 2007 (CSJN; 2007f), la Corte, después de la segunda audiencia, ante múltiples observaciones al plan de saneamiento presentado por las autoridades gubernamentales y tras subrayar que carecía de los elementos cognoscitivos necesarios para dictar el pronunciamiento, ordenó designar peritos independientes de distintas disciplinas, nombrados por la Universidad de Buenos Aires, a fin de que procediesen a informar sobre la factibilidad del plan presentado en la causa por las autoridades estatales.

Finalmente, en el año 2008 (CSJN, 2008b), dicta su pronunciamiento:

---

[336] Martín Mateo, 1991, p. 94.
[337] Cano, 1974.

> Por un lado, y sobre la base del resultado de las audiencias llevadas a cabo y del informe presentado por los expertos de la Universidad de Buenos Aires, se advirtió que para poder avanzar en la causa en lo relacionado con la prevención y recomposición era necesario ordenar la recolección de información precisa, actualizada, pública y accesible. Por ello se impuso a la Autoridad de Cuenca y a la representación de los tres Estados demandados la obligación de informar sobre el estado del agua, el aire y las napas subterráneas; acompañar un listado de las industrias existentes en la cuenca que realicen actividades contaminantes.

En este fallo se aprecia que, una vez acreditado el estado de cosas presente, procede establecer las medidas conducentes a la recomposición ambiental, esto es, la selección de aquellas que posibiliten la consecución del fin como estado de cosas futuro.

En el considerando 15 del fallo, la Corte da cuenta de esta relación:

> Que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. De acuerdo con este principio, la presente sentencia resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo. *El objeto decisorio se orienta hacia el futuro* y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración.

Como dice Cafferatta, comentado la sentencia del caso Riachuelo, la misma «resuelve, en definitiva, la recomposición y prevención ambiental, por lo que el objeto decisorio se orienta hacia el futuro, y reviste, por ende, característica prospectiva, que identifica las medidas de esta clase». Precisa que «esas medidas implican para el obligado perseguir los resultados y cumplir los mandatos que se enuncian, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procesos para llevarlos a cabo»[338].

La CSJN, además de la causa Mendoza (2006c; 2008b), en La Pampa (2017a) y Barrick (2019a), se refiere a «sustentabilidad futura» como objetivo para la solución de los conflictos ambientales: «Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino y, fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan».

Al respecto, Sabsay, comentando el fallo Barrick, expresa «que nuestro máximo tribunal introduzca ese concepto –"justicia climática"– resulta trascedente pensando en futuros litigios estratégicos en los que los planteos judiciales superen los horizontes temporales actuales para interrogarse acerca de cómo las actividades y contaminación presente incidirán a futuro en el cambio climático»[339].

---

[338] Cafferatta, 2008a.
[339] Sabsay, 2019.

4.2.2. La idoneidad y los instrumentos metodológicos

Un derecho munido de normas que responden al conocimiento científico y técnico del bien protegido ha consagrado en su evolución medidas y objetivos especializados para cumplir la manda constitucional de protección.

Muchas de estas medidas reguladas contienen exigencias técnicas a fin de establecer el grado de amenaza, afectación o recomposición. Como norma precisante del principio de prevención, destaca la Evaluación del Impacto Ambiental. La LGA dispone que toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución (art. 11). Agrega que los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos. Una actividad será autorizada únicamente si obtiene una Declaración de Impacto Ambiental favorable (arts.11-13).

En todos los casos, el resultado del procedimiento de EIA será la aprobación o el rechazo del proyecto y, en el supuesto de aprobación, la decisión integrará las acciones preventivas, correctivas o de mitigación, compensatorias o complementarias[340].

La Corte define la EIA como una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana (CSJN, 2017a).

Las metodologías para realizar los estudios ambientales son variadas, la literatura especializada reporta métodos de listas, de redes de interacciones, de sistemas cartográficos, de indicadores, de análisis multicriterio, de simulación y predicción, entre otros[341], pero todas requieren comenzar por un diagnóstico situacional que se realiza para determinar las condiciones ambientales de un área específica antes de llevar a cabo el proyecto.

Estos estudios atienden la dimensión temporal del bien ambiente, es decir, efectúan el análisis a través de escenarios futuros en los que se calibra la proyección de las medidas que se evalúan en relación con el proyecto. Al respecto, la Ley 27520 de cambio climático de la Argentina requiere que el Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático contemple el desarrollo de directrices relativas a los impactos del cambio climático para incorporar en los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental (art. 19, inciso g). El contexto de estas directrices serán los escenarios del clima, vulnerabilidad y tendencias socioeconómicas y ambientales para prevenir los riesgos climáticos futuros (art. 19, inciso h).

Los escenarios futuros pueden tener diversa complejidad, requiriendo construcciones que integren las metodologías técnicas, partiendo de un diagnóstico que identifica los problemas estructurales, para luego establecer las tendencias,

[340] Drovandi, 2012, pp. 337 y 350.
[341] Viloria Villegas, Cadavid y Awad, 2017.

distinguiendo las positivas de las negativas, para formular el conjunto de medidas correctivas, conservativas, disuasivas y de fomento que correspondan al escenario futuro que se pretende alcanzar.

Las metodologías para la elaboración de la planificación ambiental son especializadas en esto. Un ejemplo es el Plan Provincial de Ordenamiento Territorial de la provincia de Mendoza, aprobado por Ley 8999, que a partir de modelos territoriales –actual, tendencial y deseado– formula un modelo realizable conformado por programas estructurales de intervención.

La Ley de Bosques Nativos 26631 regula en detalle la EIA para los proyectos de desmontes. Su fin es el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que éstos brindan a la sociedad (art. 1). En el art. 24 establece el contenido del estudio, se mencionan algunos de ellos: Plan de manejo sostenible de los bosques nativos, comprendiendo propuestas para prevenir y mitigar los impactos ambientales adversos y optimizar los impactos positivos, acciones de restauración ambiental y mecanismos de compensación, medidas de monitoreo, seguimiento de los impactos ambientales detectados y de respuesta a emergencias. La descripción del ambiente en que desarrollará el proyecto: definición del área de influencia, estado de situación del medio natural y antrópico, con especial referencia a situación actualizada de pueblos indígenas, originarios o comunidades campesinas que habitan la zona, los componentes físicos, biológicos, sociales, económicos y culturales; su dinámica e interacciones; los problemas ambientales y los valores patrimoniales. La prognosis de cómo evolucionará el medio físico, económico y social si no se realiza el proyecto propuesto. El análisis de alternativas: descripción y evaluación comparativa de los proyectos alternativos de localización, tecnología y operación, y sus respectivos efectos ambientales y sociales. Descripción y evaluación detallada de la alternativa seleccionada.

Se advierte de este modo, que esta medida preventiva determina la decisión, indicando la consecuencia jurídica del pedido de autorización o factibilidad ambiental.

Un tema especial del examen de idoneidad en la sustentabilidad sucede cuando hay amenaza de daño ambiental grave o irreversible y existe incertidumbre científica. Ya no será la prevención el principio a aplicar sino el principio de precaución, el cual, existiendo incertidumbre, requiere de medidas eficaces en la que otros estudios contribuirán para la selección de las medidas adecuadas para la minimización de riesgos conforme el art. 2 inciso k) de la LGA.

El análisis o evaluación de riesgo es la metodología especializada para estimar la amenaza de daño como grave o irreversible. Estas metodologías parten de la formulación de escenarios de peligro y estiman el riesgo ambiental como una función que relaciona la probabilidad de ocurrencia de un determinado escenario de accidente (identificación de los peligros) y las consecuencias negativas de este sobre el ambiente y sus sistemas. La estimación del riesgo se establece como un producto entre dos factores: Riesgo = Probabilidad x Consecuencias[342].

---

[342] Cañón Rodríguez, 2017, pp. 24-32; AENOR, 2008.

Embid Tello expresa que la evaluación de riesgo es la pieza clave de todo el sistema precautorio, y abre la puerta, bien a una actuación preventiva (si el riesgo evaluado queda demostrado), bien una actuación precautoria (si existen dudas sobre la existencia o amplitud de este) [343].

De los casos seleccionados para el análisis en el Anexo 1, se desprende un criterio coherente entre la EIA y la precaución, en tanto la Corte ordena como medida provisoria la suspensión de la actividad riesgosa, cuando se ha omitido o se ha cumplido en forma irregular la EIA, en tanto considera que se está ante una amenaza de daño grave o irreversible en un contexto de incertidumbre por ausencia de esa evaluación o por su incomplitud, imponiendo su realización para reestablecer la certidumbre y aplicar el principio de prevención. Sin embargo, hay casos en los que fulmina con la nulidad las sentencias que convalidan autorizaciones irregulares atendiendo a la gravedad de las circunstancias (CSJN, 2017a). Se trata en el Capítulo 7.3.3.

Otros métodos preventivos son aplicables cuando se trata de la contratación del seguro por daño ambiental, en el que se debe determinar la Situación Ambiental Inicial (SAI) previa a la contratación del seguro. Se entiende por Situación Ambiental Inicial de un sitio al diagnóstico realizado en forma previa a la contratación de la cobertura a fin de establecer la existencia de sustancias y concentraciones, que impliquen una contaminación del suelo, subsuelo, aguas superficiales o aguas subterráneas, determinando, en su caso, la naturaleza, el grado, la extensión y la distribución de los contaminantes[344].

Las metodologías técnicas comprenden múltiples campos del conocimiento ecosistémico, y si bien algunas carecen de regulación especializada en el sistema jurídico argentino, esto no obstaculiza su imposición por la autoridad competente. Es el caso de las metodologías para la determinación del caudal ecológico, que son reguladas en muchos Estados[345] y que en la causa La Pampa (CSJN, 2020c) fue considerada para el establecimiento de las medidas de recomposición.

4.2.3. Las dimensiones fácticas de la idoneidad

En el plano de las dimensiones fácticas de la idoneidad, la EIA es demostrativa de las condiciones de eficacia, temporalidad, plenitud y probabilidad que deben examinarse en cada medida.

Respecto a la probabilidad o seguridad, surge de los precedentes de la CSJN que dan cuenta de la adopción de medidas de suspensión o paralización de emprendimientos susceptibles de provocar un daño grave o irreversible en un estado de incertidumbre. Estas medidas son complementadas con la exigencia de la Evaluación de Impacto Ambiental, con el objeto de alcanzar un estado de seguridad al despejar la incertidumbre y posibilitar adoptar medidas preventivas idóneas conforme los resultados de esos estudios (Cruz, 2016a; Martínez, 2019a).

---

[343] Embid Tello, 2010.
[344] Morales Lamberti, 2008, p. 92.
[345] Rodríguez Salas, 2017b.

El aspecto de plenitud es manifiesto en la causa Salas (CSJN, 2009c), cuando frente a las evaluaciones ambientales aisladas de emprendimientos para expedir autorizaciones de desmontes en un área mucho mayor en el que concurrían, la Corte impone la EIA acumulativa en toda el área afectada. Lo mismo dispone en Juvevir (2020f) en los que observa que los proyectos Central Matheu I y Central Matheu II en forma individual sin contemplar el efecto acumulativo dada la cercanía geográfica de ambos emprendimientos.

En Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c), la Corte requiere la idoneidad temporal, complitud y seguridad, cuando indica que las medidas deben tener en cuenta las alteraciones que puedan producirse tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras.

El principio de progresividad modula la dimensión temporal de la idoneidad de las medidas cuando requiere que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal (art. 4, LGA). En la causa Mendoza (2008b) se aplica en el programa de saneamiento integral. En la Pampa (2020c) las medidas de recomposición del ecosistema afectado son establecidas conforme este principio, de tal forma que el establecimiento del caudal mínimo permanente se fija como meta interina a alcanzar a través de un plan de obras y acciones, quedando como meta final la determinación definitiva del caudal hídrico apto.

No obstante, la temporalidad a la que alude la progresividad queda limitada cuando la eficacia de las medidas precautorias exige mayor rapidez en la decisión como sucede en Mamani (2017a), declarando sin más la nulidad de las resoluciones que autorizaron los desmontes.

Por lo que la prevención, la precaución y la recomposición del daño ambiental requieren de un diagnóstico y un pronóstico técnico del bien colectivo a proteger para establecer la idoneidad de las medidas no solo desde la perspectiva de la eficacia, sino de la temporalidad, plenitud y seguridad.

Los fallos de la Corte y la exigencia de idoneidad se analizan en el Capítulo 7.3.1.

Respecto a la intensidad de estas dimensiones del examen de inidoneidad, esto es, si la selección del medio idóneo debe recaer en el que reúna *mayor* eficacia, temporalidad, plenitud y probabilidad de las medidas, se trata en el punto siguiente, por lo que aquí corresponde expresar que una intensidad mayor forma parte del margen de discrecionalidad del decisor y será objeto del examen de necesidad y de ponderación. En el Capítulo 6.4.3 se trata el tema de la mayor intensidad como margen discrecional en la formación de la norma complementaria provincial.

4.2.4. La intensidad de la idoneidad y e*l examen de necesidad: el art. 1713 del CCyC*

Mientras que la idoneidad o adecuación procura la *eficacia* en el logro de la finalidad, el subprincipio de necesidad exige que de los medios igualmente idóneos sea escogido el menos restrictivo con el derecho fundamental afectado.

La selección de la medida idónea menos lesiva, como regla especifica del derecho ambiental, está en el principio de progresividad[346] y en el principio de precautorio –adopción de medidas eficaces, en función de los costos–, art. 4 de la LGA.

Pero, la regulación más definida de los exámenes de idoneidad y de necesidad está en la acción preventiva, cuando el art. 1713 del CCyC establece que «la sentencia debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio *más* idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad».

El enunciado dice *más* idóneo y su significado es una exigencia fáctica de *intensidad* en relación con la eficacia para alcanzar el fin –fin inmediato–. La interpretación del enunciado normativo no excluye las dimensiones de temporalidad, complitud y probabilidad, en tanto la eficacia es intrínseca con estas. Todas estas dimensiones deberán ser examinadas para establecer la mayor eficacia requerida.

Conforme la posición de Bernal Pulido es en el examen de necesidad de la medida que se debe examinar la intensidad de la eficacia (*más o menos* eficaz para la obtención de su fin), la temporalidad (*mayor o menor* rapidez a la obtención de su objetivo), la plenitud (realice *más o menos* aspectos relativos al fin) y la probabilidad (*mayor o menor seguridad* para alcanzar la finalidad), ya que en todas estas dimensiones puede mediar mayor o menor grado de intervención[347].

Entonces, la exigencia de seleccionar el medio más idóneo y menos restrictivo del art. 1713 se explica considerando que el medio *más* idóneo es, entre un conjunto de medios, el que menor restricción provoca atendiendo a las circunstancias del caso –esto es lo posible, según el enunciado–.

Así, sobre esta relación entre mayor eficacia y necesidad, el principio precautorio establecido en el art. 4 de la LGA, requiere, ante la situación de peligro de daño grave o irreversible y falta de certeza, la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. Es decir, la medida debe contribuir con el fin inmediato que la situación requiere, pero la mayor eficacia de un medio idóneo que impone costos exorbitantes no cumpliría el examen de necesidad frente a otros medios menos gravosos, pero igualmente idóneos.

Respecto a la temporalidad, el principio de progresividad completa su enunciado sobre la gradualidad de las medidas fundamentándola en la necesidad cuando establece: «que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos». Esto implica que, frente a otros medios idóneos, el medio progresivo será el que interviene en menor grado el derecho a afectar. Este sería el medio más idóneo.

No obstante, la progresividad es un principio que se ajusta en determinadas circunstancias. En efecto, hay situaciones en que el estado de cosas inicial revela una

---

[346] Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.
[347] Bernal Pulido, 2014, pp. 941 y 947.

situación de emergencia que requiere de una respuesta inmediata y eficaz, limitando los plazos de aplicación, en tales supuestos el medio más idóneo requiere rapidez y será reputado necesario por ser la menor restricción *posible*. Así, en Mamani (CSJN, 2017a), ante una situación de emergencia, la Corte declara directamente la nulidad de las autorizaciones de desmontes.

Precisando estos conceptos, respecto a la temporalidad y el principio de precaución, si una medida idónea aplica el principio de progresividad, estableciendo un cronograma temporal de ejecución y otra medida también idónea no concede un cronograma de ejecución o es más acotado, esta última supondría una mayor intervención, debiendo ser seleccionada la primera. No obstante, la modulación correcta requiere considerar las circunstancias del caso, de tal forma que, si media un estado de gravedad y urgencia, la eficacia –idoneidad– requerida por el principio precautorio exige en este supuesto un actuar inmediato, acotando o desplazando el cronograma propuesto, atendiendo a la *mayor rapidez* para alcanzar el fin de protección. Resultando así, la menor restricción *posible* una optimización fáctica del principio.

El examen de necesidad y la dimensión de probabilidad de la idoneidad es manifiesto en el fallo en la causa Salas (CSJN, 2009c), cuando la Corte requirió que el estudio de impacto ambiental acumulativo propusiera las medidas que armonizaran la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. Agregando: «En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras» (fallo que se analiza en el Anexo 1.1.2.).

Al mediar una consideración del derecho opuesto, como señala Clérico, el examen de necesidad preestructura el proceso de ponderación entre los derechos en colisión, en tanto adelanta el grado de limitación del derecho afectado producido por el medio establecido en comparación con medios alternativos[348].

La restricción del derecho opuesto se examina en esta etapa en forma abstracta, atendiendo a lo que en el promedio de los casos sería la menor restricción. El examen concreto de la afectación se realiza en la etapa de ponderación.

La exigencia de necesidad en los fallos de la Corte se analiza en el Capítulo 7.3.2.

4.3. La ponderación de la sustentabilidad

4.3.1. La importancia concreta

Cumplidos los exámenes fácticos, se ingresa en la etapa del examen de las posibilidades jurídicas o ponderación, en sus tres variables –importancia concreta, peso abstracto y certidumbre–.

Respecto de la importancia concreta, la *ley de ponderación* requiere demostrar racionalmente si la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro principio en colisión. La importancia concreta solo puede depender de los efectos

---

[348] Clérico, 2016, p. 127.

que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en el principio a intervenir tiene en el principio a satisfacer. En efecto, la medida idónea y necesaria se gradúa respecto al derecho restringir atendiendo a la afectación concreta que en el mismo produce, la gravedad de esta no puede ser superior a la satisfacción del derecho a proteger. Esta última estimación se realiza considerando los efectos que tendría sobre este derecho la omisión de la medida.

Conforme al art. 240 del CCyC, que establece la relación entre derecho colectivos e individuales, la no afectación del funcionamiento o de la sustentabilidad de los ecosistemas, de los valores culturales, del paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial, es un límite que los derechos individuales no deben trasponer. La redacción del enunciado supone considerar –como supuesto de hecho– la importancia concreta del derecho de incidencia colectiva, ya que la afectación o no afectación constituye una condición normativa concreta respecto del bien colectivo, no abstracta.

Así, cuando la colisión de un derecho sobre bienes individuales es con el principio de sustentabilidad, la ponderación de la importancia concreta resulta de medir el efecto que la omisión de la medida de protección produce en el funcionamiento o la sustentabilidad de los ecosistemas y demás bienes colectivos. Esta medida, idónea y necesaria, responde a las condiciones fácticas de los riesgos ambientales en el caso, por lo que puede tener mayor o menor entidad en la restricción como en la satisfacción, incidiendo en la graduación de la importancia concreta de los derechos en colisión.

La escala triádica de intensidades es el instrumento adecuado para la graduación conforme lo tratado en el Capítulo 2.5.

Recurrir a los precedentes de la CSJN es la forma más precisa de acceder a la interpretación de este examen, más cuando está involucrado el principio de sustentabilidad. Así, en Salas (2009c), la decisión de suspender las autorizaciones de tala y desmonte hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo, se pondera la importancia concreta de los derechos en colisión, cuando la Corte sostiene que «existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible» sobre el ambiente, por lo que el mayor peso concreto se dimensiona conforme la magnitud del daño probable para la sustentabilidad futura si ninguna medida se hubiera adoptado.

En Cruz (2016a), la Corte se aboca a entender en una medida cautelar rechazada por la Cámara de Apelaciones de Tucumán, considera que la cámara al no analizar las pruebas periciales no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas. Por lo que ese rechazo, en tanto omisión de la protección, provoca una afectación grave del derecho al ambiente, mientras que los derechos afectados exhiben un menor grado de restricción si la suspensión hubiera sido dispuesta, ya que las medidas definitivas dependen de los estudios no considerados por la Cámara. La decisión fue admitir el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada, devolviendo las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

En Represas de Santa Cruz (2016c; 2016d), la mayor importancia concreta de la satisfacción de la sustentabilidad se obtiene del efecto que la omisión de la EIA supondría en el ambiente regional por la amenaza de daño grave o irreversible de la obra.

En Majul (2019b), la Corte fundamenta la importancia concreta del principio de sustentabilidad afectado por la decisión del Superior Tribunal que rechazó el amparo, valorando diversos informes de los que surge las afectaciones al ecosistema, en consecuencia, establece la mayor importancia del ecosistema de los humedales frente a los derechos de los desarrolladores inmobiliarios.

Se remite al análisis de casos del Anexo 1.

4.3.2. El peso abstracto de la sustentabilidad

4.3.2.1. La prioridad frente a otros derechos

El peso abstracto de la sustentabilidad es una de las variables de la ponderación entre derechos y supone un sopesamiento aislado de consideraciones circunstanciales del caso o situación a regular. Este peso tiene en cuante al mayor valor que fundamenta a los derechos constitucionalmente reconocidos. Como expresa Bidart Campos: «los derechos "en sí" no son todos iguales, porque hay unos más "valiosos" que otros (la vida "vale" más que la propiedad, por ejemplo)»[349].

El mayor peso abstracto de la sustentabilidad puede compararse con «el mayor peso que la vida humana tiene frente a la libertad general de hacer o no hacer lo que se quiera»[350], por lo que la sustentabilidad como derecho acredita su mayor peso por el valor social del bien colectivo ambiente, su titularidad comunitaria e intergeneracional conforme a los arts. 41 y 43 de la CN y por ser condición necesaria para el disfrute de los demás derechos constitucionales.

De la Constitución resulta que la realización del principio de sustentabilidad como mandato de optimización se hace atendiendo a las necesidades de las generaciones presentes y futuras. La sustentabilidad futura se corresponde con la dimensión intertemporal propia del bien ambiente, dimensión que impide una apreciación estanca de este. No es posible cumplir con el deber de preservación sin considerar la evolución temporal del ambiente, de ahí que el resguardo de las generaciones futuras es una condición esencial del deber de preservación.

El componente intergeneracional de este derecho lleva a Morello a expresar:

> La aplastante (no por voluminosa, sino, por realista, racional e innovadora) teorización *ius ambiental* de data reciente, ha honrado la protección ambiental para el futuro, para los del futuro, y esto es básico, pues sin la mirada al futuro, a los que vendrán, el derecho ambiental y su robusto contenido nada merecerían[351].

---

[349] Bidart Campos, 2005a, T. I, p. 494.
[350] Alexy, 2002, p. 38.
[351] Morello, 1998, p. 947.

Cuando se sopesa el peso abstracto, la conexidad con otros principios aporta mayor peso, así la vida y la salud, suministran a la sustentabilidad mayor peso. Un caso de contaminación del agua es un claro ejemplo de esta conexión. Esta confluencia entre principios es una regla de ponderación relevante cuando se trata de medir el peso abstracto[352].

La Corte expresa la mayor valoración cuando establece la prioridad absoluta la prevención del daño futuro (2008b, 2009a, 2016a, 2016b, 2017a).

4.3.2.2. El art. 240 del CCyC: precedencia y compatibilización

La fórmula de peso no suministra un criterio específico sobre cómo se determina el peso abstracto de los principios en colisión[353], sin embargo, respecto a la sustentabilidad, en el derecho argentino, luego de los precedentes de la Corte, toda duda ha sido despejada por el legislador nacional.

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene la regulación más relevante sobre la relación entre la sustentabilidad y los derechos sobre bienes individuales. En el art. 240, en el título III sobre los bienes, correspondiente al libro primero, la establece de la siguiente forma:

> Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 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.

Morales Lamberti en un intenso párrafo, comentando la relación entre el CCyC y el derecho ambiental, expresa:

> Por otra parte, el Código integra al sistema de derecho privado una fuente interna de coordinación –compatibilidad de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva– y otra fuente de subordinación (límites al ejercicio abusivo de los derechos individuales sobre bienes colectivos, cuando pueda afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva en general), mediante una regla de precedencia lógica en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales[354].

El Código Civil y Comercial en varias normas construye esta precedencia lógica a la que alude Lamberti. Así, al receptar esta división de derechos en el art. 14 establece que: «La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales

---

[352] Bernal Pulido, 2014, p. 976.
[353] Clérico, 2008, pp. 159-160.
[354] Morales Lamberti, 2015, p. 145.

cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general».

La exigencia de compatibilización que integra el enunciado normativo refuerza la comprensión de la valoración del derecho al ambiente. En efecto, tal como explican Lorenzetti y Lorenzetti, la regla de compatibilización o de armonización, expresa la filosofía que inspira el CCyC, que radica en sostener que la protección del ambiente configura un prerrequisito para el disfrute de los demás derechos fundamentales. Resaltando que «éste es el fundamento de precedencia de lo colectivo por sobre lo individual» que introducen los arts. 14 y 240 del CCyC[355].

Este fundamento también se encuentra vertido en la Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuando expresa que el goce de condiciones ambientales sostenibles opera como presupuesto o precondición del ejercicio de los demás derechos fundamentales (propiedad, industria, salud, trabajo, etc.).

Así, cuando la colisión involucra al derecho al ambiente, la Corte, en el precedente Barrick (CSJN, 2019a), expresa: «Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240, Cód. Civ. y Com.) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la Ley General 25.675 del Ambiente)».

Entonces, el CCyC, especialmente el art. 240, plantea un interrogante de gran trascendencia: ¿si las normas establecen la precedencia de la sustentabilidad, son necesarias las operaciones de la proporcionalidad? Para responder, corresponde tratar si estas reglas de precedencia desplazan la aplicación del principio de proporcionalidad en sus diferentes exámenes, incluso, si inhiben la ponderación de las otras variables de la ponderación.

Alexy trata la cuestión de las reglas de precedencia establecidas legalmente:

> Las condiciones de precedencia establecidas en un sistema jurídico, es decir, las reglas que se corresponden con la ley de colisión proporcionan información acerca del peso relativo de los principios. Desde luego, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características que deben ser evaluadas, no es posible construir con su ayuda ningún orden que establezca en cada caso justamente una decisión. Pero, con todo, se abre la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no existiría sin los principios[356].

Es decir, esas reglas proporcionan un argumento sobre el mayor peso abstracto de un derecho, pero no relevan al operador del análisis de las condiciones fácticas del caso o situación a regular. Siempre la precedencia es condicionada.

Sobre el alcance de la precedencia legal, Prieto Sanchís expresa:

> Lo que el legislador no puede eliminar es el conflicto entre principios mediante una norma general, diciendo algo así como que siempre

---

[355] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 184.
[356] Alexy, 2004, p. 171.

> triunfará uno de ellos, pues eliminar la colisión con ese carácter de generalidad requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente[357].

La pregunta complementaria es cómo se compatibiliza un derecho que se presenta como precedente sobre los derechos sobre bienes individuales.

Para interpretar el art. 240 del CCyC, se debe distinguir entre el mayor peso abstracto de la sustentabilidad y su importancia concreta.

En el Capítulo 2.7.1., se refirió a que Alexy explica esta distinción de la siguiente forma: la vida humana tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Luego de ello, diferencia la importancia abstracta de la importancia concreta del derecho a la vida: la importancia que tenga la protección de la vida en una situación puede determinarse a la vez, según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto[358]. Esos riesgos pueden ser más o menos amenazantes para el derecho a la vida, incidiendo en la graduación de la importancia concreta.

Entonces, la sustentabilidad tiene un peso abstracto superior a la de los derechos sobre bienes individuales y una importancia concreta según su riesgo en el caso a resolver. Dicho de otra forma, el riesgo –cierto o incierto–, y las consecuentes medidas idóneas y necesarias, determinarán la importancia concreta de la sustentabilidad. Prevención o precaución serán los principios precisantes de la sustentabilidad según sea el riesgo.

Por lo que, si el enunciado del art. 240 se interpreta como la precedencia de la sustentabilidad frente a los derechos individuales –peso abstracto–, esa precedencia está condicionada a la circunstancia de que el ejercicio de los derechos individuales no afecte el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas –importancia concreta–. Esto es evidente si se comprende que la no afectación del funcionamiento y la sustentabilidad del ecosistema y de otros bienes ambientales son dimensiones fácticas, que requieren ser examinadas y comprobadas.

De lo que se colige que el mayor peso abstracto no sustrae los exámenes fácticos de idoneidad y de necesidad, ni la ponderación de la variable importancia concreta, que responde al grado de afectación o satisfacción de los derechos, ni de la variable certidumbre, que requiere la comprobación de los presupuestos fácticos de cada derecho. Todo lo cual es conforme con la interpretación del art. 1713 del CCyC, que se realiza en el punto 5.1. de este Capítulo.

Al respecto, la precedencia de la sustentabilidad debe ser entendida conforme al voto de Lorenzetti en la causa Shi (CSJN, 2021c): «cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse

---

[357] Prieto Sanchís, 2008, pp. 105-106.
[358] Alexy, 2002, p. 38.

en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516)».

Por lo que se concluye, que la compatibilización requerida entre derechos sobre bienes individuales y de incidencia colectiva es la traducción de la ponderación en el derecho ambiental argentino. Entonces, la compatibilización no es un resultado transaccional, es un resultado proporcional.

En definitiva, si como sostiene Sozzo, la preocupación en el CCyC ha sido centralmente visibilizar la colisión existente entre derechos individuales (libertad de contratar y de ejercicio del poder propietario) y la protección de los ecosistemas a los que puede adicionarse la protección del patrimonio cultural[359], la compatibilización ingresa en el terreno de la ponderación, pues, como expresa Alexy: «la ponderación no consiste en nada más que en la optimización de principios opuestos»[360].

4.4.3. Ponderación de la certidumbre

4.4.3.1. La optimización epistémica

En el Capítulo 2.7. se indicó que la ponderación a través de la fórmula de peso introduce la variable *certidumbre o seguridad* de las premisas de los derechos fundamentales en colisión. Por lo que la ponderación, entonces, no se limita a las variables materiales u ónticas de los principios en colisión.

Ello porque, como advierte Alexy, en contextos razonablemente complejos, «como el derecho ambiental», «las premisas empíricas cuya verdad está acreditada con toda certeza prácticamente nunca están disponibles»[361], por lo que la exigencia de certeza absoluta en caso de incertidumbre conduciría a una parálisis decisoria de largo alcance en relación con el derecho afectado.

Así, sin optimización epistémica de la sustentabilidad, la protección ambiental no sería posible mediando incertidumbre no obstante el peligro de daño grave o irreversible; en efecto, exigir certeza absoluta sería reducir la competencia en materia ambiental a lo cierto.

Esta atribución competencial supone que la optimización de los principios de derecho fundamental no es solo una optimización material sino también epistémica.

Tal es su trascendencia que para Bernal Pulido implica una ampliación de la definición de principio, proponiendo la siguiente: «*los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y* —aquí viene la modificación— *epistémicas existentes»*[362].

Pero, del mismo modo, tal atribución debe ser ponderada en cuanto su ejercicio tiene límites en relación con el derecho a intervenir, ya que un ejercicio absoluto de

---

[359] Sozzo, 2019, p. 532.
[360] Alexy, 2009b, p. 83.
[361] Alexy, 2014, p. 26.
[362] Bernal Pulido, 2007a, p. 289.

la competencia podría justificar intervenciones sin ningún grado de certeza en las premisas fácticas o normativas del principio a satisfacer.

Se distinguen dos tipos de certidumbre, la fáctica y la normativa, la primera relacionada con los presupuestos facticos de los principios, y la segunda, sobre el peso que debe atribuirse a cada principio en la colisión conforme se trata en el Capítulo 2.7. y se ejemplifica en 6.7. de este Capítulo.

Respecto de la incertidumbre fáctica, puede suceder que las comprobaciones alcanzadas sobre los supuestos fácticos de la sustentabilidad posean algún grado de incertidumbre, por ejemplo, sobre la alteración de alguna relación ecosistémica por el uso de una sustancia peligrosa y la probabilidad de causar un daño grave o irreversible, en tal caso corresponderá ponderar el grado de intervención en el derecho opuesto conforme el principio precautorio, no obstante, el menor grado de comprobación fáctica alcanzado en al principio de sustentabilidad.

En relación a la incertidumbre normativa, que tiene lugar cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en colisión, se reconoce a la autoridad el margen competencial para establecer la precedencia, que cuando se trata de la sustentabilidad se debe establecer mediante la aplicación de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*. Estos principios ordenan a la autoridad competente, ante la duda o incertidumbre normativa, resolver en favor de la precedencia de la sustentabilidad.

Respecto a su funcionamiento en la fórmula de peso, en la cual se integra junto a la importancia y el peso abstracto, la certidumbre también responde a la escala triádica con los grados de fiable o cierto (f), plausible (p) o no evidentemente falso (e), con la asignación de un valor numérico: 1, 1/2 y 1/4, respectivamente.

Al igual que sucede con la variable peso abstracto, la variable certidumbre únicamente se pondera cuando los factores entre los derechos en colisión son desiguales. Si esos pares son iguales, se neutralizan mutuamente.

Entonces, en el derecho ambiental el interés referido a la variable certidumbre de las premisas empíricas y normativas tiene especial importancia, en tanto no siempre es posible acreditar con grado de certeza plena las premisas del principio de sustentabilidad.

4.4.3.2. Los grados admisibles de ponderación: la plausibilidad y lo no evidentemente falso

La precaución ordena actuar ante el peligro de daño grave o irreversible, no pudiendo invocarse la ausencia de información o certeza científica para no hacerlo, este último aspecto requiere de un análisis para despejar su significado jurídico. Como expresa Berros, el derecho de daños se ha ocupado tradicionalmente del

problema de los riesgos y daños, informados por la certeza, por lo que ahora se trata de 'poner de acuerdo' el derecho con lo incierto y controversial[363].

La afirmación sobre el peligro de daño grave o irreversible requiere un nivel de fundamentación, por eso se ha dicho que: «La demostración de la probabilidad del daño en la magnitud requerida impone un mínimo de demostración, un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños» (CSJN, 2019c, voto de Lorenzetti).

Para comprender las categorías que establece la escala triádica en la certidumbre, un informe del grupo de expertos sobre el principio precautorio elaborado en el ámbito de la UNESCO[364] suministra definiciones adecuadas para aplicar en la fórmula de peso.

Antes de analizar dichos conceptos, corresponde indicar que el análisis de riesgo es la metodología especializada en esta materia, que recurre al riesgo como concepto organizador, el cual resulta de la formulación de escenarios de peligro posibles que permiten establecer qué probabilidad de ocurrencia tienen cada uno y estimar la gravedad de las consecuencias dañosas.

Así, se define el riesgo ambiental como una función que relaciona la probabilidad de ocurrencia de un determinado escenario de accidente (identificación de los peligros) y las consecuencias negativas del mismo sobre el ambiente y sus sistemas[365].

En función de la estimación cuantitativa de la probabilidad de los accidentes o hechos o sucesos iniciadores y su respectivo grado de probabilidad, vinculados con las consecuencias dañosas, se posibilita adoptar diversas medidas.

El informe de la UNESCO es especializado en relación con el principio de precaución y se caracteriza por valorar la calidad de la información científica. Sobre la incertidumbre expresa que el principio precautorio «se aplica cuando existe una apreciable incertidumbre científica acerca de la causalidad, la magnitud, la probabilidad y la naturaleza del daño». Entiende que los motivos que pueden dar lugar a la aplicación de este principio deberán ser plausibles o defendibles, ya que «la mera fantasía o la especulación simplista no son suficientes para poner en marcha el principio precautorio». La hipótesis de que una actividad posiblemente cause daño ha de basarse en conocimientos y teorías fundadas.

La hipótesis debe enunciar los mecanismos o procesos causales, pero si se desconoce algún mecanismo, se necesitan pruebas de la existencia de una posible correlación estadística. Sin embargo, si una hipótesis postula mecanismos y procesos radicalmente nuevos y desconocidos, no resulta plausible. Además, las hipótesis oscuras y complejas no son tan plausibles como las sencillas y directas. No es necesario que la plausibilidad sea correlativa a la probabilidad y no han de confundirse ambos conceptos.

---

[363] Berros, 2013, p.15.
[364] UNESCO, 2005.
[365] Cañón Rodríguez, 2017; AENOR, 2008.

Al respecto, explica:

> Cuando estimamos que una hipótesis es plausible y que otra no lo es, no estamos sosteniendo que la hipótesis plausible es más probable que la que no lo es, si bien estamos afirmando que la hipótesis plausible representa una posibilidad más seria que la otra. Sólo podemos juzgar la probabilidad relativa cuando disponemos de pruebas suficientes para tomar una decisión. Cuando carecemos de bastantes pruebas respecto de ambas hipótesis, debemos suspender nuestro juicio acerca de cuál de ellas es verdadera porque no lo sabemos. Pero no hemos de suspender nuestro juicio práctico, porque aún tenemos que decidir cómo actuar respecto de esas posibles hipótesis. Por ejemplo, si descubro una dureza en mi piel y mis dos hipótesis son 'es cancerosa' y 'es benigna', no tengo que decidir que la dureza es probablemente cancerosa para ir a ver al médico y someterme a un examen. Puedo considerar la hipótesis del cáncer como una posibilidad seria, aunque no me parezca cierta ni mínimamente probable.

De este párrafo se desprende, que, por debajo del nivel de certeza, hay dos grados de (in)certidumbre admisible en la ponderación. El grado más elevado corresponde a la plausibilidad que requiere enunciar los mecanismos o procesos causales, o, al menos, las pruebas de la existencia de una posible correlación estadística.

En el derecho argentino, una guía sobre cómo comprender el nivel de plausibilidad la establece el art. 58 del CCyC, sobre intervenciones médicas en seres humanos cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente y que requiere para su realización una serie de requisitos. Este dispositivo solicita describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación, una comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles, la intervención de un comité acreditado de evaluación ética, no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera, entre otras condiciones.

Si en un proceso judicial se ordena la producción de pericias, estas informarán sobre las interacciones causales que se pretenden despejar, pero puede suceder que en algunos puntos el nivel de certeza alcanzado sobre esos procesos sea teórico, fundamentado en metodologías cualitativas o empíricas reconocidas, pero sin resultados concluyentes. Es el nivel propio de la plausibilidad.

El informe brinda un ejemplo sobre la relevancia de la plausibilidad, caso que también es referido por Embid Tello:

> En el caso del amianto, la ausencia de pruebas científicas concluyentes del daño ocasionado contribuyó a la demora con que se adoptaron medidas y se dictó la reglamentación sobre reducción de los riesgos. Las alertas iniciales de 1898-1906 no dieron lugar a ningún tipo de acciones de precaución para reducir el contacto con el amianto, ni a estudios a largo plazo sobre aspectos médicos y sobre la exposición de los

> trabajadores al polvo, que habrían sido posibles en esa época y contribuido a justificar controles más estrictos de los niveles de polvo. Un estudio en los Países Bajos calculó que una prohibición impuesta en 1965, cuando la hipótesis del mesotelioma era plausible pero no estaba demostrada, en vez de esperar hasta 1993 cuando el riesgo del amianto era ampliamente reconocido, habría salvado unas 34000 víctimas y permitido ahorrar 19.000 millones de euros de costos de construcción (ganancia considerable) y por concepto de indemnización[366].

Por debajo de la plausibilidad, el menor grado de la incertidumbre admisible está dada por hipótesis que se sustentan en mecanismos radicalmente nuevos, o que son difusas o complejas, pero que proporcionan argumentaciones que suponen una posibilidad cualitativamente seria de amenaza de daño grave, entonces, en estos casos, interviene el juicio práctico para decidir cómo actuar. Esto corresponde a «lo no evidentemente falso». Este nivel compromete criterios éticos y valores sociales del decisor.

En efecto, una responsabilidad ética subyace en la precaución, responsabilidad que se destaca en el informe de la UNESCO cuando define al daño a precaver como aquel que resulte *moralmente inaceptable*. Esta es la esencia del concepto de riesgo cuando se evalúa la incertidumbre y sus posibles consecuencias.

Se reconoce, entonces, que los estudios de riesgos son muy importantes para la adopción de medidas precautorias. Sin embargo, como las conclusiones de la evaluación de riesgo son predominantemente de naturaleza cuantitativa, deben ser prudentemente evaluadas frente a las posibilidades no cuantificadas sobre la ocurrencia o magnitud del daño: «Como el principio precautorio tiene que ver con riesgos cuyas consecuencias son poco conocidas y de cuya probabilidad el público está escasamente al corriente, la posibilidad no cuantificada es suficiente para determinar que su aplicación sea motivo de estudio»[367].

Bestani, sobre este punto, explica que «en último término es la sociedad, en este caso representada por la autoridad competente, la que debe decidir qué riesgos asume, y no el experto, que carece de legitimación»[368]. Kemelmajer subraya que la precaución compete también a la sociedad en su conjunto, y debe ser gestionada en su seno para orientar la toma de decisiones políticas sobre asuntos de relevancia fundamental, en tanto debemos decidir qué clase de riesgos inciertos estamos dispuestos a tomar. Agrega que, en este sentido, se afirma que «[l]a confianza que presenta la racionalidad de la prevención respecto de la ciencia se deconstruye para pasar a un esquema en el cual la ciencia deja de ser probabilística para ser considerada como un modelo de ciencia inestable y parlamentaria»[369].

Entonces, debe considerarse que el análisis de riesgo es un instrumento adecuado, pero no determinante, que no excluye valoraciones sociales o éticas subyacentes a la situación a resolver o gestionar.

---

[366] UNESCO, 2005; Embid Tello, 2010, p. 195.
[367] UNESCO, 2005.
[368] Bestani, 2012, p. 128.
[369] Kemelmajer de Carlucci, 2019.

En síntesis, la ponderación de la incertidumbre en la fórmula de peso expuesta en el Capítulo 2.7. admite los grados de plausible o de no evidentemente falso. La plausibilidad se corresponde con teorías cuyas hipótesis no han sido demostradas, pero que se apoyan en metodologías científicas o técnicas reconocidas y suministran correlaciones estadísticas. Lo no evidentemente falso, se corresponde con aseveraciones que, si bien carecen de un basamento científico reconocido, expresan seriamente una posibilidad de amenaza de daño grave, que requiere ocurrir al juicio práctico para su tratamiento por el decisor. Menos que esto, el principio no logra trasponer el umbral de acceso a la ponderación, constituyendo una afirmación sin sustento, falsa o fantasiosa.

5. Asunción normativa de la proporcionalidad

5.1. La proporcionalidad en el sistema jurídico ambiental

Atento a que en el Capítulo 2.2.2, se expresó que la proporcionalidad es el método de resolución de la colisión de derechos en el ordenamiento jurídico argentino, y dado el análisis precedente, en el que las autoridades establecen fines inmediatos, seleccionan medios y, finalmente, ponderan derechos; se observa, que el CCyC, en un conjunto de normas traza los rasgos esenciales de la proporcionalidad, por lo que resulta necesario interpretarlas armónicamente.

En el sistema jurídico argentino, la prevención del daño es un principio del derecho de daños en general, como consecuencia del deber preventivo impuesto expresamente en el CCyC (art. 1710), vigente desde el año 2015. Pero, en el sistema jurídico ambiental es un principio central que remonta su reconocimiento al origen de la problemática ambiental[370], reconocido en la jurisprudencia, en el art. 41 de la CN (deber de preservación)[371], en la LGA y en leyes especiales y locales.

Al respecto expresa Cafferatta:

> Desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique ex ante (y no ex post), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas.[372]

Sin embargo, el CCyC no se limita a establecer a la prevención como un deber, sino que instrumenta una vía procesal para su cumplimiento a través de la acción preventiva. Esta acción procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711), y la legitimación es amplia y corresponde a quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712).

---

[370] Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y Principio 2 de la Declaración de Río de Janeiro.
[371] Cafferatta, 2015a.
[372] Cafferatta, 2015a, p. 20.

Pero, y esto es lo que signa la interpretación, adiciona un método en el art. 1713 para la decisión judicial que, ante la comprobación del supuesto de hecho –la producción de un daño, su continuación o agravamiento– y la consecuencia jurídica a adoptar –las obligaciones de dar, hacer o no hacer–, requiere al juez la selección de la medida más idónea que produzca la menor restricción posible, incorporando de esta forma el examen de las posibilidades. El enunciado agrega que la medida debe asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. Los fines inmediatos del caso y la correspondiente selección de medios integran el proceso decisorio.

Por lo que este análisis selectivo introduce a la proporcionalidad como método de resolución de la colisión de derechos. Esta disposición se integra con el mandato de la decisión judicial razonablemente fundada del art. 3 del CCyC.

El enunciado se dirige inicialmente a los exámenes de las posibilidades fácticas de idoneidad y de necesidad. Pero el decisor, para completar su tarea argumentativa cuando uno de los derechos en colisión es la sustentabilidad, no puede eludir el art. 240 del CCyC. Este artículo establece que el ejercicio de los derechos sobre bienes individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, para agregar que 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*. Este artículo juega en conjunto con el art. 14 del CCyC, poniendo «un límite, una frontera, firme y decidida, a las conductas que se extralimitan, en detrimento o afectación, del derecho ambiental»[373].

Entonces, dado el reconocimiento y protección de los derechos de incidencia colectiva, la decisión razonablemente fundada, establecerá la compatibilización resguardando que los derechos sobre bienes individuales no afecten o alteren la sustentabilidad. Por lo que la regla de compatibilización es esencialmente «una regla de no afectación del ambiente»[374] y tiene conexión con el principio de sustentabilidad del art. 4 de la LGA.

Esto entraña un reconocimiento legislativo del mayor peso o valor del derecho al ambiente y, en tanto la compatibilización se refiere a derechos sobre bienes diferentes en colisión, es una ponderación tipificada que procura la optimización en relación con el bien colectivo de la sustentabilidad.

Los grados de importancia y de certidumbre también surgen de un conjunto de normas: el arts. 4, y 27 de la LGA, y los arts. 14, 240, 241 y 1713 del CCyC.

Sobre la estimación de la importancia concreta, el art. 27 de la LGA define al daño ambiental como aquel que provoca una afectación *relevante* que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos; el art. 4 de la LGA, cuando enuncia el principio de precaución, requiere que la amenaza de daño sea *grave o irreversible*; el art. 240 del CCyC requiere la *no afectación* del funcionamiento ni de la sustentabilidad ecosistémica, según los criterios previstos en la ley especial. Esto último párrafo, junto con el art. 241, integran en la interpretación normativa las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental. Así, de estas prescripciones, se requiere una estimación del

---

[373] Cafferatta, 2021.
[374] Cafferatta, 2021.

grado de afectación en el caso concreto, estimación que se obtendrá mediante estudios científicos y técnicos, y los precedentes en casos análogos.

Para la ponderación, la estimación del grado de la importancia concreta de los derechos en colisión se establece por el efecto que la medida provoca en el derecho a restringir y por el efecto que la no aplicación de la medida ocasionaría en el derecho a satisfacer, en este caso, la sustentabilidad, el resultado de este procedimiento posibilitará una graduación razonable. Pericias, informes y evaluaciones técnicas son esenciales para esta graduación. Por supuesto, establecer lo relevante o lo significativo, puede resultar complejo en determinadas circunstancias, pero como señala Bernal Pulido, los precedentes pueden servir para alcanzar, no la objetividad, pero al menos la racionalidad de la decisión[375].

Respecto a la certidumbre, si se atiende al enunciado del art. 1713, la ponderación puede dar lugar a una decisión provisoria o definitiva. Esto es porque lo propio de la prevención es evitar un daño futuro, que es cierto y mensurable y, en tanto conocido, justifica decisiones definitivas. Pero cuando media incertidumbre, será necesario ponderar la amenaza de daño grave o irreversible en alguno de los grados admisibles –lo plausible o lo evidentemente falso–, y la decisión será provisoria en tanto se dirigirá a lograr el conocimiento cierto que demanda la prevención. Estos exámenes, en consecuencia, implican estimar grados de certidumbre.

Esta interpretación integra la precaución en el método de resolución cuando se trata de prevenir el daño ambiental, sin desconocer que existe controversia sobre la no inclusión de la precaución en el CCyC[376], pero, conforme esta investigación, el efecto de irradiación del principio de sustentabilidad, y el mandato de interpretar y resolver conforme el ordenamiento (arts. 2 y 3), requiere, ante la amenaza de daño grave o irreversible en un grado admisible de certidumbre, la aplicación de la precaución a fin de provocar una decisión coherente.

De estas normas, resulta que la proporcionalidad se introduce normativamente en el sistema jurídico ambiental con un alto grado de definición.

En efecto, si se ordena la aplicación del art. 1713, la labor judicial deberá examinar la idoneidad fáctica de la medida en relación con el fin de prevención, seleccionado la más idónea para alcanzar la finalidad, atendiendo a la que provoque la menor restricción posible en el derecho a intervenir. Los principios de progresividad y de precaución contienen esta regla de optimización fáctica. En el punto 4.2.4. de este Capítulo se trataron los exámenes facticos conforme el art. 1713.

Pero las posibilidades a las que refiere el art. 1713, no excluyen las posibilidades jurídicas, sobre todo si el derecho en colisión es el derecho al ambiente, lo que supone la conexión de esta disposición con el art. 240 del CCyC, que traduce la ponderación en el concepto de compatibilización entre derechos, en la idea que la sustentabilidad es un prerrequisito para el disfrute de los derechos sobre bienes

[375] Bernal Pulido, 2018, p. 260.
[376] Kemelmajer de Carlucci, 2019. Berros, 2015.

individuales. Como se expresó en el punto 4.3.2. de este Capítulo, la compatibilización ingresa en el terreno de la ponderación, pues, «la ponderación no consiste en nada más que en la optimización de principios opuestos»[377].

Una vez cumplidos los exámenes fácticos, para disponer, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, deberá ponderar, mediante grados, la importancia concreta, el peso abstracto y la certidumbre de los derechos en colisión.

Como expresa Morelli, la fraseología empleada por el artículo 1713 del CCyC es elocuente y demuestra claramente que «tiene por fundamento a la teoría de la ponderación alexyana, lo cual implicará que, en la práctica, los jueces deberán sopesar los principios en pugna para resolver aquellos casos difíciles que se presenten»[378].

Lo expuesto de ninguna manera acota la proporcionalidad como método de resolución de la colisión de derechos a la acción preventiva del CCyC. Simplemente, se advierte que ese cuerpo legal, que establece un modelo que reconoce a los principios de derecho fundamental como normas, mediante la apertura normativa, la interpretación y aplicación coherente y la decisión razonablemente fundada (arts. 1, 2 y 3 del CCyC), cuando regula la decisión en esta acción introduce, como una consecuencia lógica, el método de la ponderación para la resolución.

Entonces, cuando se trata de la preservación del daño ambiental, todo proceso o procedimiento decisorio requiere de la proporcionalidad para la aplicación razonable de los principios ambientales, siendo una responsabilidad de todas las autoridades, de todos los niveles y funciones (art. 41, segundo párrafo, CN y art. 5 de la LGA). Es enfático el art. 4 de la LGA cuando dispone que la interpretación y aplicación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los principios que establece. La LGA, en el art. 2, inciso b, refiere a la sustentabilidad como mandato de optimización, cuando dispone como tarea promover *el mejoramiento* de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria. También requiere que se deberán establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (art. 2, inciso k). Luego de ello, la LGA enuncia los principios adscriptos, sustanciales y formales, comprendiendo no solo la precaución y la prevención sino la recomposición o de responsabilidad, como también los relacionados con el ejercicio de las competencias en un Estado federal.

Los fallos de la CSJN dotan de tipicidad al procedimiento de aplicación de los principios ambientales; en efecto, sus pronunciamientos no solo corroboran la ponderación como método, sino que introducen condiciones particulares en cada examen, que conforma un conjunto de reglas de ponderación, que aportan seguridad en la resolución. Se trata en el Capítulo 7.

---

[377] Alexy, 2009b, p. 83.
[378] Morelli, 2015, p. 226.

5.2. ¿La restricción es un contenido esencial o un límite externo?

El límite o restricción al ejercicio de los derechos individuales tiene un aspecto teórico de interés relacionado con debate sobre el contenido esencial de los derechos.

La idea básica de las teorías sobre el contenido esencial de los derechos es dividir lo disponible de lo indisponible. Lo indisponible, coincide con el contenido esencial de los derechos, y lo disponible, es lo que queda fuera de tal contenido. Dos posiciones teóricas se distinguen en este campo: la teoría absoluta y la teoría relativa. La teoría absoluta del contenido esencial sostiene, sustancialmente, que en cada derecho se presenta un *núcleo duro* (contenido nuclear) en el cual se pueden verificar las notas esenciales de ese derecho: aquello que lo distingue de modo particular respecto de otros derechos, sus rasgos y contenidos estrictamente necesarios. Este núcleo duro sería indisponible, mientras que lo que queda fuera podría ser parte, legítimamente, de las regulaciones del legislador y de las decisiones de los jueces. Por su parte, la teoría relativa del contenido esencial dicho contenido no es inmóvil, sino móvil. Por contenido esencial, en esta visión, se quiere decir contenido pasado por el examen de proporcionalidad y, en ese sentido, ponderado en relación con otros derechos y bienes públicos[379].

Las denominadas teorías armonizadoras o anticonflictivistas, forman parte de las teorías relativas del contenido esencial, que, si bien adoptan la ponderación, modifican los postulados y etapas del procedimiento para evitar la idea de colisión entre derechos constitucionales.

Bien se señala que poseer una visión que niega la existencia de conflictos de derechos humanos, no significa a su vez no estar de acuerdo con el uso de la ponderación, toda vez que ésta puede determinar mejor los contornos de las zonas de contacto de cada derecho implicado y comprender por qué solo uno de ellos es el verdaderamente relevante para el caso, ya que el aparente conflicto sólo se debe a la estrecha interrelación que en mayor o menor medida existe entre ellos[380].

Para Alexy, el contenido esencial no es ni fijo ni inmutable, sino determinable conforme las posibilidades del caso, por lo que será el principio de proporcionalidad el que establecerá el contenido garantizado en cada caso. Es decir, «el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación; las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía de contenido esencial»[381].

La explicación deviene de que los derechos fundamentales, en su afán de mayor realización, encuentran su límite en la colisión con otros derechos fundamentales, en tanto estos no podrían realizarse –todos– de forma absoluta al mismo tiempo, siendo la proporcionalidad la forma de establecerla[382].

---

[379] Maldonado Muñoz, 2016.
[380] Olvera Lara, 2015.
[381] Alexy, 2012, p.259.
[382] Cárdena Gracias, 2014, p. 99.

Bernal Pulido precisa que el contenido de los derechos fundamentales tiene dos momentos: un primer momento en que es un contenido amplio, muy vasto, cuyas normas valen *prima facie* (ámbito de protección inicial), y un segundo momento en que es un contenido reducido, cuyas normas valen definitivamente (el contenido efectivamente garantizado). El principio de proporcionalidad establecerá el contenido efectivamente garantizado en cada caso[383].

En relación con el sistema jurídico argentino, Sozzo interpreta que el art. 14 del CCyC –acorde al cual la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general– es un límite interno del derecho de propiedad. Al respecto formula la siguiente argumentación: ello resulta de visibilizar, como paso previo, que los derechos subjetivos tienen como límite externo los derechos de incidencia colectiva. Destaca que el artículo 14 del Código realiza un reconocimiento expreso de estos últimos cuando enuncia que se «reconocen». El paso siguiente es reconocer que existen conflictos entre ambos órdenes de derechos. El tercer paso es indicar el método de resolución de estos conflictos externos, siendo, conforme el art. 240 del CCyC, la de «compatibilizar» los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva. Por lo que, finalmente, se puede reconocer que existe un límite interno en el propio derecho subjetivo proveniente de los derechos de incidencia colectiva[384].

Por lo que para Sozzo, el «eco–abuso» como límite interno resulta previamente de los límites externos de los derechos de incidencia colectiva, luego de ello corresponde reconocer el conflicto, para, finalmente, resolver a través del juicio de compatibilidad. Esta posición no altera lo expuesto por las teorías principialista, ya que este juicio requiere ponderación.

Entonces, conforme el marco conceptual expuesto en los Capítulo 1 y 2, si los principios son mandatos de optimización que ordenan su mayor realización, sus límites jurídicos siempre provienen de los otros derechos con los que colisiona, por lo que la interpretación del art. 240 del CCyC, cuando establece que los derechos sobre bienes individuales no deben afectar ni el funcionamiento ni la sustentabilidad de los derechos sobre bienes colectivos, les impone una restricción proveniente de un límite externo, más precisamente de la sustentabilidad constitucional[385].

Una lectura del enunciado constitucional permite visualizar, a partir del deber general de preservación, que, luego de calificar el ambiente como «sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano», apunta a las actividades productivas destinadas a la satisfacción de las necesidades presentes, por lo que estas actividades sobre bienes individuales deberán preservar las condiciones de sanidad, equilibrio y aptitud para el desarrollo humano del bien protegido.

Seguidamente, el enunciado constitucional agrega otra condición al ejercicio de los derechos individuales en la satisfacción de las necesidades: no deben

---

[383] Bernal Pulido, 2014, pp. 587-588.
[384] Sozzo, 2019, pp. 554-555.
[385] Pinto, 2017, p. 515, expresa en este sentido que las limitaciones a los derechos individuales por razones ambientales que contienen los arts. 240 y 241 CCyC no nacen de dicho Código, ni su fuerza imperativa proviene de él, sino que reenvían a los arts. 41 y 121 CN y a las normas administrativas ambientales dictadas en el marco de estas normas constitucionales.

comprometer las de las generaciones futuras. Tal como se expresa, el enunciado normativo es tanto un límite como un fin; es un límite o restricción cuando establece que el ejercicio de los derechos individuales no debe afectar las necesidades de las generaciones por venir, y es un fin en tanto considera la dimensión intertemporal o diacrónica del bien protegido como una referencia ineludible para su preservación y protección. Es la «sustentabilidad futura» en palabras de la CSJN (Barrick, 2019a).

Por lo que la particularidad de la limitación establecida en el art. 41 CN es que se dirige a otros derechos constitucionales, genéricamente comprendidos en el enunciado «actividades productivas», por ej.: industria lícita, propiedad, entre otros.

Pero, conforme lo tratado respecto al 240 del CCyC, esta restricción requiere de los exámenes de la proporcionalidad para su determinación.

Por lo que la posición de Alexy y de Bernal Pulido respecto a las restricciones, es la adecuada para interpretar la limitación de la cláusula ambiental constitucional, en tanto será la proporcionalidad la que establecerá el contenido efectivamente garantizado de los derechos sobre bienes individuales.

6. Ejercicio de comprobación de la fórmula de peso. La duda fáctica, los empates y los principios epistémicos

Conforme lo tratado en este capítulo, se procede a aplicar la fórmula de peso a una colisión en la que participa el derecho al ambiente, sopesando la importancia concreta, el peso abstracto y la certidumbre. Al respecto, debe suponerse que se cumplió previamente con los exámenes fácticos, resultando que las medidas son idóneas y necesarias.

Para este ejercicio, se recurre a la causa Majul (CSJN, 2019b) que se trata con más detalle en el Anexo 1.2.5. En este fallo la Corte resolvió un conflicto colectivo sobre la ejecución de obras de un proyecto de barrio náutico en la ribera del río Gualeguaychú, zona declarada área natural protegida. La Corte verifica que, aun antes de la aprobación del EIA, la empresa llevó a cabo acciones que dañaron al ambiente y que, por su magnitud, podrían ser de imposible o muy difícil reparación ulterior, por lo que aplicó el principio de precaución. Luego de cuestionar la forma de resolver por el tribunal, deja sin efecto la sentencia apelada.

Para realizar la ponderación, se simplifican consideraciones relevantes que contiene el fallo y se pondera conforme la estructura metodológica básica de la fórmula de peso.

Esta se representa de la siguiente forma:

$$W_i,j = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_J \cdot W_J \cdot R_J}$$

Conforme lo expuesto en el Capítulo 2.7*, Wi,j* representa el cociente o peso del principio *Pi* en relación con el principio en colisión *Pj,* que resulta de las tres variables de la ecuación –peso concreto, peso abstracto y certidumbre– en la que *I*

representa la gravedad de la intervención (*Ii*) o importancia de la satisfacción *(Ij*), según sea el peso concreto, al grado leve se le asigna (1), al medio (2), al grave (4). Respecto de los pesos abstractos de los principios en colisión (*Wi/Wj*), se ponderan asignándoles respectivamente la cantidad numérica (1), (2), (4) según el peso que posean en la trama constitucional. Finalmente, para medir la fiabilidad de las premisas empíricas y normativas (*R*), los grados y valores son: seguro, (1), plausible (1/2) y no evidentemente falso (1/4).

El resultado o cociente de cada principio representa su peso en la colisión, estableciendo la precedencia del principio con mayor peso.

Cuadro de texto 9

Aplicación de la fórmula de peso a un caso ambiental

APLICACIÓN DE LA FORMULA DE PESO A LA PROTECCIÓN PRECAUTORIA DE UN HUMEDAL

CASO: Se trata de obras en ejecución de un proyecto inmobiliario en la proximidad de un humedal con posibilidad de causar un daño grave o irreversible al mismo, se considera necesario prohibir la actividad.

a) PRINCIPIO A EJERCER UNA ACTIVIDAD URBANIZADORA *(Pi):*

La importancia de la intervención de la actividad puede catalogarse de media (puede desarrollarse en otros lugares) *Ii= 2*

El peso abstracto cataloga como medio (la actividad está limitada en su ejercicio, arts. 41 CN y 240 CCyC, siendo su peso menor que la protección del humedal) *Wi = 2*

La certeza de las premisas sobre su afectación califica como intensa (es seguro que la prohibición es una restricción grave al derecho privado en ese lugar) *Ri = 1*

b) EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA PROTECCIÓN DEL HUMEDAL *(Pj):*

La omisión de la medida supone una afectación grave o intensa del humedal *Ij = 4*

El peso abstracto de la sustentabilidad de un humedal es alto *Wj = 4*

Sobre el grado de certeza de las premisas fácticas, es plausible un riesgo de daño ambiental grave *Rj = 0,50.*

c) RESULTADO. Conforme la fórmula de peso, el derecho al ejercicio de la actividad urbanizadora arroja el valor numérico de 4 (2 x 2 x 1) y el derecho a preservar el humedal y su biodiversidad arroja el valor numérico de 8 (4 x 4 x 0.5) y, multiplicando todos los factores del primer y del segundo principio, se dividen para obtener el cociente y saber el valor numérico más alto:

Principio a ejercer la actividad urbanizadora 4/8 = 0.50

Principio precautorio en la protección de un humedal 8/4= 2

Así, la intervención del derecho privado resulta solo en 0.50; mientras que la satisfacción del derecho a proteger precautoriamente el humedal resulta en 2. Por lo que este último derecho es el principio precedente y, en consecuencia, es constitucional.

Representando los cocientes de cada principio conforme la fórmula, resulta:

$$Pi\ \frac{2}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{\frac{1}{2}} = \frac{1}{2}\ (0{,}50)\ <\ Pj\ \frac{4}{2} * \frac{4}{2} * \frac{\frac{1}{2}}{1} = 2$$

$$Pi=0{,}5 \quad > \quad Pj=2$$

En este caso, cuando la certidumbre califica de *plausible*, la precedencia de la precaución es evidente.

Para comprobar la fiabilidad de la fórmula, conforme la exigencia legal de la precaución de amenaza de daño grave, se supone ahora una amenaza moderada, que se valora como leve (1), obteniéndose los siguientes cocientes:

$$Pi\ \frac{2}{1} * \frac{2}{4} * \frac{1}{\frac{1}{2}} = 2\ <\ \mathrm{Pj}\ \frac{1}{2} * \frac{4}{2} * \frac{\frac{1}{2}}{1} = 0{,}5$$

$$Pi=2 \quad > \quad Pj=0{,}5$$

Por lo que no es proporcional intervenir el derecho fundamental.

El asunto relevante es cuando el resultado es un empate. Un caso de empate mediando el derecho al ambiente sería, siguiendo el ejemplo analizado, que los informes sobre los eventuales perjuicios sobre el humedal calificaran de *no evidentemente falso*, para lo que se establece un valor de ¼ para la certidumbre de *Pj*, resultando un cociente igual a 1. Respecto al principio a intervenir (*Pi*), el cociente también será 1, por lo que resulta un empate entre los derechos en colisión.

Cuando resulta un empate se está frente a la incertidumbre de tipo normativo y la autoridad deberá resolver conforme su margen de acción epistémico o cognitivo para sopesar cuál de los derechos en colisión debe protegerse.

Conforme lo tratado en el Capítulo 2.8., en las colisiones de derechos en los que no interviene la sustentabilidad, el desarrollo de la argumentación para resolver un empate se rige por dos reglas. La primera consiste en aplicar al principio *in dubio pro libertate o pro homine,* de manera que en caso de duda respecto al reconocimiento de un derecho o de su restricción deberá estarse a favor de su reconocimiento. La segunda regla es la argumentación en base a los precedentes que establecieron una precedencia condicionada como resultado de una ponderación en casos idénticos o análogos; estos precedentes orientarán la definición[386].

Pero, si este resultado involucra a la sustentabilidad, ocurren principios adscriptos especializados para resolver la duda ponderativa: son los principios epistémicos normativo *in dubio pro natura* o *in dubio pro aqua* que establece la precedencia de la sustentabilidad, ello conforme al mayor valor que se reconoce a la

[386] Bernal Pulido, 2014, pp. 1015-1016.

sustentabilidad como precondición para el ejercicio y goce de todos los derechos fundamentales.

En efecto, en el caso Majul (CSJN, 2019b), la Corte entiende que el tribunal *a quo*, ante la duda sobre el procedimiento a aplicar, debió aplicar los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* para resolver a favor del amparo colectivo y rechazar la pretensión de que un procedimiento administrativo era la vía adecuada para proteger el derecho constitucional al ambiente.

La argumentación jurídica también será soporte para la decisión, considerando las reglas resultantes en casos análogos que no pueden soslayarse. Todo lo cual formará parte de la deliberación del decisor junto con la estimación de los intereses involucrados y de valoraciones, que permitan alcanzar una decisión correcta.

En síntesis, el análisis realizado demuestra la incidencia y razonabilidad de la variable certidumbre en la ponderación de la sustentabilidad, la exclusión de esta supondría una decisión basada exclusivamente en los valores ontológicos representados por el peso concreto y el peso abstracto. Sin embargo, esta variable requiere ponderación, nunca se puede sopesar sin un mínimo de certidumbre, por lo que se descartan las restricciones de derechos basadas en premisas sin sustento o falsas.

Dado el desarrollo alcanzado, corresponde adecuar la definición del principio de sustentabilidad a la definición de principios propuesta por Bernal Pulido, quedando como un mandato de optimización que ordena la protección del ambiente en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas.

7. Recapitulación

Se sintetiza los resultados alcanzados:

1) El principio de sustentabilidad expresa el deber ser del derecho al ambiente positivizado en el art. 41 de la CN.

2) La sustentabilidad es un mandato de optimización que ordena que la protección del ambiente sea realizada en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas.

3) La solidaridad intergeneracional adquiere de la mano de la Constitución ropaje deóntico.

4) La equidad intergeneracional, como elemento esencial del principio, expresa la valoración de la relación entre nosotros y los que vendrán, conformando el macro fin del derecho.

5) Los principios ambientales son diversos. Algunos son principios de derecho fundamental directamente estatuidos, otros son principios adscritos al principio de sustentabilidad.

6) Otros principios instituidos conforman la sustentabilidad. La utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y

cultural y de la diversidad biológica, y la información y educación ambientales, integran el deber ser de la sustentabilidad.

7) Los principios adscriptos de derecho ambiental son consecuencia de un proceso de determinación del derecho fundamental, deben emanar de autoridad competente y demostrar su vinculación semántica o teleológica con el derecho reconocido en el art. 41 de la CN.

8) Los principios de prevención, de precaución y de responsabilidad participan esencialmente de la fundamentalidad del derecho reconocido en el art. 41 de la CN, estructurando el sistema jurídico ambiental.

9) Hay principios de cuño metodológico dirigidos a la optimización fáctica del principio de derecho fundamental, como es el caso del principio de progresividad.

10) El principio de no regresión reafirma la definición de principio como mandato de optimización.

11) Los principios *in dubio pro natura* y pro aqua son principios epistémicos normativos.

12) Los principios de solidaridad y de cooperación son optimizaciones del principio federal de gobierno.

13) La idoneidad de las medidas para satisfacer el principio de sustentabilidad es una idoneidad especializada, de tipo técnico, en la que se analizan a eficacia, complitud, temporalidad y probabilidad de las medidas.

14) La selección del medio más benigno respecto al derecho a intervenir debe analizar si los medios equivalentes tienen por lo menos una idoneidad equivalente al medio seleccionado desde la perspectiva de la eficacia, complitud, temporalidad y probabilidad.

15) El art. 240 del CCyC establece una precedencia condicionada, en tanto la no afectación del funcionamiento y la sustentabilidad del ecosistema y de otros bienes ambientales son dimensiones fácticas que requieren ser comprobadas o examinadas.

16) El art. 240 del CCyC reconoce el mayor peso abstracto de la sustentabilidad frente a los derechos sobre bienes individuales.

17) El art. 240 del CCyC, comprende la importancia concreta y el mayor peso abstracto de la sustentabilidad.

18) La compatibilización no es un resultado transaccional, es un resultado proporcional, y supone que la sustentabilidad es un prerrequisito para el disfrute de los derechos individuales.

19) El art. 1713 del CCyC, en conexión con el art. 240, y la LGA, regula aspectos básicos del examen de proporcionalidad en el derecho ambiental argentino.

20) La selección de la medida idónea menos lesiva, como regla especifica del derecho ambiental, está en el principio de progresividad y en el principio de precautorio –adopción de medidas eficaces, en función de los costos–, art. 4 de la LGA.

21) La fórmula de peso tiene gran valor metodológico en la ponderación de la sustentabilidad frente a otros principios, integrando la importancia concreta, el peso abstracto y la certidumbre.

22) El principio formal de competencia sustenta la ponderación de la certidumbre en materia ambiental, siendo una optimización epistémica de la sustentabilidad.

23) Mediando certidumbre por estar acreditados los hechos, la precedencia de la sustentabilidad resulta del peso concreto y abstracto.

24) El principio de precaución requiere ser sopesado mediante la fórmula de peso cuando las comprobaciones no alcanzan certeza plena.

25) En caso de incertidumbre normativa, los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, despejan la duda en favor de la sustentabilidad.

26) Cuando no es posible reconocer con certeza el punto en el que se satisface de forma óptima los principios fundamentales en colisión, y el derecho a satisfacer es la sustentabilidad, corresponde resolver a su favor aplicando el principio *in dubio pro natura*.

Capítulo 4. Estructura operativa del derecho al ambiente

1. Los derechos fundamentales y sus relaciones

1.1. La posición de derecho fundamental

El análisis estructural de los derechos fundamentales se dirige a su ámbito operativo atendiendo a las relaciones que conforman a partir de la demanda que su satisfacción requiere. No se trata de una consideración estática de los derechos sino dinámica, de esencia relacional –entre el titular, el Estado y los particulares–, que permite identificar las propiedades diferenciales de estos en la trama de derechos constitucionales.

La evolución histórica de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración del Estado proporciona una indicación para comprender esas relaciones.

Los derechos a libertades configuraban un Estado abstencionista, cuyo principal rol era no hacer, no intervenir en las libertades, configurando un Estado gendarme cuya organización respondía a garantizar la defensa de los derechos individuales.

Con el advenimiento de los derechos sociales que imponen al Estado prestaciones, un *hacer algo,* su configuración se replantea para atenderlos en forma activa.

Bidart Campos explica este proceso:

> Del constitucionalismo liberal se pasa al constitucionalismo social, y de la democracia liberal a la democracia social. A los derechos, además de protegerlos, hay que promoverlos, para lo cual muchas constituciones actuales obligan al Estado a remover los obstáculos que impiden a muchos seres humanos acceder al disfrute y ejercicio pleno de sus derechos. A su vez, a los clásicos derechos civiles y políticos se agregan los derechos económicos, sociales y culturales[387].

Esto importa porque algunos autores confinan el concepto de derecho fundamental a los derechos de defensa del ciudadano ante el Estado, siendo esta una concepción liberal clásica que corresponde a las constituciones burguesas[388] que limitan los derechos a la eficacia vertical. Al respecto, se indica que esta no es más que «una concepción minimalista de los derechos humanos que se refiere solo a las libertades negativas, por lo tanto, discrimina contra los que no tienen y cuyos medios de vida están amenazados»[389].

Así, las facultades que otorgan los derechos a su titular han ido desplegándose desde la mera atribución a exigir la no interferencia del Estado y asegurar su garantía

---

[387] Bidart Campos, 2008, p. 23.
[388] Alexy, 2012, pp. 383-385.
[389] Sachs, 2003.

a derechos que facultan a reclamar un beneficio o una prestación, lo que incide en una mayor complejidad en las relaciones que establecen.

Pero esta evolución no se acota a los deberes del Estado. En efecto, concebir a los derechos fundamentales como principios, o más precisamente, como mandatos de optimización, supone entender que estos inciden a lo largo de todo el sistema jurídico, generando una eficacia expansiva, que conducen necesariamente a una eficacia horizontal o frente a terceros, tal como se reseñó en el Capítulo 1.7. Las teorías que impugnan a los derechos fundamentales como principios critican la función horizontal de estos, conduciendo a lo que Alexy califica como la reducción liberal de la Constitución[390].

Entonces, a diferencia del Estado legalista, el Estado constitucional aplica sus normas a las relaciones no solo entre los particulares y el Estado sino también entre particulares (horizontalidad); la interpretación ahora se realiza *desde la Constitución*, cuyas disposiciones abandonan el carácter meramente programático que ostentaban para el legislador[391].

Esta evolución se puede sintetizar con la denominada teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales que, al lado del contenido subjetivo y la función de derechos de defensa, conocida como una primera dimensión, adiciona la dimensión objetiva, de creación alemana, la cual prescinde de los aspectos tradicionales y centra la atención en los mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución[392].

En la teoría de los principios, la estructura de los derechos fundamentales se conforma por la *posición* constitucionalmente atribuida. Alexy parte de observar la extensa variedad de situaciones que son catalogadas como derechos subjetivos «cuya vaguedad y ambigüedad es extraordinaria», por lo que, para eludir la polémica estéril a la que conduciría su interpretación, considera más importante el uso de un concepto más general de «derecho» para la comprensión de la estructura de las diferentes posiciones[393].

Para la perspectiva analítica estructural se liga en torno a los conceptos de norma y posición de derecho fundamental. La *norma* de derecho fundamental es la que prescribe lo ordenado, prohibido o permitido, mientras que la *posición* de derecho fundamental establece que alguien está en la situación de poder exigir algo a otro o al Estado.

Por ejemplo, si la disposición *iusfundamental* enuncia: «La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella» (art. 17 de la CN), establece la posición de que alguien, en este caso un individuo, tiene el derecho frente al Estado a que no se vulnere ni se le prive de su propiedad, debiendo incluso ser protegido frente a terceros. Por eso se afirma que la posición es el derecho fundamental en sentido estricto[394].

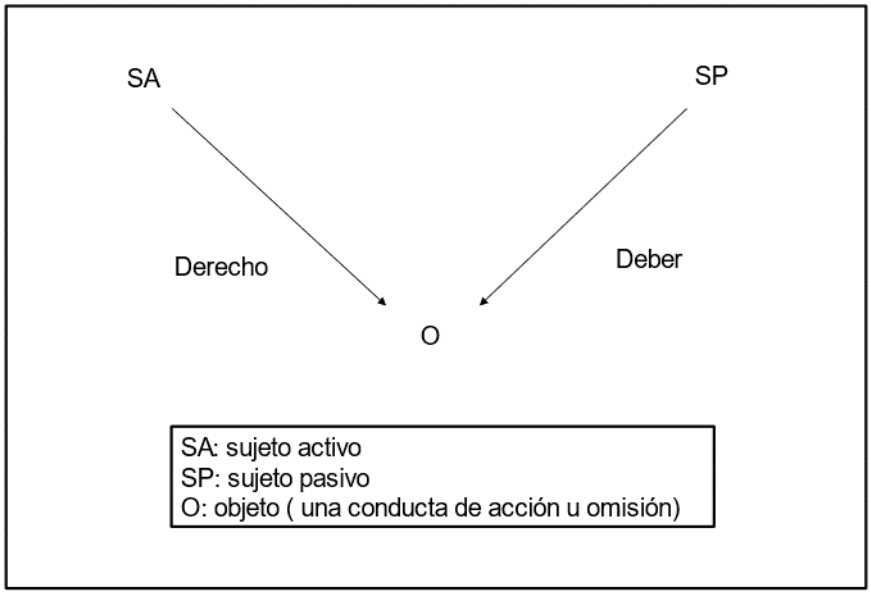
---

[390] Alexy, 2002, p.18.
[391] Cafferatta, 2015b.
[392] Tole Martínez, 2006, p. 253.
[393] Alexy, 2012, p. 162.
[394] Bernal Pulido, 2014, pp. 104-105.

Las posiciones de derecho fundamental presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El sujeto activo puede ser un particular o el Estado; el destinatario, puede ser el Estado o los particulares. De las diferentes combinaciones resultarán relaciones jurídicas muy distintas. Por su parte, el objeto de toda posición iusfundamental es una conducta ordenada, prohibida o permitida por una norma de derecho fundamental, o bien, una sujeción, correlativa a una competencia estatuida por una norma de esta índole[395].

Figura 18

La posición de derecho fundamental[396]



El esquema de Bernal Pulido (Figura 18) presenta una gran versatilidad porque permite reconstruir las variadas posiciones de derecho fundamental –los derechos de defensa, de prestación, las garantías institucionales, etc.– mediante la indicación del sujeto activo, del sujeto pasivo y el objeto que sea pertinente.

Por lo que, desde la perspectiva estructural, conforme la *posición* atribuida, Alexy clasifica los derechos fundamentales en: 1) derechos *a algo*, 2) libertades y 3) competencias.

Se aprecia que se incluyen entre las posiciones a las que provienen de normas competenciales. Estas normas establecen la posición que tiene un sujeto jurídico para modificar la posición jurídica de otro sujeto, abarcando las competencias de los particulares y las del Estado.

[395] Bernal Pulido, 2014, p. 108.
[396] Bernal Pulido, 2014, p. 106.

La estructura de los derechos *a algo* se compone por la relación entre el titular del derecho (SA), el destinatario del derecho (SP) y el objeto del derecho (O), que se representa como: SA *tiene frente a SP un derecho a O.*

Resulta por demás interesante cuando Alexy, en un trabajo publicado en el año 2000, presenta la estructura de los derechos *a algo,* analizando las diferentes combinaciones conforme las generaciones de los derechos humanos y la respectiva configuración del Estado:

> Derechos *a algo* son relaciones normativas entre tres elementos: el titular (a), el destinatario (b), y el objeto (G) del derecho […]. De este esquema surge algo totalmente diferente, dependiendo de lo que se coloque en *a, b* y *G*. Si se escoge para *a*, el titular, a una persona natural; para *b*, el destinatario, al Estado; y para *G*, el objeto, la abstención de intervenir en la vida, libertad y propiedad, se obtiene un derecho de defensa dirigido al Estado, propio de la tradición liberal. Si, en cambio, se interpreta *G* como una acción positiva en forma de una prestación de ayuda médica o de asistencia, aparece así un derecho de prestación, como lo recomienda la línea del Estado social y lo enfatiza la línea socialista. Si finalmente, se permite tomar para *a*, el titular, también a los Estados o *pueblos*, entonces solo se tendrá que representar *G* como prestación para la promoción del desarrollo, a fin de obtener los llamados derechos humanos de la tercera generación[397].

La importancia de esta referencia, en relación con la presente investigación y el marco teórico que se desarrolla, radica que cuando explica la estructura de los derechos de tercera generación, identifica la posibilidad de un titular comunitario –el pueblo–, propio de los derechos de tercera generación, en franca correspondencia con el derecho al ambiente de la CN.

Entonces, el concepto de *posición* de derecho fundamental habilita el análisis de la estructura operativa del derecho al ambiente reconocido en la CN.

1.2. Los derechos a prestaciones

Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones. De esta manera, la estructura del derecho a prestaciones es la antípoda del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado, lo que resulta típico de la primera generación de derechos.

Los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado como destinatario y un objeto protegido sobre el que recae una acción positiva del Estado. La estructura y contenido de estos derechos es bastante diferente, pero existe un común denominador que justifica su agrupación. Todos ellos requieren una acción positiva. Con objeto de no conculcarlos, no basta con que el Estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente la vida, la libertad y la propiedad. El Estado debe hacer algo[398].

---

[397] Alexy, 2000, p. 23.
[398] Alexy, 2009a, p. 50.

Dentro de los derechos prestacionales se distinguen[399]:

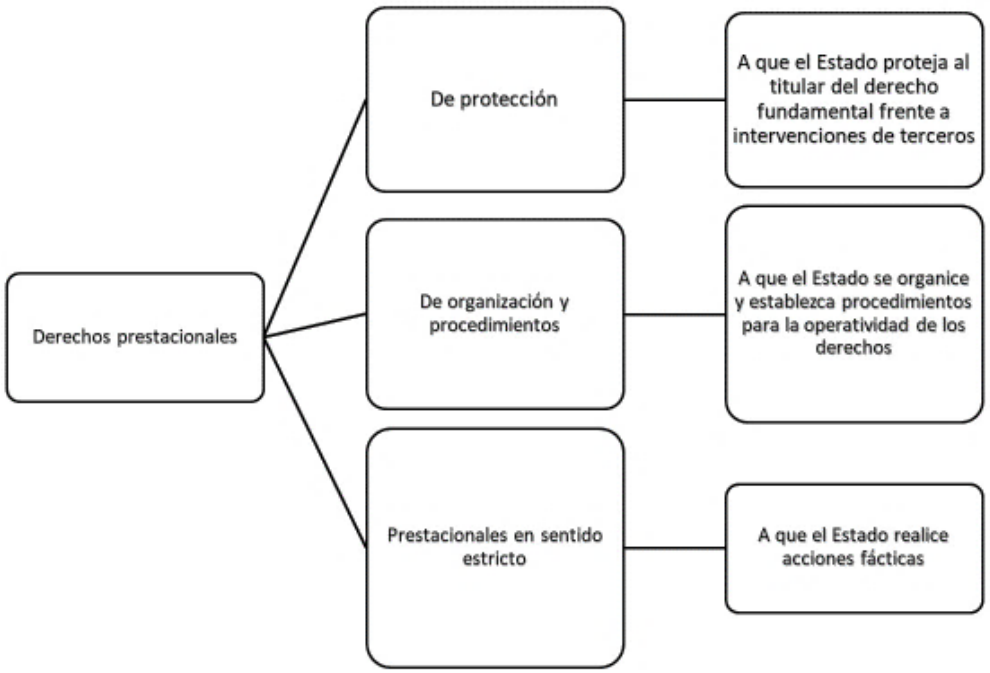
a) Los derechos de protección: comprenden los derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros.

b) Los derechos a la organización y los procedimientos: comprenden la organización de las funciones estales y los procedimientos administrativos y judiciales para una tutela efectiva de los derechos. Aquí también ubica los derechos a las competencias de derecho privado, que son los derechos para que el Estado expida las normas para la realización de acciones jurídicas de derecho privado, comprendiendo las normas del derecho de propiedad, de los contratos y del matrimonio, entre otras instituciones[400].

c) Los derechos a prestaciones en *sentido estricto*, cuyo objeto es una acción fáctica. Los ejemplos brindados por Alexy son el derecho a recibir una subvención o un mínimo vital.

Figura 19

Derechos a prestaciones



[399] Alexy, 2012, pp. 163 y 393.
[400] Alexy, 2012, p. 429.

2. La teoría de los derechos fundamentales y el derecho al ambiente. Observaciones de Lorenzetti

Examinar la estructura del derecho al ambiente requiere tratar lo atinente a la titularidad, el destinatario y el objeto que la componen.

Previo al análisis particular es oportuno tratar algunas cuestiones señaladas por Lorenzetti vinculadas con estos elementos. Este autor critica la aplicación al derecho al ambiente de la teoría de los derechos fundamentales por estar inescindiblemente unida a las nociones de persona y de derecho subjetivos, por estar basada de modo excluyente en los derechos humanos de contenido negativo (de primera generación) o positivo (de segunda generación) y ser concebidos como derechos «insaciables» porque se satisfacen aun cuando ello importe el agotamiento de los bienes comunes[401].

Agrega:

> Superado el nivel de satisfacción de los bienes primarios, es necesario encontrar un punto de conexión entre el individuo y la sociedad, entre los bienes individuales y colectivos. Es en este campo que se debe completar la teoría de los derechos ampliando los bienes tutelados: bienes individuales y colectivos[402.]

Precisa que la nueva «ontología» da lugar al surgimiento de deberes de protección de los bienes colectivos y a límites en el ejercicio de los derechos individuales cuando se afecta al bien colectivo de modo irreversible. El derecho ambiental se basa en la regulación de un bien colectivo que genera derechos-deberes, así como límites y nuevos derechos fundamentales[403].

Estas importantes observaciones requieren anticipar algunas precisiones, en tanto sus consecuencias dificultarían la hipótesis propuesta en esta investigación. En especial, porque un análisis contextualizado de tales cuestionamientos permite sopesarlos a su real alcance, el que no resulta verdaderamente incompatible con el marco conceptual asumido en este trabajo.

Así, respecto a la insaciabilidad de los derechos fundamentales, la teoría de los derechos fundamentales en la formulación de Alexy tiene por objeto ponerles límites, siendo la proporcionalidad el instrumento para ello. Lo sintetiza en una entrevista con Atienza cuando expresa que: «En la práctica, lo decisivo en relación con los derechos fundamentales es la determinación de sus límites»[404].

Esta expresión se relaciona con las teorías sobre los límites externos e internos de los derechos fundamentales. Para la teoría de los límites internos, estos son poseedores de un contenido esencial, por lo que de sus fines y naturaleza surgen las limitaciones, siendo estas inherentes y consustanciales a los derechos[405].

---

[401] Lorenzetti, 2010a, p. 11; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 87.
[402] Lorenzetti, 2010a, p. 11; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 87.
[403] Lorenzetti, 2010a, p. 12; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 88.
[404] Atienza, 2001, p. 15.
[405] Maldonado Muñoz, 2019.

Por su parte, para la teoría externa, los derechos fundamentales, en su afán de mayor realización, encuentran su límite en la colisión con otros derechos fundamentales, en tanto estos no podrían realizarse –todos– de forma absoluta al mismo tiempo, siendo la proporcionalidad la forma de establecerlos[406]. Será el principio de proporcionalidad el que establecerá el contenido garantizado.

Esta última es la teoría que se abraza en esta investigación, por lo que el grado máximo de satisfacción del derecho está limitado por las posibilidades fácticas y jurídicas, entonces nunca pueden ser insaciables. Al respecto, señala Carbonell que: «El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos»[407].

Bidart Campos expresa que los derechos que la Constitución Nacional reconoce no son absolutos sino relativos, sujetos a reglamentación y de limitación, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otro, sea para tutelar el orden y la moral públicos, sea por razón del llamado poder de policía, etc. Con relación al derecho al ambiente, que este autor lo ubica entre los derechos humanos fundamentales[408], sintetiza: «No existe en la constitución la dualidad de derechos fundamentales y otros que no lo son»[409].

En cuanto a la conexión con los bienes colectivos, se los incluye y desarrolla desde la teoría de los principios en la formulación de Alexy, en cuanto el mismo afirma que «los principios pueden referirse no solo a los derechos individuales sino también a los bienes colectivos»[410].

La observación de Lorenzetti, en cuanto si se analizan las referencias que contiene a autores neoconstitucionalistas, está dirigida a doctrinas conservadoras emparentadas con las teorías del primer liberalismo y con la atribución del carácter absoluto de los derechos fundamentales. Esta contextualización permite comprender con más precisión lo que expresa este destacado jurista, quien no parece cuestionar realmente los postulados de Alexy en los que se basa esta investigación, sino confrontar con posturas que adoptan un concepto de derecho fundamental restrictivo[411].

Reafirma esto, el voto particular de Lorenzetti dictado en el fallo Telefónica Móviles (CSJN, 2019c), en el que expresa su definición de principio como mandato de optimización: «Como todo principio [en este caso, el principio federal], constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial». Definición que reitera en el voto que pronuncia en la causa Shi (CSJN, 2021c) en el que luego

---

[406] Cárdena Gracias, 2014, p. 99.
[407] Carbonell, 2008, p. 10.
[408] Bidart Campos, 2005a, T. II, p. 84.
[409] Bidart Campos, 2005a, T. I, pp. 493-495.
[410] Alexy, 2012, p. 110.
[411] Dentro de estas posturas, por ejemplo, puede verse a Simón Yarza, 2012.

de expresar que el caso no trata una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios, sostiene que «Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación», cuya resolución en caso de colisión requiere de la ponderación.

En la causa Shi (CSJN, 2021c), que dirime entre la libertad de comercio, la protección del trabajo, el federalismo, y la descentralización institucional de las decisiones, se puede apreciar en el voto de Lorenzetti la comprensión de la ponderación como forma de resolución de las colisiones entre derechos:

> En el caso no se trata de una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios. La diferencia es relevante a la hora de argumentar y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de ellas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles, mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforme al juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (arg. de Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti, considerando 13). Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie*, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada.

El párrafo da cuenta de la ponderación cómo método de resolución de la colisión entre derechos fundamentales.

La definición de bienes colectivos que desarrolla Lorenzetti[412] corresponde, en sus rasgos esenciales, a la elaboración realizada por Alexy conforme se explica en el Capítulo 5 de esta investigación. En esta línea, la teoría de Lorenzetti ha desarrollado conceptos propios, incorporando la regla de la compatibilización entre principios (desarrollada *supra* en Capítulo 3.4.3.), que ha sustentado las principales sentencias de la CSJN, como se aprecia *infra* en el Capítulo 7.3.

En cuanto a la limitación de la teoría de los derechos fundamentales a los derechos humanos de primera y segunda generación, la teoría de Alexy reconoce como derechos fundamentales a los derechos humanos positivizados constitucionalmente, siendo el derecho al ambiente uno de ellos, como se ha explicado en el Capítulo 1 y 3.

La vinculación con los derechos subjetivos es la crítica más relevante, pero conforme se explicó, la teoría de Alexy desplaza ese concepto por el de posición de derecho fundamental.

---

[412] Lorenzetti, 2010a, pp. 7-9; Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 83-84.

3. La estructura del derecho al ambiente (art. 41 de la CN)

3.1. El titular (supraindividual, colectivo e intergeneracional)

3.1.1. Importancia

En el marco expuesto en los capítulos iniciales, se expresó que la disposición de derecho fundamental se caracteriza por establecer una *posición* de derecho fundamental, que es la relación conforme a la cual alguien está en la situación de poder exigir algo a otro o al Estado.

Cuando se trata del derecho al ambiente, se suscitan dificultades interpretativas, en tanto:

> Es patente que existe toda una problemática en torno a los derechos colectivos, en especial, atinente al problema de la titularidad de los derechos colectivos, qué se puede considerar como sujeto colectivo, cómo se puede ejercitar un derecho colectivo, qué diferencias existen con relación al ejercicio colectivo de derechos individuales, cómo se estructuran legalmente[413].

Así, Bidart Campos, cuando interpreta el art. 41, alude al derecho al ambiente como «derecho de todos los habitantes», lo personaliza subjetivamente en cada uno, de modo análogo a como lo hacía el art. 14 con los derechos allí enumerados, pero luego agrega que «al depararle en el art. 43 la vía tutelar de la acción de amparo y hacer referencia a los "derechos de incidencia colectiva" ha asumido, simultáneamente, la dimensión colectiva o grupal que tiene el derecho al ambiente»[414].

Entonces, si siempre que alguien tiene un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le atribuye ese derecho[415], corresponde indagar cómo se configura la titularidad en el derecho fundamental al ambiente reconocido en el art. 41 de la CN.

3.1.2. El titular supraindividual o colectivo

Se trata aquí de precisar al titular de la relación sustantiva que establece el derecho al ambiente. La CSJN, antes de la sentencia en la causa Halabi, interpretando el art. 43 de la CN, expresó que los derechos de incidencia colectiva son derechos supraindividuales o colectivos que pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal (CSJN, 2007c).

---

[413] Rivera Morales, 2007.
[414] Bidart Campos, 2005a, T. I, p. 84.
[415] Alexy, 2000, p. 23; 2012, p. 31.

Pero es en Halabi (CSJN, 2009a) donde desarrolla la interpretación de los derechos constitucionales. Brevemente, reconoce dos categorías más de derechos, al lado de los individuales: los «derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, como el ambiente» y «los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos». El derecho a un ambiente sano y equilibrado encuadra en la subcategoría de derecho de incidencia colectiva sobre el bien colectivo ambiente. El fallo, luego de encuadrar la naturaleza de los derechos cuya garantía jurisdiccional se procura, se dirige a establecer las condiciones de admisibilidad y de eficacia de las sentencias, para lo cual expresa que tratándose de derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos –como el ambiente–: «El bien colectivo es el que pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna».

Para la Corte, la Constitución reconoce como titular del derecho al ambiente a la comunidad, alejándose de la titularidad subjetiva propia de los derechos individuales. Pero ¿cómo interpreta la Corte a este titular colectivo?, ¿es acaso una pluralidad de personas o una cotitularidad de tipo dominial? En Halabi (2009a) descarta los sujetos plurales indeterminados: «Estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible». También excluye la idea de copropiedad o comunidad en sentido técnico, ya que ella importaría la posibilidad de la extinción del régimen de cotitularidad. Entonces revela el porqué de esa especial pertenencia: «Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno». La vinculación del titular con el bien colectivo es la fundamentación, relación que se profundiza en el Capítulo 5.4.3.

Siendo esta una posición iusfundamental sustantiva, la teoría de los principios no se conmueve en sus postulados, pero requiere de principios formales que hagan operativo tal derecho, lo que se vincula con la temática de la legitimación procesal que se analiza *infra*.

3.1.3. La titularidad de las generaciones futuras

Más complejo es considerar como titular del derecho a las generaciones futuras.

Muchos autores sostienen esta tarea a partir de la referencia que el mismo texto constitucional realiza en relación con las necesidades de las generaciones futuras para definir el ambiente como bien tutelado. En este sentido, Aníbal Rodríguez subraya que una idea poderosa es que todas las personas, tanto las que habitan ahora el planeta como las que están por nacer, tienen derecho a un ambiente limpio y seguro.[416] En el mismo sentido Kemelmajer de Carlucci (2007), Lorenzetti (1997, 2010a), Cafferatta (2015), Pinto y Martín (2015), Sozzo (2019), Cafferatta y Peretti (2020), entre muchos otros.

Cafferatta destaca sobre este tema que: «Con suspicacia y un notable nivel de profundidad de pensamiento, Isidoro H. Goldenberg y Ricardo L. Lorenzetti fueron

[416] Rodríguez, 2012, pp. 158-160.

los primeros en advertirnos que, a partir de la Reforma de 1994, hay un nuevo sujeto de derecho colectivo protegido: las generaciones futuras»[417].

Cafferatta comparte una cita de Goldenberg refiriéndose a la reforma constitucional de 1994, y en especial al art. 41, que señala que «la mención contenida en el texto a las "generaciones futuras" posee sin duda especial trascendencia, ya que se trata de un derecho intergeneracional caracterizado como de "cuarta generación", que participa de una constelación de derechos de sujeto colectivo»[418].

Sozzo califica a las generaciones futuras como los acreedores centrales de los derechos de incidencia colectiva[419].

Para comprender la idea de generación futura, una expresión de Häberle precisa que «dentro del concepto de generación, la dimensión del tiempo ya está incluida»[420]. En este sentido, Rosatti entiende que la referencia de la cláusula constitucional a las generaciones futuras abre el análisis a una dimensión novedosa que se vincula a la definición misma de Nación que alberga expectativas de un futuro común. Así, la Nación es entendida como un vínculo intergeneracional, responsable actual del legado que dejará a las futuras generaciones. Para mensurar la distribución temporal del esfuerzo social que produce la utilización actual de los recursos naturales para que sea sustentable en el tiempo, analiza entonces el concepto de generación a partir de diversos criterios científicos que procuran responder cuándo alguien pertenece a una generación y no a la anterior ni a la siguiente, para definirlas con un criterio mixto en el que converge en cada una de ellas lo biológico, lo existencial, lo social y lo cultural[421].

En su análisis, Rosatti pondera esta relación intergeneracional mediante el concepto de «consumo generacional justo», concepto que posibilita medir el sacrificio de las distintas generaciones y describir la herencia o carga que una generación recibe de otra[422]. Entiende por «consumo generacional justo» al que permite satisfacer las necesidades de subsistencia y de desarrollo de las generaciones actuales sin comprometer las chances de las futuras generaciones de subsistencia y desarrollo[423].

Lorenzetti y Lorenzetti explican que el desarrollo debe ser perdurable, lo que implica mantener un volumen de recursos apto para que las generaciones futuras puedan aprovechar, y ello significa no retroceder. La determinación de este volumen implica un diálogo con las demás ciencias, dependiendo del tema específico, siendo una tarea generalmente difícil[424].

---

[417] Cafferatta, 2014.
[418] Cafferatta, 2020b.
[419] Sozzo, 2019, p. 106.
[420] Häberle, 2009, p. 30.
[421] Rosatti, 2004, pp. 73-77.
[422] Rosatti, 2004, p. 78.
[423] Rosatti, 2004, pp. 78 y 80.
[424] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 132-133.

Comprendido esto, corresponde distinguir que no es lo mismo reconocer los intereses y necesidades de las generaciones futuras, sobre lo que son abundantes los pronunciamientos, que reconocerles un derecho sustantivo, en este caso se está frente a una posición de derecho fundamental que puede limitar a otros derechos.

Como una digresión de interés respecto a esta atribución o reconocimiento, se identifica a Jacques Cousteau como pionero de la idea cuando amplía la consideración de las generaciones a las generaciones por venir no existentes actualmente, reclamando un derecho para estas. Al respecto, escribió el «Decálogo del Mar» y un artículo intitulado «*A Bill of Rights for Future Generation*» (Una declaración de derechos para la futura generación) entre 1975 y 1979, que concluyó en un proyecto de declaración, redactado por iniciativa suya por tres universitarios estadounidenses. Luego de ello, se concretó, en el año 1994, una Reunión de Expertos titulada «Los Derechos Humanos para las Generaciones Futuras», patrocinada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de la que resultó un documento que enuncia el catálogo de derechos de las futuras generaciones; entre los relevantes especialistas se encontraba el comandante Jacques Cousteau[425].

Pero Häberle, luego de analizar textos constitucionales, expresa que la protección generacional aparece en general en preámbulos, especialmente en la forma de derecho constitucional ambiental. Así, es el derecho al ambiente el que impele su desarrollo constitucional. El nuevo art. 20.a de la Constitución alemana de 1994 está consagrado a la protección generacional en la forma del nuevo objetivo estatal de la protección del medio ambiente: el Estado protegerá las condiciones naturales de vida teniendo en cuenta su responsabilidad hacia las generaciones futuras[426].

A nivel internacional, las responsabilidades de las actuales generaciones para con las futuras se menciona en distintos instrumentos, como la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica aprobados en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo el 14 de junio de 1992, la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras aprobadas desde 1990, la mencionada Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de las UNESCO del año 1997, entre muchos otros instrumentos internacionales.

También se aprecia este reconocimiento en la convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 1998 (Convención de Aarhus), preparada con los auspicios de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, que hace

---

[425] Saruwatari Zavala, 2009.
[426] Häberle, 2009, p. 20.

referencia al «derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar» (art. 1).

En la Opinión Consultiva 23/2017 de la CIDH, en el considerando 59, se reconoce: «El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras...».

Entonces, se lanza una observación que es expresada por Frugoni[427], quien entiende que tal reconocimiento de derechos no implica mayores problemas si se lo comprende como un derivado del principio de la solidaridad intergeneracional; el problema para esta autora radica en descubrir la eficacia de este tipo de normas y confirmar en qué momento y lugar acaece dicha protección.

La cuestión que importa, antes de dirimir su forma de implementación procesal, es si el reconocimiento del derecho constitucional a «todos los habitantes» se circunscribiría a las personas existentes, que habitan, excluyendo, como titulares del derecho, a las generaciones futuras que *no habitan*.

La forma adecuada de resolver esta aparente aporía es considerar que la expresión normativa dirigida a todos los habitantes comprende a los actuales como a los futuros. El término generación, siguiendo a Rosatti (2004), se atribuye a un conjunto de personas o a una sociedad que comparten una época y una cultura en común, por lo que la referencia constitucional a las generaciones futuras se vincula a la condición intertemporal del bien protegido en el que la sustentabilidad futura (CSJN, Barrick, 2019a) es la referencia ineludible del alcance del derecho en cuestión (ver en este sentido el Capítulo 4.2.3).

En consonancia con lo expuesto, en la causa Mendoza (2006c), la CSJN realiza un reconocimiento de este derecho cuando expresa:

> La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras.

En la causa Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá (CSJN, 2012c), dijo:

> Hay un deber constitucional de garantizar que las generaciones futuras puedan seguir gozando de bienes ambientales, ello hace que toda decisión administrativa tenga en cuenta una serie amplia de perspectivas suficientes como para poder considerar todos los aspectos involucrados. Nadie puede disponer de estos bienes basado en su mero arbitrio. Este deber constitucional se halla claramente en juego en un caso como el

[427] Frugoni, 2013.

> presente, en el que la obra emprender tendrá un impacto económico, social, ambiental extraordinariamente relevante por muchos años, lo cual justifica que se haga un análisis meditado.

Así, la CSJN, al reconocer el deber constitucional de no dañar a las generaciones futuras, reconoce el derecho relacional de estas a no ser afectadas por decisiones arbitrarias, por lo que una posición sustantiva corresponde a todos los habitantes, comprensiva de las generaciones presentes y futuras.

Pinto y Martín sintetizan el punto expresando que la titularidad reconocida en forma explícita en el texto constitucional comprende a todo habitante, sea actual o perteneciente a las generaciones futuras[428].

3.1.4. Una posición subjetiva

Sin embargo, corresponde introducir una postura doctrinaria que realiza una importante distinción. Pinto y Andino[429] explican que el derecho al ambiente que reconoce la Constitución argentina ha sido identificado dentro de los derechos humanos de tercera categoría, siendo consecuentemente un derecho subjetivo, aunque presenta además un alcance colectivo, para sostener que «*este derecho presenta en su naturaleza una doble faceta, donde convive lo individual con lo colectivo, lo que repercutirá necesariamente en los mecanismos de legitimación*».

Por lo cual –continúan–, la protección jurisdiccional que otorgó expresamente el artículo 43 de la Constitución Nacional de 1994, además de legitimar en el primer párrafo a toda persona que vea afectado su derecho subjetivo al ambiente reconocido constitucionalmente, reguló en el segundo párrafo el derecho al ambiente como «derecho de incidencia colectiva», legitimando a los efectos de su protección al afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

Entonces, en su faz colectiva, el afectado legitimado no es entonces quien ostenta un interés personal y directo en la cuestión, sino cada uno de los individuos que –junto a otros interesados que conforman el círculo de afectados titulares de la acción– presenta un interés colectivo con respecto al acto u omisión lesivo del ambiente.

Estos autores, a partir de la doble faceta del derecho al ambiente, distinguen que el amparo ambiental resultó habilitado desde dos vertientes complementarias: a «todos los habitantes» –según reza el art. 41 CN al reconocer este derecho como prerrogativa personal y directa– en el marco del primer párrafo del art. 43 de la CN; y cuando no existan intereses personales y directos en juego a «el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines» en los términos del segundo párrafo del art. 43 de la CN.

La interpretación que vierten la confirman la Ley 25675 que, al regular la acción por daño ambiental, ha reconocido esta doble naturaleza, ya que además de los legitimados del art. 43 CN (ampliando la legitimación anómala del Defensor del

---

[428] Pinto y Martín, 2015, pp. 340-341.
[429] Pinto y Andino, 2016, p. 15.

Pueblo a otras autoridades), legitima a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso.

Esta posición doctrinaria coincide con la de Bidart Campos referenciada en 3.1.1 del presente capítulo. Sin embargo, el tema se proyecta a la cuestión de si la titularidad colectiva es la que define al bien colectivo objeto de protección constitucional o si, a la inversa, es el bien colectivo el que establece esta relación sustantiva. Esto se trata en el Capítulo 5.

3.1.5. Los legitimados

Cabe resaltar la importancia de la legitimación procesal para el sistema de justicia cuando se encuentran en juego derechos constitucionales. El derecho fundamental a toda persona de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos (art. 28, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), conlleva a realizar algunas consideraciones respecto de la protección de un derecho cuando el titular es supraindividual o colectivo.

En los derechos individuales, el titular del bien afectado es quien posee la legitimación causal activa para buscar la reparación de su derecho. Si se trata de intereses individuales homogéneos, accionan los titulares. Sin embrago, cuando hay acciones de clase, puede que se otorgue legitimación al primero que acciona, o al que representa la clase, con lo cual se desdobla la legitimación y la titularidad[430].

En el caso del derecho al ambiente, la titularidad corresponde en forma indivisible y sin exclusión a todos los integrantes de la comunidad –tanto presentes como futuros–, focalizándose la pretensión que surja de una afectación en la incidencia colectiva del derecho y no en las repercusiones individuales a cada integrante; lo que hace que el tema de la legitimación adquiera singular importancia.

Simón Yarza, desde el derecho español, entiende que el carácter omnicomprensivo del concepto ambiente, así como las múltiples posiciones jurídicas en que puede traducirse, dificultan enormemente otorgar un significado técnico preciso a la expresión «derecho al medio ambiente». El principal obstáculo que identifica al reconocimiento de un derecho tan amplio es la objeción del *status procuratoris*, esto es, «a una tutela indirecta, cruzada o *par ricochet*»[431].

Pero esta es una confusión que corresponde resolver. Al respecto, Alexy es preciso, los bienes comunitarios, como el ambiente, son protegidos por principios sustanciales, mientras que a los principios formales corresponde establecer los medios procedimentales de protección de aquellos[432].

En efecto, los principios formales, como garantías del derecho sustantivo al ambiente, adquieren particularidades diferenciadas en cuanto al sujeto posicionado

---

[430] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 365-366.
[431] Simón Yarza, 2012, p. 178.
[432] Alexy, 2012, pp. 433-434, y 2002, p. 89.

para su protección mediante el reconocimiento de legitimaciones extraordinarias o anómalas, no exento de una evolución jurisprudencial en su interpretación.

Al respecto, la CSJN (2007c) considera que:

> [...] el antiguo ideal de la iniciativa procesal monopolísticamente centralizada en manos del único sujeto a quien el derecho subjetivo «pertenece» se demuestra impotente frente a los derechos que «pertenecen», al mismo tiempo, a todos y a ninguno y «es por esta razón que cuando el valor en juego es lo colectivo, debe existir la posibilidad de construir nuevos tipos de tutela». Es en la búsqueda de estos nuevos tipos de tutela […] que el constituyente previó una legitimación anómala, extraordinaria, diferente de la general, que […] se caracteriza por la circunstancia de que resulta habilitado para intervenir en el proceso un sujeto que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.

De tal forma, un sujeto legitimado, que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito, escala en la cúspide constitucional recibiendo una posición procesal para asumir la defensa del derecho colectivo. El art. 43 de la CN, atribuye esta *posición procesal* al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

Morello y Sbdar, analizando el referido art. 43, explican que en el caso de los derechos colectivos «no existe un dueño exclusivo del derecho que sufre la lesión de manera directa y diferenciada, sino un grupo de personas que, en caso de daño o amenaza, resultan cada una de ellas co-afectadas y, por tanto, legitimadas para promover el amparo»[433].

Lorenzetti y Lorenzetti, cuando explican la situación del afectado, sostienen que, como este no es titular del bien, ya que es indivisible, *resulta ser un legitimado extraordinario*, por lo que no requiere demostrar la titularidad sobre el bien colectivo sino la fuente de su legitimación. Agregan que puede darse el supuesto que una acción provoque un daño al ambiente y a las personas, y en tal supuesto pueden darse las siguientes situaciones: el damnificado reclama una indemnización por daños patrimoniales o personales y está legitimado para ello; o el damnificado acumula a dicha acción el reclamo por la lesión al bien colectivo, invocando la legitimación en carácter de damnificado. Es claro entonces que el afectado en el bien colectivo ambiente no actúa como titular de un derecho propio, sino que detenta una legitimación para obrar en defensa del bien[434].

En efecto, el art. 28 de la LGA, no descarta las afectaciones por rebote del daño colectivo ocasionado a través de la afectación al ambiente a los bienes individuales, cuando enuncia «sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder». A diferencia de las reclamaciones basadas en el derecho colectivo al ambiente, en las acciones de responsabilidad civil por daño individual causado como consecuencia de la afectación al bien ambiente, la indemnización tiene como destino

---

[433] Morello y Sbdar, 2007, p. 71

[434] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 365-367.

el patrimonio de quien se ha visto perjudicado como titular en sus bienes, conforme lo establece el art. 1740 del CCyC.

Cuando se trata del Defensor del Pueblo, o una asociación u otro sujeto –como las autoridades– que el ordenamiento jurídico habilita para iniciar este tipo de acciones, estos actuarán a nombre propio, pero en defensa de un interés ajeno. En tal supuesto, el legitimado anómalo será parte en sentido formal, pero no en sentido sustancial. Vergara recurre a una cita notable para tratar de encuadrar esta situación: «Tal como señala Alsina, en estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial»[435].

Normas adscriptas de diversos ordenes estaduales amplían el elenco de legitimados procesales del derecho al ambiente, así la LGA, para las acciones de recomposición, incluye al Estado nacional, provincial o municipal, también a la persona directamente damnificada; incluso legitima a toda persona para interponer un amparo *sui generis* para el cese del daño ambiental (art. 30).

Las normas de la LGA son claras sobre la vinculación extraordinaria con el derecho sustancial que tienen estas legitimaciones cuando dispone que, en casos de no proceder técnicamente la recomposición ambiental, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que está destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, y la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente (arts. 28 y 34).

Las consecuencias de estas formas de protección no se agotan en la legitimación extraordinaria, se trata de la optimización de los principios formales para la realización de la protección sustantiva del ambiente, superando las limitaciones de las normas procesales tradicionales concebidas para atender a los derechos individuales.

Berizonce explica las razones de esta especial tutela:

> Se articulan de ese modo verdaderas y propias tutelas diferenciadas, preferentes y privilegiadas de ciertos derechos y situaciones que se enaltecen desde la visión valorativa constitucional-convencional (arts. 41, 43, 75 inc. 22 y 23, CN, etc.), que abarca genéricamente a los «nuevos derechos y garantías», principalmente los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC). Ahora bien, semejantes tutelas diferenciadas se concretizan no solo con los preceptos sustantivos sino, *también y especialmente, a través de principios, técnicas, reglas y procedimientos típicamente procesales, incluyendo las propios de la organización judicial*[436].

---

[435] Vergara, 2011.
[436] Berizonce, 2013.

Este conjunto de derechos o principios procedimentales son los denominados derechos de acceso a la información ambiental, a la participación en proceso de toma de decisión y de acceso a la justicia, reconocidos y ordenados en el Acuerdo Regional adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018.

Como conclusión de este punto, la CN en los arts. 41 y 43, sobre el derecho al ambiente, reconoce dos posiciones, una sustantiva, a todos los habitantes en forma colectiva, comprensiva de las generaciones presentes y futuras, y otra formal o procesal, cuando legitima a diversos sujetos para protegerlo –el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines–.

3.2. El destinatario del derecho a la tutela ambiental (las autoridades y los particulares)

3.2.1. Un doble sujeto pasivo

El segundo elemento en el análisis de la estructura de los derechos fundamentales es el que refiere a los destinatarios de los mandatos de actuación y de protección de los derechos. Se ha expresado que en los derechos prestacionales el destinatario es el Estado; sin embargo, en necesario indagar si conforme la Constitución Nacional esa categoría es aplicable sin más al derecho al ambiente.

Al respecto, Bidart Campos explica que el sujeto pasivo es aquél ante quien el sujeto titular o activo hace valer u opone su derecho para que haga, dé u omita algo. Los derechos existen frente a un doble sujeto pasivo: a) el estado (federal y provincial); b) los demás particulares. Por eso se los considera ambivalentes o *bifrontes.* Precisa que no hay en la constitución una norma expresa que genéricamente establezca cuál o cuáles son los sujetos pasivos de los derechos. Por lo que hay que inducir en cada caso y en cada derecho cuál es la naturaleza y el contenido de un derecho para situar debidamente a quien, frente al titular, debe cumplir como sujeto pasivo una obligación[437].

3.2.2. El Estado

En el plano de identificar al Estado como sujeto pasivo de la posición de tutela ambiental, Bidart Campos interpreta el art. 41 de la CN, expresando: "La norma grava a las "autoridades". Latamente, al Estado, tanto federal como provincial y municipal, en los tres departamentos de gobierno, *cada uno según sus competencias*. Asimismo, al defensor del pueblo, al ministerio público, y a todos los organismos y reparticiones estatales».

El análisis estructural del derecho al ambiente evidencia el fuerte rol de la autoridad pública como sujeto garante, diferenciada de otros sujetos que puedan resultar obligados[438].

Alexy[439] describe el rol de la autoridad pública en el cumplimiento del deber de preservación:

---

[437] Bidart Campos, 2005a, T.1, p.499.
[438] Pinto y Andino, 2016, p. 4.
[439] Alexy, 2012, p. 392.

1) un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa);

2) un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección);

3) un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento); y

4) un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendientes a mejorar el ambiente (derecho prestaciones fácticas).

Ahora bien, estos deberes estatales se cumplen según sea la competencia atribuida por la CN, por lo que se deberá atender que el Estado ejerce sus atribuciones a través de las tres funciones clásicas (legislativa, ejecutiva, judicial) y por otros órganos especializados. En el Estado federal argentino, además, este reparto se replica en la órbita provincial conforme los respectivos ordenamientos locales. Finalmente, los municipios están dotados de autonomía constitucional y tienen las atribuciones que les confiere el ordenamiento provincial.

Es un deber de dar, de hacer y de omitir por parte del Estado.

3.2.3. Los particulares

La bifrontalidad de los derechos constitucionales a la que alude Bidart Campos, no deja de estar presente en la sustentabilidad. Reconocer eficacia horizontal en las relaciones jurídicas entre particulares a los derechos fundamentales es parte esencial de la teoría de los principios, pero corresponde realizar algunas consideraciones propias del derecho ambiental argentino.

La CSJN (2006c) ha expresado el deber de los particulares de la siguiente forma:

> La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo.

La cláusula constitucional de la misma forma que estatuye el derecho al ambiente establece el deber correlativo de preservación a cargo de todos los habitantes. Esta obligación de preservación tuvo con la reforma del Código Civil y Comercial del año 2015 institucionalización, a tal punto que se produjo, como lo denomina Sozzo, un «giro ecológico» del derecho privado. Este autor califica como «ecologización del derecho privado» a la introducción y el desarrollo en el CCyC, a través de una caja de herramientas específicas, del principio de sustentabilidad.

Precisa que es una ecologización a través de la constitucionalización del derecho privado[440].

Este proceso institucionaliza la eficacia horizontal del derecho al ambiente, para contribuir con respuestas propias del derecho privado a la protección de los sistemas naturales. Así, el CCyC, contiene un dispositivo específico, que parte del reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y del abuso del derecho cuando pueda afectar al ambiente (art. 14), el daño a los derechos de incidencia colectiva (art. 1737) y los límites al ejercicio de los derechos individuales cuando puedan afectar el funcionamiento y sustentabilidad de los bienes colectivos (arts. 240 y 241)[441].

Estos deberes no son solo negativos o de abstención, sino que suponen deberes positivos de los particulares, deben hacer algo, como se analiza en el punto siguiente.

Todo lo cual, como expresa Sozzo, conlleva a una resistematización del derecho privado y a una ruptura de la dicotomía público/privado, girando hacia la relación hombre/naturaleza. Al respecto, destaca que no es nada habitual que los códigos de derecho privado visibilicen los aspectos relativos a la protección del mundo natural como lo ha hecho el CCyC[442].

Esta es una singularidad en la estructura operativa del derecho al ambiente en la Argentina, comprensivo de un deber de dar, de hacer y de omitir por parte de los particulares.

3.3. El objeto

3.3.1. El deber de prestaciones ambientales según Alexy. El derecho al ambiente como un todo

Alexy analiza la estructura operativa del derecho al ambiente, pero antes de introducir su comentario se debe aclarar que la publicación de la *Teoría de los derechos fundamentales* es anterior a la enmienda de 1994 de la Ley Fundamental alemana, que introdujo el artículo 20 letra a) que establece expresamente la protección de las bases naturales de la vida, considerando el interés de las generaciones futuras.

No obstante, en la obra del año 1986, acomete la tarea de analizar la estructura operativa del derecho al ambiente como derecho fundamental en el contexto de las críticas que en Alemania se vertían sobre los derechos fundamentales sociales, con conceptos de sumo valor para el presente análisis.

Comienza por definir que todo derecho a acciones positivas del Estado es un derecho prestacional y que este concepto amplio comprende varias escalas de acciones positivas del Estado: 1) la protección frente a otros por medio de normas –como las penales–, 2) las normas de procedimiento y organización y 3) las prestaciones fácticas.

---

[440] Sozzo, 2019, pp. 24 y 29.
[441] Sozzo, 2019, pp. 21 y 108-109.
[442] Sozzo, 2019, pp. 25 y 113.

Luego, para fundamentar esta ampliación del concepto de derecho prestacional, introduce como ejemplo el derecho al ambiente, que por su importancia para este análisis se comenta desglosando el comentario de Alexy:

> La primera razón es que, en muchos de los llamados derechos fundamentales sociales, que pueden ser considerados como típicos derechos prestacionales, se trata de un conjunto de prestaciones fácticas, en parte, y, también en parte, de prestaciones normativas. Esto se ve con especial claridad en el muy discutido derecho fundamental al medio ambiente que no pocas veces se clasifica como derecho social fundamental o se pone en su vecindad.

Es decir, este derecho al medio ambiente requiere prestaciones normativas además de fácticas.

Luego, analiza directamente el derecho al medio ambiente, expresando:

> Cuando se ven las cosas más de cerca, resulta que un derecho semejante –sin que importe que se quiera introducir en el catálogo de derechos fundamentales como un nuevo derecho fundamental o se adscriba a las disposiciones de derecho fundamental existentes– tiene una estructura de un tipo totalmente distinto a la de, por ejemplo, el derecho a la asistencia social que, en lo esencial, se agota en un simple derecho a prestaciones fácticas. Un derecho fundamental ambiental responde más bien a aquello que antes se denominó «derecho fundamental como un todo»[443].

Si bien la explicación de Alexy relacionada con el derecho al ambiente encuadra las distintas obligaciones a cargo del Estado, el derecho al ambiente en la Argentina excede el corsé analítico que las confina a las autoridades públicas, por lo que el encuadre de este derecho *como un todo* es correcta, pero posee mayor amplitud. El objeto de la sustentabilidad comprende el deber de dar, hacer u omitir del Estado y de los particulares.

La descripción de este derecho como un todo no es ajena a la doctrina constitucional argentina, Bidart Campos cuando aborda el contenido del derecho al ambiente, expresa:

> Pero ¿cuál es la obligación? El art. 41 la resume afirmando que [las autoridades] proveerán a la protección de «este derecho» (del que tienen todos los habitantes a de omisión –para no dañarlo– como de prestaciones positivas con el fin de preservarlo, de evitar que otros lo alteren o destruyan, de recomponerlo, etc., así como comprende el deber de exigir a los particulares esta obligación concreta en cada circunstancia en que el ambiente quede comprometido o perturbado[444].

---

[443] Alexy, 2012, pp. 391-392.
[444] Bidart Campos, 2008, p. 155.

Es, entonces, tanto un derecho de defensa como un derecho de prestación. Más aún, es un derecho que compromete de igual forma a los particulares con el ambiente. Es un derecho *como un todo*.

3.3.2. El deber del Estado conforme la CN

Entonces, respecto al Estado, su objeto involucra múltiples responsabilidades, desde la abstención hasta haceres fácticos y normativos.

Las leyes de presupuestos mínimos nacionales y las normas complementarias se caracterizan por la diversidad de prestaciones de tipo normativo, como cuando disponen el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental, el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable (art. 8, LGA). También cuando imponen acciones concretas para la descontaminación o el tratamiento de aguas.

Debe acotarse que el derecho a procedimientos eficaces en materia ambiental, especialmente los derechos de acceso a la información ambiental, a la participación en procedimientos ambientales y de acceso a la jurisdicción, con la aprobación del Acuerdo Regional de Escazú, Ley 27566, alcanzan indudable fundamentalidad en el derecho argentino.

El art. 5 de la LGA conecta los principios de derecho ambiental con esta responsabilidad cuando impone a las autoridades integrar en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios que establece. Esta integración supone actuar y resolver con equidad y sustentabilidad en los ámbitos de sus respectivas competencias, comprendiendo todas las funciones del Estado. Se cimenta así todo el poder normativo de los principios.

Es descriptivo de estas funciones la causa Mendoza; en efecto, el fallo del año 2006 (CSJN, 2006c) comienza por interpretar el deber constitucional de hacer algo que corresponde a las autoridades cuando, en relación con el reconocimiento del estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, considera que «no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de aquellos», con el significado de que ese mandato de protección impone un deber positivo que deben cumplir.

En la misma causa, en el fallo del año 2008 (CSJN, 2008b) establece deberes de prestación normativos y fácticos a cargo de las autoridades, que se concretan en procedimientos de información, programas de saneamiento, entre otras medidas, creando un sistema microinstitucional para asegurar el cumplimiento de las metas.

Hay entonces un deber de prestaciones positivas sobre las autoridades según su competencia. Esto último remite a los principios formales, que comprenden los procedimientos y las competencias y que se tratan en el Capítulo 6.

3.3.4. El deber de los particulares

Sin embargo, conforme lo visto *supra* al definir el destinatario de la tutela, debe observarse que el derecho al ambiente implica también un hacer algo o evitar hacer

algo por parte de los particulares que trasciende las prestaciones a cargo del Estado. Como expresa Sozzo, el reconocimiento de los derechos fundamentales no solo genera acciones positivas al Estado sino a los particulares por la eficacia horizontal de aquellos[445].

En efecto, conforme la eficacia horizontal, el derecho a la sustentabilidad incide en las relaciones entre particulares, especialmente en los contratos y en el derecho de propiedad, quedando comprendidas las posiciones que resultan normadas en el CCyC argentino, y que se enuncian como *un derecho a prevenir que otro cause un daño al ambiente* o, de manera más general, a que en las relaciones entre privados *no se altere la sustentabilidad ni el funcionamiento de los ecosistemas* (arts. 14, 240, 1710,1711-1713, 1737, entre otros).

El deber de prevenir exige antijuridicidad, o sea la existencia de una conducta contraria al ordenamiento. En este contexto normativo, el art. 1710 regula tres deberes de la persona: no causar daño en cuanto de ella dependa; tomar las medidas razonables y no agravar el daño ya acaecido. Son deberes positivos y negativos.

Entonces, respecto a los derechos de protección frente a tercero para que no dañen el ambiente, quedan comprendidas en el sistema jurídico ambiental las posiciones establecidas en el CCyC, para que en las relaciones jurídicas entre particulares se cumpla el deber de preservación constitucional.

Es que la eficacia horizontal o *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, implica una eficacia *inter privatos*, o sea, que se hace cargo del tráfico jurídico privado, que por mucho tiempo había quedado fuera de la protección constitucional.

Al respecto, Lorenzetti y Lorenzetti tratan la «función ambiental» en relación a la autonomía de la voluntad en los contratos, sosteniendo que en tanto la protección del ambiente ostenta carácter de derecho fundamental y sus normas califican de orden público, conforme el art. 12 del CCyC, los acuerdos deberán cumplir con las normas ambientales que operan como contornos de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que la autoridad administrativa o judicial, a pedido de parte o de oficio, en caso que algunas de sus cláusulas lesionen el bien colectivo ambiente, podrán declararlas inválidas, modificarlas o integrarlas, adaptando el negocio a las exigencias de la sustentabilidad[446].

Agregan una apreciación importante respecto al deber de protección ambiental que tiene cada una de las partes: en tanto deber positivo es necesario realizar un adecuado seguimiento de la ejecución de los pactos.

Sozzo reconoce «la función ambiental» en el derecho de propiedad, que consiste en limitar el derecho para poder realizar en la mayor medida de lo posible otros intereses colectivos. No se trata de las tradiciones limitaciones administrativas,

[445] Sozzo, 2019, p. 174.
[446] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, pp. 194-195.

sino de las que provienen como consecuencia de la compatibilización de este derecho con los de incidencia colectiva[447].

3.3.5. El objeto en los fallos de la CSJN

Un conjunto de pronunciamientos de la CSJN permite identificar el derecho al ambiente como un todo, citamos ejemplos:

1) En Salas (CSJN, 2009c) se identifica el derecho de defensa cuando precisa el deber del actuar precautorio del Estado, considerando inválidas las autorizaciones estatales sin conocer sus consecuencias sobre el ambiente:

> El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten.

2) En Kersich (CSJN, 2014a), se aprecia el efecto horizontal ante una medida cautelar, cuando la empresa proveedora de agua potable de la provincia de Buenos Aires, ABSA, recurrió sosteniendo, entre otros argumentos, que había celebrado un acuerdo con dos de los primigenios actores, el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, el Ministro de Salud y la Ministra de Infraestructura del Estado local, que importó una solución extrajudicial del conflicto.

Luego de escalar recursivamente, la Corte hizo lugar a la queja, dejando sin efecto la sentencia apelada, devolviendo los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la sentencia en carácter de urgente. Pero introduce una salvedad: «estando en juego el derecho humano al agua potable deberá mantenerse la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado».

Es una consecuencia del reconocimiento del efecto de irradiación horizontal del derecho al acceso al agua potable, no obstante, los acuerdos alcanzados, mantiene la cautelar sobre el prestador de agua. El derecho fundamental a satisfacer incide en la relación entre partes.

3) En Halabi (CSJN, 2009a), el derecho a los procedimientos es la cuestión central. Ante la falta de regulación del proceso colectivo, la Corte procede a establecer su regulación, la legitimación procesal, la eficacia *erga omnes* y el resguardo del derecho de defensa:

> Que no obstante ello, ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la «acción colectiva» que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar.

---

[447] Sozzo, 2019, p. 646.

4) En La Pampa (CSJN, 2017c), sobre el deber de prestaciones fácticas, dijo:

> Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmarla existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.

La concepción de este derecho *como un todo* o como un *haz de posiciones* tiene repercusión procesal, como se puede apreciar en los fundamentos del fallo Barrick (2019a), en el que la CSJN, desde la perspectiva de los derechos a satisfacer por la Ley de glaciares, reconoce esta especial situación:

> Que, sin perjuicio de ello, puede agregarse que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente –que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua (artículo 1°)– la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos […]. La calificación del caso exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados.

Lo policéntrico, conforme Lorenzetti, refiere a que los centros de interés que se conforman en un proceso de esta naturaleza no son dos, sino que pueden ser varios. Es decir que de la bipolaridad clásica pasamos a la multipolaridad[448].

Esto es así, porque la forma procesal se adapta a las múltiples posiciones comprometidas, en tanto un conjunto de prestaciones deben ser satisfechas.

Desde la clasificación estructural seguida, el derecho al medio ambiente es un derecho de defensa frente al Estado, también es un derecho a prestación en el sentido más amplio del término, incluyendo el derecho de protección frente a terceros, el derecho a procedimientos eficaces, el derecho a la realización de prestaciones fácticas para la mejora del ambiente. Finalmente, quedan comprendidas las posiciones que resultan normadas en el CCyC argentino, y que se enuncian como un derecho a prevenir que otro cause un daño al ambiente.

4. El derecho al ambiente en el sistema jurídico

4.1. Ubicación en la trama de los derechos constitucionales

Descripta la estructura operativa del derecho al ambiente, corresponde establecer su posición con los demás derechos constitucionales.

El fallo en la causa Halabi (2009a) es un pilar de los derechos fundamentales argentinos luego de la reforma constitucional de 1994. El conflicto requirió distinguir

---

[448] Lorenzetti, 2010b, pp. 166-168.

los derechos en conflicto y sopesar los derechos de incidencia colectiva y los derechos individuales. Del mismo surge una clasificación de los derechos que es trascendente para identificar la operatividad de los mismos en el sistema jurídico argentino y respecto de la cual el principio de proporcionalidad será el método de resolución de las eventuales colisiones.

Describe Gil Domínguez (2009) que la mayoría de la Corte Suprema de Justicia como primer paso delimita tres categorías de derechos (fundamentales y humanos): a) los derechos subjetivos o individuales, b) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y c) los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Los derechos subjetivos o individuales son aquellos ejercidos por un titular. Son divisibles, no homogéneos y se caracterizan por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados –esta calificación no varía aun en los supuestos de: a) las obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores o b) una representación plural–.

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos son aquellos que pertenecen a toda la comunidad, son indivisibles y no admiten exclusión alguna (por ende, en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien). Estos derechos, no tienen por sujetos titulares a una pluralidad indeterminada de personas (ya que ello implicaría que, si se determinara el sujeto en el proceso, este sería el titular) ni tampoco hay una comunidad en sentido técnico (ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad). Por el contrario, pertenecen a la esfera social.

Los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos son aquellos en los cuales, si bien se afectan derechos individuales enteramente divisibles, existe un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos ellos y que se identifica como una causa fáctica homogénea.

En esta categoría, se comprenden los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores y los derechos de sujetos discriminados.

La importancia de esta clasificación es trascedente al momento de dirimir las colisiones que se susciten entre ellos. La misma representa sintéticamente la trama de derechos fundamentales que en el proceso de realización de cada uno pueden interferir con otro. La precedencia de un derecho o principio requerirá de la proporcionalidad que, conforme sea el caso o situación a regular, la establecerá, atendiendo a las posibilidades fácticas y jurídicas, sin por ello invalidar el principio desplazado.

4.2. Los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos

Como afirma Sozzo respecto de la inclusión en la parte dogmática de la Constitución del derecho al ambiente: «La categoría es revolucionaria por diferentes motivos, pero centralmente porque introdujo en Argentina una nueva categoría de

derechos fundamentales: los derechos colectivos en sentido amplio o trans-individuales»[449].

Luego de realizar esta apreciación, profundiza:

> El modelo constitucional argentino asume como punto de partida para el tratamiento de la cuestión de los bienes ambientales la idea de ultrapasar el concepto de «medio ambiente sano» como un derecho subjetivo individual. Para superar esta visión individualista la Constitución Nacional recurre a dos estrategias: *colectivizar los derechos para transformarlos en bienes comunes* y dotar a los derechos de una dimensión trans-temporal. Para lo primero, recurrió a la idea de «derechos de incidencia colectiva»: y para lo segundo a la idea de «generaciones futuras». Lo hace con la idea de que sobre este bien ambiente recaen «derechos de incidencia colectiva»[450].

Esta espléndida explicación que proporciona Sozzo repercute en la conformación de todo sistema jurídico, por eso se destaca en este derecho fundamental la función reestructuradora del sistema institucional al trascender aquello que era atendido en el modelo de los derechos individuales.

Cafferatta explica:

> En este contexto, no hay dudas de que en la problemática o cuestión ambiental, existe algo más que los clásicos o tradicionales derechos individuales (en su tipo derechos subjetivos o intereses legítimos), referidos a bienes propios o bienes disponibles, o que incluso exceden los bautizados o identificados como categoría intermedia, de intereses plurales individuales de un grupo de gentes, porque en pureza, los derechos ambientales son supraindividuales, impersonales o de masa, referidos al bien colectivo ambiente. Por lo que, en la mayoría de los casos, están en juego los intereses del conjunto social que además representan un orden intergeneracional[451].

La CSJN, en Barrick (2019a), introduce con énfasis la referencia a los derechos colectivos ambientales cuando, analizando la Ley 26639 de protección de glaciares y del ambiente periglacial, considera: «Ante este tipo de mandas legislativas –y en la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio– forzosamente su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás».

En conclusión, el derecho fundamental ambiental conforma un haz de posiciones que titulariza un sujeto comunitario e intergeneracional, que requiere para su operatividad de una amplia gama de deberes, negativos y positivos, del Estado como de los particulares. Es un derecho como un todo.

---

[449] Sozzo, 2018, p. 1.
[450] Sozzo, 2018, p. 3.
[451] Cafferatta, 2015b, p. 819.

5. Recapitulación

Se sintetizan los resultados alcanzados:

1) La estructura de los derechos fundamentales se dirige a distinguir su ámbito operativo atendiendo a las relaciones que conforma.

2) Una norma de derecho fundamental supone la atribución de una posición al titular de aquello que la norma procura proteger o garantizar.

3) Las posiciones de derecho fundamental presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El sujeto activo puede ser un particular o el Estado; el destinatario, puede ser el Estado o los particulares. De las diferentes combinaciones resultarán relaciones jurídicas muy distintas. Por su parte, el objeto de toda posición iusfundamental es una conducta ordenada, prohibida o permitida por una norma de derecho fundamental, o bien, una sujeción, correlativa a una competencia estatuida por una norma de esta índole

4) El derecho al medio ambiente está constituido por un conjunto o haz de posiciones muy diferentes que lo califican como un todo: derechos de defensa, derechos de protección, derecho al procedimiento y derechos a prestaciones fácticas y normativas.

5) La posición del derecho fundamental ambiental se identifica en un sujeto colectivo, social, comunitario, intergeneracional, que requiere para su operatividad del reconocimiento de una especial legitimación para pretender del Estado una amplia gama de prestaciones.

6) En los arts. 41 y 43 de la CN, se reconocen dos tipos de posiciones, una sustantiva, a todos los habitantes, comprensiva de las generaciones presentes y futuras, y otra formal o procesal, cuando legitima a diversos sujetos para protegerlo –el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines–.

7) El derecho fundamental al ambiente exige que el Estado haga algo en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para su protección.

8) El derecho fundamental al ambiente exige que los particulares protejan el ambiente, realizando acciones positivas o negativas.

9) Quedan comprendidas las posiciones que resultan normadas en el CCyC argentino, y que se enuncian como un derecho a evitar que otro cause un daño no justificado al ambiente.

Capítulo 5. El bien colectivo ambiente

1. El supuesto de hecho y el ámbito protegido

En el Capítulo 1 se expresó que la norma tipo principio representa el *deber ser* del derecho fundamental y que, más allá de su enunciado semántico, se traduce en una estructura normativa típica dada por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en una formulación *prima facie.*

El supuesto de hecho establece las condiciones que han de darse para que se desencadene la protección constitucional de un derecho. El concepto de supuesto de hecho tiene la tarea de resumir totalmente los presupuestos materiales de los principios para la consecuencia jurídica *prima facie*[452].

Este concepto tiene estrecha conexión con el concepto de ámbito protegido, teniendo este último un sentido más amplio que aquel, en tanto comprende los bienes, situaciones jurídicas o posibilidades de actuación. Una teoría amplia del supuesto de hecho es una teoría que hace caer en el ámbito de protección todo aquello a favor de cuya protección habla el respectivo derecho fundamental[453].

En el Capítulo 3.5.2., sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, se citó la explicación de Bernal Pulido sobre los dos momentos que deben distinguirse en relación con el mismo: un primer momento en que es un contenido amplio, muy vasto, cuyas normas valen *prima facie* (ámbito de protección inicial), y un segundo momento en que es un contenido reducido, cuyas normas valen definitivamente (el contenido efectivamente garantizado). Resultando que el principio de proporcionalidad establecerá el contenido efectivamente garantizado en cada caso[454].

---

[452] Alexy, 2012, p. 266.
[453] Alexy, 2012, pp. 265-281.
[454] Bernal Pulido, 2014, pp. 587-588.

Entonces, en este capítulo se analizará ese primer momento del principio del art. 41 CN, comprensiva del bien protegido por la sustentabilidad –el ambiente– y las condiciones de protección exigidas –*sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano*–.

La estructura normativa fundamental del principio se completa con la consecuencia jurídica *prima facie,* que en el enunciado del art. 41 de la CN está representada por el significado prescriptivo: de recomposición, de preservación y de protección.

Corresponde recordar en este punto a la posición de Saux[455], que niega que los principios posean supuesto de hecho, rechazando su carácter normativo, por lo que los define como «guías para el razonamiento legal»; sin embargo, reconoce que esos principios pueden colisionar, para lo cual considera que deberá acudirse a la teoría de la ponderación de Alexy.

La posición de Saux no descarta la importancia de los mismos en el sistema jurídico, pero la idea de que carecen de supuesto de hecho y la confusión con los principios generales del derecho, en la que comprende a todos los principios, conduce a resultados equívocos. La distinción entre disposición y norma de derecho fundamental –que se trata en los Capítulos 1.4. y 2.2.– es la clave para un enfoque adecuado.

Por otra parte, el bien ambiente activa como ninguno la problemática sobre la existencia misma del derecho fundamental respectivo. Así, desde una posición crítica, Simón Yarza entiende que el carácter difuso del bien jurídico protegido pone en entredicho no solo la existencia actual de un derecho subjetivo al medio ambiente, sino incluso su misma posibilidad, excluyéndolo de la tabla de derechos fundamentales[456].

Simón Yarza revela su posición minimalista en relación a la estructura de los derechos fundamentales, afincándose en una concepción liberal que se limita a los bienes individuales de titularidad subjetiva, concepciones que –justamente– han sido objeto de críticas por autores como Lorenzetti –según se analizó en el Capítulo 4.2.–

Para la teoría de Alexy, en cambio, «los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos»[457]; al respecto, menciona como ejemplos algunos de los bienes colectivos identificados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: la salud pública, el abastecimiento energético y el aseguramiento de la alimentación, la seguridad de la república, la protección del orden democrático en libertad, entre otros, para expresar que:

> El hecho que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena *la creación o mantenimiento* de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las

[455] Saux, 2021, p. 12.
[456] Simón Yarza, 2012, p. 158.
[457] Alexy, 2012, p. 89.

posibilidades jurídicas o fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales[458].

Con esta definición se diferencia de Dworkin, quien restringe los principios fundamentales a los derechos individuales.

En efecto, Alexy considera que no es indispensable ni funcional vincular la definición de principios a la de derecho individual, no porque no sea importante sino porque ambos tipos de principios tienen propiedades lógicas comunes[459].

Esas propiedades lógicas comunes posibilitarán su ponderación según las precisiones que se desarrollarán a continuación.

2. Definición de bien colectivo

2.1. En la teoría de los principios

Alexy construye la definición de bien colectivo desde las propiedades lógicas que posibilitan una relación entre los derechos individuales y los bienes colectivos. La razón es que solo con esta vinculación podrá aplicarse el principio de proporcionalidad en caso de colisión. Así, en la medida en que los derechos tienen el carácter de mandatos de optimización, cuando entran en colisión con bienes colectivos o con derechos de otros, pueden ser restringidos[460].

Ya en el camino de definir el bien colectivo, reconoce las dificultades que esto entraña, por lo que presenta ejemplos de bienes colectivos: la seguridad interna y externa, la prosperidad de la economía**,** *la integridad del medio ambiente* y un alto nivel cultural[461].

Para avanzar en la definición, entiende que hay que distinguir tres aspectos:

1) La estructura no distributiva de los bienes colectivos,

2) su estatus normativo, y

3) su fundamentación.

Respecto al primer elemento, explica que: «En todas las disciplinas prácticas se utiliza el concepto de bien colectivo. En las ciencias económicas es donde ha sido analizado con mayor profundidad. Para definirlo se suelen considerar los conceptos del carácter no excluyente de su uso y la no rivalidad de su consumo». Así, la seguridad colectiva es un caso relativamente claro de un bien colectivo porque, primero, nadie (más exactamente: nadie que se encuentre en el respectivo territorio) puede ser excluido de su uso y, segundo, el uso por parte de *a* no afecta ni impide el uso por parte de *b*[462].

---

[458] Alexy, 2012, p. 90.
[459] Alexy, 2012, p. 91.
[460] Alexy, 2004, p. 185.
[461] Alexy, 2004, p. 186.
[462] Alexy, 2004, p. 186.

Observa, sin embargo, que, para el análisis económico, ambas características traen consigo numerosos problemas que no interesan cuando lo que se busca es una definición que sea contrapartida de los derechos individuales.

Formula así su noción:

> Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, *fáctica o jurídicamente*, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos[463].

La indivisibilidad es un rasgo distintivo del bien colectivo, de su carácter no-distributivo, y que se refiere tanto a la dimensión fáctica como a la jurídica del bien; en este último caso nadie tiene derecho a excluir a otro de su disfrute.

Respecto al segundo elemento, el estatus normativo, parte de considerar que el carácter no-distributivo no es suficiente para la definición de bien colectivo en tanto es aplicable tanto a bienes colectivos como a males colectivos; da por ejemplo una alta tasa de criminalidad, análogamente se puede agregar la contaminación atmosférica o el calentamiento global, por lo que corresponde precisar qué lo diferencia.

Identifica tres fundamentaciones de bien colectivo: una antropológica, una axiológica y otra deontológica. La primera pondera el interés que el bien tiene para la sociedad por sobre los individuos; la segunda, el valor social que representa el bien, y la tercera, cuando su creación y conservación está jurídicamente *ordenada.*

Considera que todas estas argumentaciones son utilizadas en forma intercambiable, pero que la deontológica es la definitoria. Los intereses y valores pueden ser fundamentaciones para que algo sea un bien colectivo jurídicamente relevante, pero:

> Para convertirse en un bien colectivo de un sistema jurídico, el interés puramente fáctico tiene que transformarse en un *interés jurídicamente reconocido* y, en este sentido, justificado. Pero, un tal interés justificado no es otra cosa que algo cuya persecución está ordenada *prima facie* o definitivamente. Con ello, el interés adquiere un status normativo[464].

De ninguna forma Alexy desconoce los valores ínsitos en los bienes colectivos; son ellos los que fundamentan su estatus jurídico. Únicamente reconocido como interés jurídico, la proporcionalidad podrá actuar para resolver una colisión que siempre supone la tensión entre mandatos jurídicos. Si se adopta sólo la perspectiva axiológica, entonces una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos es una colisión entre cosas categorialmente diferentes.

Aplica un argumento que sustenta su pensamiento: la teoría de los principios permite aprehender en un lenguaje deontológico todo lo que puede decirse en una terminología axiológica. Para concluir que: «Si se tiene en cuenta, además, que las

---

[463] Alexy, 2004, p. 187.
[464] Alexy, 2004, p. 187.

respuestas a cuestiones de derecho dicen qué es lo que está ordenado, prohibido y permitido, entonces todo habla en favor de ingresar, para su fundamentación, en el nivel deontológico»[465].

La referencia de Alexy al carácter *prima facie* o definitivo se refiere al tipo de normas que pueden establecer que algo sea un bien colectivo protegido. Si se establece a través de un principio, se tratará de un precepto que requiere optimización, mientras que si se trata de una regla es un precepto definitivo que se cumple o no se cumple.

En consecuencia, propone el siguiente esquema lógico:

> X es para el sistema jurídico S un bien colectivo si X es no-distributivo y la creación o conservación de X está ordenada prima facie o definitivamente por S.

Sobre el estatus normativo, la doctrina nacional, especialmente Lorenzetti y Lorenzetti, coinciden en la necesidad del reconocimiento legal del bien colectivo[466].

Volviendo a la figura referida por Alexy de los males colectivos, que al igual que los bienes colectivos, poseen carácter no-distributivo, y la necesidad de que los bienes colectivos requieran de estatus normativo para adquirir tal condición, puede agregarse que, ante una pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), qué duda cabe que es un mal colectivo, pero el interés justificado que fundamenta las medidas de protección sanitaria es la salud pública como bien colectivo reconocido que exige esa protección por parte de los Estados. La contaminación atmosférica o el calentamiento global también son males colectivos, que numerosas reglas jurídicas procuran reducirlos o eliminarlos a fin de proteger la sanidad o equilibrio del bien colectivo aire o clima, reconocido como bien colectivo por numerosas disposiciones nacionales e internacionales. El estatus del bien colectivo deviene de ese estado de cosas valiosas reconocido normativamente por la Constitución, por los tratados internacionales o las leyes y a los que se dirigen las medidas de protección.

Al respecto, se aclara con acierto, que el potencial lesivo múltiple o peligro colectivo no puede cualificar al bien como colectivo, sino solo al peligro, el cual puede afectar una pluralidad de bienes individuales o a un bien colectivo[467].

Finalmente, el tercer elemento de la definición es el de la fundamentación de los bienes colectivos, que para Alexy queda subsumido en la fundamentación de la norma; es el constituyente o el legislador el que establece el interés o valor colectivo a proteger. Considera aconsejable definir el concepto de bien colectivo –al igual que el derecho individual– sin hacer referencia a la fundamentación, que conduciría a problemas complejos, por lo que concluye que *algo será un bien colectivo en un*

---

[465] Alexy, 2004, p. 188.
[466] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 84.
[467] Pérez-Sauquillo Muñoz, 2017, p. 16.

sistema jurídico cuando una norma válida así lo establezca y constituya un bien no-distributivo[468].

No obstante, en el punto 4.3. del presente Capítulo se vierte la fundamentación desarrollada por la CSJN. En las leyes de presupuestos mínimos, el legislador nacional frecuentemente introduce la fundamentación del valor colectivo a proteger, como se expone en el punto 4.4. de este Capítulo.

Entonces, la teoría de los principios comprende como principio de derecho fundamental a los bienes colectivos constitucionalizados. Dichos bienes pueden ser definidos como aquellos intereses generales reconocidos en la Constitución que se caracterizan por no poder ser distribuidos entre individuos particulares y por tener un contenido material cuyo cumplimiento debe ser realizado en la mayor medida posible La proporcionalidad no solamente se aboca a valorar conflictos entre derechos individuales fundamentales, sino que también tiene un rol en la valoración de derechos sociales fundamentales y de bienes colectivos constitucionales[469].

2.2. La cuestión doctrinaria sobre los bienes colectivos o supraindividuales

Pérez-Sauquillo Muñoz[470] trata las diferentes posiciones doctrinarias sobre los bienes supraindividuales o colectivos. Explica que la terminología sobre estos últimos es muy variada, siendo denominaciones frecuentes, además de la referidas, la de comunitarios, generales, universales, sociales, intereses difusos o difundidos, intereses generales, etc.

Observa que la diferenciación entre bienes individuales y supraindividuales no es tarea sencilla, distinguiendo dos posiciones al respecto: la restringida o moderada y la amplia.

En la concepción moderada, dentro de la cual ubica a Alexy, el criterio de distinción se centra sobre el carácter no-distributivo y el estatus normativo que requiere el bien colectivo frente a los bienes individuales. Este rasgo diferenciador exige que sea conceptualmente, real o jurídicamente, imposible dividir el bien en partes y asignar estas a los individuos como porciones. Si, por el contrario, el supuesto bien jurídico supraindividual es susceptible de ser reducido a bienes individuales, es decir, si no es más que la suma de tales bienes elevada a una abstracción, se señala por parte de estos autores que es un bien jurídico (supraindividual) aparente o de un *pseudo-bien* jurídico colectivo. Esto último sería el caso de los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos reconocidos en Halabi (CSJN, 2009a).

La concepción amplia, por su parte, comprende en la categoría de bienes colectivos aquellos que desempeñan una función social general para toda la comunidad, incluyendo los que cumplen una función social para un grupo o colectivo. En esta concepción la identificación de los bienes jurídicos supraindividuales se realiza conforme al rasgo de la titularidad colectiva y los intereses colectivos a los que sirven.

---

[468] Alexy, 2004, p. 188.
[469] Portocarrero Quispe, 2017.
[470] Pérez-Sauquillo Muñoz, 2017.

Pérez-Sauquillo Muñoz, que adhiere a la posición moderada, reconoce que determinar cuándo un bien jurídico supraindividual se puede o no dividir no es una tarea fácil.

> El medio ambiente y el patrimonio histórico, cultural y artístico superarían holgadamente esta prueba de la no-distributividad, pero en relación con otros objetos, como la salud pública o algunos de los bienes basados en la seguridad, la cuestión resulta sin duda más problemática, pudiendo defenderse conceptualmente la existencia de dimensiones indivisibles –es decir, auténticamente supraindividuales– del bien jurídico.

Concluye que la concepción moderada sobre la indivisibilidad es la más convincente, pero entiende que no debe excluirse como colectivos aquellos bienes pertenecientes a grupos o comunidades.

Esta breve referencia sobre la discusión sobre bienes colectivos se justifica para avanzar sobre cómo es entendido el bien ambiente en el sistema jurídico argentino. ¿Será la indivisibilidad y el estatus normativo el criterio predominante? o ¿será la titularidad colectiva la que los define? Estos interrogantes imponen un análisis de la realidad fáctica, para luego considerar la recepción constitucional y la interpretación de la CSJN.

3. El bien colectivo ambiente desde la perspectiva fáctica

3.1. Indivisibilidad e interacciones sistémicas

Se expresó que un bien es colectivo cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Sobre la indivisibilidad del bien ambiente es pertinente analizar su causa fáctica. Bien dice Sozzo que «el Derecho ambiental desde sus orígenes siempre ha estado basado muy fuertemente en los avances de las ciencias de la naturaleza (y la ecología)»[471].

En efecto, es la ciencia ecológica la que aportó al conocimiento de la realidad ambiental como realidad distintiva, centrando su estudio en el ecosistema. El ecosistema se considera como una comunidad ubicada en un lugar físico, el hábitat, en el que todos están relacionados, los seres vivos (biota o elementos bióticos) y los inertes (abiota o elementos abióticos). Las relaciones entre las especies y su medio resultan del flujo de materia y energía del ecosistema. La complicada dinámica de un ecosistema representa una cadena de interacciones entre todos los seres vivos e inertes que lo integran, a través de las cuales crean mecanismos de adaptación, transformación y autorregulación. Esto determina la importancia de su preservación integral, a fin de que no se rompa la cadena vital, dentro de la cual se encuentra el ser humano que lo habita.

[471] Sozzo, 2018.

El concepto científico de ecosistema fue evolucionando con la introducción de las actividades humanas. Así, la ecología humana, como una etapa reciente de esta ciencia, trata de las relaciones entre las personas y el medio ambiente.

Marten, uno de los principales cultores de la ecología humana, expresa: «La ecología es la ciencia de las relaciones entre los seres vivos y su medioambiente. La ecología humana trata de las relaciones entre las personas y el medioambiente. El medio ambiente, en la ecología humana, se percibe como un ecosistema». Explica, entonces, qué es desde esta perspectiva un ecosistema:

> Un ecosistema es todo lo que existe en un área determinada –el aire, el suelo, el agua, los organismos vivos y las estructuras físicas, incluyendo todo lo construido por el ser humano. Las porciones vivas de un ecosistema –los microorganismos, las plantas y los animales (incluyendo a los seres humanos)– son su comunidad biológica[472].

El ecosistema proporciona servicios al sistema social transportando materia, energía e información hacia el mismo, para satisfacer las necesidades de las personas. Estos servicios ambientales incluyen el agua, combustibles, alimentos, materiales para confeccionar vestimentas, materiales de construcción, y oportunidades de recreo. A su vez, las personas utilizan la energía para modificar o crear ecosistemas, intercambiando materiales dentro de ellos, o entre unos y otros. La materia, energía e información se mueven del sistema social al ecosistema como consecuencia de las actividades humanas que ejercen algún impacto sobre el ecosistema:

1) Las personas afectan al ecosistema cuando utilizan recursos como agua, peces, madera, y tierras de pastoreo.

2) Después de utilizar los materiales de los ecosistemas, las personas los devuelven como desechos.

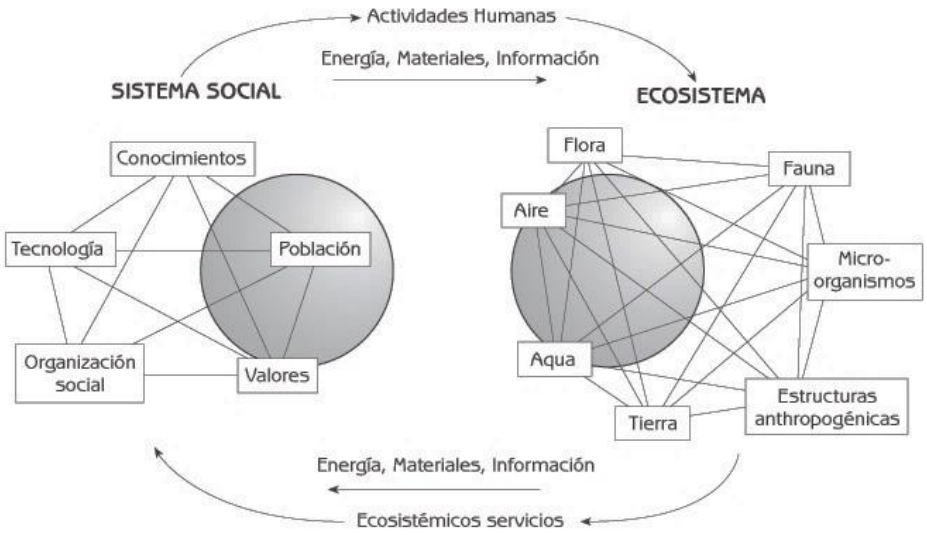
3) Las personas modifican o reorganizan intencionalmente los ecosistemas existentes, o crean nuevos, para satisfacer sus necesidades de la mejor manera posible.

---

[472] Marten, 2001, cap. 1.

Figura 20

Interacción del sistema social humano y el ecosistema (Marten, 2001)



Entonces, si ecología humana integra al ambiente al ecosistema, la especie humana es, de hecho, la especie que, más que cualquier otra, puede cambiar el entorno que la rodea, hay que comenzar precisamente a partir de ella para encontrar soluciones prácticas y sostenibles[473].

El equilibrio es el estado estable de un ecosistema, en el que su composición e identidad permanecen generalmente constantes a pesar de las variaciones en las condiciones físicas y la estructura de la comunidad biótica. El equilibrio de los ecosistemas puede romperse por perturbaciones, sucesos adversos que afecten su composición.

Para describir cómo responde un ecosistema ante una perturbación se usan dos parámetros: *la resistencia y la resiliencia*. La capacidad de un ecosistema para permanecer en equilibrio, a pesar de las perturbaciones, se llama resistencia. La rapidez con la que el ecosistema recupera su equilibrio después de una perturbación es su resiliencia.

La resistencia y la resiliencia de un ecosistema son importantes cuando se consideran los efectos de las perturbaciones provocadas por la actividad humana. Si una perturbación es lo suficientemente grave, puede cambiar al ecosistema más allá del punto de recuperación y llevarlo hasta donde ya no es resiliente. Una perturbación de este tipo puede conducir a una alteración permanente o a la pérdida del ecosistema.

[473] Valera, 2019.

Al respecto, en Kersich (2014a), la Corte sostiene que, en el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

Marten precisa que la resiliencia y el desarrollo adaptativo –como habilidad de los sistemas sociales de ajustarse a cambios– son importantes porque el desarrollo ecológicamente sustentable no es simplemente cuestión de un armonioso balance con el medio ambiente. Evitar el daño a los ecosistemas es absolutamente fundamental para el desarrollo sustentable, pero no basta. La sociedad humana cambia constantemente, y lo mismo hace el medio ambiente. El desarrollo sustentable requiere de cierta capacidad para afrontar estos cambios. La resiliencia y el desarrollo adaptativo son la llave para lograr esta capacidad[474].

Este es un aspecto de indudable incidencia en el examen fáctico de las medidas, la idoneidad de estas debe responder a los cambios y a las adaptaciones sobrevinientes. La sustentabilidad será posible mediante la compresión de la esencial interdependencia de la sociedad humana y el ambiente natural, actuando aquella sobre el sistema natural en el margen que le permite su resiliencia y procurando su desarrollo adaptativo.

El concepto integrado de ecosistema desmonta teorías previas que diferenciaban la actividad humana de la naturaleza y desvinculaban la una de la otra. De esta manera, al compartir el mismo espacio y asumir la influencia mutua, puede decirse que el concepto de ecosistema sitúa al hombre y a la naturaleza en un mismo plano. La acción de uno afecta al otro, y viceversa. De sus interacciones armónicas depende el desarrollo humano.

Es ahí donde se percibe la indivisibilidad que caracteriza al ambiente: las interacciones no pueden ser descompuestas ni desgajadas sin desbaratar su funcionamiento como un todo, en el que los elementos que lo componen se expresan en un equilibrio dinámico. Lo estático es ajeno a la realidad ambiental.

En síntesis, una realidad compleja en interacción permanente configurará el ambiente como bien jurídico, el cual responderá al mantenimiento del equilibrio o estabilidad del ecosistema, tal como expresa Navarro Soto:

> [...] las ciencias naturales han puesto de relieve el carácter sistémico del ambiente natural (ecosistema), en cuanto conjunto organizado de elementos abióticos o mediales (aire, agua, suelo) y bióticos (flora, fauna), interrelacionados y en un equilibrio dinámico, de modo que cualquier afección a un subsistema repercute en los demás (co-dependencia funcional), disponiendo de mecanismos para compensar, dentro de ciertos límites, las perturbaciones externas. La constatación de las graves consecuencias que para el propio sistema social tiene un impacto en los factores ambientales superior a su capacidad de autorregeneración ha conducido a que la doctrina más reciente conceptúe

[474] Marten, 2001, cap. 11.

el bien jurídico en torno al mantenimiento del equilibrio o estabilidad del ecosistema[475].

3.2. Escalas espaciales y temporales del ecosistema

El ecosistema natural se desenvuelve en el marco de una relación dinámica con el ambiente humano, esas relaciones suceden en el espacio y el tiempo, debido a ello, esta multidimensionalidad supone la indivisibilidad del ambiente.

Marten identifica múltiples escalas espaciales:

> Los ecosistemas pueden ser de cualquier tamaño. Un pequeño estanque en un bosque es un ecosistema, y el bosque entero es un ecosistema. Una granja es un ecosistema, y un paisaje rural es un ecosistema. Las villas, los pueblos y las grandes ciudades son ecosistemas. Una región de miles de kilómetros cuadrados es un ecosistema, y el planeta Tierra es un ecosistema. Aunque los seres humanos son parte del ecosistema, es útil pensar en la interacción de los seres humanos y el ecosistema como la interacción del sistema social humano y el resto del ecosistema[476].

Los ecosistemas pueden clasificarse de muchas formas, una de ellas es la que distingue entre terrestres (bosques, selvas, sabanas, desiertos, polos, etc.) y acuáticos (comprenden desde un charco hasta los océanos, mares, lagos, lagunas, manglares, arrecifes coralinos, etc.); por ello la norma jurídica ambiental regulará en general o en particular los ecosistemas, atendiendo al valor o interés que en cada caso requiera la intervención jurídica. Uno de los rasgos más sobresalientes de la teoría social es que el espacio ha adquirido gran importancia en ella; fenómenos como la urbanización acelerada del planeta, la globalización y la crisis ambiental son productos de una acción humana sobre los espacios y los ecosistemas que a su vez inciden en la vida social[477]. En cuanto a la ocupación de los suelos, se habla del ecosistema urbano, que define no solo el área de las ciudades *per se*, sino también las áreas externas a las ciudades, apropiadas por ellas, y que proveen energía, materiales, y además absorben sus desechos. Son, por lo tanto, prolongamientos, extensiones de las ciudades[478]. La ecología urbana atiende al proceso la conversión de suelos relevantes, o bien desde el punto de vista social (suelos agrícolas), o bien desde el punto de vista ambiental (bosques, manglares y otros ecosistemas).

La dimensión temporal refiere a que las interacciones ecosistémicas evolucionan en el tiempo; esta consideración intertemporal requiere que se tenga en cuenta no solo el estado presente (sincronía) sino también la evolución esperada (diacronía). Los estudios para la determinación del caudal ecológico de un río, por ejemplo, requerirán que su evolución se realice considerando las mediciones históricas de la variabilidad hidrológica natural con el fin de establecer aquella que represente de la mejor manera su dinámica vital. Pero, la complitud del estudio

---

[475] Navarro Soto, 2005, p. 911.
[476] Marten, 2001, cap. 1.
[477] Cruz Petit, 2014.
[478] Angeoletto, Essy, Sanz, Albertin y Santos, 2015.

deberá incorporar las proyecciones futuras atendiendo a la incidencia del cambio climático.

En la Argentina, la Ley 27520 de cambio climático es una norma que da cuenta de la importancia de la dimensión de futuro, así, entre otras disposiciones, establece que Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático debe contener el análisis de los cambios observados en las distintas variables climáticas y el establecimiento de las proyecciones futuras de las mismas (art. 19, inciso a), entre otras medidas análogas.

Existe una gran heterogeneidad espacial y temporal en los ecosistemas. La aplicación del concepto de heterogeneidad presupone que el funcionamiento de la naturaleza está explicado por procesos que se llevan a cabo en diferentes escalas espacio-temporales; esta característica son fundamental para entender la dinámica de las poblaciones, la estabilidad y organización de las comunidades y el reciclaje de elementos en los ecosistemas[479].

Estas dimensiones tendrán una notable incidencia en los exámenes de idoneidad, necesidad de las medidas como en la ponderación de los derechos en colisión.

4. Estatus jurídico del bien colectivo ambiente

4.1. La asimilación jurídica de la complejidad ecosistémica

Además de la indivisibilidad, la definición del bien colectivo requiere del estatus normativo, en tanto, si bien no hay duda sobre el interés que para la sociedad tiene el ecosistema ni del valor que representa para mantener y sustentar el desarrollo humano, para que su protección sea *ordenada* necesita ingresar a la dimensión del *deber ser*.

Este proceso requiere la abstracción jurídica de la compleja realidad ambiental para conformar el supuesto de hecho de la norma jurídica.

Cano observa claramente el proceso de elaboración de la norma ambiental, en el traslado al campo jurídico de los principios que gobiernan el orden físico y social, lo que configura una norma jurídica «orientada al entorno como un conjunto global, tomando en cuenta los ecosistemas integralmente»[480].

El supuesto de hecho o ámbito protegido de la norma ambiental deberá conjugar sistemas diversos: por un lado, el sistema natural que se preserva con sus propias leyes naturales, algunas todavía desconocidas; por el otro, el sistema económico-social que se beneficia de aquel y a la vez puede alterarlo; para luego establecer la consecuencia jurídica, que estará dirigida a los sujetos que operan en el sistema económico-social.

La norma jurídica resultante comprenderá los bienes, situaciones jurídicas o conductas, que conformarán el supuesto de hecho, y las medidas que se imputarán con forma de autorización, permisión u obligación.

---

[479] Galicia Sarmiento y Zarco Arista, 2002.
[480] Cano, 1974, p. 915.

La imputación se encuentra fundamentada desde la filosofía y la ciencia del derecho:

> Mucho antes que Kelsen, Kant ya había concebido, en los *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, que solo la persona puede ser susceptible de imputación por sus acciones, no así la naturaleza o las cosas, pues la naturaleza se rige por otro tipo de leyes, muy distintas a las leyes de la libertad creadas por los hombres; pero legítimamente corresponde el mérito a Kelsen, mucho tiempo después, de haber podido formular el principio de imputación-atribución que orienta la explicación de las ciencias normativas, y no solo al derecho[481].

La CSJN, da cuenta de la evolución en el conocimiento de las reglas de la naturaleza y su configuración en la normativa ambiental cuando realiza esta consideración:

> La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente (La Pampa, 2017a).

Se expresa que, con el fallo La Pampa (2017a), la Corte rompió con el modelo antropocéntrico[482], pero más que romperlo definió con claridad que el bien colectivo ambiente está en el centro del sistema de la sustentabilidad e irradia a todo el sistema jurídico.

4.2. El estatus constitucional del bien colectivo y la perspectiva temporal

El art. 41 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes un derecho sobre el bien ambiente al que califica como «sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano». Estas condiciones fundamentan su reconocimiento como bien colectivo: que sea sano y equilibrado alude al interés en el mantenimiento de la interacción permanente y armónica de los elementos constitutivos de este; que sea apto para el desarrollo humano supone el reconocimiento del valor que tiene para el sostenimiento de la sociedad y el desenvolvimiento de las actividades humanas; el ambiente constitucionalmente protegido comprende la inescindible relación entre el ecosistema natural y el sistema social. Así, un interés común y un valor social reciben positivización constitucional como bien colectivo.

---

[481] Vázquez Esquivel, 2010, p. 97.
[482] Peña Chacón, 2020.

Como expresa Cafferatta:

> La temática ambiental está ligada con la protección del otro, de entorno que nos rodea, forma parte de nuestra vida, nos condiciona, porque constituye el soporte mismo de nuestra vida individual y en comunidad; es como lo dice la Constitución Nacional, art. 41, la que adjetiva el derecho al ambiente, sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, por lo que el ambiente o entorno, debe reunir estas características, para dar sustento a la vida, proteger la salud (sano), el equilibrio de los ecosistemas que lo componen, y en definitiva, que resulte idóneo humanamente[483].

Una particularidad del enunciado constitucional es integrar la dimensión temporal a través de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. En efecto, en el bien colectivo ambiente, el tiempo, cuando de las interacciones ecosistémicas se trata, es dinámico, en tanto se ocupa de un hecho, fenómeno o conductas desde su estado presente (sincronía) como de su evolución esperada (diacronía).

Así, el ámbito constitucionalmente protegido integra el bien ambiente con las situaciones y conductas desde una perspectiva intertemporal cuando exige considerar la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer a las de las generaciones futuras.

Vale la pena reiterar que, para superar la visión individualista, la Constitución Nacional recurre a dos estrategias: colectivizar los derechos para transformarlos en bienes comunes y dotar a los derechos de una dimensión trans-temporal. Para lo primero, recurrió a la idea de derechos de incidencia colectiva; y para lo segundo a la idea de generaciones futuras[484].

Entonces, será la dimensión de futuro la que enmarque el sistema jurídico en su totalidad al representar la esencial de la sustentabilidad, configurando los límites y restricciones de los derechos individuales (conforme art. 240 CCyC). Por eso, la CSJN ha dicho con énfasis que, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (2006c; 2016b; 2017a).

La perspectiva de futuro incide especialmente en el examen de idoneidad y necesidad de las medidas en materia ambiental (conforme se verá en el Capítulo 7.3.).

4.3. Definición de bien colectivo conforme la CSJN

La CSJN define los bienes colectivos en la causa Halabi (2009a) a propósito de las tres categorías de derechos que distingue: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Respecto de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos, expresa:

---

[483] Cafferatta, 2021.
[484] Sozzo, 2018.

> [...] la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este *pertenece a toda la comunidad*, *siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna*. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

Esta es una norma de derecho fundamental precisante del bien protegido por el art. 41 de la CN. En consecuencia, corresponde someter a análisis este enunciado trascendental.

La Corte comienza por señalar que el bien colectivo pertenece a toda la comunidad para, inmediatamente, incorporar a la indivisibilidad como rasgo esencial de este. Esa indivisibilidad es tanto fáctica como jurídica, esta última cuando dice que en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. Para despejar toda duda sobre la naturaleza colectiva de ese bien, precisa que no lo es en virtud de la existencia de una pluralidad de sujetos, «sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva». Entiende necesario descartar la indeterminación circunstancial de sujetos plurales: «... estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible». Por si fuera poco, excluye también la idea de copropiedad o comunidad en sentido técnico, ya que ella importaría la posibilidad de la extinción del régimen de cotitularidad. Entonces revela el porqué de su naturaleza colectiva: «Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno». Dos esferas diferentes comprenden los derechos constitucionales, una individual y otra social, en esta última residen los bienes colectivos.

Se advierte que el criterio de indivisibilidad y no exclusión de la teoría de Alexy está presente en la definición realizada por la CSJN. Pero hay algo más, la barrera de cristal que se establece a nivel doctrinario sobre la definición del bien colectivo ya sea desde la característica de indivisibilidad, para unos, o de su titularidad colectiva, para otros, es traspasada por la doctrina de la CSJN cuando ubica estos bienes en la esfera social y, consecuentemente, reconoce su titularidad comunitaria. Esta última es la posición de derecho fundamental conforme lo tratado en el Capítulo 4.3.1.

Esta doctrina ha sido reiterada por la CSJN en muchos fallos, en Mendoza (2006c; 2008b), en Kersich (2014a), La Pampa (2017a), Mamani (2017b), Barrick (2019a), Laguna La Picasa (2019d), entre otras.

En conclusión, para la Corte, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible.

Se puntualizan las siguientes referencias que la CSJN realiza sobre las condiciones fácticas y temporales del bien ambiente:

1) Respecto al equilibrio ecosistémico de sus componentes, ha dicho:

> Así desde el punto de vista jurídico, lo más importante de este concepto (ciclo hidrológico) es que demuestra que el ambiente y, como es del caso, los cursos de agua que lo componen no son una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio (La Pampa, 2017c).

2) Respecto de perspectiva intertemporal, en la causa Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá (CSJN, 2012c), dijo:

> Hay un deber constitucional de garantizar que las generaciones futuras puedan seguir gozando de bienes ambientales, ello hace que toda decisión administrativa tenga en cuenta una serie amplia de perspectivas suficientes como para poder considerar todos los aspectos involucrados. Nadie puede disponer de estos bienes basado en su mero arbitrio. Este deber constitucional se halla claramente en juego en un caso como el presente, en el que la obra emprender tendrá un impacto económico, social, ambiental extraordinariamente relevante por muchos años, lo cual justifica que se haga un análisis meditado.

3) En relación con la función de resiliencia de los ecosistemas, en Kersich (2014a):

> En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

También establece que el agua potable es un bien colectivo, siendo también una norma precisante del derecho fundamental al ambiente.

4) En relación con la perspectiva espacial del bien colectivo ambiente, en Mendoza (2015b), comentando la LGA, expresa:

> Asimismo, dicha norma considera que en la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de los asentamientos humanos se deberá considerar en forma prioritaria la vocación de cada zona o región, la naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas y la conservación y protección de ecosistemas significativos (artículo 10, incisos a, c y e).

5) También afirma su indivisibilidad a pesar de las divisiones territoriales provinciales:

> En él sub-examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que

> expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de «compatibilización», que no es una tarea «natural» (porque ello significaría, «obligar» a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente «cultural» (CSJN, 2017c).

Finalmente, Cafferatta sintetiza con gran precisión la relación del bien ambiente y el respectivo derecho de incidencia colectiva:

> Es decir que el derecho ambiental, es un derecho de incidencia colectiva, referido al bien colectivo ambiente, que se ubica en la esfera social de los individuos, siendo de pertenencia supraindividual. Los bienes colectivos, se caracterizan por presentar una estructura no distributiva —y por lo tanto, no exclusiva ni excluyente de su uso y la no rivalidad del consumo—, son de imposible división en partes para otorgárselos a los individuos, y la creación o conservación de los mismos, está ordenada normativamente *prima facie* o definitivamente (para seguir la doctrina brillantemente expuesta por R. Alexy, y en nuestro país, Ricardo Lorenzetti)[485].

4.4. El bien colectivo y los diferentes grados de protección

El bien colectivo puede ser definido *prima facie* o definitivamente, según lo establezca un principio o una regla. Su amplitud inicial, o *prima facie*, es muy vasta; para luego adoptar un contenido, efectivamente garantizado, más preciso en la regla definitiva.

El máximo nivel de amplitud del bien colectivo ambiente se encuentra en la propia Constitución Nacional, con forma de norma tipo principio, para adquirir mayor determinación en las normas adscriptas.

La norma precisante por excelencia es la LGA, que establece entre sus objetivos una relación entre las dimensiones ecológicas, económicas, culturales y sociales del bien ambiente. La CSJN (Mendoza, 2015b) realiza una descripción del bien protegido y de sus condiciones conforme esta ley:

> Que la ley 25.675 vincula la protección de los recursos ambientales con las diferentes actividades antrópicas (artículo 2); menciona a los «sistemas ecológicos» (artículo 20, inc. e); la protección de la «sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo» (artículo 2°, inc. g) la prevención de las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de «los sistemas ecológicos» (artículo 6°) y el equilibrio de los ecosistemas (artículo 27).

[485] Cafferatta, 2014.

La LGA, cuando define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos (art. 27), da cuenta de los componentes del bien colectivo.

Esta norma se comunica con el art. 240 del CCyC, cuando dispone que el ejercicio de los derechos individuales no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Esta norma abstrae las dimensiones espaciales y temporales, como las interacciones entre los componentes del bien colectivo.

Ya en el nivel de las reglas se establecen mayores detalles del bien colectivo a proteger. Es el caso de la Ley 26639 de protección de los glaciares y del ambiente periglacial, que define a los glaciares:

> [...] como toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua.

También define al ambiente periglacial conforme su localización: «... siendo en la alta montaña el área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña, al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo» (art. 2).

La norma fundamenta el estatus del bien protegido cuando expresa «con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico» (art.1). Para los ambientes periglaciares, reconoce su función de regulación de los recursos hídricos.

En el mismo sentido, la norma de protección de los bosques nativos, Ley 26331, los define como:

> […] los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea –suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos–, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica (art. 2).

La norma fundamenta el estatus normativo de este bien colectivo, describiendo las interacciones con el sistema social al definir los servicios ambientales como los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su

conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos (art. 5).

4.5. La dualidad de los derechos referidos a los elementos de la naturaleza

El ecosistema, natural y socioeconómico, comprende variados elementos constitutivos, conformando un todo. Desde la perspectiva de la esfera social, no hay exclusión en la titularidad y ejercicio del derecho al ambiente y los sistemas que lo componen; aunque pueden existir otras esferas jurídicas que se constituyan en torno a ellos.

Esain expresa:

> El ambiente resulta ser un bien jurídico complejo, pues sintetiza varios sistemas dentro de sí. La clásica técnica decimonónica que dividía las «cosas» en «categorías» en esta disciplina tendrá un lugar secundario, pues primariamente el bien se compone de «sistemas», conformando estructuras, inmersas en «entornos», todo en idioma estructuralista. Estos sistemas son: aire, agua, suelo, flora y fauna, patrimonio natural y cultural y además conforman diferentes estructuras que se pueden resumir en enfoques diversos como ambiente urbano y ambiente natural[486].

En las causas La Pampa (2017c) y La Picasa (CSJN, 2019d), la Corte distingue entre el macro bien ambiente y los micro bienes que lo integran, que, si bien lo hacen en relación con el agua, adquieren la condición de bien colectivo por su función ecosistémica, como lo sostuvo en Kersich (2014a), participando de la misma condición de indivisibilidad y pertenencia comunitaria.

Así, en la causa Ejército Argentino (2019e), comentando la legislación sobre áreas protegidas de la provincia de Mendoza, introduce estos conceptos de macro y micro bienes:

> Las áreas especialmente protegidas, constituyen ecosistemas -incluyendo cuencas hidrográficas como recursos hídricos, art. 33, de la ley 6045- representativos de ambientes diversos o de la naturaleza (macro bien del derecho ambiental) y de sus microcomponentes, a saber: flora, fauna, paisaje, humedales, glaciares y material arqueológico y paleontológico -de los servicios ambientales y valores culturales asociados- que se deben conservar o preservar en estado inalterable, -en su condición actual-, a largo plazo, para beneficio y goce de las presentes y futuras generaciones (conf. art. 4°, de la ley 7422).

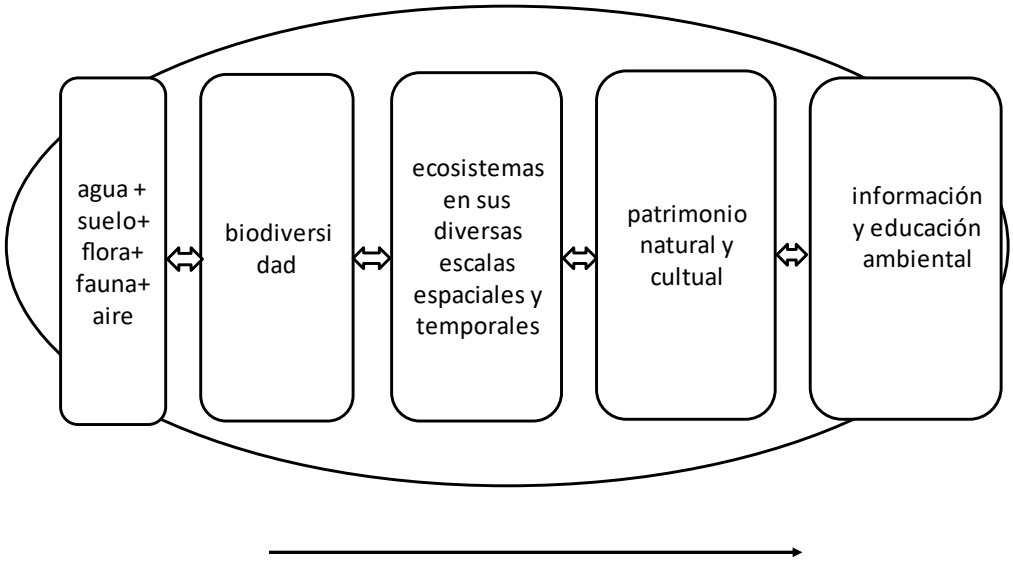
Si los arts. 41 y 43 se interpretan juntamente con los artículos de la LGA, el bien ambiente se representa así:

---

[486] Esain, 2016, p. 1.

Figura 21

El bien colectivo ambiente y sus micro bienes



Esta segmentación del bien colectivo ambiente es didáctica, en tanto cada componente lo es por su función con el sistema ambiental, con el cual interactúa inescindiblemente. El bien colectivo comprende el sistema natural y el sistema social en su interdependencia, en un espacio definido y en un tiempo diacrónico.

Pero respecto a algunos de sus elementos, se configura una dualidad de derechos que introduce un problema respecto al criterio de indivisibilidad.

En este sentido, si se toma a alguno de los elementos que componen el ambiente sin su función sistémica, se estará ante un bien divisible, correspondiendo al propietario su aprovechamiento en ejercicio de sus derechos individuales. Cuando el mismo bien se aprecia en su función ecosistémica, como componente del ambiente, se estará ante un bien colectivo.

Esta relación entre la naturaleza individual y colectiva de los derechos es tan estrecha que el uso o ejercicio de los derechos individuales sobre alguno de sus componentes puede alterar las funciones ecosistémicas del conjunto, entonces, sobreviene una colisión entre derechos que deberá ser resuelta proporcionalmente.

El Código Civil y Comercial recepta esta interpretación, cuando, luego de regular los derechos individuales sobre los bienes, establece en el art. 240: «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». Inmediatamente, al disponer los límites al ejercicio de los derechos individuales, define el límite de la órbita individual: «… 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».

Entonces, el ejercicio de un derecho sobre bienes individuales se restringe ante la sustentabilidad del ecosistema, la norma es precisa en sus expresiones, ordena

preservar el funcionamiento y la sustentabilidad de cada bien colectivo como integrante del ecosistema –los ecosistemas de la flora, la fauna, etc.–, de modo tal que se advierte la diferente categoría de derechos, la individual y la colectiva.

En la causa de la Laguna de la Picasa (2019d), la Corte precisa el nuevo enfoque jurídico: «El paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente».

Ya el art. 14 del CCyC establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. La referencia a la no afectación requiere ser interpretada conforme a la definición de daño ambiental del art. 27 de la LGA, que lo enuncia como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos, norma a la que reenvía el mismo art. 240 *in fine* del CCyC cuando establece que esa afectación debe ser según los criterios previstos en la ley especial.

En definitiva, el estatus normativo del bien colectivo se erige como algo funcional, en el que el mantenimiento de las interacciones ecosistémicas que lo definen constituye la condición y limite al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes individuales. Sin embargo, como se analiza en el Capítulo 3.4.3., dicha precedencia resultará condicionada a las comprobaciones fácticas de la afectación.

La Corte, en Kersich (2014a), considera fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

A partir de una concepción integral del bien ambiente, el aspecto funcional recogido en estas normas comprende también los valores culturales y los bienes inmateriales, esenciales para el desarrollo humano.

4.6. La regulación sistémica y la dualidad de derechos

Pero ¿cómo se compone la relación entre bienes individuales y colectivos? Rosatti aporta un entendimiento sobre este asunto cuando considera que el ambiente enmarca en la noción de universalidad jurídica, en la que el conjunto de bienes parciales que la integran adquiere o se reviste de una naturaleza jurídica diferente de la que representaba unitaria y originariamente; pero aclara que «considerar al ambiente como una universalidad no supone invalidar las regulaciones específicas sobre algunos de sus elementos»[487].

Se toma la idea de universalidad jurídica como una metáfora para explicar la relación entre un bien divisible y un bien indivisible cuando se ubican en un mismo conjunto de elementos naturales.

[487] Rosatti, 2004, pp. 46-47.

Por lo cual, los derechos individuales que recaen sobre los recursos naturales están sujetos a sus propias regulaciones en la medida que no interfieran en el funcionamiento ecosistémico del bien colectivo. Sin embargo, el paso de las regulaciones antropocéntricas a las eco-céntricas o sistémicas compatibilizan los intereses que subyacen en estos derechos.

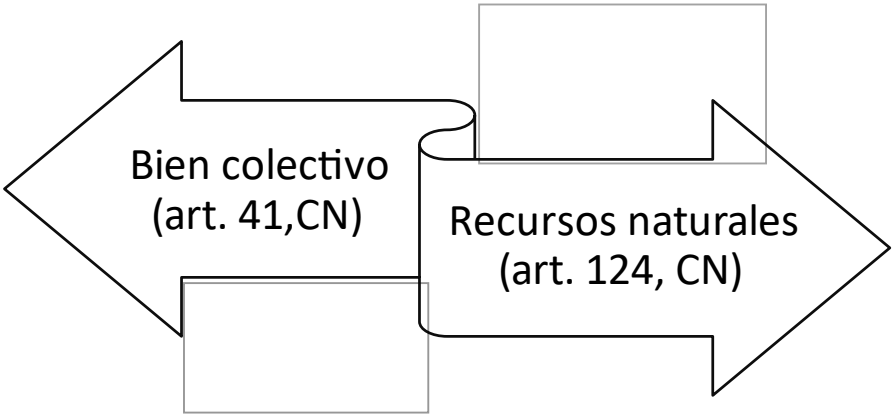
La CSJN, en Kersich (2014a), La Pampa (2017a) y Barrick (2019a), aborda esta cuestión cuando distingue que la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Para pasar, en el actual paradigma jurídico, a una regulación eco-céntrica, o sistémica, que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.

Así, la regulación sistémica comprende ambas relaciones, la individual y la colectiva, pero –aunque puedan referirse a los mismos elementos de la naturaleza– son categorías jurídicas de bienes que remontan a principios de derecho fundamental también diferentes. Esto supone que un régimen jurídico sistémico contiene disposiciones que conjugan o compatibilizan estas relaciones. Así, el bien colectivo agua, cuando reúne el estatus jurídico de tal, no es susceptible de ningún derecho individual, pertenece a la sociedad y debe ser preservado. Por su parte, cuando se concede para la satisfacción de intereses individuales, puede ser aprovechado, pero su ejercicio nunca podrá alterar la sustentabilidad del ecosistema al que pertenece (art. 240 CCyC), por lo que su regulación sistémica deberá responder a la preservación de esta condición.

Sobre la compatibilización de derechos, se remita al Capítulo 3.4.3.

Figura 22

El bien colectivo ambiente y los recursos naturales



5. Los derechos sobres los recursos naturales y el principio de utilización racional como principio de la sustentabilidad

5.1. El dominio originario: competencia de configuración de los derechos fundamentales

Definido el bien colectivo ambiente y efectuada la distinción con los derechos que pueden recaer sobre sus componentes, es esencial considerar cómo actúan los principios formales competenciales según sea el bien protegido por el derecho, sobre todo cuando a los recursos naturales se refieren.

Existe en la Constitución una estrecha relación entre el ambiente y los recursos naturales, relación que es puesta en evidencia por Rosatti cuando sostiene que:

> […] el art. 124 de la Constitución Nacional sobre el dominio originario provincial sobre los recursos naturales debe vincularse inexorablemente con el art. 41, pues se trata de normas complementarias. El art. 124 habla del dominio de los recursos naturales, el art. 41 habla de los criterios de utilización de esos recursos. Y en ambos se habla de la relación Nación-Provincias[488].

Pero esa vinculación no debe conducir a una confusión, Pigretti define el campo del derecho de los recursos naturales señalando que:

> [...] el estudio de las relaciones entre el hombre y la naturaleza, desde el punto de vista económico, han quedado preferentemente encerradas en lo que antes se denominaba derecho agrario y minero y que ahora, a instancias de un proceso de modernización que se ha desarrollado particularmente en nuestro país, se denomina derecho de los recursos naturales, de ahí que de ninguna manera pueda confundirse esta rama del derecho con el Derecho ambiental[489].

Por lo que el objeto y los contenidos son diferenciables: un bien indivisible conformado por interacciones ecosistémicas de pertenencia comunitaria define al ambiente; un bien aprovechable, susceptible de derechos individuales, define a los recursos naturales.

A partir de esto, corresponde deslindar la función de ambas normas constitucionales, recurriendo a la distinción entre principios sustanciales y principios formales, aclarando que en el Capítulo 6 se tratan estos últimos con mayor detalle. Expresa Borowski: «Lo más característico de los principios formales es que se otorga, a una persona o a un órgano, la competencia o el poder legal de determinar el objeto de optimización de un principio de derecho sustancial»[490]. Es decir, también son mandatos de optimización en el que el «algo» que ordenan lo es en relación con

---

[488] Rosatti, 2009.
[489] Pigretti, 1993, p. 47.
[490] Borowski, 2016.

un principio de derecho fundamental, atribuyendo para ello la competencia respectiva.

Entre las normas de competencia, las normas de configuración adquieren particular importancia. El concepto de configuración se relaciona con la actividad legislativa destinada a reglar el ejercicio de los derechos fundamentales. Alexy expresa: «Las normas de competencia crean la posibilidad de actos jurídicos y, con ello, la capacidad de modificar posiciones jurídicas por medio de actos jurídicos»[491].

Por su parte, Bernal Pulido precisa que la configuración legislativa de los derechos fundamentales consiste en la actuación del legislador tendiente a hacerlos funcionales, a posibilitar su realización, a trazar procedimientos y a establecer las condiciones necesarias para su ejercicio[492].

En definitiva, una norma de competencia de tipo configuradora atribuye al legislador la realización del derecho sustancial fundamental.

El concepto de restricción es opuesto al de configuración. La restricción es una norma que restringe o limita las posiciones *prima facie* de un derecho fundamental.

En efecto, Alexy proporciona un ejemplo: conforme la ley fundamental alemana, la libertad de reunión se garantiza cuando es «pacífica y sin armas», por lo que la libertad de reunión, cuando no es pacífica o lo es con armas, no goza de protección, siendo el propio constituyente el que establece la restricción al derecho fundamental[493].

Las restricciones de un derecho fundamental siempre tienen base constitucional, ya sean establecidas directa o indirectamente por la Constitución o por diversas formas de enunciación que pueden ser tácitas o expresas.

El carácter normativo, tanto de la configuración como de la restricción, motiva a acudir a estos conceptos para interpretar los enunciados constitucionales relacionados con la utilización racional de los recursos naturales (art. 41 CN) y el dominio originario sobre estos (art. 124 CN).

5.2. Interpretaciones sobre el dominio originario provincial

Se señala que la noción de dominio originario aparece confusa en sus interpretaciones, las que en ocasiones la identifican con potestades propias del dominio eminente o de la soberanía, o con otras figuras propietarias como los dominios público y privado[494].

Vera interpreta:

> Debo partir de la base de que adhiero a una visión «*propietarista*» del diseño constitucional del dominio público, pero no desde la configuración de este con los parámetros del derecho real de dominio regulado en el Código Civil, sino desde la idea de que la Constitución

---

[491] Alexy, 2012, p. 206.
[492] Bernal Pulido, 2014, p. 868.
[493] Alexy, 2012, pp. 249-250.
[494] Pinto, Martín, Torchia y Andino, 2011.

> Nacional previó la existencia de un derecho de propiedad en cabeza de los Estados Provinciales y Nacional, que por su particular función y su eventual uso público general tendrían un tratamiento distinto al dominio civil, y cuya regulación sería posteriormente delineada por las Provincias[495].

Para Rebase y Carbajales la gran definición de la Convención Constituyente, al calificar a ese dominio como originario, ha sido adoptar definitivamente el carácter público de los recursos naturales como bloque, *id est*, en tanto conjunto. Ergo, dicha clase de recursos ha pasado a formar parte de ese amplio ámbito que supone la tutela del Estado o del poder público en tanto regulador y legislador sobre sus usos y en beneficio del conjunto social, siendo su principal efecto la titularidad de los Estados provinciales en cuanto a su capacidad para regular intensamente el uso y disposición eventual de esos bienes públicos en beneficio de toda la sociedad. En algunos casos, supondrá facultades de propiedad, en otros solamente de regulación intensa[496].

Milani parte de analizar las posiciones de los convencionales constituyentes y no duda de que los inspiró la dimensión económica de los recursos naturales. Para este autor los convencionales aspiraban a obtener el producido económico de los recursos naturales. El constituyente transfirió una cierta facultad, a la que denominó «dominio originario», que no es el derecho real del dominio del Código Civil ni el dominio público del Estado. Concluye que, aunque la reforma constitucional transfirió el dominio originario a las provincias, no en todos los casos transfirió la jurisdicción, que en muchos casos sigue siendo federal. Lo que transfirió es el poder tributario y el poder de policía que implica el otorgamiento de concesiones y permisos, el contralor del ejercicio de estos y, especialmente, el poder de policía ambiental, por aplicación del art. 41 CN[497].

En la Convención Nacional Constituyente (1994) se trataron las convencionales cuestiones relevantes sobre ambas normas. De las actas[498] surgen las siguientes consideraciones:

1) Los convencionales constituyentes que observaron el dictamen de la mayoría sobre el art. 124, señalaron que el enunciado sobre el dominio originario introducía una confusión interpretativa grave.

2) El convencional Díaz Araujo impulsó la consideración del dominio eminente (potestas) sobre todos los recursos naturales, y del dominio originario (dominio) sobre los recursos minerales, energéticos y de todos aquellos que supongan la propiedad provincial y la consecuente concesión de sus usos.

---

[495] Vera, 2013.
[496] Rebase y Carbajales, 2011.
[497] Milani, 2010, pp. 123-147.
[498] Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1994.

3) Cuando abordaron el art. 41, algunos señalaron los problemas interpretativos que ocasionaría el concepto de uso racional, sin lograr diferenciarlo del bien colectivo ambiente y mucho menos con el dominio originario.

4) Conforme al despacho de la mayoría, respecto al uso racional imperó una idea genérica, vinculada al derroche y dispendio, respecto del cual correspondía una regulación mínima nacional.

Pasando las diversas interpretaciones por el tamiz de la teoría de Alexy, se selecciona la elaborada por Pinto, para quien el dominio originario se conforma, así como un dominio inicial, anterior a los regímenes de propiedad derivada, y conforma un derecho de señorío sobre las cosas a partir del cual el titular de este podrá disponer del destino de las cosas, *conformando* sobre ellas el régimen dominial que sea más útil al interés general[499].

Pinto expone una noción que armoniza las cláusulas constitucionales en virtual conflicto:

> Esta concepción, exige entonces diferenciar el contenido del dominio originario de las restantes instituciones dominiales que derivan a partir del primero. Dominio originario importa un derecho de naturaleza real pero nunca un derecho real de dominio regulado por normas civiles, o el derecho real de propiedad sobre las minas regulado por el derecho minero… En todas estas especies de dominios o propiedades derivadas, el contenido del derecho del particular estará dado por la *configuración* y regulación que de tal prerrogativa realice el orden jurídico y el título constitutivo de la misma[500].

Así, en materia minera está en juego un particular derecho de propiedad regulado por la Nación en el Código Minero, sin perjuicio del cual las provincias se resguardan numerosas normas de procedimiento y de uso para la explotación y aprovechamiento, todo ello conforme la competencia definida por el art. 75 inc. 12 de la CN. Acaecida alguna causal de extinción de estos derechos otorgados en favor de concesionarios de minas, corresponde, en ejercicio del dominio originario, dar vida a los nuevos derechos, disponiendo desde la posición de titular original otras propiedades derivadas hacia los nuevos concesionarios. Es el dominio originario una *competencia conformadora* de derechos de propiedad.

Las figuras de dominio derivado no extinguen al dominio originario, sino que este se mantiene latente, a la espera de renacer efectivamente en el caso de que el derecho derivado se extinga.

Recurre a una figura del derecho civil para explicarlo, expresando que actúa de manera similar al «dominio imperfecto»:

> Así, la idea del dominio originario provincial sobre todo recurso natural existente en sus territorios es compatible con las instituciones dominiales –sean estas de naturaleza patrimonial o extracomercio– constituidas sobre diversos recursos en titularidad de particulares o autoridades bajo

---

[499] Pinto, 2011, pp. 150 y ss.
[500] Pinto, 2011, p. 154.

> regímenes de derecho privado, e incluso con dominios públicos que ostenta la autoridad provincial o nacional sobre recursos provinciales. Esta compatibilidad es la que permite que a pesar de que el art. 124 CN expresa el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, tales recursos son «propiedad» de particulares y en ocasión del Estado nacional o sus dependencias[501].

5.3. El dominio originario como competencia configuradora

Aplicado al ordenamiento nacional, el concepto de norma de configuración resulta de que las provincias son titulares de una atribución competencial, siendo el enunciado normativo del art. 124 CN una regla cuyo objeto son los recursos naturales, con una consecuencia jurídica de tipo competencial: la atribución a las provincias de la potestad de configurar los derechos individuales sobre ellos, trazar procedimientos y establecer las condiciones necesarias para su ejercicio racional.

Es decir, la CN, en su función de organización del sistema federal de gobierno, atribuye a las provincias una competencia conformadora de derechos sobre los recursos naturales, correspondiéndoles dictar las regulaciones constitutivas o modificatorias de situaciones jurídicas que serán establecidas por el ordenamiento jurídico.

La tesis del dominio derivado de Pinto responde plenamente a la competencia de configuración conforme a la teoría de los derechos fundamentales.

5.4. La utilización racional: significado jurídico del enunciado normativo

La consecuencia de la interpretación expuesta es que el art. 124 CN es una norma competencial conformadora de derechos dominiales sobre los recursos naturales. La autoridad local, en ejercicio de su competencia configuradora, establece las reglas destinadas a la realización de estos derechos.

En esa tarea, por mandato constitucional, las autoridades deben proveer a su utilización racional, conforme lo dispone el art. 41, 2 párr., de la CN. Este mandato positivizado se cumple mediante las regulaciones que los titulares de los derechos dominiales deben cumplir.

Entonces, desde la perspectiva teórica se puede plantear si el uso racional integral el ámbito protección en sentido amplio del derecho de propiedad o del derecho al ambiente.

La respuesta requiere descubrir el significado jurídico del enunciado constitucional y de las normas adscriptas que lo precisan.

La LGA, bajo la denominación de principio de sustentabilidad, establece que *el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras*, esta

[501] Pinto, 2011, p. 152.

norma explicita que la gestión apropiada de los derechos sobre los recursos naturales con el ambiente es un deber para su ejercicio.

Mayor precisión se alcanza con el art. 240 del CCyC, cuando establece la regla de compatibilización del ejercicio de los derechos sobre los bienes individuales con los derechos de incidencia colectiva y dispone un límite al ejercicio de aquellos cual es la no alteración de la sustentabilidad ni el funcionamiento de los ecosistemas del que forman parte.

La interpretación de la regla de compatibilización es que el goce de condiciones ambientales sostenibles opera como presupuesto o precondición del ejercicio de los derechos sobre bienes individuales. Entonces, cuando se trata de los derechos de aprovechamiento sobre los recursos naturales, la compatibilización requerida precisa el uso racional del art. 41 de la CN y la gestión apropiada del ambiente de la LGA. Por lo que, cuando esa racionalidad en el uso se pierde o está en duda su adecuada gestión, el derecho individual entra en colisión con la sustentabilidad, correspondiendo a la proporcionalidad reestablecer la compatibilidad, como se trata en el Capítulo 3.4.3.

La relación es estrecha, pero se concluye que el uso racional de los recursos naturales es un principio de derecho fundamental que ordena un uso compatible con la sustentabilidad. Este mandato integra el ámbito protegido por la sustentabilidad constitucional y se determina en cada caso o situación a regular con el principio de proporcionalidad.

Es importante destacar que, en su devenir histórico, la utilización racional como parte de la teoría de los recursos naturales expresa el reconocimiento de la interrelación entre estos. Por ello, Mathus Escorihuela[502] considera que la actual gestión sustentable «no difiere de los fines que postula la Teoría General de los Recursos Naturales desde su aparición, en los estudios e investigaciones extranjeras y nacionales (Perkins Marsh, Gifford Pinchot, Cano, López, Catalano, Pigretti, y Valls, entre otros)».

6. Exámenes aplicando la fórmula de peso en casos de colisión de derechos sobre bienes colectivos, sociales e individuales

En el curso de la investigación se analizan colisiones entre el derecho al ambiente y otros derechos fundamentales. Con los conceptos desarrollados, se considera oportuno realizar un análisis metódico de la aplicación de la proporcionalidad en la resolución de dos casos por la naturaleza de los bienes en colisión, constatando las decisiones judiciales desde tal metodología.

6.1. Colisión entre bienes colectivos y sociales

Alexy hace referencia a la colisión entre derechos fundamentales sociales con otros derechos fundamentales sociales como así también entre derechos fundamentales sociales y derechos sobre bienes colectivos. «Un ejemplo del primero es la colisión entre un derecho al trabajo y un derecho fundamental ambiental»[503].

---

[502] Mathus Escorihuela, 2011.
[503] Alexy, 2012, p. 453.

Si la proporcionalidad, en la etapa de ponderación, dirime el conflicto entre derechos atendiendo a la importancia concreta de estos, a su peso abstracto y a la certidumbre de las premisas fácticas –integradas en la fórmula de peso– el análisis de la colisión entre el bien ambiente y bienes con un peso equivalente deberá centrarse en la importancia concreta de los derechos y la certidumbre. Esto sucede porque si los derechos son de naturaleza análoga, el peso abstracto tiene el mismo valor, por lo que este factor no dirimirá la controversia. Respecto a la certidumbre, hay dos posibilidades, si las premisas fácticas de ambos principios están suficientemente acreditadas no procede su ponderación; por el contrario, en caso de que esas premisas no estén suficientemente comprobadas deberá sopesarse la certidumbre con la importancia.

Este tipo de conflicto, luego de los exámenes de idoneidad y de necesidad de las circunstancias fácticas, requiere sopesar la importancia concreta para establecer el principio precedente y si media un empate o equivalencia entre los derechos en colisión, su resolución queda en el margen de discrecionalidad de la autoridad. Existe la alternativa de que sea necesario ponderar la certidumbre cuando no se haya alcanzado el nivel de cierto en la comprobación. La menor certidumbre operaria en contra del derecho correspondiente.

Un caso que sirve de ejemplo sobre este tipo de conflicto fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (SCJM), cuando aplicó expresamente el principio de proporcionalidad para alcanzar la decisión más razonable ante una colisión entre el derecho al ambiente y el derecho al acceso a la vivienda digna. Este último derecho califica como derecho social, pero como derecho de *acceso* a la vivienda de familias carenciadas también debe entenderse como colectivo, en tanto es indivisible para la población vulnerable y tiene jerarquía constitucional.

Dicho Tribunal (SCJM, 2006), en un proceso de amparo colectivo presentado por vecinos que se consideraban afectados por no cumplirse con el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) en la construcción de dos barrios populares colindantes, resolvió rechazar la suspensión de las obras en ejecución dispuesta por las instancias inferiores. Al respecto, la Corte, si bien entiende que se ha infringido la Ley 5961 General del Ambiente de Mendoza, que impone el procedimiento de EIA obligatoriamente, considera necesario aplicar el principio de proporcionalidad dadas las circunstancias del caso.

Al respecto, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, jueza preopinante, consideró:

> Un sector de la doctrina, a la que adhiero, sostiene que el principio de proporcionalidad también rige en las políticas ambientales. Su tratamiento es fundamental porque, frecuentemente, cualquier obra de cierta envergadura genera conflictos intersectoriales debido a los distintos valores y percepciones que los distintos grupos sociales tienen sobre cada uno de los aspectos implicados.

Para ello, comienza por analizar las condiciones fácticas del conflicto, distinguiendo entre obras en proyecto y obras en ejecución, a fin de estimar la

gravedad de las medidas adoptadas por los inferiores. Comprueba el avanzado estado de las obras de construcción de viviendas, prácticamente terminadas. También comprueba la no acreditación del daño ambiental invocado por los actores. Luego procede a ponderar el derecho social involucrado, considerando que esas viviendas están destinadas a familias carenciadas que se verían muy beneficiadas. Examina, en consecuencia, las medidas adoptadas por los inferiores y mide sus efectos en el derecho social afectado:

> [...] el juez no puede cerrar los ojos a una realidad incontrastable, cual es, que lo resuelto implica dilatar por largos meses la posibilidad de que familias carenciadas accedan a viviendas dignas. Esa dilación no tiene justificación desde que, si la construcción del barrio efectivamente genera problemas ambientales, se deberán tomar las medidas reparadoras que correspondan, pero las casas no serán destruidas pues tal «solución» sería totalmente contraria al principio de proporcionalidad y agudizaría el conflicto social.

Por lo que resuelve levantar la paralización de las obras para que las familias carenciadas accedan a viviendas dignas y condenar al municipio a evaluar la eventual afectación urbanística y realizar las medidas reparadoras correspondientes.

El levantamiento de la suspensión es la medida a ponderar en su importancia, al respecto, si se considera que su omisión afecta gravemente el derecho social y en forma leve o media el derecho urbanístico, la medida es proporcional. La falta de demostración del daño ambiental operó en contra de la pretensión de protección ambiental esgrimida por los vecinos, disminuyendo gravemente la certidumbre de las premisas fácticas del principio de sustentabilidad. Sin embargo, el fallo aplicó una medida de mitigación de las eventuales afectaciones resultante de los estudios requeridos, los cuales aportarían certeza al respecto.

Como los pesos abstractos equivalentes se anulan, la ponderación se realiza sobre dos variables, la importancia concreta y la certidumbre fáctica de la siguiente forma:

1) PRINCIPIO DE URBANISMO SUSTENTABLE (*Pi*):

La importancia de la intervención (afectación por construcción de barrios sin DIA) gradúa como grave $Ii = 4$

La certidumbre fáctica es baja (no se acredita el daño ambiental) $Ri = 1/4$

2) EL PRINCIPIO DE ACCESO A LA VIVIENDA DIGNA (*Pj*):

La importancia de la satisfacción (si no se levanta la suspensión, se priva el derecho de acceso) cataloga como intensa o grave $Ij = 4$

La certidumbre fáctica es alta, se acredita que los barrios están casi terminados $Rj = 1$

Representado conforme la fórmula de peso, si el principio a intervenir con el levantamiento de la suspensión (*Pi*) es el ambiente urbano y el principio para satisfacer (*Pj)* es el acceso a la vivienda digna, resultan los siguientes cocientes para cada principio:

$$Pi = \frac{4}{4} * \frac{\frac{1}{4}}{1} = \frac{1}{4}\,(0{,}25) \;<\; Pj = \frac{4}{4} * \frac{1}{\frac{1}{4}} = 4$$

$$Pi = 0{,}25 < \; Pj = 4$$

Por lo que el levantamiento de la suspensión que dispuso el Tribunal con el objeto de satisfacer el derecho al acceso a la vivienda es constitucional.

6.2. Colisión entre el derecho de propiedad y el derecho sobre bienes culturales

Interesa analizar el caso Zorrilla (CSJN, 2013), desde la perspectiva realizada por Valicenti[504], que trata la colisión entre derechos individuales (el derecho de propiedad) y derechos colectivos (de conservación y de acceso al disfrute del patrimonio artístico), aplicando la ponderación para sostener sus conclusiones.

En su análisis considera que existe dificultad para identificar el «caso colectivo», y, por el contrario, observa una tendencia generalizada a tratar los casos según la bilateralidad clásica a nivel de derechos individuales, sin tomar en cuenta el «dato colectivo» involucrado.

Toma para ello el caso Zorrilla (CSJN, 2013) cuyas circunstancias son las siguientes:

> La Ley 25.317 declaró como «monumento histórico-artístico nacional» al edificio de la «Casa Mansilla», llamado así por haber constituido la residencia de Lucio V. Mansilla, reconocido escritor y político argentino. Mediante dicho acto legislativo, que reconocía el valor histórico y el valor artístico -por su singularidad arquitectónica-, se calificó al inmueble como «bien cultural», el que quedó sometido al régimen de la Ley 12.665. Esencialmente, ello significaba que el inmueble quedaba sometido a una serie de limitaciones fácticas (no podía ser sometido a reparaciones, restauraciones ni podía ser destruido) y de limitaciones jurídicas (no podía transferirse, gravarse o enajenarse) sin la aprobación o la intervención de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos (art. 4 de la Ley 12.665). Tiempo después de la sanción de la ley, los propietarios iniciaron demanda pretendiendo que se declare la «expropiación irregular» o «inversa» (art. 51 de la Ley 21.499) y se condene al Estado Nacional a abonar la indemnización correspondiente.

[504] Valicenti, 2016.

La Corte hizo lugar a la expropiación considerando que era evidente el estado de deterioro y condenó al Estado a pagar una indemnización.

El autor observa que conforme al fallo se desprenden las siguientes premisas:

a) El Estado es el máximo responsable de la satisfacción del derecho colectivo a la preservación de los bienes culturales.

b) El rol del propietario se reduce al deber de soportar restricciones y limitaciones a su derecho de propiedad sobre el bien cultural, y no se reconocen deberes prestacionales a su cargo.

c) En la colisión entre el derecho fundamental individual de propiedad y el derecho fundamental colectivo de conservación del patrimonio cultural, el derecho de propiedad tiene un peso mayor, lo que produce una relación de precedencia condicionada a su favor, que a su vez genera una regla iusfundamental que permitirá subsumir casos similares.

Esto último lo deduce de la escasa responsabilidad que atribuye al propietario sin reconocer a su cargo obligaciones prestacionales, únicamente le atribuye «excepcionales» deberes de abstención: producto de la declaración (calificación) de la cosa inmueble como bien cultural, debe tolerar ciertas restricciones al dominio y soportar limitaciones a la celebración de contratos.

Valicenti[505] expresa que, en el Estado constitucional y convencional de derecho, una colisión de este tipo se resuelve mediante un juicio de ponderación (arg. arts. 1 a 3 del CCyC). Luego de explicar las reglas de la ponderación conforme Alexy, concluye que: «En pocas palabras, y según nuestro modo de ver las cosas, no existe el mínimo sacrificio al principio que protege el derecho fundamental de propiedad, lo que habilita a considerar que este ha tenido un «peso» mayor determinante en el juicio de ponderación del caso».

El trabajo de Valicenti indaga con profundidad este derecho colectivo y las condiciones de indivisibilidad y no exclusión de los bienes culturales. Sin embargo, cuando interpreta el fallo Zorrilla, acude directamente a la ponderación, sorteando la secuencialidad del examen de proporcionalidad, comenzando por la idoneidad y la necesidad de la medida de intervención, para recién entonces proceder a ponderar los derechos en colisión.

La primera cuestión, entonces, es si la expropiación tenía alternativas idóneas para satisfacer el derecho de incidencia colectiva. Es muy interesante observar que el fallo trae a colación antecedentes de proyectos de expropiación que destacan el enorme valor histórico del inmueble y que son los antecedentes de la Ley 25317. También considera que la ley nacional de expropiaciones atiende supuestos de expropiación irregular o inversa, tales como el requerido por la actora.

En cuanto a otras las alternativas, la Ley 25317 considera la de alcanzar un acuerdo entre los propietarios y el Estado. Al respecto, observa la Corte que el Estado

---

[505] Valicenti, 2016.

nada hizo para alcanzar una solución consensuada, ni antes ni durante el proceso. Por lo que la desecha como medida apta para lograr la satisfacción del bien colectivo.

Más aún, la Corte se vale de informes que describen el estado ruinoso en el que se encuentra la propiedad y que, en los diez años del proceso, las partes han quedado trabadas en un estéril cruce de imputaciones, en el que la «Casa Mansilla» pasó a un segundo plano.

La Corte también precisa que la declaración de monumento histórico artístico no supone por sí misma la expropiación, sino que es la sumatoria de elementos aportados a la causa la que justifica esa solución. Esos elementos «han puesto claramente en evidencia que la expropiación resulta ser en el caso *el único medio apto* para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el artículo 41 de la Constitución Nacional» y las leyes especiales.

Ya en el ámbito del examen de necesidad, que requiere se seleccione el medio idóneo menos lesivo al derecho a restringir, el fallo no descarta otras alternativas, pero las circunstancias fácticas aportan que la medida seleccionada, además de idónea, es necesaria para la decisión ante la situación imperiosa de salvaguardar el patrimonio cultural.

Ante una medida idónea y necesaria, corresponde pasar a la ponderación de los derechos en colisión. Así, la Corte entiende que ambas partes son responsables de esta situación, pero que es al Estado nacional al que corresponde el mayor peso del reproche porque debía cumplir con la manda constitucional de resguardar el patrimonio cultural.

Por lo que la importancia concreta resulta del efecto que la no adopción de la medida expropiatoria tendría en el derecho de incidencia colectiva a proteger –Capítulo 2.4.3. y 2.5.–; resultando que en el caso está acreditado que las consecuencias de la no expropiación, dada las condiciones de abandono y ruina inminente del inmueble, serían graves para el derecho a la preservación del bien cultural.

Por su parte, el mayor peso abstracto corresponde al patrimonio cultural por sobre el derecho de propiedad conforme art 240 CCyC.

La certidumbre es equivalente en ambos derechos, por lo que se anula.

De tal modo, cada variable ponderable se gradúa de la siguiente forma:

1) PRINCIPIO DE PROPIEDAD (*Pi*):

La importancia de la intervención o no satisfacción (extinción del derecho) gradúa como grave $Ii = 4$

El peso abstracto gradúa como medio (derecho individual, art. 240 CCyC) $Wi = 2$

2) EL PRINCIPIO PRESERVACIÓN PATRIMONIO CULTURAL (*Pj*):

La importancia de la satisfacción (si no se aplica la medida, ruina inminente) cataloga como intenso o grave $Ij = 4$

El peso abstracto (bien de incidencia colectiva, art. 240 CCyC) cataloga como alto $Wj = 4$

Llevado a la fórmula de peso, los cocientes respectivos son:

$$Pi = \frac{4}{4} * \frac{2}{4} = \frac{1}{2} (0{,}5) \; < \quad Pj = \frac{4}{4} * \frac{4}{2} = 2$$

$$Pi = 0{,}5 < Pj \; 2$$

Por lo que la intervención al derecho fundamental de propiedad es proporcionada, justificada en el mayor peso abstracto del derecho sobre el bien colectivo cultural. Este resultado es muy diferente a la interpretación de Valicenti.

Sin perjuicio de ello, se coincide con Valicenti en que la Corte no impuso ninguna prestación al Estado nacional, tal como ha hecho en causas ambientales, aspecto que justifica algunas de las observaciones de este autor.

7. Recapitulación

Se sintetizan los resultados alcanzados:

1) El ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible.

2) Los bienes colectivos, se caracterizan por presentar una estructura no distributiva, son indivisibles.

3) El bien colectivo comprende el sistema natural y el sistema social en su interdependencia, en un espacio definido y en un tiempo diacrónico.

4) El sistema social integra el ecosistema.

5) La indivisibilidad que caracteriza el concepto de bien colectivo ambiente proviene de las interacciones que no pueden ser descompuestas ni desgajadas sin abandonar su entendimiento como un todo.

6) El desarrollo sustentable requiere la compresión de la esencial interdependencia de la sociedad humana y el ambiente natural, actuando aquella sobre el sistema natural en el margen que le permite su resiliencia y procurando su desarrollo adaptativo.

7) El desarrollo adaptativo –como habilidad de los sistemas sociales de ajustarse a cambios– es esencial porque el desarrollo ecológicamente sustentable no es simplemente cuestión de un armonioso balance con el medio ambiente.

8) La indivisibilidad se refiere tanto a la dimensión fáctica como a la jurídica del bien; en este último caso nadie tiene derecho a excluir a otro de su disfrute.

9) Los términos constitucionales «sano y equilibrado» que califican al bien protegido aluden a la interacción permanente y armónica de los elementos constitutivos del ecosistema, a su función en el mantenimiento de su equilibro natural. La aptitud para «el desarrollo humano» alude a las interacciones con el sistema social.

10) Las dimensiones físicas, territoriales y temporales en las que suceden las interacciones, deben ser especialmente consideradas en los exámenes facticos de la proporcionalidad.

11) Estas dimensiones fundamentan los criterios de sustentabilidad futura y de territorialidad ambiental.

12) La titularidad colectiva es una consecuencia de la indivisibilidad del bien ambiente. Las generaciones futuras, como sujeto del derecho al ambiente, tienen fundamentación en la dimensión intertemporal (diacrónica) del bien protegido.

13) La sustentabilidad futura responde a la dimensión intertemporal del bien.

14) Los recursos naturales son bienes divisibles susceptibles de derechos dominiales.

15) El dominio originario reconocido a las provincias en al art. 124 de la CN es una norma de competencia configuradora de derechos fundamentales individuales sobre los recursos naturales.

16) La utilización racional de los recursos naturales es un principio de la sustentabilidad de carácter compatibilizador, que se precisa en la LGA y en el art. 240 del CCyC.

17) En caso de colisión entre el derecho de aprovechamiento sobre los recursos naturales y el derecho de incidencia colectiva, la compatibilización requiere de la proporcionalidad.

Capítulo 6. Los principios formales y la sustentabilidad

1. La reconfiguración estatal y el Estado Ambiental de Derecho

Los principios formales se refieren a la organización y a los procedimientos, trazan la arquitectura del poder para la defensa y protección de los derechos sustanciales, comprendiendo los principios democráticos, de división de poderes, el federalismo, los procedimientos administrativos y los procesos jurisdiccionales vinculados a la organización y funciones del Estado.

Gil Domínguez[506] expresa que el Estado constitucional de derecho presenta una dimensión de la validez dual. Por un lado, se ubica la validez formal que se vincula con la competencia del órgano y el respeto de las formas de producción del derecho. Por el otro, se encuentra la validez sustancial compuesta por los derechos fundamentales (provenientes de la textualidad constitucional) y los derechos humanos (procedentes de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos).

Entonces, la dimensión formal es el espacio donde lugar la labor de realización de los derechos sutnaciales. En efecto, cuando se analiza la estructura operativa del derecho al ambiente en el Capítulo 4, se manifiesta que la evolución de la configuración de la organización estatal debe responder adecuadamente a las prestaciones que irroga. En este sentido, se recalca que la «dimensión objetiva» de los derechos fundamentales considera que el aparato estatal no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos[507].

Así, cuando –materializando el deber de las autoridades de proveer a la protección del derecho al ambiente que estipula el art. 41 de la CN– el art. 5 de la LGA dispone que todos los niveles de gobierno deben cumplir con los principios de derecho ambiental, pone en acción el deber tutelar constitucional, impeliendo un proceso de trasformación institucional para la conformación de un Estado de Derecho ambientalmente orientado.

En efecto, la reconfiguración estatal analizada desde la evolución de los derechos permite advertir que, frente a los derechos individuales del Estado liberal burgués, un Estado mínimo era suficiente para su defensa, pero con el advenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales se impuso a la autoridad deberes prestacionales que renovaron su papel de garante en forma diferenciada a otros sujetos pasivos obligados[508]. Cuando se incorpora el derecho al ambiente como principio constitucional, la protección de un titular comunitario intergeneracional y un bien protegido de especiales características exigen deberes defensivos y múltiples prestaciones normativas y fácticas, siendo una demanda compleja que requiere reconfigurar la organización y funciones del Estado de Derecho para su satisfacción.

Se ha destacado la complejidad de este proceso reconfigurativo:

> La capacidad de lo ambiental para converger y yuxtaponerse, su carácter poliédrico y su vis expansiva obligan a un replanteamiento completo del Estado social que lo asuma impregnando las políticas

---

[506] Gil Domínguez, 2009.
[507] Tole Martínez, 2006, p. 264.
[508] Pinto y Andino, 2016, p. 4.

> sociales y económicas de componentes ambientales. Se trataría de lograr un Estado social ambientalmente orientado[509].

Se habla del Estado Ambiental de Derecho como fórmula superadora del Estado Social de Derecho para significar que la preocupación ambiental es un factor determinante de la forma de Estado de nuestros días. Esto no implica solo una apuesta ideológica, sino que supone, sobre todo, importantes consecuencias prácticas que repercuten en los ámbitos sociales y económicos[510].

En el derecho nacional, fue Quiroga Lavié quien anticipó esta consecuencia a partir de la cláusula ambiental constitucional:

> Es tan rico y completo el sistema normativo introducido por el constituyente en la reforma de 1994, regulando tanto la sustancialidad del «ambiente», en función de precisos objetivos de «salud», «equilibrio» y tutela de la «diversidad biológica», así como en relación con su «utilización racional», no solo respecto de los «recursos naturales», sino con expresa inclusión del patrimonio cultural, que bien podemos sostener que estamos en presencia de un verdadero «estado ecológico de derecho», de carácter pleno e integral[511].

Quiroga Lavié toma este concepto de la doctrina alemana (*Wütemberger*) a la vista de una solitaria norma, mucho más escueta que el texto constitucional argentino, incorporada el 27 de septiembre de 1994 a la Ley Fundamental de Alemania a continuación de la norma que caracteriza a esa república federal (art. 20.a)[512].

En la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental[513], Río de Janeiro, Brasil, se lo define como:

> [...] el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivos y procesales que incorpora los principios del desarrollo ecológicamente sostenible en el Estado de Derecho. El fortalecimiento del Estado de Derecho en materia ambiental constituye la clave para la protección, conservación y restauración de la integridad ambiental. Sin él, la gobernanza ambiental y el cumplimiento de los derechos y obligaciones podrían tornarse arbitrarios, subjetivos e impredecibles.

Esain también explica la necesaria reconfiguración del Estado:

> Es importante entonces saber que todo el andamiaje público debe reconsiderarse en cortejo de las pautas internas del derecho al ambiente. Detrás impone y da fuerza a este nuevo desarrollo hermenéutico la estructura de contenidos que rodean al derecho al ambiente de modo

---

[509] Canosa Usera, 2006, p. 16.
[510] Comastri y Villalba, 2018.
[511] Quiroga Lavié, 1996, p. 950.
[512] Robles Pellegrini, 2018, p. 63.
[513] UICN, 2016.

> integrado: acceso a la información, participación ciudadana, énfasis preventivo, precautorio, progresivo (y no regresivo), entre otros elementos[514].

Desde esta perspectiva, la Corte IDH, en la Opinión consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017[515], describe las obligaciones de los Estados, que se sintetizan en la obligación de prevenir daños ambientales significativos; en identificar las principales medidas de prevención y en un actuar conforme al principio de precaución. En consecuencia, requiere a los Estados la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información, de garantizar el derecho a la participación pública de las personas en la toma de decisiones y políticas y de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente. Todo lo cual se contempla en el Acuerdo Regional de Escazú, ratificado por Ley 27566.

Lo sustancial y formal converge en esta enumeración, donde la satisfacción del derecho al ambiente requiere tanto de una adecuada organización como de procedimientos eficaces por parte del Estado.

No debe perderse de vista que, correlativamente a ese deber estatal, hay un sujeto que titulariza el derecho, capaz de demandar prestaciones normativas y fácticas. Esto implica que la relación bilateral propia del esquema tradicional de los derechos subjetivos se torna en trilateral, de modo que, junto a los sujetos activos y pasivos, aparece la autoridad pública como sujeto garante diferenciado de otros sujetos que puedan resultar obligados[516].

La CSJN (2016c) identifica la evolución en la configuración del Estado para la realización de la sustentabilidad:

> […] la Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente.

Cafferatta y Peretti comentan que este párrafo es consecuencia directa de la interpretación que ha ido desarrollando la propia Corte de la cláusula ambiental constitucional. Entienden que se trata de la observación por parte de la Corte de un proceso evolutivo; proceso que debe recorrer mucho más camino para su plena consolidación[517].

Los referidos autores, ante el surgimiento del Estado Ambiental de Derecho, se plantean su efectividad en el marco del Estado Constitucional de Derecho tal como se

---

[514] Esain, 2017, p. 29.
[515] Corte IDH, 2017.
[516] Pinto y Andino, 2016, p. 4.
[517] Cafferatta y Peretti, 2019, p.199.

presenta, o si esa efectividad impone una nueva lectura tanto del Estado como de la Constitución.

Consideran que:

> […] siendo que la problemática ambiental debe entenderse a nivel global, el logro de la eficacia del Derecho ambiental pareciera exigir una visión expansiva de ese Estado Constitucional de Derecho, o al menos particularmente de los principios de protección ambiental constitucionalmente consagrados por sobre la estructura clásica del Estado[518].

Esain, al respecto, subraya: «Como se puede advertir, es necesario ir más allá del Estado social de derecho, para alcanzar objetivos universales, mundiales, globales, intergeneracionales. Esto sumará al modelo social la tesis de las obligaciones positivas, prestacionales, un modelo que pretende mejorar las condiciones existenciales»[519].

En estas citas destaca la necesaria reconfiguración del Estado para la mayor realización de la sustentabilidad, cuestión ínsita en la teoría de los principios en cuanto la mayor realización de los principios sustanciales constitucionales corresponde a los principios formales. El presente Capítulo da una visión sobre la función de los principios formales en el proceso de configuración del Estado argentino cuando la sustentabilidad es su cometido.

2. Los principios formales, validez y ponderación

2.1. Clasificación y principios configuradores

Los principios formales constitucionales tienen diversidad y su función en la organización y procedimientos estatales requiere deslindar su objeto para un análisis adecuado.

Ferreyra realiza una clasificación que interpreta a los principios formales como garantías del Estado Constitucional de Derecho argentino, distinguiendo las garantías de la Constitución, las garantías de los derechos constitucionales, las garantías orgánicas para la defensa de los derechos fundamentales y las garantías supranacionales para su defensa[520].

1) Las garantías de la Constitución se refieren a la separación, a la organización y al equilibrio de las funciones de los poderes del Estado con la finalidad exclusiva de limitar el poder y que los gobernantes se sometan a los postulados establecidos en la Constitución, y están dadas por la división de poderes, el federalismo, la forma democrática, la regulación progresiva de los derechos subjetivos por parte del Congreso de la Nación, entre otras.

---

[518] Cafferatta y Peretti, 2019, p. 202.
[519] Esain, 2017,p. 202.
[520] Ferreyra, 2009, pp. 261-264.

2) Las garantías de los derechos constitucionales están representadas por las técnicas destinadas a dotar de operatividad a estos. Se encuentran entre ellas: la información, la participación en los procedimientos, el acceso a la jurisdicción, entre otras.

3) La garantía orgánica para la defensa de los derechos fundamentales, donde identifica, como ejemplo, la constitucionalización del Defensor del Pueblo cuya misión es la defensa de los derechos fundamentales.

4) También suma a estas categorías la garantía supranacional para la defensa de los derechos fundamentales.

De este catálogo, los principios formales esenciales en la configuración de la organización del Estado argentino son la división de poderes, el federalismo y la democracia.

Conforme la Constitución Nacional, la competencia asignada a las autoridades se fragmenta en su ejercicio tanto desde el punto de vista horizontal (división de poderes) como vertical (federalismo). Esta fragmentación de los poderes estatales consiste, desde una perspectiva normativa, en distribuir atribuciones entre poderes constituyentes y poderes constituidos, y luego entre el Estado federal y provincias, y finalmente, generar las distintas competencias de los órganos e instituciones[521]. También se encamina a asegurar el goce efectivo de los derechos en cuanto los diversos estamentos y órganos, al desempeñar separada y coordinadamente las funciones estatales, se controlan y frenan recíprocamente, impidiendo que cada uno de ellos exceda su competencia constitucional.

El principio de división de poderes consiste en el reparto de funciones dentro de la tríada que compone el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. A cada uno corresponde su propia función: función legislativa, función administrativa y administración de justicia (o jurisdicción).

El diagrama actual de la Carta Magna incluye otros órganos distintos a los tres tradicionales, tales como la Auditoría General (artículo 85), el Defensor del Pueblo (artículo 86), el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Ministerio Público (artículo 120)[522].

El principio federal se sustenta en el federalismo como forma de gobierno establecida en el art. 1 de la CN, y se ajusta al art. 121, por el que las atribuciones del Gobierno nacional son consecuencia de la delegación expresa de competencias originalmente provinciales. Por su parte, en lo que refiere a esta investigación, en materia ambiental, el art. 41 de la CN, establece una competencia compartida para la emisión de la norma ambiental que se aborda en el punto 4.3. de este Capítulo.

El principio democrático refiere a la democracia, la que –como afirma Ferreyra– cumple un doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria de los argentinos. Es el principio que informa y nutre el proceso de configuración de la Ley Fundamental. Luego, la participación popular –con sus reglas y mecanismos para la obtención de resultados y conformidades– es columna

---

[521] Ferreyra, 2009, p. 269.
[522] Anselmino, 2016, p. 193.

vertebral del principio democrático, brújula que orienta propiamente la aplicación de las disposiciones constitucionales. Enfatiza su vinculación con los derechos fundamentales diciendo: «Yendo aún más lejos, insinúo que el respeto de los derechos fundamentales y el ejercicio del poder se hallan ligados, sin vacilaciones, por la impronta del sistema democrático establecido por la Constitución»[523].

2.2. Los principios formales y la validez normativa

Al igual que los principios sustanciales, los principios formales constitucionales son mandatos de optimización que requieren que algo se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas existentes. En lo que difieren con los principios sustanciales es en el «algo» que conforman el objeto que debe ser optimizado. Mientras que en los principios sustanciales o materiales el objeto de optimización son ciertos contenidos, como, por ejemplo, la vida, libertad de expresión, el mínimo vital, y la protección del medio ambiente; el objeto de los principios formales es *la optimización de las decisiones* sin tener en cuenta su contenido. Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada[524].

La validez formal y social adquieren una especial relevancia en la emisión de la norma. En efecto, cuando en el Capítulo 1 se trató la norma adscripta de derecho fundamental se expresó que una adscripción se lleva conforme a derecho cuando la norma adscripta puede catalogarse como *válida.* Tanto para la teoría principialista como para la teoría positivista, la validez formal y social es una condición del acto[525]. La validez formal se vincula con la competencia del órgano para expedirla; la validez social con la eficacia o aceptación social, y se trata en el punto 7.1. de este Capítulo.

Entonces, el criterio formal de validez, que se vincula con la competencia del órgano para expedirla, será el punto de partida de los enunciados jurídicos con validez[526]. Como expresa Borowski, los principios formales garantizan la competencia del órgano para crear una meta a optimizar en el sentido de la teoría principialista[527].

Así, sobre la validez normativa, la Corte interpreta que: «el objeto del acto normativo en cuestión tiene que evidenciar su necesaria vinculación con la competencia constitucional en razón de la materia que pretendió ejercerse en él» (CSJN, 2021b).

Una consecuencia lógica sobreviene: si la optimización del principio sustancial corre por el carril de la competencia asignada y el ejercicio de esta tiene por objeto una decisión óptima sobre aquél, resulta que en el ejercicio de la competencia incide un deber de optimización para la realización efectiva del derecho sustancial. Sin esa efectividad, el principio formal no cumplirá con su fin, frustrando la realización del

---

[523] Ferreyra, 2006, p.35.
[524] Alexy, 2014, p. 20.
[525] Alexy, 2004, p. 14.
[526] Pérez Jaraba, 2011, pp. 204-205.
[527] Borowski, 2016.

principio sustancial; esto supone una interacción compleja donde lo sustancial y lo formal se encuentra imbricados.

En Majul (CSJN, 2019b), la Corte lo explica cuando considera, respecto de la acción de amparo rechazada por el Superior Tribunal de Entre Ríos, que su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias.

Hasta aquí, puede sintetizarse que a los principios formales corresponde la optimización de los derechos fundamentales y que se definen como un mandato de mayor realización del derecho material dirigido al titular de la competencia.

2.3. El orden marco y el margen de acción estructural

Ahora, entendido que a la autoridad corresponde la optimización del principio sustancial mediante el ejercicio de su competencia, la cuestión es cómo se delimita el espacio o margen de su ejercicio para establecer la norma válida de derecho fundamental.

La explicación parte del orden marco en el que se desenvuelven las competencias estatales. En efecto, la teoría de los principios concibe un orden marco, en el sentido de límite, en el que se desenvuelven las funciones del Estado conforme lo ordenado o prohibido. El marco es aquello que la Constitución ordena y prohíbe definitivamente. Así, lo ordenado en materia ambiental es la protección ambiental. Pero, adentro de este límite, hay un margen de acción para la realización del derecho fundamental, en tanto si algo no está ordenado ni prohibido, está permitido hacerlo u omitirlo. *Si está permitido hacerlo u omitirlo, es una margen de acción discrecional*. De este modo, el margen de acción discrecional consiste exactamente en las alternativas que han sido confiadas a la autoridad por no estar ordenado ni prohibido. Por esta razón, puede denominarse «espacio de discrecionalidad». Así, lo que no está ordenado ni prohibido, es aquello que se encuentra en el interior del marco. Este margen de acción es de tipo estructural[528].

El ejercicio discrecional inconstitucional tiene lugar por sobreprotección o por desprotección. La sobreprotección supone una intervención en exceso o arbitraria en los derechos fundamentales; mientras que la desprotección es una protección insuficiente del derecho fundamental. En ambos supuestos se está afuera de lo ordenado o prohibido por el orden marco.

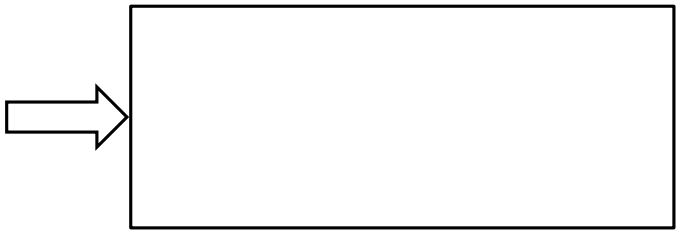
Dentro del orden marco, la competencia discrecional de tipo estructural se ejerce mediante la aplicación de la proporcionalidad. En el sistema jurídico argentino, este margen competencial se corresponde con la razonabilidad de las decisiones y se encuentra reconocido básicamente en un conjunto de normas conforme se trata en el Capítulo 3.5.1.

---

[528] Alexy, 2002, p. 21.

Figura 23

El orden marco



Para definir la competencia discrecional dentro del orden marco, Alexy distingue tres márgenes de acción estructurales: a) el margen para la fijación de fines, b) el margen para la elección de medios y c) el margen para la ponderación. En estos márgenes se desenvuelve la labor que entrañan los distintos exámenes del principio de proporcionalidad, como se trata en el Capítulo 2.4. y en el Capítulo 3. 4.

Dentro del fin *mediato* constitucional[529], que es lo ordenado –por ejemplo, la protección del ambiente– existe un margen de acción con respecto al grado en que debe promover la satisfacción de este, en tanto, los derechos a protección como principios siguen exigiendo, *prima facie*, que se otorgue más protección. Por lo que la fijación de fines *inmediatos* integra el margen de discrecionalidad que establecerá los grados de realización.

Esto es conforme con lo expresado por la CSJN en la causa Mendoza (2006c), cuando dirigiéndose a las autoridades demandadas indica que no existe discrecionalidad con respecto a la decisión de si debe otorgarse o no protección, en tanto el fin de protección establecido en el art. 41 de la CN está ordenado. De este modo, la discrecionalidad para la fijación de fines se refiere a la discrecionalidad con respecto al *grado* en que debe promoverse un objetivo[530].

En consecuencia, si al intervenir en un derecho fundamental, no se persigue ningún fin, o persigue un fin constitucionalmente ilegítimo o irrelevante, la decisión deberá ser declarada inconstitucional por ser arbitraria. La no realización del fin constitucional es una protección deficiente o una desprotección inconstitucional[531].

La realización de los fines requiere de medidas de concreción, por lo que el segundo margen estructural de acción es el que refiere a la elección de los medios idóneos y necesarios, que entra en escena cuando las normas de derecho fundamental

[529] La distinción entre fines mediatos e inmediatos se realiza en el Capítulo 2.4.1.
[530] Alexy, 2009a, pp.81-82.
[531] Bernal Pulido, 2014, p. 907.

no sólo prohíben ciertas intervenciones –propio de los derechos de defensa–, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección. La estructura de los derechos a protección difiere en un aspecto fundamental de la de los derechos de defensa. Los derechos de defensa son prohibiciones de destruir, de perjudicar, etc., y se cumplen mediante las respectivas abstenciones. Los derechos a protección son mandatos de proteger, apoyar, etc., y su satisfacción requiere examinar múltiples alternativas, siendo por ello poseedores de una estructura alternativa que admite grados de realización[532].

Cumplidos los exámenes de idoneidad y necesidad, relacionando los medios con los fines, corresponderá considerar los principios que juegan en sentido contrario. Este es el margen de ponderación que examinará la importancia concreta, el peso abstracto y la certidumbre de los principios en colisión.

De tal manera, que el margen de acción estructural explica el espacio en el que se desenvuelve el ejercicio competencial mediante la aplicación de la proporcionalidad y el resultado será la norma precisante o norma adscripta de derecho fundamental.

2.4. La variable certidumbre y la ponderación de segundo orden

En cuanto a la ponderación de las variables que conforman la fórmula de peso, la variable certidumbre concita la mayor atención y críticas de los autores. Esta supone una ampliación de la competencia de la autoridad. Interesa porque Alexy considera que los principios formales juegan un papel particularmente importante en la justificación de esta variable en la fórmula de peso. Sin embargo, los comentarios críticos observan la introducción en la fórmula de peso de los principios formales en cuanto quitaría precisión a sus resultados. Incluso afirman que transforma a la fórmula de peso en una ecuación aritmética arrevesada[533]. Se anticipa que la réplica del jurista alemán explica la variable certidumbre de un modo muy diferente a lo que interpretan sus críticos.

Como se trató en el Capítulo 2.7., la optimización de los principios de derecho fundamental no es solo una optimización material sino también epistémica. En efecto, Alexy incorpora, fuera del orden marco, el margen competencial epistémico o cognitivo cuando son inciertos los conocimientos acerca de lo que está ordenado o prohibido, o confiado a la discrecionalidad por los derechos fundamentales. En tales supuestos, de acuerdo con el Estado de Derecho, está permitido a la autoridad competente decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben. Como no siempre se alcanza la certeza plena en las premisas de los derechos fundamentales, se reconoce este margen competencial epistémico a la autoridad. Lo contrario sería dejar sin protección a los derechos que no alcanzan en un caso o situación a regular la certeza absoluta de sus premisas.

Luego de esto, Alexy explica la relación entre principios formales y materiales a partir del principio formal democrático que inviste de competencia al legislador[534].

---

[532] Alexy, 2009a, p. 55.
[533] Etcheverry, 2021, p. 237. Además, el trabajo de este autor sistematiza las observaciones críticas.
[534] Alexy, 2014, p. 21.

Al respecto, sostiene, existen dos clases de discrecionalidad: la sustancial o estructural y la epistémica. La discrecionalidad estructural –tratada *ut supra*–, se compone de todo lo que las normas constitucionales ni ordenan ni prohíben y lo que no está ordenado ni prohibido está permitido. En tal caso, el legislador es libre donde no existen obligaciones, esto no requiere justificación. Por tal razón, los principios formales no juegan un papel en la fórmula de peso con respecto a la discrecionalidad sustancial.

Pero, cuando se trata de la discrecionalidad epistémica, es decir, cuando el conocimiento sobre lo que está definitivamente prohibido, ordenado, o permitido por las normas constitucionales es incierto, se conforma el espacio en el que los principios formales juegan un papel decisivo en la ponderación.

Ahora bien, en relación con el tema tratado, se suscita el planteo de si es posible ponderar principios formales con principios sustanciales. La respuesta parte de considerar dos posibilidades extremas: si el principio formal no fuera reconocido, el principio material de los derechos fundamentales excluiría cualquier interferencia sobre la base de premisas simplemente plausibles o no evidentemente falsas, lo que supondría que únicamente se aplicarían principios con premisas plenamente acreditada. Si se otorgare dicha precedencia a los principios materiales se produciría una total parálisis legislativa debido a que en muchas áreas del Derecho prácticamente no existen premisas que sean absolutamente verdaderas. Es lo que sucedería en el derecho ambiental.

El otro extremo es: si la precedencia rígida se otorgare en favor de los principios formales, se permitiría que el legislador base la afectación de un derecho fundamental en premisas inciertas e, incluso, falsas. Esto supondría desconocer que estos derechos exigen para sí el mayor grado de realización posible en función de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto.

Entonces, sobre la posibilidad de ponderar principios formales con principios sustanciales, la respuesta de Alexy es afirmativa, pero se realiza a través de la ponderación de segundo orden, entendida la fórmula de peso como la ponderación de primer orden.

La ponderación de segundo orden deviene en la puerta de entrada a la ponderación de las premisas cuya fiabilidad está por debajo del nivel de certeza, es decir, cuando son plausibles o no evidentemente falsas. Su función es ponderar un principio material con uno formal, *correspondiendo a este último asignar el grado de certeza de los principios en colisión*; por lo que esta asignación será admitida en la fórmula de peso en la variable certidumbre en virtud del principio formal. Es en este punto que se procede a completar la fórmula de peso, ponderando variables materiales con las epistémicas[535].

Concluye que la variable certidumbre (*R*) de la fórmula de peso expuesta en el marco conceptual (Capítulo 2) no es un principio formal, pero es indirectamente

[535] Alexy, 2016.

establecida por el legislador legitimado democráticamente, quien, en virtud del principio democrático, requiere que la fiabilidad de la variable certidumbre se inserte en la fórmula del peso[536].

De esta manera se fundamenta la incidencia del principio democrático en la ponderación, pero Alexy también afirma que, según el principio del Estado de Derecho, la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del Derecho ordinario o la valoración de las pruebas[537].

Por lo que, dado que en materia ambiental el deber constitucional de protección corresponde a todas las autoridades según la competencia atribuida, la variable certidumbre deberá ser graduada en cada función y nivel de decisión según su competencia.

Las comprobaciones sobre la incidencia de esta variable en la ponderación de la sustentabilidad, aplicando la fórmula de peso, se encuentran tratadas en el Capítulo 3.6. y en el Anexo 1, en las causas Cruz (CSJN, 2016a) y Barrick (CSJN, 2019a).

La importancia de lo expuesto reside en que las posibilidades epistémicas establecen límites adicionales a los mandatos de optimización, en cuanto se parte de la base de que no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios fundamentales en colisión[538].

3. Los principios formales y las tensiones competenciales

3.1. Las tensiones competenciales y la eficacia requerida

La organización y los procedimientos se dirigen a la defensa y protección de los derechos fundamentales. A las autoridades competentes corresponderá la realización de los derechos fundamentales mediante decisiones proporcionales.

En relación con el Estado argentino, el mandato de optimización de la protección ambiental *se impone a todas las autoridades, según su competencia*. Es decir, se realiza en todas las funciones y niveles del gobierno, federal, provincial y municipal, conforme a la competencia constitucionalmente atribuida.

Esto coincide con lo expresado por Portocarrero Quispe cuando sostiene que:

> Toda autoridad con capacidad decisoria, basada en su norma de competencia, puede pretender para sí la validez *prima facie* de sus decisiones. En consecuencia, los principios formales no solo estarían del lado del legislador parlamentario sino también del lado del legislador ejecutivo y de la jurisdicción, sea esta constitucional u ordinaria[539].

Los principios formales, en tanto mandatos de mayor realización del derecho material dirigido al titular de la competencia, genera tensiones relacionadas con la identificación del margen competencial que corresponde a cada autoridad. Los

---

[536] Alexy, 2014, p. 29.
[537] Alexy, 2014, p. 26.
[538] Bernal Pulido, 2007a, p. 291.
[539] Portocarrero Quispe, 2011.

contornos del orden marco no siempre son precisos, y requieren interpretación o precisión.

Sobre este problema, la CSJN (2017c) reconoce:

> Que, en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, las previsiones constitucionales –aún las más exactas– suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas, pero insuficientemente reguladas, y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto.

Entonces, las tensiones son de dos tipos, la que corresponden a la optimización de los principios formales para la eficaz realización de los derechos y las vinculadas a la delimitación de la competencia atribuida a la autoridad respectiva.

En materia ambiental estas tensiones comprenden el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales del Estado.

3.2. Proporcionalidad institucional. Federalismo. Concepto e interés de su adopción

La naturaleza federal del Estado argentino lleva consigo un complejo sistema en el que simultáneamente subsisten dos órdenes de gobierno en un mismo territorio, el que corresponde al Estado Nacional y el propio de los Estados provinciales. Entre ellos, existe una distribución constitucional de competencias normativas, donde el dictado de algunas reglas ha sido delegado en el Congreso Nacional, otras reservadas en la autoridad provincial, algunas pueden ser dictadas en concurrencia, e incluso en forma compartida cuando el orden local complementa la regulación nacional.

Para el análisis de tal sistema, dentro del concepto de Estado Ambiental de Derecho, es de utilidad recurrir al concepto de proporcionalidad institucional vigente en el ámbito de la Unión Europea, donde la proporcionalidad aplicada a las relaciones entre Estados se denomina institucional[540] u orgánica[541], y encuentra un amplio desarrollo en el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su Protocolo (N°2), y en la directriz integrada del año 2015, expedida por la Comisión Europea, sobre cómo mejorar la elaboración y control de la legislación en base a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En los ámbitos nacionales también se emplea este concepto, señala Sánchez Gil al respecto, que en el derecho alemán se alude al uso «orgánico» de la proporcionalidad en la delimitación de la competencia entre órganos estatales, o entre la Federación y las entidades federativas[542].

---

[540] Arnold, et al., 2012, pp. 74-75.
[541] Sánchez Gil, 2017, p. XVI.
[542] Sánchez Gil, 2018, p.XVI.

Proyectado a la organización del Estado argentino, la proporcionalidad institucional refiere al ejercicio armónico de las competencias entre los estados que conforman la federación, más cuando la protección ambiental responde a una particular modalidad en el reparto de la competencia regulatoria y ejecutiva entre las jurisdicciones que lo integran. Su objeto, entonces, es la compatibilización que deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales en el ejercicio de sus respectivas competencias para la resolución de conflictos interjurisdiccionales y en formulación de regulaciones ambientales dotadas de eficacia social.

La validez o eficacia social normativa se trata en el punto 7 de este Capítulo, pero subraya lo expresado hasta aquí la visión del federalismo expuesta por Frías como «técnica de vida social», que dice: «el federalismo es un sistema social que protagonizan esencialmente el gobierno federal y las provincias argentinas. […] El producto del sistema es una gradualidad de autonomía y participación»[543].

4. La optimización legislativa (PMPA y NC). Tensiones con el principio federal

4.1. El federalismo y la configuración de la competencia regulatoria ambiental. Competencias concurrentes y compartidas

Expresa Bernal Pulido que la competencia de configuración legislativa aparece como uno de los ejes del Estado Constitucional Democrático, en virtud del cual el órgano encargado de la dirección política del Estado se erige –por encima de la Jurisdicción y de la Administración– como la sede natural y primera en donde se concretan los derechos fundamentales[544].

Así, la labor legislativa en la realización del mandato de sustentabilidad tiene la más alta responsabilidad en la emisión de regulaciones que lo realicen, estableciendo las condiciones necesarias para su ejercicio. Normas adscriptas de derecho fundamental ambiental serán la consecuencia del ejercicio de esta competencia.

Abordar la competencia de configuración de la norma ambiental requiere un tratamiento desde los principios de la organización constitucional Argentina. El federalismo consiste en la división del poder entre dos gobiernos dentro de un mismo territorio, siendo el *principio federal* la división de los poderes entre las autoridades generales y locales, cada una de las cuales, en su propia esfera, debe actuar coordinadamente con la otra, pero manteniendo su independencia[545].

Una característica del sistema federal argentino es que las atribuciones del Gobierno nacional son consecuencia de la delegación expresa de competencias originalmente provinciales, conservando estas todas aquellas que no hayan delegado.

Bidart Campos, al comentar el art. 121 de la CN, distingue:

---

[543] Frías, 1987.
[544] Bernal Pulido, 2014, p. 631.
[545] Pinto, 2014, p 39.

> En primer lugar, la delegación ha sido efectuada por las provincias a través de la Constitución; o sea, mediante la Constitución.
>
> En segundo lugar, la norma esclarece que el poder de las provincias preexistió al del gobierno federal, que ha recibido el suyo por delegación que ellas le hicieron a través de la Constitución. De tal modo, el poder provincial fue y es el poder originario.
>
> En tercer lugar, el reparto de competencias arroja este resultado: a) competencias exclusivas del estado federal; b) competencias exclusivas de las provincias; c) competencias concurrentes; d) competencias excepcionales del estado federal y de las provincias: e) competencias compartidas por el estado federal y las provincias[546].

Pinto explica la distribución competencial en el federalismo, desde la asignación alternativa básica hacia formas más complejas:

> Es decir, el federalismo se presenta como un sistema de configuración estatal en el que las competencias gubernativas se distribuyen materialmente en forma alternativa entre dos esferas –la general y la local–, que por lo general se excluyen mutuamente, estableciéndose habitualmente una cláusula abierta o genérica a favor de una de ellas, sea el Estado general o el federado. Esta fórmula básica de distribución alternativa de funciones entre la federación y sus partes integrantes es en realidad un esquema inicial sobre el que se construyen repartos competenciales más complejos, y donde algunas funciones no resultan privativas de uno u otro orden, sino que pueden ser ejercidas por ambos indistintamente –concurrencia–, o en conjunto –compartición–[547].

Para luego analizar las diferentes formas de articulación de las competencias, explicando específicamente las competencias compartidas:

> Estas competencias son aquellas en que la federación establece las bases o principios para la ordenación de un ámbito material y a las entidades federadas les corresponde el desarrollo o normación completa; de esta manera, la legislación básica pertenece a la Federación, y la legislación detallada, a los Estados miembros. Bidart Campos recuerda en relación a este tipo de facultades que no deben se confundidas con las concurrentes, en cuanto éstas últimas implican que pueden ser ejercidas tanto por el Estado federal como por los federados, mientras que las compartidas requieren una doble decisión integratoria[548].

La competencia regulatoria ambiental encuadra como competencia compartida, en tanto su ejercicio es especializado en cada orden, correspondiendo a

---

[546] Bidart Campos, 2008, p. 51.
[547] Pinto, 2014, p. 46 y ss.
[548] Pinto, 2014, p. 48-49.

la federación lo básico, mientras que a los Estado miembros, la legislación detallada. La trama regulatoria ambiental resulta de una doble decisión integrativa por parte de los distintos niveles estaduales de la federación.

Con el mismo significado, Quiroga Lavié explica que la competencia ambiental es una especie de competencia concurrente de tipo complementaria:

> Concurrencia complementaria: materias cuya legislación básica pertenece al Estado federal y su legislación detallada o complementaria a las provincias para implementar aquélla, obviamente sin contradecir el marco federal dado por la ley de base dictada por el Congreso. Esta modalidad de concurrencia es una novedad expresa introducida en 1994 en el texto constitucional para dos importantísimas materias: ambiental (art. 41, párr. 3) y educacional (art. 75, inc. 19, párr. 3). Es claro que, aunque la Constitución no lo diga, en otras materias concurrentes el Congreso podría optar por esta modalidad[549].

Rosatti, en su voto ampliatorio en la sentencia del 11 de setiembre de 2018 (CSJN, 2018a), expone una clasificación de las competencias concurrentes, considerando que la Constitución Nacional prevé, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial, las siguientes modalidades de colaboración:

> 1) la pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional (llamada cláusula del progreso);
>
> 2) la pluralidad jerárquica con complementación sustantivo-adjetiva, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional con la previsión del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente; y,
>
> 3) la pluralidad jerárquica con complementación sustantiva, en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un *sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad entre los sectores o tramos aludidos* («nivel básico» «nivel complementario»). Este tipo de complementación es el previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental.

Es en la pluralidad jerárquica con complementación sustantiva en la que se encuadran las normas nacionales de presupuestos mínimos de protección ambiental

---

[549] Quiroga Lavié, et al., 2009, p. 938.

y las normas complementarias provinciales, donde escala, intensidades y tema o actividad son las palabras clave para definir la competencia ambiental.

La distribución de la competencia ambiental es uno de los problemas clave del derecho ambiental argentino y de la configuración del Estado Ambiental de Derecho instaurado a partir del art. 41 de la CN, en el que la interpretación del significado jurídico del enunciado constitucional tendrá singular relación en la optimización del principio de sustentabilidad.

Esta dificultad se comprende en tanto la competencia regulatoria ambiental proviene de un principio formal, que como mandato *prima facie* acusa de la indeterminación propia de todos los principios. Esto sucede por diferentes razones, no solo semánticas, al respecto, la Corte en la causa La Pampa (CSJN, 2017c), ha dicho:

> Que, en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, las previsiones constitucionales –aún las más exactas– suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas, pero insuficientemente reguladas, y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto.

Estas dificultades competenciales también son reconocidas en el fallo de la Laguna de la Picasa (CSJN, 2019d), cuando expresa que su deslinde no impide en ocasiones plantear una zona de duda.

Entonces, si el principio formal dador de la competencia es un mandato *prima facie* cuyo objeto es la realización de un derecho sustancial, el ejercicio de esta requerirá de un procedimiento adecuado, que posibilite la optimización del principio sustancial. Una interacción los vincula: la optimización de la sustentabilidad correrá por el carril de la competencia asignada y las indeterminaciones competenciales requerirán precisarse u optimizarse para realizar el principio sustancial.

Antes de introducir el tipo de norma ambiental que corresponde a cada escala competencial, se sintetiza el mandato que debe cumplir el legislador atendiendo al orden marco constitucional conforme lo tratado en el punto 2 de este Capítulo.

4.2. Las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) y las normas complementarias (NC). El orden marco ambiental. La competencia compartida. Las escalas territoriales y las condiciones necesarias de protección ambiental

El sistema jurídico se integra por un proceso continuo de formación normativa que dimana de la cúspide constitucional de derechos y que se concreta en normas adscriptas de derecho fundamental conforme lo tratado en el Capítulo 1.4. Estas normas precisantes, que se definen por formar parte del campo semántico o del ámbito normativo de las disposiciones iusfundamentales, son dictadas por el legislador y por los demás órganos políticos de configuración en relación con el caso o situación a regular.

Por lo que el enunciado normativo del derecho al ambiente de la CN, en tanto principio de derecho fundamental, es el elemento estructurador del sistema jurídico ambiental del que emanarán las normas ambientales adscriptas que lo conformarán.

Ahora bien, si la condición de validez de la norma adscrita requiere que esta emane del titular de la competencia, serán los principios formales los que designen al órgano encargado de la optimización del principio de sustentabilidad.

Esto requiere establecer el orden marco en el que se desenvuelven las competencias ambientales. El marco es aquello que la Constitución ordena y prohíbe definitivamente. Así, lo ordenado constitucionalmente en materia ambiental es la protección ambiental, pero el tema es a quién lo atribuye y cómo lo ordena, lo que requiere profundizar la atribución competencial.

En efecto, la formación de la norma adscripta de derecho ambiental resultará de la especial distribución que realiza el art. 41 de la CN, en su tercer párrafo, cuando atribuye a la Nación y a las provincias la capacidad regulatoria del siguiente modo: «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».

Así, la Constitución distribuye la competencia ambiental entre dos titulares, la Nación y las provincias. Se establece una conexión lógica: la legislación provincial complementaria lo es en relación de la legislación nacional mínima.

Sin embargo, debe precisarse que las esferas competenciales regulatorias no se confunden, cada titular tiene atribuciones propias. Así, la Corte ha dicho:

> En esas condiciones, los estados provinciales y el Estado Nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental y ejercer atribuciones propias en tanto y en cuanto no invadan efectiva y concretamente los aspectos reglados por cada jurisdicción en su esfera de injerencia (CSJN, 2015a)

Pero si bien cada esfera competencial corresponde a cada titular, su fin es el mismo: la protección ambiental o, dicho de otra forma, a ambas esferas corresponde como materia compartida realizar el principio de sustentabilidad. Se trata –siguiendo a Rosatti– de una modalidad de la competencia concurrente de pluralidad jerárquica con complementación sustantiva. en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido. Entonces, la distinción requiere analizar el sector o tramo específico de la protección ambiental atribuido para el dictado de las normas de presupuestos mínimos y a las normas complementarias.

El legislador nacional define, en el art. 6 de la LGA, en tanto norma precisante de la distribución constitucional, los PMPA de la siguiente forma:

> Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer *condiciones necesarias* para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar

> la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

Por lo que la LGA define la competencia regulatoria nacional estableciendo la estructura normativa de los PMPA. En efecto, la norma precisante establece dos factores esenciales de los PMPA:

1) Material o sustancial (sector o tramo específico del tema concernido): la norma debe establecer las condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. Con mayor detalle, la norma agrega que esas condiciones necesarias se dirigen a garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable

2) Espacial (escala político territorial nacional): la norma debe conceder una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional.

En tanto en los principios la estructura normativa se conforma por un supuesto de hecho *prima facie* representado por los sujetos, las acciones y el bien protegido, y por una consecuencia *prima facie* –lo ordenado, prohibido o permitido–; la norma de PMPA, conforme la LGA, precisarán, mediante las *condiciones necesarias* las condiciones constitucionales del bien protegido ambiente: sano, equilibrado apto para el desarrollo humano.

Pero, y esto es lo más significativo, el art. 6 de la LGA vincula estas condiciones a una escala político espacial, que es el territorio nacional. Entonces, en los PMPA ambos factores están interrelacionados y son necesarios, definiendo de este modo el orden marco ambiental en materia regulatoria nacional.

Por lo que la determinación de las consecuencias a través de las medidas corresponderá a la protección de las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los ecosistemas en todo el territorio nacional.

Por su parte, las normas complementarias no han recibido una definición legal, por lo que corresponde acudir a las interpretaciones del máximo tribunal nacional.

En el caso Roca (CSJN, 1995), sostuvo:

> En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.

Ya en este siglo, reitera esta consideración en Salas (CSJN, 2011a).

Se desprende de estos precedentes un enfoque amplio de la competencia local en materia de protección ambiental, en el que corresponde a las autoridades locales definir la protección ambiental de sus comunidades.

En otro enfoque, aparentemente más restringido, en la causa Villivar (CSJN, 2007d), interpretando las competencias normativas conforme el art. 41 CN, sostuvo:

> Según dicho artículo, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada.

En la causa del Ejército Argentino (CSJN, 2019e), en el trance de tratar las normas provinciales complementarias, reitera la misma consideración expresada en el caso Villivar.

Con relación a este último enfoque, inicialmente parece ser más restringido en cuanto establece que a las normas complementarias corresponde agregar «alguna» exigencia o requisito no contenido en las leyes de PMPA, ya que al adjetivo indefinido «alguna/no», conforme la Real Academia Española[550] se refiere a una cantidad pequeña o una exigencia de baja intensidad.

Pero este no es el significado jurídico pretendido por la Corte, en efecto, en esta misma causa (CSJN, 2019e), luego de examinar las leyes provinciales cuestionadas en su constitucionalidad, que se caracterizan por regular en detalle el sistema de áreas naturales protegidas, la Corte rechaza la acción, considerando que:

> En suma, el fin de las leyes provinciales es la protección de un área de un alto valor de riquezas naturales. En este sentido, vale recordar, que esta Corte ha sostenido que la tutela ambiental beneficia a toda la población porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual.

Acude a sus precedentes, los que conforman una jurisprudencia consolidada, que ha reconocido a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan[551]. Puede concluirse que corresponde a las provincias proteger las condiciones necesarias locales.

De este desarrollo resulta que los presupuestos materiales de los PMPA y de las NC son comunes. Las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas que refiere el art. 6 de la LGA no puede llevar a interpretar que las normas complementarias no regulan condiciones necesarias, ya que la protección ambiental es compartida por ambas esferas, en tanto fin y deber constitucional dirigido a las autoridades (art. 41, segundo párrafo de la CN).

Entonces, la distinción radica en el ámbito espacial protegido por la norma, las «condiciones necesarias» se vinculan con la escala ambiental nacional o local que integra el supuesto de hecho o ámbito protegido por cada tipo de regulación, ya que siempre se trata de atender a la protección ambiental como fin común, diferenciándose una y otra norma por la escala territorial de la protección a

---

[550] RAE, 2014.

[551] En el fallo Surfrider (CSJN, 2020b), el dictamen de la Procuración General da cuenta de los precedentes dictados en este sentido.

establecer. De esta forma queda establecido el sector o tramo específico del tema o actividad concernido de la competencia ambiental compartida.

En definitiva, los factores constitutivos de los PMPA son las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas en la escala nacional –tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional–; mientras que para la NC son las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas en la escala local –tutela uniforme o común provincial–.

Respecto a la jerarquía de intensidades a la que alude Rosatti, esta supone que «lo mínimo» de los PMPA es la protección de las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los ecosistemas en el territorio nacional y que la norma complementaria tiene como límite la regulación nacional, no teniendo el legislador provincial competencia para regular por debajo de la protección mínima dispuesta en la norma nacional, aunque sí puede regular en más, tanto en lo fáctico y jurídico como en lo relacionado con las consecuencias establecidas en la norma mínima.

De esto resulta que el orden marco de la competencia ambiental es compartido en cuanto al fin mediato constitucional que ordena la protección ambiental, correspondiendo a cada orden estatal dictar la norma de protección conforme las condiciones necesarias de la escala territorial atribuida, siendo el principio jerárquico constitucional el que establece la relación entre PMPA y NC.

4.3. Optimización conforme la órbita competencial. Lo mínimo y lo complementario. Tipos de medidas. Intensidad de la complementación

4.4.1. Las órbitas competenciales de la optimización y su contenido

Sobre la proporcionalidad en el ámbito legislativo, comenta Prieto Sanchís:

> No es que el legislador no pueda ponderar. Al contrario, nadie puede negar que serían deseables leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales; y, en un sentido amplio, la ley irremediablemente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir, cuando contribuye a «cerrar» lo que está «abierto» en el plano constitucional[552].

No hay duda de que, en la trama de derechos constitucionales, la realización legislativa del principio de sustentabilidad, cualquiera sea la esfera competencial, afectará a otros derechos, requiriendo de la proporcionalidad para alcanzar la razonabilidad de toda intervención en ellos.

Cuando la que se ejerce es la competencia compartida ambiental, el examen de proporcionalidad se realiza por cada orden competencial. Esto en cuanto la optimización de un principio sustancial requiere de la actuación del titular de la competencia.

---

[552] Sanchís, 2008, pp. 105-106.

Por lo que, dado el orden marco ambiental, el espacio discrecional que corresponde a cada nivel estadual se integra por los tres márgenes de acción: a) el margen para la fijación de fines, b) el margen para la elección de medios y c) el margen para la ponderación.

Así, si el fin mediato es la protección constitucional, el fin inmediato del legislador se relaciona con la escala territorial de la regulación que tiene constitucionalmente atribuida, por lo que las medidas de protección serán examinadas en relación con el fin inmediato de cada escala.

De tal forma que la idoneidad y necesidad de las medidas se examinan por la eficacia para alcanzar el fin de protección, la rapidez o progresividad para su consecución, la complitud para abordar en forma integral las causas de los problemas y la seguridad o probabilidad para alcanzar la protección requerida de acuerdo con las circunstancias de cada escala territorial, según el marco teórico expuesto en el Capítulo 2.4.1.

Del mismo modo, a cada orden corresponderá la ponderación entre derechos, tal como se ha tratado en el Capítulo 3.4.2. y siguientes.

En Barrick (2019a), en un destacado considerando, la Corte explica que el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de una ley de presupuestos mínimos debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados. De otros precedentes que se analizan en el Capítulo 7, se desprende que el análisis al que alude es comprensivo de las posibilidades fácticas y jurídicas de los derechos en colisión. El mismo estándar debe estimarse aplicable en el caso de las normas complementarias provinciales.

Si una norma de PMPA se propone abordar la protección de los humedales debe ser comprensiva de esos ecosistemas en todo el territorio nacional, siendo las medidas un abanico amplio que permita la protección necesaria de la diversidad de humedales del país, la idoneidad técnica de las medidas se examina en relación con el fin inmediato legislativo y requiere ser adecuada en cuanto al grado de eficacia, temporalidad, plenitud y probabilidad, conforme el estado de cosas que se pretende atender (Capítulo 5.1.). Por su parte, la necesidad en la selección de las medidas idóneas deberá considerar las que afecten los derechos individuales en la menor medida. Finalmente, la regla nacional adoptará las medidas cuya mayor importancia en la realización del fin de protección en todo el territorio nacional justifiquen los derechos a intervenir. El peso abstracto y la certidumbre deberán ser objeto de ponderación conforme lo tratado en el Capítulo 3.4.3. y 3.4.4.

Puede suceder que en una provincia las condiciones necesarias para la protección de sus humedales requieran un nivel de protección mayor al establecido por una regla de PMPA, ya sea por su estado de degradación o por la amenaza grave de alteración, en tal caso, la NC deberá examinar las medidas idóneas y necesarias atendiendo a esas particulares condiciones fácticas, lo que puede justificar una mayor intervención en los otros derechos. La ponderación entre derechos se valora conforme la escala provincial.

Luego, si lo mínimo nacional responde a la protección de las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los ecosistemas en todo el territorio nacional, serán esas condiciones materiales y espaciales las que modularán las

medidas de protección a través de la proporcionalidad, pudiendo ser más o menos restrictivas de otros derechos, lo que deberá ser ponderados en el examen subsiguiente. Esta es la optimización del principio en el ámbito de la competencia nacional.

Lo mismo sucede con lo complementario, a las normas provinciales también les corresponde la protección de las condiciones necesarias de la sustentabilidad de los ecosistemas en la jurisdicción local. El límite competencial es que las medidas que se dispongan no pueden ser de menor intensidad a lo mínimo determinado en las leyes de PMPA, de ahí en más las medidas locales deberán ser sometidas al examen de proporcionalidad para establecer su razonabilidad, por lo que la optimización del principio hacia lo máximo debe ser proporcionado y nunca asumir que el derecho a satisfacer es absoluto.

4.4.2. Diversidad de medidas

Las consecuencias jurídicas *prima facie* del principio de sustentabilidad, se convierten en medidas definitivas en la norma adscriptas. En relación con las medidas de protección ambiental reguladas legalmente, estas pueden ser de diversa naturaleza –administrativas, civiles, penales, procesales, sancionatorias, etc.–, en tanto todas las disciplinas jurídicas son convocadas para lograr el fin constitucional de protección. Esto no significa que en el trance de su regulación no sea necesario distinguir la naturaleza jurídica de estas y las condiciones competenciales que las validan para determinar si son dispuestas en ejercicio de la competencia ambiental o en ejercicio de la competencia de fondo regida por el principio de unidad legislativa[553].

En materia ambiental las medidas procesales y administrativas son de gran importancia. La competencia provincial sobre estas emana de la Constitución cuando establece que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal (art. 121 CN), se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas (art. 122) en forma acorde con los principios, declaraciones y garantías contenidos en la Constitución Nacional, comprometiéndose a asegurar su Administración de Justicia, régimen municipal y educación primaria (art. 5 y 123, CN).

¿Puede, entonces, lo procesal o administrativo constituir medidas de las normas de PMPA?

La respuesta es afirmativa, en tanto la delegación comprende competencias procesales y administrativas provinciales que, conforme al orden marco de la sustentabilidad, deben responder al fin sustancial de protección ambiental. Fuera de este fin, no hay delegación.

En relación con la materia procesal, señala Esain (2019b) que la competencia regulatoria ambiental atribuida a la Nación alcanza la materia procesal relacionada a la protección del ambiente, precisando que esto sucede únicamente cuando se la

[553] Pinto, 2017, p. 501.

ejerce enfocada en procesos ambientales, fuera de ella prevalecen las normas competenciales generales.

Con el mismo fundamento, también alcanza a los procedimientos administrativos ambientales, como el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, en el que la prevención del daño ambiental conforma su esencia, tal como lo ha hecho la Ley 25675 en los artículos 11-13.

Ahora corresponde preguntarse: ¿pueden los PMPA incluir normas de fondo, o a la inversa, las normas de fondo pueden incluir normas ambientales?

Pinto explica la inclusión de normas de fondo en las normas de PMPA, e indica que estos contenidos regulatorios mixtos requieren distinguir la naturaleza de los preceptos a efectos de comprender en qué caso responden a contenidos cercados por el principio de unidad legislativa del art. 75 de la CN y en qué casos conforman la materia ambiental que puede ser complementada por las distintas provincias. Aclara que poco importa que formalmente se sostenga que la norma es de PMPA o que es legislación civil, minera o laboral, es la naturaleza intrínseca de la materia regulada la que brindará la respuesta. En este sentido, el nuevo CCyC es una norma mixta que rebasa el campo civil para incorporar reglas de protección ambiental que pueden ser expandidas por normas complementarias locales[554].

Un ejemplo es la obligación de contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño ambiental establecida en el art. 22 de la LGA. La competencia sobre los seguros –desde el enfoque civil del derecho de daños– es nacional, pero como dicho instituto tiene por fin la protección ambiental o, más precisamente, la recomposición del daño ambiental se impregna de complementariedad, pudiendo las provincias extender el elenco de garantías financieras exigibles o dotarlas de mayor eficacia. Por supuesto, estas garantías financieras requerirán siempre la articulación con las normas de fondo a las que ellas se refieran. Así, si se establece el fideicomiso de garantía será aplicable la Ley 24441, pudiendo las provincias establecer las modalidades y condiciones complementarias. Dentro del seguro ambiental regulado conforme Decreto PEN 1638/2012 (BO: 11/09/2012), entre otras indicaciones, a las provincias corresponde intimar al generador del daño para que presente un Plan de Recomposición que contenga expresa indicación y detalle de las tareas a llevarse a cabo, los plazos y todo otro elemento de información que corresponda para su evaluación[555].

En consecuencia, la complementación puede incorporar en las medidas reguladas condiciones de mayor eficacia, mayor temporalidad, mayor integralidad y seguridad. Incluso puede adoptar medidas adicionales.

Otro caso interesante es la prescripción liberatoria genérica de cinco años del art. 2560 del CCyC, que, en tanto el código regula los derechos de incidencia colectiva, comprendería el daño ambiental[556]. El mismo artículo faculta a las legislaciones locales a establecer un plazo diferente, por lo que la idoneidad dada por las condiciones necesarias en su faz temporal habilitaría que una provincia establezca

---

[554] Pinto, 2017, p. 507.
[555] Rodríguez Salas, 2012.
[556] Pinto, 2017, p. 520.

uno más exigente o amplio. Pero, conforme el análisis que realiza Pinto, se plantea un supuesto más exigente: si las provincias pueden establecer la imprescriptibilidad del daño ambiental o no, sosteniendo este autor que en cuanto este no es propio de la materia civil puede ser complementado de manera más exigente[557]. Esta posibilidad, conforme lo desarrollado, estaría dentro del orden marco de la sustentabilidad al no estar prohibido constitucionalmente, por lo que es la idoneidad y necesidad de la medida la que daría la respuesta inicial, para luego sopesarla con los derechos en colisión, por lo que, si resultara que la recomposición del bien colectivo provincial requiere de mayor protección, esa medida complementaria sería constitucional.

4.4.3. Intensidad de la complementación. Las dimensiones de la idoneidad

Una norma complementaria puede aumentar la eficacia de una medida nacional estableciendo plazos más reducidos para su ejecución o más estrictos si se trata de la prescripción del daño ambiental (temporalidad), introducir mayores garantías para su cumplimiento (seguridad) o requerir más estudios ambientales para mejorar el logro del fin de protección fijada nacionalmente (complitud).

Esto se relaciona con el examen de idoneidad y el margen discrecional del legislador local que se trata en el Capítulo 3.4.1. Por lo que, si la idoneidad debe responder a la eficacia, temporalidad, complitud y seguridad para atender el fin de protección, la complementación deberá ser más intensa cuando las condiciones fácticas lo ameriten y deberá proceder a la adecuación de las medidas nacionales. En ese análisis, el examen de necesidad y de ponderación completarán el juicio de razonabilidad de la norma complementaria.

Ejemplos de mayor eficacia en relación con el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental son las etapas administrativas o requerimientos obligatorios incorporados en leyes provinciales, como en Mendoza, donde la Ley 5961 exige el Dictamen Técnico obligatorio emitido por Universidad o Centro de Investigación y el Dictamen Sectorial de diversos órganos estatales; o en Córdoba, donde la Ley 10208 y su reglamento decreto 248/15 impone a los proyectos sometidos obligatoriamente al procedimiento de EIA que el proponente, entidades públicas o privadas, deberá demostrar que está elaborando e implantando un Sistema de Gestión Ambiental (SGA).

Entonces, a nivel provincial el grado de adecuación de las medidas, representado por la eficacia, temporalidad, plenitud y seguridad con el fin de protección, puede ser mayor.

4.4.4. Complementación con medidas alternativas

Puede suceder que las medidas establecidas por una ley de PMPA no tengan la eficacia adecuada para lograr el fin de protección ambiental local; en tal caso la complementación podrá adoptar medidas nuevas o de mayor entidad, optimizando el principio sustancial por vía de la mayor idoneidad de las medidas.

---

[557] Pinto, 2017, p. 521.

En efecto, sin dejar de lado las medidas nacionales, una norma complementaria puede establecer medidas diferente a las nacionales por ser más idónea para la protección de las condiciones necesarias locales. Así, la Ley 26639 de protección de glaciares prohíbe la minería únicamente en los ambientes glaciares y periglaciares, por lo que en el resto del territorio nacional quedaría sujeta al procedimiento de EIA conforme la Ley 24585; sin embargo, en Mendoza, la Ley 7722 prohíbe el uso de determinadas sustancias tóxicas en la minería metalífera en todo el territorio provincial; otro tanto sucede en Córdoba, con la Ley 9526, que prohíbe toda actividad minera metalífera a cielo abierto, el empleo de sustancias contaminantes, tóxicas y peligrosas en los procesos mineros metalíferos, así como la actividad minera de minerales nucleares. Debe acotarse que ambas normas fueron declaradas constitucionales por los máximos tribunales provinciales, habiendo la Corte Nacional validado tal constitucionalidad de la norma mendocina en lo que refiere a la prohibición de las sustancias específicas que enumera (CSJN, 2021e).

Esta reconfiguración de la medida responde al examen de idoneidad local, por el que se selecciona entre las medidas posibles aquella que, conforme a las condiciones necesarias de las dinámicas de los ecosistemas de cada realidad local, confiere mayor plenitud y seguridad para realizar el fin de protección.

Luego de ello, el examen de necesidad y la ponderación establecerá la regla razonable.

5. La optimización de la función ejecutiva ambiental

5.1. Importancia de la administración ambiental

La norma ambiental combina dos factores –uno sustantivo y común, referido a las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas, y otro espacial, referido a la escala político territorial–. A la norma de presupuestos mínimos nacionales corresponderá la escala nacional y a la norma complementaria, la local. Pero en ambos casos, la norma deberá ser aplicada por las autoridades locales en la medida en que la jurisdicción local no puede ser alterada (art. 41 de la CN).

Entonces, a la *función ejecutiva o administrativa ambiental* corresponde la puesta en marcha o aplicación de aquello que ha sido regulado por la norma general, nacional o local. Para el ejercicio de esta función, el Poder administrador, se organiza mediante una estructura burocrática conformada por ministerios, secretarias, direcciones, departamentos, entre otros organismos, a los cuales corresponde la realización de la protección ambiental a través de los procedimientos administrativos legalmente establecidos. Estos procedimientos darán lugar a normas individuales –el acto administrativo– o generales –reglamentos– que determinarán la protección ambiental en cada caso o situación.

Canda enumera los procedimientos administrativos ambientales incluidos en la LGA: procedimientos de prevención y recomposición de daños, art. 2 inc. k), evaluación del impacto ambiental, art. 8 incs. 2 y 11 a 13, información ambiental, arts. 16 a 18; autogestión ambiental, art. 26; control sobre actividades antrópicas, art. 8 inc. 3; de participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales, art. 2 inc.

c), 19 a 21; de educación ambiental, art. 8 inc. 4 y 14 y 15, fomento y promoción del desarrollo sustentable, art. 8 inc. 6, entre otros[558].

En el proceso de decisión administrativa, la aplicación de los principios de derecho ambiental es un deber que pesa sobre las autoridades conforme el art. 5 de la LGA. Prevención, precaución y progresividad, entre otros, deben ser considerados en cada acto ejecutivo.

A lo largo de esta investigación, se ha aludido especialmente al procedimiento de evaluación de impacto ambiental (EIA) y a la declaración de impacto ambiental (DIA), acto administrativo conclusivo del procedimiento. Se ha observado que las decisiones judiciales examinan el cumplimiento de las formas procedimentales necesarias para que estas decisiones cumplan su cometido. Así, su no cumplimiento o una tramitación irregular del procedimiento de EIA, como una declaración de impacto ambiental condicionada, supone la nulidad de las autorizaciones o la suspensión de las obras (CSJN, 2016a; 2016b; 2016d; 2019b).

La Declaración de Impacto Ambiental constituye la etapa final del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. Es un acto administrativo de autorización que otorga la proponente un derecho al ejercicio de una actividad. Sin embargo, en tanto norma adscripta individual del derecho fundamental al ambiente, es una autorización *preventiva* que tiene por fin establecer que el funcionamiento de una actividad no impacte significativamente en el ambiente. En este sentido, está sujeta a los principios y reglas del Derecho ambiental, de tal forma que su legitimidad se dirige al cumplimiento del deber de protección ambiental.

Prevención y precaución tienen una conexión lógica en el procedimiento de EIA. En efecto, la EIA es un procedimiento que se sustenta en el conocimiento científico y técnico, que se dirige a producir una decisión preventiva en un marco de certeza, por lo que no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. La Corte interpreta que «El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público». Este estándar optimizador de la función administrativa fue consagrado en Salas (CSJN, 2009c), reiterado en Mamani (2017b) y en Provincia de Corrientes (2021f).

Con este fundamento, en la causa Provincia de Corrientes (2021f), la Corte rechaza una acción de inconstitucionalidad contra el Estado Nacional por entender que se encontraba obligado a resguardar su responsabilidad en lo que atañe a la conservación del ecosistema sobre el que incidiría el proyecto, lo que requería una actuación inmediata en cumplimiento de obligaciones propias de tutela y en su carácter de parte en acuerdos internacionales en vigor relativos al aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos (Estatuto del Río Uruguay y leyes 25.675 y 26.331).

La competencia administrativa ambiental, como consecuencia del principio federal y de división de poderes, está destinada a la realización del derecho

[558] Canda, 2018.

constitucional al ambiente, para lo cual en el proceso de toma de decisión operará el margen de discrecionalidad para cumplir con las etapas del examen de proporcionalidad en la emisión de la resolución definitiva. Los exámenes de idoneidad, de necesidad y de ponderación formarán parte del procedimiento. Todo lo expuesto sobre el principio de proporcionalidad aplica a la órbita administrativa.

El control jurisdiccional de esas decisiones es propio del Estado de Derecho, pero no conforma el desenvolvimiento habitual del sistema jurídico, ya que debe esperarse que la Administración gestione conforme las normas que regulan su accionar. Esto subraya la importancia de la gestión ambiental en el logro del fin de protección constitucional.

Consecuentemente, la competencia administrativa exige un ejercicio que debe ser optimizado atendiendo a la realización del derecho sustancial. Es el caso de la evaluación de impacto ambiental acumulativo establecido en la causa Salas (CSJN, 2009c), que, si bien no tiene regulación legal en muchas jurisdicciones, es una exigencia que proviene de la necesaria optimización del procedimiento. Si el fin inmediato de este es la identificación de los impactos ambientales que un emprendimiento ocasionaría mediante el análisis de las relaciones de causalidad del proyecto, la existencia de proyectos simultáneos sobre un mismo espacio territorial supone que la realización del fin del procedimiento impone su optimización. Sin una evaluación acumulativa fácilmente se incurriría en una desprotección inconstitucional. Desde el análisis fáctico de los medios, la complitud de estos es una variable del examen de idoneidad, luego, un procedimiento que eludiera la complitud no sería idónea.

El principio de progresividad aporta a las decisiones gradualidad, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. Por lo que la idoneidad y necesidad serán exámenes relevantes en la órbita administrativa que atenderán a las condiciones fácticas que modularán la temporalidad de las medidas.

Un tema que se profundiza *infra* es el debido proceso y la tutela efectiva. La garantía del debido proceso legal, «resulta exigible a "todos" los órganos del Estado, y en el ejercicio de "todas y cada una" de sus funciones, en tanto constituye un requisito ineludible para otorgar validez a los procesos de toma de decisiones públicas». En efecto, no solo se desenvuelve en la órbita jurisdiccional, sino que alcanza a la función administrativa, pues es ahí donde habitualmente se debaten los alcances de los derechos y obligaciones de los ciudadanos que el debido proceso está llamado a tutelar[559].

Por lo que, el derecho fundamental al debido proceso y a la tutela efectiva se proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada, trascendiendo la jurisdicción, por su carácter estructural para la democracia y el Estado de Derecho[560].

El principio democrático se conecta con la protección del ambiente y adquiere concreción en los procedimientos administrativos ambientales en las audiencias y

---

[559] Ferrer Arroyo, 2015.
[560] Bernal Pulido, 2008, p. 351.

consultas públicas, en el acceso a la información ambiental y en la participación ciudadana. Se trata en el punto 8.2. de este Capítulo.

5.2. Coordinación administrativa. Territorialidad ambiental y federal. Tensiones interjurisdiccionales y la prioridad de la proporcionalidad institucional

La coordinación es la esencia de la gestión administrativa eficiente, puesto que el logro de la armonía hacia la consecución de las metas estatales es el propósito de la administración misma.

Al respecto, la administración ambiental encuentra un desafío: los ecosistemas y su dinámica no responden necesariamente a las jurisdicciones territoriales, los trasponen, comprendiendo espacios que exceden las competencias asignadas a las autoridades.

En efecto, desde la perspectiva espacial-territorial, el entramado regulatorio para la protección del bien colectivo ambiente tiene como condición su indivisibilidad, condición que muchas veces trasciende las divisiones político-territoriales, suscitando graves conflictos entre los estados.

Así, la CSJN, en la causa La Pampa contra Mendoza (CSJN, 2017c), ha dicho:

> En él sub-examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de «compatibilización», que no es una tarea «natural» (porque ello significaría, «obligar» a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente «cultural».

La territorial ambiental se relaciona con la interjurisdiccionalidad que en muchos casos supone el bien ambiente. Un claro ejemplo son las cuencas hídricas que comprenden dos o más provincias. Por su parte, la territorialidad federal está representada por las relaciones entre la Nación y las provincias, en tanto responsables de la protección de esos bienes compartidos.

Comenta Esain que los «considerandos 6 y 7 del fallo del 01/12/2017 son los primeros en que la Corte se aboca a desarrollar el concepto de "federalismo ambiental", siguiendo en esto las viejas enseñanzas de Humberto Quiroga Lavié»[561].

La LGA introduce dos principios adscriptos de naturaleza formal, el principio de cooperación y el principio de solidaridad, que conforman una optimización del

[561] Esain, 2018, p. 5.

principio federal de gobierno en conexión con la sustentabilidad, ordenando un accionar responsable entre los Estados sobre los sistemas ecológicos compartidos.

La Corte, en el referido fallo, destaca la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en el país, señalando que no se debe confundir la territorialidad ambiental, en franca alusión a la indivisibilidad del bien ambiente (que se trató en el Capítulo 5.3.), con la territorialidad federal, a la que requiere asumir la labor de «compatibilización», como tarea «cultural». Estos conceptos, además de la causa La Pampa (CSJN, 2017c; 2020c), son sostenidos en los fallos de La Picasa (CSJN, 2019d), en Servicio de Agua del Estado Provincial (CSJN, 2020a).

El federalismo en materia ambiental parece explicarse exclusivamente desde el deslinde teórico de lo que se entiende por lo mínimo y lo complementario. Este deslinde es limitado, porque el federalismo conforma relaciones interestaduales con mayor amplitud, involucrando a la comunidad más allá de las divisiones territoriales, *ordenando el establecimiento de las condiciones necesarias de protección ambiental a los titulares de cada jurisdicción en tanto responsables del fin de protección.*

Esa responsabilidad requiere la coordinación de las competencias, a través de la concertación de acuerdos interjurisdiccionales como optimización de los principios de cooperación y de solidaridad. En efecto, la competencia de coordinación interprovincial tiene reconocimiento en la atribución constitucional dada a las provincias para celebrar tratados y, en particular, para cooperar en trabajos de utilidad común (arts. 124 y 125 de la Constitución). Los principios federales adscriptos incorporan al Estado nacional por su vinculación con el fin de protección compartida.

Así, respecto a la compatibilización de las territorialidades, en la causa La Picasa (CSJN, 2019d) la Corte entiende que territorialidad ambiental y territorialidad federal encuentran su representación y conjugación en la «Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa» (CICLP), organismo propio del federalismo de concertación, generado en el marco de un convenio intrafederal celebrado entre el Estado nacional y las provincias involucradas en la cuenca hídrica respectiva.

Destaca el acuerdo de creación de la comisión interjurisdiccional:

> Este Convenio fue acordado entre las provincias en ejercicio de la autonomía que les es reconocida para celebrar tratados entre ellas y en particular para cooperar en trabajos de utilidad común (arts. 124 y 125 de la Constitución). Por ello, en la medida que ya ha sido ratificado por las respectivas legislaturas, lo acordado tiene por sí mismo aptitud para comprometer a las partes.

Desde esta perspectiva, el fallo despliega las reglas de la proporcionalidad territorial entre los estados miembros de la federación, que se fundamenta cuando dice: «La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales».

La optimización de los principios federales se revela en el requerimiento que efectúa en La Picasa (2019d) cuando solicita a las provincias fortalecer el organismo de cuenca; lo mismo acaece en el fallo La Pampa (2020c) cuando requiere a las provincias de la Pampa y de Mendoza que conformen la Comisión Interjurisdiccional del río Atuel (CIRA), en reemplazo de la actual Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI).

Pero, cuando sucede una emergencia ambiental, como en el caso de los incendios en el Delta del Paraná (Equística, 2020e), conforme el principio de cooperación impone la creación del comité respectivo, sin dejar de considerar que las medidas concretas serán dispuestas coordinadamente por las respectivas autoridades competentes en ejercicio del poder de policía que tienen por las leyes de PMPA.

Sobre el modo de alcanzar la compatibilización de las tensiones federales, en el fallo de la causa Shi (CSJN, 2021c), consigna el dialogo concertador como la vía más adecuada, cuando sostiene que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país. «Y de allí la utilidad del diálogo constructivo –entre Nación y provincias– al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva».

La proporcionalidad territorial ambiental o interjurisdiccional supone, en el contexto de las relaciones federales, que la protección ambiental requiere una acción armonizadora para abordar el conflicto interjurisdiccional bajo los principios de cooperación y de solidaridad. Esa acción requiere de un dialogo concertador que en la Argentina posee un ámbito institucionalizado que se trata a continuación.

Se trata de una forma de compatibilización que ingresa en el terreno de la ponderación, pues la ponderación consiste en la optimización de principios opuestos.

Así, la compatibilización es prioritariamente institucional, esto lo expresa en Barrick (2019a) cuando refiere a la tarea de interpretación constitucional que, «primariamente deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales, para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución».

6. Optimización jurisdiccional en la realización del derecho al ambiente. Tensiones procesales

La optimización de la función jurisdiccional apunta a la principal fuerza creadora de normas estatuidas de derecho fundamental. Al respecto, Pinto y Martín señalan que la matriz conceptual vigente en materia ambiental, en la que el Estado conduce las soluciones a los conflictos actuales, no tuvo su génesis en las regulaciones propiamente dichas, ni en las leyes aplicadas por la autoridad

administrativa, sino en las innovaciones jurisprudenciales que incidieron en los posteriores desarrollos normativos[562].

El principio imperante en materia ambiental es que la competencia jurisdiccional es provincial. La jurisdicción y dominio sobre sus recursos naturales, la reafirmación de las potestades locales, su vinculación con el alcance asignado al plexo hermenéutico ambiental y el carácter de excepción de la competencia federal, entre otras, son algunas de las razones que ratifican esa atribución legal[563].

En este sentido, la regla del artículo 7 de la LGA establece que su aplicación atañe a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia o las personas y que, «en los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal».

A continuación, se resaltan algunos de los asuntos más relevantes a los que ha conducido la optimización de la función jurisdiccional como la demarcación de los límites competenciales cuando la sustentabilidad es el derecho involucrado, aclarando que en el capítulo siguiente se alcanza un mayor detalle a partir del análisis de los fallos del máximo tribunal nacional.

6.1. El proceso colectivo y la ruptura de los principios clásicos

Si los procesos constitucionales son aquellos en el que el objeto que está en litigio es estrictamente una materia constitucional –la defensa y garantía de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad–, resulta que, como sostiene Gozaini, los procesos colectivos son también procesos constitucionales, pues implican una renovación en la típica protección a los derechos individuales, afectando principios tradicionales del proceso judicial como son la bilateralidad del contradictorio, la legitimación para obrar y, especialmente, el alcance de la cosa juzgada[564].

El proceso colectivo ambiental irrumpe en el sistema jurídico argentino en el fallo pronunciado en la causa Kattan (1983), trasponiendo una valla formal que limitaba el acceso a la jurisdicción ambiental. En este fallo se puede reconocer los primeros rasgos tipificantes del proceso colectivo hasta entonces no regulado. La optimización jurisdiccional se da por dos caminos, por el reconocimiento y encuadre constitucional del derecho sustantivo y por el acceso a la vía procesal del amparo. Sobre el encuadre del derecho, el juez considera el interés simple como una importante categoría jurídica, pero en el caso se decide por la afectación de un derecho subjetivo, sosteniendo que, si se altera el ambiente «el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados». Forman parte del razonamiento judicial: la exigencia de estudios científicos, la conducta preventiva, incluso, con una mirada actual, la precaución ante la falta de certeza científica por no aportarse «estudios acabados acerca del impacto ambiental», la inversión de carga probatoria, en cuanto se comprueba que el Estado nunca los hizo, entre otros tópicos trascendentales de este fallo.

---

[562] Pinto y Martín, 2015, pp. 338-339.
[563] Sucunza, 2016.
[564] Gozaini, 2014, p. 10.

Otros fallos anteriores a la reforma constitucional integran esta construcción jurisprudencial. Así, en la provincia de Mendoza, el proceso colectivo irrumpió en el año 1985[565]. El Poder Ejecutivo dictó un decreto que levantó la veda deportiva en la reserva natural faunística Laguna de Llancanelo, autorizando la caza y la pesca deportiva. Dos habitantes de la ciudad de Mendoza interpusieron un amparo invocando su derecho a un ambiente sano y equilibrado y la necesidad de tutelar aquel banco genético de importancia vital para el ambiente. La causa, caratulada «Morales, Víctor Hugo y José Julio Rinaldi c/ Provincia de Mendoza por Amparo», culminó con el fallo dictado por el Juez Balducci el 2 de octubre de 1986, declarando nulo e inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo. El fallo consideró:

> Es que el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado es un atributo fundamental de los individuos. Toda agresión al medio ambiente se traduce en una amenaza a la vida misma.
>
> Así, como en un primer momento se receptó pretorianamente la acción de amparo en *pos* de la real operatividad de los derechos constitucionalizados, es posible ahora, acudir a esta vía para brindar efectiva protección a los intereses colectivos e impedir que la acción u omisión del Estado o de los particulares haga ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales.

Sobre la legitimación procesal, luego de analizar la doctrina de la época –de la que resulta la necesidad de reconocer una amplia legitimación procesal en el amparo ambiental más allá de la rígida categorización del derechos subjetivo, del interés legítimo y simple–, el juez considera que si la ley nacional de fauna, adherida por ley provincial, ha puesto en cabeza de cada habitante el deber jurídico de proteger la fauna, parece incongruente imponer a cada individuo aquella obligación fundada en razones de interés público y negar el acceso a la justicia a quien pretenda observarlo.

Con la reforma constitucional del año 1994 y la inclusión del amparo para los derechos de incidencia colectiva en el art. 43, se sientan las bases para profundizar la modificación del proceso clásico. El reconocimiento constitucional de este derecho a todos los habitantes sobre el bien colectivo ambiente con sujetos legitimados constitucionalmente estructura el campo para el despliegue de la tutela judicial efectiva.

El rol del juez se consolida al ser reconocido como factor esencial en la tarea de protección. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa Almada (SCPB, 1998), representativa del avance jurisprudencial de la época, pone en cabeza de la judicatura la efectivización de los mecanismos de prevención de la contaminación ambiental, solución en ese momento trascendente en materia de prevención y evitación del daño ambiental en un proceso donde se discutía el cese de la contaminación ambiental imputada a Copetro S.A.[566].

---

[565] Rodríguez Salas, 2017a, p. 116.
[566] Luna Asís et al., 2016, p. 122.

La Ley 25675 del año 2002 introdujo con alcance nacional las reglas básicas del proceso colectivo, definió el daño colectivo, consagró nuevas acciones colectivas, amplió los sujetos legitimados, incluso creó un amparo especial de cese del daño ambiental legitimando a todos los habitantes. Estas reglas son mínimas, pero suficientes para que la función jurisdiccional asuma la tutela efectiva del derecho al ambiente, tanto para la prevención, recomposición como para el cese del daño ambiental.

Sin ignorar el aporte de numerosos tribunales, es la CSJN la que toma la tarea de precisar el proceso colectivo ambiental en la Argentina. En el Capítulo siguiente se abordan en forma especial los principales resultados de esta labor.

En ASSUPA (CSJN, 2006b), la Corte interpreta la relación entre las formas y la función judicial:

> […] en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que un examen cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego.

En Mendoza (CSJN, 2006c) enuncia la vinculación de este rol con la entidad del bien a proteger: «La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales».

El significado de la definición *de poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador* es un mandato de optimización de la función judicial en materia ambiental, que es reiterado por la Corte en numerosos pronunciamientos (CSJN, 2014a; 2016a; 2016b; 2019b).

Sobre la legitimación procesal, en la causa Defensor del Pueblo (CSJN, 2007c), considera que, cuando están en juego derechos colectivos, «el antiguo ideal de la iniciativa procesal monopolísticamente centralizada en manos del único sujeto a quien el derecho subjetivo pertenece se demuestra impotente frente a los derechos que pertenecen, al mismo tiempo, a todos y a ninguno».

Será en el fallo dictado en la causa Halabi (2009b) donde la Corte define el proceso colectivo en la Argentina y lo hace a partir de la configuración del caso constitucional, «siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal», para lo que analiza la naturaleza jurídica de los derechos constitucionales, la legitimación que les corresponde, las condiciones de admisibilidad y los efectos de la decisión según sea la naturaleza del derecho.

Cafferatta, conforme a este fallo, ensaya la siguiente definición de proceso colectivo:

> [...] se trata de acciones judiciales, parafraseando doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaída en fallo «Halabí, Ernesto c/ Estado Nacional», 24/02/09, que son portadoras de «dos elementos de calificación que resultan prevalentes: 1. La petición debe tener por objeto la tutela del bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admite exclusión alguna», en el caso «el ambiente, es de naturaleza colectiva, no pertenece a la esfera individual, sino social y no es divisible en modo alguno». 2. La pretensión debe estar focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular u resulta concurrente con la primera[567].

A partir de esta breve referencia evolutiva, Sbdar caracteriza el proceso colectivo ambiental por conferir un amplio acceso a la jurisdicción, fundado en una legitimación generosa; un juez activo, protagónico, protector, interesado, autorizado a adoptar medidas de oficio, sean ordenatorias, cautelares y probatorias; que da cabida a los procesos urgentes, medidas anticipatorios y también cautelares, que aplica las cargas dinámicas y un procedimiento valorativo de la prueba integral de todo el cuadro probatorio, cobrando relevancia el dictamen pericial emitido por técnicos o científicos, los informes proporcionados por organismos del Estado y las presunciones, la flexibilidad recursiva y los efectos expansivos de la sentencia a todos lo que se encuentran en idéntica situación que los actores[568].

En efecto, una singularidad del proceso colectivo es que la sentencia colectiva ambiental tiene efectos *erga omnes*. El art. 33, *in fine*, de la Ley 25675 dispone que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias. Este tema fue especialmente tratado en Halabi (2009b), explicando la Corte que el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger.

El principio democrático también se conecta con la optimización del proceso colectivo ambiental. En efecto, la CSJN introdujo la perspectiva democratizadora reglamentando la audiencia pública en los procesos que tramitan ante ella[569], entendiendo que esto «permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal»; audiencias que en materia ambiental llevó adelante en causas trascendentes –Salas, Mendoza, La Pampa, entre otras–.

---

[567] Cafferatta, 2010, p. 9.
[568] Sbdar, 2009, p. 922.
[569] Acordada 30/2007.

Esta dimensión participativa se introduce también en la calificación que realiza la Corte del proceso ambiental como proceso policéntrico, en cuanto exige «una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados» (CSJN, 2017c; 2019a, 2019d).

6.2. El debido proceso como principio y la tutela judicial efectiva. El art. 32 de la LGA y el mandato de optimización jurisdiccional

El debido proceso como principio de derecho fundamental confiere fundamentación al proceso expansivo de la actividad jurisdiccional en la protección del ambiente.

Gozaini[570] explica la evolución del debido proceso:

> Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso. De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

Este autor alcanza una definición valiosa para esta investigación: «En definitiva, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios»[571].

El derecho al debido proceso está consagrado por la Constitución Nacional, art. 18, y se integra a los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). De esta comprensión integral del debido proceso como principio de derecho fundamental emanan los principios procesales esenciales.

Bernal Pulido identifica la doble naturaleza del debido proceso: la primera, como derecho autónomo, protege las facultades del sujeto para participar en los procedimientos del Estado para la defensa y realización de sus derechos; la segunda, como derecho fundamental indirecto o garantía, es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el Estado democrático[572].

En tanto garantía, su alcance comprende el acceso a la jurisdicción, a la intervención de juez natural, independiente e imparcial, a la presunción de inocencia, a la igualdad de las partes y a la equidad de los procedimientos, a la inviolabilidad de la defensa en juicio y a la decisión justa, conforme a derecho, dictada dentro de un plazo razonable[573].

---

[570] Gozaini, 2014, pp. 347-348.
[571] Gozanini, 2014, p.351.
[572] Bernal Pulido, 2008, p. 337.
[573] Thea, 2009.

El art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) consagra, bajo la denominación de «Garantías Judiciales», la garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención: el derecho al debido proceso legal. Esta norma se vincula con el artículo 25 que establece el denominado *principio de efectividad*, según el cual no alcanza con que los recursos estén previstos normativamente, sino que deben ser realmente idóneos para establecer si se configuró la violación a un derecho humano y proveer lo necesario para remediarla.

Es así como el debido proceso se optimiza con el principio de tutela efectiva, que incrementa la garantía que debe darse a los derechos sustantivos, exigiendo idoneidad a los procedimientos, los cuales no pueden desarticular el fin que los justifica.

Se trata de una garantía que orienta todos los procesos ordinarios y constitucionales que tienen por objeto resguardar derechos[574].

La relación de las normas procesales en la realización del principio del debido proceso se vincula necesariamente al fin de realización de los derechos sustanciales. Al respecto, Bernal Pulido, en alusión al constitucionalismo colombiano, señala el principio de prevalencia de los derechos sustanciales, que supone que las finalidades superiores de la justicia no pueden resultar sacrificadas por un culto ciego a las normas formales cuando no son estrictamente indispensables para resolver el fondo. En tales casos, el extremo ritualismo supone una violación al debido proceso[575].

La optimización del principio del debido proceso tiene una regla expresa en el derecho ambiental argentino. La Corte, en sus intervenciones en causas ambientales, recurre al precepto del art. 32 de la LGA, tanto para ejercer su competencia como para observar las decisiones de los inferiores que la hayan trasgredido. El enunciado normativo de la LGA es el siguiente:

> La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

En efecto, esta regla precisante del mandato contenido en el segundo párrafo del art. 41 de la CN, *establece un deber de optimización en el acceso a la tutela judicial en los procesos colectivos ambientales*. La particularidad es que resulta de una ponderación legislativa entre el principio de sustentabilidad y los principios procesales. En tanto mandato, se dirige a los jueces competentes quienes no deben

---

[574] Gil Domínguez, 2010, p. 270.
[575] Bernal Pulido, 2008, pp. 375-376.

admitir ninguna restricción en el acceso a la jurisdicción ambiental, dotándolo de amplias atribuciones para ordenar e instruir el proceso. Tal como ha sido interpretado por la Corte, las formas procesales deben aplicarse con un criterio amplio que, «sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, constituyendo una revalorización de las atribuciones judiciales al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador» (CSJN, 2006b; 2014a; 2016a; 2016b; 2019b).

De esto resulta que, en el sistema jurídico ambiental argentino, la mayor realización de la sustentabilidad requiere la optimización del ejercicio de la competencia jurisdiccional.

En Cruz (CSJN, 2016a), la Corte explica que es a la luz de los principios de prevención del daño ambiental y de precaución que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente. Lo que tiene un significado preciso: la optimización del acceso a la tutela jurisdiccional en materia ambiental se conforma al fin de proteger efectivamente el interés general.

En esta causa, la tutela efectiva fundamenta la competencia extraordinaria de la Corte. En efecto, entiende que, si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten –como regla– el carácter de sentencias definitivas, este principio admite excepción cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

Luego de ello, expresa que la interpretación de esta doctrina debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el artículo 4 de la LGA introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental. y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. Argumento que reitera en Mamani (CSJN, 2017a)

La optimización constitucional de las medidas cautelares se explícita en Cruz, cuando considera que constituyen «medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional».

En Majul (CSJN, 2019b), la Corte, luego de recordar que el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25675 dispone que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie, observa:

> Que cabe recordar que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias. En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales.

En conclusión, el fallo del superior tribunal contraría la normativa de referencia; en especial el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 –que

establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie– e infringe los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*. Todo lo cual, conspira contra la efectividad en la defensa del ambiente que persigue el actor en el caso.

En este fallo, se aprecia que la Corte consideró que una de las arbitrariedades que habilitan su competencia extraordinaria tiene lugar cuando el Superior Tribunal de Entre Ríos realiza un examen de los requisitos de la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales. En este contexto, la Corte considera arbitrario que, ante la duda sobre el amparo como vía procesal preferente, el tribunal no haya aplicado los principios *in dubio pro natura* y *pro aqua,* que hubieran direccionado la interpretación hacia una decisión efectiva para la protección del derecho sustancial. Este es un ejercicio del margen epistémico de la competencia de la Corte.

Sobre la optimización formal, Cafferatta, comentando el art. 8 del Acuerdo de Escazú, señala que en el marco de las reglas del debido proceso (garantía de defensa en juicio), el Acuerdo prevé que «cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento», para agregar:

> El acceso a la justicia ambiental está patentizado no solo en disponer de carriles adecuados de impugnación y recursivos (aspecto procesal), sino también en todo lo relativo a la faz sustantiva, en cuanto la conducta que se cuestiona afecte o pueda afectar de manera negativa al medio ambiente o resulte contravencional[576].

Detrás de estos conceptos, un sopesamiento entre derechos fundamentales es el objeto de la decisión y el debido proceso se optimiza para la realización de la sustentabilidad mediante la tutela judicial efectiva.

6.3. La precaución y las medidas preliminares previas a la definición de la competencia. Colisión entre el federalismo y la sustentabilidad. La emergencia extrema. La tutela judicial efectiva en Salas (CSJN, 2008c, 2008d, 2009c, 2011a)

Por definición, los principios formales se caracterizan por otorgar a una autoridad la competencia de determinar el objeto de optimización de un principio de derecho sustancial.

Con ese fin, la Corte ha efectivizado su competencia en numerosos fallos, pero estos responden a su competencia originaria o a la activada por el recurso extraordinario federal. Sin embargo, hay otros casos en los que la Corte sin tener competencia ha intervenido. Esto requiere un tratamiento especial para lo cual se selecciona el caso Salas por ser de referencia en el derecho ambiental argentino.

Antes de someter a examen el ejercicio jurisdiccional en esta causa, corresponde realizar un somero análisis normativo en la adopción de medidas

[576] Cafferatta, 2020b, p. 2.

precautorias dictadas por una autoridad incompetente, las cuales se encuentran reguladas en algunas normas procesales argentinas.

Así, conforme el art. 196 del CPCN, el principio general es que los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia; pero la misma norma también establece que la medida cautelar adoptada por juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con los extremos establecidos en el mismo capítulo del CPCN, prohibiéndole prorrogar su competencia. Es decir, la medida es válida, pero el juez incompetente debe desprenderse de la causa en forma inmediata en beneficio del juez competente.

También debe considerarse la Ley 26854, que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional; esta ley promulgada en el año 2013 regula el dictado de medidas cautelares por juez incompetente (art. 2), estableciendo como regla que los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia, con una excepción:

> 2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, solo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir *inmediatamente* las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

Sobre estas excepciones se ha expresado que «se trata de una jerarquización procesal en la protección de los derechos fundamentales: si bien veladamente, acotada a cuestiones procedimentales, se asigna una posición preferencial a quienes persiguen la protección de determinados derechos fundamentales o se encuentran en situación de vulnerabilidad social»[577].

En términos propios de la proporcionalidad, el legislador ponderó derechos sustanciales vinculados a la dignidad humana y al ambiente gravemente comprometidos frente a la competencia y atribuyó eficacia a la decisión cautelar adoptada por juez incompetente en esas circunstancias, ordenándole la inmediatamente remisión de las actuaciones al juez que considere competente.

Sentadas estas bases normativas, se reseñan los principales aspectos del examen jurisprudencial propuesto:

1) En la causa Salas, los actores –miembros de comunidades indígenas y organizaciones comunitarias– llegan a la Corte mediante acción de amparo en

---

[577] Cuesta, 2014.

defensa de los bosques nativos que consideraban afectados por los desmontes autorizados en forma indiscriminada, atribuyendo responsabilidad a la provincia por no haber cumplido con sus obligaciones legales. La Corte en su primer pronunciamiento entiende que la determinación de la competencia es el primer control de constitucionalidad al que ella está llamada a ejercer en su instancia originaria. Previo a resolver sobre ello, da vista al Procurador General (CSJN, 2008c).

El dictamen de la Procuración General expresa que, dado que la pretensión de los actores involucra cuestiones de índole local que requieren para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza, entiende que la causa no reviste carácter exclusivamente federal como lo exige el Tribunal para que proceda su competencia originaria, conforme la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno, según el criterio adoptado por el Tribunal en numerosos precedentes.

Agrega que la solución propuesta tiene respaldo en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario. Lo contrario importaría invadir las facultades reservadas de la Provincia de Salta.

No obstante este dictamen, el 29 de diciembre de 2008 (CSJN, 2008d), suspendió provisoriamente los desmontes, convocó a audiencia pública a las partes y requirió la información pertinente. En los considerandos, explica que estas medidas se adoptan más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución.

Esain y Di Paola[578] se preguntan: «¿Desde dónde encuentra competencia la Corte para –posponiendo la propuesta del Procurador de declarar la incompetencia originaria y exclusiva– intervenir en un caso que presenta tantos elementos locales?». Este planteo guiará el desarrollo que sigue.

2) En el resolutivo de diciembre de 2008, fundamenta su intervención en estas consideraciones: 1) la gravedad de los hechos que se denuncian exige de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado; 2) la adopción de las medidas conducentes que tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional y garantizar la eficacia de los derechos; 3) todo ello sin perjuicio de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

La Corte entiende que:

[578] Esain y Di Paola, 2009.

> Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas.
>
> No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.
>
> Asimismo, y toda vez que en el caso media suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicios inminentes o irreparables, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del Código Procesal.

3) Para justificar su intervención acude a precedentes. De estos precedentes, se comentan la causa Lavado (CSJN, 2007a) y Defensor del Pueblo de la Nación (CSJN, 2007b).

En el fallo en la causa Lavado (CSJN, 2007a), la Corte intima al Estado nacional a que adopte las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la provincia de Mendoza, las consideraciones que realiza para ello son:

> [...] la gravedad de la reiteración de los hechos que se denuncian, la ausencia de control y dominio adecuado en la Penitenciaria –presupuestos de la existencia de aquéllos– exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento en que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 CN.

Es decir, entiende que la situación habilita el control de constitucionalidad, más allá de su competencia.

Recuerda que:

> [...] en la sentencia dictada el 30/3/2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le indicó al Estado argentino que las razones de derecho interno no podían justificar la falta de adopción de las medidas conducentes para superar la situación existente.

Para proceder a ponderar:

> Frente a las indicaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Argentino y a las consecuencias que puede traer aparejada la subsistencia y falta de control de las condiciones de detención que se denuncian, la participación de la Corte Suprema *no puede ser vista más que como la mejor realización del funcionamiento del sistema representativo, republicano y federal* que rige a la Nación y al que las autoridades todas se deben someter.

La ponderación en este considerando sopesa los principios federales frente a la jurisdicción de la Corte como garante final de los derechos sustanciales, estableciendo la optimización de su intervención como *la mejor realización* del funcionamiento del sistema representativo, republicano y federal, por lo que sostiene que no es una intromisión indebida.

El otro precedente invocado en Salas es la causa Defensor del Pueblo de la Nación (CSJN, 2007b), en la que la mayoría de la Corte entendió, en contra de lo dictaminado por la Procuración General, que la gravedad y urgencia de los hechos atribuidos a la inacción del Estado nacional y provincial –vinculados a la situación de emergencia extrema de los habitantes pertenecientes a la etnia Toba– exigían de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, cumplido con los informes y la audiencia, decide hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado nacional y a la provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región involucrada para atender la situación de emergencia extrema.

El expediente del proceso de la causa Defensor del Pueblo de la Nación, 587/2007, tuvo resolución sobre la competencia el 8 de abril de 2021, declarando su incompetencia con remisión de la causa al juez competente (CSJN, 2021a).

En este fallo, la justificación que expresa sobre el tardío cese en su intervención reside en que «al haberse logrado alterar el estado de cosas que exigió la inmediata intervención de la Corte con el propósito de superar la anomia existente al momento en que se asumió el trámite de esta causa, le correspondía expedirse sobre su competencia».

Ambos precedentes invocados en Salas (CSJN, 2009c) son los justificativos de su intervención excepcional y temporal. En el caso Lavado, la gravedad de los hechos, los derechos afectados y la responsabilidad internacional que le puede caber al Gobierno nacional por las omisiones que los gobiernos provinciales cometan respecto a contenidos de los convenios suscriptos por el país. En el caso Defensor del Pueblo, la gravedad y la emergencia extrema de los habitantes pertenecientes a la etnia Toba exigieron a la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado. El cese de la intervención se explica por «haberse logrado alterar el estado de cosas», es decir, por la superación del estado de cosas inicial.

4) Continuando con Salas, luego de celebrada la audiencia pública el 18 de febrero de 2009 (CSJN, 2009b), cuya importancia es manifiesta, la Corte se pronuncia el 26 de marzo de 2009 (CSJN, 2009c), resolviendo: 1) requerir a la Provincia de Salta que, en el plazo máximo de noventa días realice un estudio de impacto ambiental acumulativo con la participación de las comunidades en los que

se autorizaron las tala, 2) suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos descriptos hasta tanto se efectúe el estudio requerido y 3) *postergar provisoriamente la decisión sobre la competencia del Tribunal*.

Recién en el año 2011, da por concluida su intervención, sobresaliendo este fundamento:

> Que la gravedad de los hechos denunciados por los actores y la clara afectación al medio ambiente que producían aquellas actividades realizadas de manera indiscriminada, exigieron de esta Corte la adopción de las medidas conducentes a la superación del estado de cosas que dio lugar a la promoción del proceso y el diferimiento de la decisión atinente a su competencia para entender en el caso por vía de la instancia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

Este considerando sopesa las circunstancias que justificaron su intervención, pero en el considerando 5 *in fine* agrega: «En consecuencia, al no subsistir las circunstancias que determinaron el dictado de la medida cautelar dispuesta a fs. 313/315, corresponde levantar la suspensión allí ordenada, pues ha desaparecido el peligro de daño irreversible que determinó aquella decisión».

La superación del estado de cosas a las que se refiere comprende, entre otras, el cumplimiento de lo ordenado en el pronunciamiento de marzo de 2009 (CSJN, 2009c) con la presentación del estudio de impacto ambiental acumulativo por la provincia de Salta en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y con la participación de las comunidades que habitan la zona afectada. El considerando destaca, además, la adopción de diversas actuaciones normativas por la provincia y, en especial, la sanción del decreto provincial 2789/2009, por el que se dispuso que la delimitación definitiva y la categorización final de las áreas boscosas que ocupan o utilizan las comunidades indígenas y que, hasta tanto se realice el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de esas tierras (artículo 2), dichas áreas serán consideradas de manera precautoria en la Categoría II (amarillo), prohibiéndose la ejecución de las autorizaciones de desmonte pendientes de realización en aquellas propiedades incluidas en esa categoría y que se encuentren sometidas a un reclamo formal por parte de tales comunidades (artículo 1).

Por ello, entiende oportuno declara su incompetencia, considerando que se han alcanzado los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito y, consecuentemente, se desprende del conocimiento de la causa, en la medida en que no correspondía a la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, al no mediar acto, omisión o situación generada que provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7 de la Ley 25675) que justifique su intervención. Remitiendo entonces las actuaciones a la Corte de Justicia de la provincia de Salta.

5) El análisis de la intervención de la Corte conforme esta investigación debe tener presente que el examen de la proporcionalidad es un procedimientos escalonado y sucesivo, de modo que, si no se logra atravesar uno de sus momentos, la norma es

inconstitucional, por lo que antes de la ponderación de los principios en colisión deben examinarse la idoneidad y la necesidad de las medidas preliminares. Las dimensiones fácticas de eficacia, plenitud, temporalidad y seguridad deben aplicarse para la selección de las medidas, siendo la dimensión temporal la clave del análisis a realizar.

Dos son las medidas que corresponde observar, la intervención estableciendo medidas preliminares previas a la definición de la competencia y la medida de postergación provisoria de la decisión sobre su propia competencia. Por lo que corresponde, conforme lo desarrollado en el Capítulo 2.4.1, analizar la idoneidad y necesidad de estas.

En los fundamentos del fallo, bajo el principio de precaución, se razona que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental individual de cada una de ellas, pero que no se efectuaron estudios sobre el efecto acumulativo de todas las autorizaciones. Entiende que se configura entonces, una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras.

Es el estado de cosas inicial[579] el fin que justifica la intervención como las medidas consecuentes; un estado de cosas que agrede gravemente el bien protegido por el derecho fundamental, cuyas condiciones constitucionales –sano equilibrado, apto para el desarrollo humano- deben restablecerse con medidas dotadas de eficacia, temporalidad, complitud y probabilidad. Dada esta fundamentación, la relación entre los medios y el fin de protección da como idónea la intervención del máximo Tribunal y las medidas consecuentes.

Las medidas adoptadas como consecuencia de la intervención también responden al examen de necesidad, ya que uno de los aportes más trascedentes del fallo es advertir que el procedimiento de EIA es burlado en su finalidad por una aplicación discrecional que no toma en consideración los efectos que sobre el ambiente puede provocar el conjunto de los emprendimientos que conllevan a la tala de los bosques. Por lo que la EIA acumulativa resulta una medida no solo idónea sino necesaria, al responder al fin de protección del instituto y no afectar los derechos individuales en mayor medida de lo que supone una evaluación integral de la región afectada.

6) Queda pendiente el examen de la prórroga en el pronunciamiento sobre su competencia, la que por su naturaleza requiere analizar la perspectiva temporal. Una medida puede ser idónea para alcanzar el fin de protección y desproporcionada por no haberse seleccionado, entre el conjunto de medidas alternativas, la menos lesiva. Es decir, la restricción a la posición de derecho fundamental afectada –en el caso, la competencia local y el derecho al juez natural– es injustificadamente *excesiva* si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo o restrictivo. Este es el examen de necesidad de la proporcionalidad que supone la comparación entre el

[579] El estado de cosas inicial y final se trata en el Capítulo 2.4.1.

medio implementado con medios alternativos que limitan el derecho en menor medida[580].

Para realizar una evaluación de esta medida, se propone un examen comparativo, tomando de la red de precedentes de la Corte, Anexo 1 de la investigación, los pronunciamientos en la causa Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c y 2016d).

En esta causa, en el fallo del 26 de abril de 2016, explica su intervención conforme a los precedentes:

> Que esta Corte ha señalado la pertinencia de la adopción de medidas preliminares previas a la definición de su competencia, cuando los hechos de la causa lo justifican. Es que la adopción de esas medidas no implica definición sobre la decisión que pueda recaer en el momento que el Tribunal se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional (conf. causas «Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro», Fallos: 330:111; «Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional», Fallos: 331:2797; CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 «Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental», sentencia del 24 de abril de 2012).

Agrega sobre la magnitud de la amenaza de daño ambiental:

> […] se trata de obras de una magnitud considerable, con un gran potencial para modificar el ecosistema de toda la zona y esas consecuencias deben ser adecuadamente medidas teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras…Que, en consecuencia, existe evidencia de obras con suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se pretende.

Una aclaración contenida en este fallo subraya la temporalidad de las medidas preliminares: «Es que la adopción de esas medidas no implica definición sobre la decisión que pueda recaer en el momento que el Tribunal se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional (conf. "Lavado", Fallos: 330:111; "Salas", Fallos: 331:2797; CSJ 175/2007 (43- V) /CS1 "Vargas", sentencia del 24/04/2012)».

El fallo de diciembre de 2016 (CSJN, 2016d), la Corte adopta la medida de suspensión de la construcción de la represa hasta que se cumpla con el procedimiento de EIA y se celebre la audiencia pública respectiva, o hasta el dictado de la sentencia definitiva, lo que suceda primero; seguidamente se desliga de la causa declarando su incompetencia para inmediatamente declarar la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

---

[580] Clérico, 2018, p. 40.

Es decir, hay *inmediatez* entre la decisión cautelar y la remisión de la causa al tribunal competente.

7) El examen del medio alternativo menos lesivo sobre el derecho intervenido impone considerar si al igual que en Represas de Santa Cruz, en Salas se podían resolver las medidas preliminares y urgentes junto con la declaración incompetencia en forma concomitante o en plazo más ajustado, remitiendo la causa a la justicia provincial.

Se puede estimar que, cumplida la audiencia pública (CSJN, 2009b), a la que debe reconocérsele eficacia para la producción de la resolución del 26 de marzo de 2009 (CSJN, 2009c), las medidas preliminares adoptadas son necesarias. No resulta lo mismo respecto a la medida de prórroga para la declaración de incompetencia, en tanto se debe considerar que luego de esa fecha nada impedía que esas medidas hubieran sido cumplidas en sede provincial por la autoridad constitucionalmente competente, la que resultaba el juez natural de la causa dentro de las reglas del debido proceso, incluso considerando necesarios los 90 días para la presentación del EIA ante la Corte, ya que ese plazo fue sobrepasado en exceso. Entonces, existía una alternativa menos grave en la intervención del principio competencial federal y debido proceso.

En efecto, recién en la decisión del 13 de diciembre de 2011 (CSJN, 2011a), luego de considerar satisfechos los requerimientos realizados y considerar positivamente las medidas complementarias adoptadas por la Provincia en cuanto al resguardo de los bosques nativos, dispone declarar que la causa no es de su competencia, remitiendo las actuaciones a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta. Por lo que el extenso periodo que sigue desde marzo de 2009 hasta que se desprende de la causa produce una *innecesaria* afectación de la competencia local.

8) Corresponde ahora hacer algunas consideraciones respecto al planteo sobre la adopción de medidas preliminares por autoridad incompetente. Conforme a lo analizado, el principio de precaución puede producir el desplazamiento temporario de la competencia, pero debe reunir condiciones especiales respecto al grado de afectación del derecho sustancial.

Una explicación sobre esta afectación sustantiva y su relación con los principios formales surge de un planteo de Alexy cuando se pregunta ¿si puede un principio formal ponderarse contra un principio sustancial, y viceversa?, respondiendo que el principio material de justicia tiene precedencia sobre el principio formal de seguridad jurídica cuando se da la *condición de extrema injusticia*. Ante esta situación, no hacer nada no es una opción. A la inversa, en la condición de injusticia por debajo del umbral de la extrema injusticia, la interferencia con el principio de justicia no tiene la mayor intensidad, por lo que prevalece el principio formal de seguridad jurídica[581].

De esto se puede establecer que en el caso Salas, la amenaza de daño grave o irreversible con proyección regional, con la posible afectación de la población

[581] Alexy, 2014, p. 22.

presente y futura de condición vulnerable, en un contexto de incertidumbre, califica como de injusticia extrema o intolerable por lo que, el principio sustancial de precaución por su mayor peso desplaza temporalmente al principio de la competencia local.

En Salas, la importancia del derecho a proteger puede graduarse como gravísima[582]. De tal modo, concurre la condición de extrema injusticia que justifica la intervención y la prórroga en la declaración de la incompetencia.

9) Estas intervenciones son excepcionales y conmueven la regla en virtud de la cual la optimización de un principio corresponde al titular de la competencia. Las consecuencias que su reiteración podrían causar sobre el sistema federal de gobierno son extremadamente graves. En efecto, el mismo máximo tribunal nacional, cuando rechaza su competencia originaria en un caso de contaminación, advierte que «si por la vía intentada, se le reconociese a la jurisdicción originaria de esta Corte la extensión que se le pretende atribuir, la justicia nacional habría realizado por su facultad de examen y el imperio de sus decisiones, la absorción completa de los atributos primordiales del gobierno de los estados» (CSJN, 2008a).

Otra regla establecida por la misma Corte para las regulaciones en situación de emergencia incide en el sentido de ajustar la temporalidad de este tipo de intervención: «Los precedentes de esta Corte establecen que el ejercicio de los derechos puede ser restringido parcialmente y durante un tiempo limitado cuando es una medida razonable y proporcional en una situación de una emergencia justificada» (CSJN, 2021b, voto del juez Lorenzetti).

10) Por lo expuesto, las medidas preliminares y urgentes en causas ambientales cuando son adoptadas por un tribunal incompetente son proporcionales únicamente ante una situación de extrema gravedad o de emergencia, correspondiendo remitir la causa al tribunal competente con inmediatez o en un tiempo razonable conforme la situación, de lo contrario se vulnera innecesariamente el principio de competencia y se incurre en un actuar arbitrario.

6.4. La competencia federal de excepción por razones de interjurisdiccionalidad (art. 7, LGA). Colisión entre el federalismo y la sustentabilidad. Estándares de ponderación provisorios y restringidos. Importancia de los estudios científicos. La certidumbre necesaria

La Ley General del Ambiente 25675 establece en su artículo 7 que «la aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos en los que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal». En consecuencia, la regla es la competencia ordinaria local y la excepción es la competencia federal para aquellos casos en que, efectivamente, se verifique una afectación interjurisdiccional, regla legal que encuentra su sustento constitucional en la competencia de la justicia

[582]Alexy, 2002, p. 48. Considera la posibilidad de una afectación muy grave o extraordinariamente grave de un derecho fundamental.

federal en relación con causas que involucren afectados que habitan en más de un territorio provincial (art. 116 de la CN)[583].

Esto ha suscitado conflictos negativos de competencia entre la jurisdicción local y la federal en torno a la interpretación de la afectación interjurisdiccional, que han tenido que ser dirimidos por la CSJN. El escenario de estos conflictos de competencia es la colisión entre el principio federal de gobierno y el principio material de sustentabilidad, en cuanto se trata de decidir el criterio de atribución de la competencia federal de excepción en caso de afectación interjurisdiccional.

Estos conflictos de competencia se dirimen dentro de un restringido y provisorio marco cognoscitivo, por lo que existe la provisoriedad de planteos ulteriores (v.gr., excepción de incompetencia) y/o la modificación de circunstancias que justifiquen, en cualquier estadio, la declaración de incompetencia aún de oficio (v.gr., la acreditación durante la etapa probatoria de que la afectación de un recurso interjurisdiccional era efectivamente de dicha naturaleza, lo que justifica la declaración de incompetencia y su remisión a la justicia federal o la existencia de competencia originaria de la Corte Suprema, en razón de un conflicto con sujetos aforados)[584].

Un análisis particular revela las dificultades que provoca la interpretación de la competencia federal de excepción del art. 7 de la LGA, con criterios divergentes en los diversos pronunciamientos recaídos en la materia.

En la causa Medam (CSJN, 2004a), la contienda negativa de competencia se origina en la demanda promovida por la Fundación Medam contra el Estado nacional (Ministerio de Defensa), a fin de obtener que cese el daño ambiental que produce la «Fábrica Meteor», ubicada en la ciudad de Zárate, provincia de Buenos Aires, como también que se realicen las obras necesarias a tal efecto y que se recomponga el daño ambiental causado como consecuencia de la actividad e instalaciones de dicha planta.

La Corte adhiere al dictamen del Procurador subrogante, cuando expresa que, a los efectos de dilucidar las cuestiones de competencia, es preciso atender de modo principal a la exposición de los hechos que la actora efectúa en la demanda y después, solo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión. Concluye que este proceso corresponde a la jurisdicción federal tanto *ratione personae* como *ratione materiae*.

En cuanto a la materia, advierte que, según surge de los términos de la demanda, los procesos contaminantes «afectan fuertemente la composición química del acuífero freático y del lindero Río Paraná», circunstancia que habilita a entender que, en principio, se hallaría configurada la interjurisdiccionalidad que requiere el art. 7, segundo párrafo, de la Ley 25675.

En el fallo de la causa Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida v. Provincia de San Luis y otros

---

[583] Pinto, 2012, p. 394.
[584] Sucunza, 2016.

(CSJN, 2006a), rechazó su competencia originaria porque no encuentra acreditados los extremos previstos en el art. 7 de la Ley 25675, de modo de surtir la competencia federal perseguida, en tanto no se ha aportado ningún estudio ambiental que permita afirmar ese extremo, no constan quejas o reclamos por parte de los estados provinciales limítrofes que pudieran evidenciar su carácter de afectados por los hechos denunciados, ni se intenta instar la intervención de aquellos como terceros, sobre la base de una supuesta comunidad de controversia no demostrada.

En el fallo en la causa ASSUPA v. Provincia de San Juan, (CSJN, 2007e), rechaza la competencia originaria considerando que a los fines de justificar la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en el carácter federal que se le asigna a la materia, sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad, no basta con afirmar que la contaminación del medio ambiente no queda confinada a la provincia ya que dichos extremos deben encontrarse debidamente acreditados en forma tal que permita afirmar que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7, Ley 25675). El examen de la determinación de la naturaleza federal del pleito –carácter interjurisdiccional del daño denunciado– debe ser realizado con particular estrictez de acuerdo con la excepcionalidad del fuero federal, de manera tal que si no se verifican los supuestos que la determinan, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local.

En el fallo dictado en la causa Rivarola (CSJN, 2011b), la Corte sigue el criterio de la Procuración que sostiene la necesidad de acreditar la afectación interjurisdiccional.

Sin embargo, este fallo tiene la disidencia de Lorenzetti, quien sostuvo entonces que el Tribunal en ningún caso ha exigido la presentación de una evaluación científica o estudio que pruebe la efectiva contaminación o degradación del recurso interjurisdiccional en casos como el de autos. Afirma que es jurisprudencia de la Corte que para que se configure el presupuesto del art. 7, segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente, solo basta que en la exposición de los hechos en la demanda se observe que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional. Esto conforme el precedente de la misma Corte en «Fundación Medam c/ Estado Nacional Argentino y otro».

Ya en la causa Surfrider (CSJN, 2020b), resuelve un conflicto de competencia adhiriendo al dictamen de la Procuración General de la Nación, el cual sostiene que es preciso demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación –según los términos de la Ley General del Ambiente– de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción al respecto tiene que surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, de alguna otra evidencia que demuestre la verosimilitud de la afectación interjurisdiccional.

El fallo de la causa Servicio de Agua del Estado Provincial de Chaco (2020a), trata un conflicto negativo de competencia en la causa en que se investiga una supuesta infracción a la ley 24.051, por la descarga de afluentes cloacales en el arroyo Correntoso, que desemboca en el río Oro, afluente del río Paraguay. En consecuencia, el tema a decidir es el criterio de atribución de competencias que debe utilizarse en

la investigación de la contaminación con residuos peligrosos a cauces de agua internos provinciales, cuando este pertenece a una cuenca hídrica interjurisdiccional. Resalta que la Corte «ha subrayado la exigencia de interjurisdiccionalidad de la contaminación como presupuesto inexorable para atribuir la competencia federal».

Los considerandos expresan con claridad los principios a ponderar. En el sub examine corresponde compatibilizar: i) el carácter excepcional y restrictivo de la competencia federal, con ii) la naturaleza integral e interdependiente de la cuenca hídrica, a la luz de los principios precautorio y preventivo del derecho ambiental.

En torno a tales perspectivas, sostiene que «la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de "compatibilización", que no es una tarea "natural" (porque ello significaría "obligar" a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente "cultural"».

También alude a los precedentes sobre los que ha construido el concepto de cuenca hídrica, para enfatizar que la concepción de unidad ambiental de gestión de las cuencas hídricas, como bien colectivo de pertenencia comunitaria y de objeto indivisible, se encuentra previsto con claridad y contundencia en el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (Ley 25688, artículos 2, 3 y 4).

Luego de analizar las pruebas incorporadas, especialmente el dictamen técnico de UFIMA, decide, con los estándares de ponderación provisorios y restringidos característicos de esa etapa inicial del proceso, que «se encuentra configurada, con carácter provisorio, la presencia de elementos que permiten razonablemente colegir el requisito de afectación interjurisdiccional, lo que hace surtir la competencia de la justicia federal».

En Fabricaciones Militares (CSJN, 2021d), resuelve a favor de la competencia federal ante la posible contaminación con desechos comprendidos en la Ley 24051, en tanto los ríos Carcarañá y Paraná podrían, razonablemente y en el marco de la interdependencia que se verifica entre los elementos de una cuenca hídrica, convertirse en cuerpo receptor del efluente contaminante que, *prima facie*, afectaría al río Tercero. Por lo que, con los estándares de ponderación provisorios y restringidos característicos de esta etapa inicial del proceso, considera que se encuentra configurada, con carácter provisorio, la presencia de elementos que permiten razonablemente colegir el requisito de afectación interjurisdiccional. Se sustenta en un informe técnico producido por la U.F.I.M.A. que describe las características de las emanaciones gaseosas objeto de la causa y su aptitud de producir graves daños a la salud humana y al ambiente.

La disidencia rechaza la competencia federal y recuerda la evolución del criterio de la Corte: antes del año 2000, se aceptaba la competencia de los tribunales federales ante la mera posibilidad de que en el hecho contaminante estuviese involucrada alguna de las sustancias comprendidas en el Anexo I de la ley 24.051, «pero desde la causa Lubricentro Belgrano (Fallos: 323:163)», se modificó este criterio y se estimó que correspondía la jurisdicción de los tribunales provinciales cuando de las probanzas del sumario no surgía que los desechos pudieran afectar a

las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia respectiva, incluso si los materiales secuestrados pudieran considerarse residuos peligrosos en los términos de la ley 24.051.

Se advierte que la tensión entre la sustentabilidad y el principio federal no está resuelta, pero se puede alcanzar una aproximación al estándar aplicable por la Corte a la competencia de excepción por afectación ambiental interjurisdiccional. Lo primero es el margen en el cual se desenvuelve la ponderación en estos procesos, la que define como provisoria y restringida; luego identifica expresamente los principios en colisión: el federalismo y la sustentabilidad, siendo la competencia federal de excepción y restrictiva, es decir, la intervención en la competencia local requiere de un alto grado de justificación para su precedencia, y, finalmente, el grado de afectación de la unidad ambiental interjurisdiccional, que en el caso es la cuenca hídrica, entendida como bien colectivo.

Respecto a este último, la intervención para ser ponderada requiere respecto de la afectación interjurisdiccional «cierto grado de razonabilidad», que debe tener sustento técnico y científico. Ese grado de razonabilidad se relaciona con la variable certidumbre y requiere para ser sopesada alcanzar una comprobación plausible o no evidentemente falsa de las premisas fácticas –degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales– del bien colectivo a satisfacer.

Resultando de este modo que, para la procedencia de la competencia federal por razones de interjurisdiccionalidad, no es suficiente que se afirme que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional, es necesario un grado de comprobación o de certidumbre sobre la afectación de una unidad ambiental interjurisdiccional para una decisión proporcional favorable.

7. La efectividad del derecho ambiental y el Sistema Federal Ambiental

7.1. Validez social y eficacia normativa

Peña Chacón sostiene que el principal problema actual del derecho ambiental es su falta de efectividad, existiendo claras falencias tanto en el logro de sus objetivos y metas, como en su aplicación y cumplimiento sostenido y recurrente[585]. En el mismo sentido, expresa Cafferatta que el mayor problema contemporáneo del Derecho Ambiental es la falta de efectividad normativa. Se sabe que existen leyes, pero no se sabe cómo lograr que esas leyes se cumplan[586].

A lo largo de la investigación, la optimización de los principios ambientales ha abordado la cuestión de la efectividad. La determinación de la regla definitiva a través del procedimiento de la proporcionalidad requiere de los exámenes fácticos de idoneidad y de necesidad que se refieren a las condiciones de eficacia, complitud, temporalidad y probabilidad de las medidas que conformarán la consecuencia jurídica, procedimiento que se completa con la ponderación de los derechos en colisión para establecer la norma adscripta.

Sin embargo, esta tarea cuando se refiere a la norma ambiental en el sistema jurídico argentino adquiere una particular complejidad dada la competencia

---

[585] Peña Chacón, 2016, p. 11.
[586] Cafferatta, 2007.

compartida entre la Nación y las provincias para su emisión y, esencialmente, para su aplicación local. De tal forma, que la efectividad de la norma ambiental constituye un asunto de particular importancia que requiere considerar algunos aspectos teóricos gravitantes.

Se ha aludido en este capítulo a la validez jurídica, haciendo referencia a la norma dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto, sin embargo, es oportuno completar el marco teórico de esta investigación, introduciendo la relación entre validez y eficacia normativa conforme la doctrina de Alexy.

Alexy presenta el problema de la validez jurídica por su relación –de dependencia– con la validez social y la validez ética, expresando:

> Los conceptos sociológico y ético de validez son conceptos puros de validez en el sentido de que no tienen que contener necesariamente elementos de los otros conceptos de validez. Otra es la situación en el caso del concepto jurídico de validez. Si un sistema de normas o una norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social, este sistema de normas o esta norma tampoco puede valer jurídicamente[587].

Para el concepto positivista de derecho, la validez tiene dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad y el de la eficacia social. Mientras que, para la teoría principialista, se agrega la validez moral.

En efecto, Alexy precisa que:

> Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales[588].

Por exceder esta investigación, no se tratará la teoría de Alexy de la pretensión de corrección moral que se extiende a los principios, importa aquí la cuestión de la validez social que incide directamente en la condición de la eficacia de la norma ambiental.

Sobre la condición de validez social, expresa:

> Si un sistema de normas o una norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social, este sistema de normas o esta norma tampoco puede valer jurídicamente. El concepto de validez

[587] Alexy, 2004, pp. 88-89.
[588] Alexy, 2004, p. 14.

jurídica incluye, pues, necesariamente también elementos de la validez social[589].

Entonces, la primera distinción de validez de una norma se relaciona con el sistema normativo al que pertenece: «Una norma es considerada como válida, sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz»[590].

En el caso de las normas aisladas, a diferencia de lo que sucede con los sistemas de normas, la eficacia social en general no es condición de su validez jurídica. En un sistema jurídico de estructura escalonada, este criterio es reemplazado por el de la legislación *conforme* con una Constitución en general socialmente eficaz. Pero Alexy establece un límite a la validez jurídica de la norma aislada: «Ciertamente, no es condición de la validez jurídica de una norma aislada el que sea en general socialmente eficaz pero sí que presente un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia»[591].

Se introduce así una consideración especial, un mínimo de eficacia social será necesaria en las normas aisladas o de derecho secundario.

Ahora, con estos conceptos, corresponde tratar cómo se alcanza ese mínimo de eficacia social de la norma ambiental, sea PMPA o NC.

7.2. Proporcionalidad institucional ambiental: el SFA

Antes de la Reforma constitucional del año 1994, el ejercicio errático de las competencias ambientales condujo a las provincias y el Gobierno Nacional a abandonar las políticas aisladas e iniciar un proceso de integración consensuado, cuyo fin era que los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos fueran utilizados en forma equitativa y racional. Este proceso se llevó adelante a través de convenios interjurisdiccionales directamente concertados por las partes interesadas o por el sistema de las leyes-convenio de adhesión. De pactos específicos se avanzó hacia un proceso concertador más integral, comprensivo de la problemática ambiental argentina, que tuvo su mayor expresión cuando los Estados Provinciales suscriben el 31 de agosto de 1990, en la ciudad de La Rioja, el Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)[592].

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el federalismo de concertación formó parte de la especial distribución de competencia ambientales establecidas en el art. 41, párrafo tercero, de la CN, por lo que debía procederse a la optimización del acuerdo alcanzado. Así, en el año 2002, con la sanción de la LGA,

---

[589] Alexy, 2004, p. 89.
[590] Kelsen interpreta los conceptos de eficacia y validez de la siguiente forma: «La eficacia del derecho quiere decir que los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas deben comportarse; o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo. La afirmación de que el derecho es eficaz significa solamente que la conducta real de los individuos se ajusta a las normas jurídicas. Así, pues, validez y eficacia se refieren a fenómenos completamente distintos». Kelsen, H., 1958, p. 46.
[591] Alexy, 2004, pp. 92-94.
[592] Rodríguez Salas, 2008.

una nueva etapa institucional de la función de coordinación comenzó a consolidarse con la creación del Sistema Federal Ambiental (SFA).

La LGA, luego de establecer los principios de solidaridad y cooperación en las relaciones federales para la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos, en el art. 23, establece el Sistema Federal Ambiental con el objeto de desarrollar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires. El mismo será instrumentado a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA). Una perspectiva política administrativa explica esta decisión, la norma ambiental, nacional o provincial, se aplica por las jurisdicciones locales y un mínimo de eficacia es requerido para su cumplimiento.

Por lo que el federalismo ambiental encuentra un grado de realización en la Ley 25675, con la creación del Sistema Federal Ambiental (art. 23) y la ratificación del Acta constitutiva del COFEMA y el Pacto Federal Ambiental (art. 25), que anexa en forma completa la LGA.

El COFEMA se define como organismo permanente para la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre los Estados miembros (art. 1 Acta Constitutiva). El mismo se conforma por los representantes de los poderes ejecutivos provinciales, esencialmente los funcionarios responsables de los organismos ambientales de mayor jerarquía.

Así, la proporcionalidad ambiental posee un órgano de derecho intrafederal para coordinar la elaboración de regulaciones ponderadas entre los estados de la federación. Una parte del Estado Ambiental de Derecho se conforma en el SFA. No se trata de limitar ninguna función al legislador democrático nacional ni provincial sino de optimizar el ejercicio de la cooperación y solidaridad entre los Estados de la federación.

En las funciones del SFA se distinguen dos instancias de actuación.

La primera instancia corresponde la formación de las normas ambientales. Para ello, la LGA introduce un mandato dirigido al Poder Ejecutivo Nacional, que también involucra a las provincias. Así, en su art. 24, dispone que:

> […] el Poder Ejecutivo propondrá a la Asamblea del Consejo Federal de Medio Ambiente el dictado de recomendaciones o de resoluciones, según corresponda, de conformidad con el Acta Constitutiva de ese organismo federal, para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarios provinciales, y sus reglamentaciones en las distintas jurisdicciones.

El SFA procura la adecuada vigencia y aplicación efectiva de la norma ambiental, es decir, la eficacia social tanto de los PMPA como de las NC.

Sobre los términos empleados por el art. 24 de la LGA, se han vertido consideraciones diversas[593], pero corresponde atender a la interpretación de Alexy cuando explica que una condición entrelaza la validez jurídica con la validez social, siendo esta última, de tipo sustantivo, la que define la eficacia de la regla jurídica.

Así, ese mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia al que alude Alexy, fundamenta el fin inmediato establecido en el art. 24 de la Ley 25.675 y configura la naturaleza procedimental y participativa destinada a producir normas concertadas, socialmente eficaces, procurando dotarlas de la necesaria validez jurídica.

Queda plasmado de este modo un diseño institucional conforme la LGA, por el cual la formación de los presupuestos mínimos de protección ambiental nacional y de las normas complementarias provinciales, tienen un ámbito de concertación definido (el COFEMA) para la optimización o la compatibilización de las normas de protección ambiental.

Esto, en tanto el deslinde competencia entre lo mínimo y complementario no es una regla cerrada, dependiendo la formación de la norma adscripta de las condiciones necesarias relacionadas con la escala político territorial considerada por cada tipo de norma, lo cual requiere de la proporcionalidad para su establecimiento.

En efecto, la compatibilización debe ser entendida, por una parte, como un análisis de la idoneidad y de la necesidad de las medidas regulatorias, en el que la eficacia, temporalidad, plenitud y seguridad de las medidas se realiza atendiendo a las condiciones necesaria para la protección ambiental, y, por la otra, como la ponderación de los derechos comprometidos por las respectivas órbitas competenciales.

Por lo que la esencia del Sistema Federal Ambiental es propender a ese mínimo de eficacia social de la norma ambiental argentina, ocurriendo a un examen cooperativo de proporcionalidad de las medidas y de los derechos a fin de alcanzar su adecuada vigencia[594].

El art. 24 de la LGA tiene un significado comparable al del art. 240 del CCyC, mientras que este último establece la regla de compatibilización entre derechos, aquel establece la regla de compatibilización federal o institucional.

La segunda instancia, tiene lugar cuando la escala territorial ambiental trasvasa los límites de una provincia y compromete a la región, en este caso, los principios federales ambientales ordenan la optimización competencial para alcanzar el fin de protección, siendo el convenio interjurisdiccional la forma más adecuada para su realización.

Al respecto, la función del COFEMA trasciende lo dispuesto en el art. 24 de la LGA. Así, el artículo 2º del Acta constitutiva del COFEMA establece entre sus objetivos formular una política ambiental integral, tanto en lo preventivo como en lo correctivo, en base a los diagnósticos correspondientes, teniendo en consideración las escales locales, provinciales, regionales, nacionales e internacionales. Por lo que

---

[593] Esain, 2008, p. 300.
[594] Rodríguez Salas, 2008.

en su seno también puede tener lugar la concertación regional. Nada impide actuar concertadamente fuera del SFA, pero el ámbito existe y está formalizado en una norma adscripta.

En consecuencia, el SFA es un ámbito de compatibilización mediante la concertación de los conflictos regionales o interjurisdiccionales, siendo el convenio interjurisdiccional, en tanto norma adscripta, la forma idónea para su concreción.

En la causa Mendoza, la creación por un acuerdo interjurisdiccional del ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo) fue consecuencia de la manda judicial que requirió al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al COFEMA, la presentación de un plan integrado que contemple la recomposición ambiental de la cuenca.

Si como expresa Rosatti (CSJN, 2018a), «el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas a las provincias y al Estado nacional debe ser ponderado como una interacción articulada», esa articulación encuentra en el SFA un ámbito institucionalizado.

En el fallo de la causa Ejército Argentino (CSJN, 2O19e), en el voto en disidencia del juez Rosenkrantz, se destaca el SFA como norma adscripta de derecho fundamental:

> Que, por lo demás, el deber en que se encuentra el gobierno nacional de asegurar el derecho a un ambiente sano, en los términos del art. 41 de la Constitución, ha sido reglamentado por la ley 25.675, cuyas reglas, fines y principios le resultan plenamente exigibles. En el marco del Sistema Federal Ambiental, establecido en su art. 23, se impone al gobierno nacional, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la carga de actuar de manera coordinada en el desarrollo de las políticas ambientales tendientes al logro del desarrollo sustentable.

En la causa Provincia de Corrientes (2021f), la Corte expresa sobre la necesaria operatividad del sistema federal constitucional:

> Por lo demás, las resoluciones impugnadas de ningún modo excluyen la posibilidad de que, eventualmente, se adopte una decisión definitiva con respecto al "Proyecto Productivo Ayuí Grande" a partir de una adecuada relación de coordinación entre las autoridades nacionales, locales, de la CARU y del COFEMA, tornando operativo de este modo el sistema federal constitucional.
>
> Ello es así pues, al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada.

Como síntesis, se ha distinguido la instancia de la formación la norma de PMPA y de la NC de la relacionada con la territorialidad ambiental, entendiendo que ambas requieren de la proporcionalidad institucional para la optimización de la competencia ambiental que corresponde a cada jurisdicción para realizar eficazmente el fin común de protección ambiental. Validez jurídica y eficacia social aparecen entrelazadas en su definición.

7.3. La compatibilización entre derechos y la compatibilización institucional como tarea prioritaria

En Barrick (2019a) se debatió la colisión normativa entre el derecho federal, por la sanción de la Ley de Glaciares, y el derecho provincial, específicamente el dominio originario y los derechos conferidos como consecuencia de este. La Corte entiende que no hay «caso en ciernes» que concrete la controversia para habilitar la intervención del Poder Judicial. No obstante, establece dos reglas de ponderación, una especifica entre derechos y otra de tipo institucional. Respecto a la ponderación entre derechos considera: «el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de la ley 26.639 –acreditada que fuera la existencia de una causa judicial– debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados».

Así, interpreta que:

> Es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva -y de un carácter especialmente novedoso-, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (artículos 1°, 2° y 4° de la Ley General del Ambiente 25.675).

Este primer estándar tiene gran trascendencia para dirimir colisiones entre derechos de incidencia colectiva, protegidos por normas de PMPA, y derechos subjetivos conferidos por normas provinciales: *serán los derechos que protejan o intervengan y su respectivo peso la guía de resolución.*

Entonces, cuando los derechos de incidencia colectiva protegidos por una norma nacional colisionan con derechos individuales conferidos por una provincia como titular del dominio originario, el control de constitucionalidad requiere ponderación. En tal caso, conforme esta sentencia, el sopesamiento se realizará conforme el criterio de armonización o compatibilización establecido en el art. 240 del CCyC, norma que dispone como límite para el ejercicio de los derechos individuales la no afectación de aquellos.

No debe dudarse que resulta comprendido el caso inverso, esto es, cuando una norma complementaria entra en conflicto con una norma nacional que confiere derechos subjetivos, también deben sopesarse los derechos y bienes involucrados. Es el caso resuelto por la Corte respecto a una norma provincial de protección de un área

protegida y el Ejército Argentino (CJN, 2019e), favoreciendo la norma de protección ambiental local.

Para la Corte, sin embargo, los conflictos interjurisdiccionales requieren que la compatibilización sea una tarea *primaria*, ello lo expresa cuando refiere a la tarea de interpretación constitucional que «primariamente deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales, para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución» (CSJN, 2019a).

En el fallo de la causa Shi (CSJN, 2021c), fundamenta el dialogo concertador como la vía más adecuada, cuando sostiene que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país.

Es decir, un proceso concertador, imbuido de los principios de solidaridad y cooperación federal, conforma la regla prioritaria para evitar o resolver los conflictos ambientales entre los estados de la federación. Proceso que no se restringe a los conflictos entre regulaciones sobre derechos de incidencia colectiva y regulaciones de derecho patrimoniales, sino que repercuten en todas las relaciones federales que comprometen al ambiente.

Conforme lo expuesto en este Capítulo, queda así expuesta la proporcionalidad institucional como el procedimiento de compatibilización que deben llevar en forma prioritaria las autoridades federales y provinciales en el ejercicio de sus respectivas competencias para la resolución de conflictos interjurisdiccionales y la formulación de regulaciones ambientales dotadas de eficacia social.

8. Los principios formales y las tensiones en el Estado de Derecho

8.1. El principio democrático, la división de poderes y el control de constitucionalidad

Cuando del ejercicio de la función legislativa nacional se trata, las tensiones entre la regulación legislativa y el principio federal de gobierno es una de las más relevantes en el derecho ambiental argentino, pero, desde la perspectiva de la teoría general de los principios, el control jurisdiccional de constitucionalidad centraliza las principales observaciones en cuanto se considera que esta teoría pone a la función judicial por sobre la función legislativa afectando el principio democrático.

Amaya recuerda que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en «Marbury v. Madison», constituyó el paradigma del control judicial de constitucionalidad que se extendió por toda América. Sobre la trascendencia del fallo, agrega:

> En una situación donde el tribunal carecía de poder institucional, y donde cualquier decisión parecía ser el sendero a la derrota, la Corte encontró una manera de involucrarse en el tema de tal modo que hizo posible la

revisión judicial en el futuro, cambiando las relaciones entre los poderes judiciales, legislativos y ejecutivos en muchos países del mundo[595].

Desde lo ideológico, tuvo como uno de sus objetivos primordiales contener el accionar de las mayorías y, principalmente, de las mayorías legislativas, por eso se la reconoce como tesis «contramayoritaria»[596].

Así, se presenta un debate que mantiene actualidad[597] y cuyos argumentos sostienen, por una parte, que el control judicial de constitucionalidad desvirtuaría el esquema de división de poderes, afectando el principio democrático del Estado, y, por la otra, la que valora dicha institución como una condición para la existencia de la república democrática y la garantía de los derechos.

La cuestión ha preocupado a los autores principialistas, en cuanto se señala específicamente que la proporcionalidad pone al control jurisdiccional de constitucionalidad por sobre el legislador democrático, desplazando el principio democrático del Estado de Derecho[598]. En este sentido, es muy expresivo Ávila cuando afirma que el paradigma de la ponderación *aniquila* las reglas y el ejercicio regular del principio democrático por medio de la función legislativa[599].

La objeción a la teoría de los principios apunta al sobredimensionamiento de los derechos fundamentales como consecuencia de la optimización, lo que implicaría la sobreconstitucionalización del sistema jurídico[600]; tal objeción es replicada por Alexy con la teoría de los márgenes de acción discrecional del legislador –estructural y epistémico–.

En el margen de acción estructural no hay duda de la competencia del legislador para establecer medios, fines y ponderar derechos, ya que lo que no está prohibido ni es ordenado está permitido.

En los márgenes de acción epistémicos, el principio democrático incide en la fórmula de peso en la variable certidumbre, que recepta la expresa decisión del legislador de examinar premisas plausibles o no evidentemente falsas, situación que, si no mediara la decisión legislativa, no podría restringir el derecho material[601].

Así, en materia ambiental, haciendo un análisis análogo a un ejemplo que suministra Alexy –la plausibilidad en la decisión legislativa de sancionar actividades relacionas a los productos derivados del *cannabis*[602]–, se comprende la imposición legislativa de actuar impuesta a las autoridades cuando hay amenaza de daño ambiental grave o irreversible, aun mediando incertidumbre, según establece el principio precautorio en el art. 4 de la LGA.

---

[595] Amaya,2015, p. 88.
[596] Amaya, 2015, p. 83.
[597] Etcheverry, 2021.
[598] Portocarrero Quispe, 2011.
[599] Ávila, 2013, p. 70.
[600] Alexy,2016.
[601] Alexy, 2002, p. 57; 2014, p. 29.
[602] Alexy, 2002, p. 29.

Al respecto, son numerosos los casos resueltos por la CSJN que se sustentan en el principio de precaución, tal como se analizan en el Capítulo 7.3.3. y en el Anexo 1.

El desarrollo realizado en esta investigación da cuenta de una razonable relación entre jurisdicción y democracia cuando de la protección del derecho al ambiente conforme la norma constitucional Argentina se trata, siendo entendido el fin de protección como una precondición para el disfrute de los demás derechos. La prioridad *prima facie* de la función legislativa, se evidencia en Barrick (CSJN, 2019b), cuando la Corte expresa:

> [E]s el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general..." (Fallos: 201:249, 269). Es que en el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa.

En el sistema jurídico argentino, la Corte Suprema ha calificado reiteradamente a la declaración de inconstitucionalidad como «la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia por constituir un acto de suma gravedad que debe considerarse como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 303:1708, entre muchos otros)» (CSJN, 2021e). En este contexto, en el derecho ambiental, la idea de la validez *prima facie* de la decisión legislativa es un concepto ampliamente usado en el control jurisdiccional de constitucionalidad (CSJN, 2019b).

Debe destacarse las reglas elaboradas por la CSJN para resolver las colisiones entre la competencia legislativa nacional y provincial para el dictado de los PMPA y de las NC –tratado en los puntos 5, 6 y 7 del presente capítulo y sistematizadas en el Capítulo 7 –.

Entonces, sobre el planteo general que expresa que el principio de proporcionalidad es antidemocrático en sí mismo, resulta que, si el legislador mismo aplica la proporcionalidad para llevar a cabo un determinado proyecto de ley en el proceso de legislación, no hay nada de antidemocrático en ello[603]. Solo cuando la proporcionalidad es usada por un tribunal en el control de constitucionalidad de leyes, la decisión obtenida por el análisis del principio de proporcionalidad puede interferir únicamente ante una ley que en el caso resulta arbitraria.

Prieto Sanchis, subraya esto cuando explica que la ley, por muy ponderada que resulte, ha de dejar siempre abierta la posibilidad de que el principio que la fundamenta (por ejemplo, la protección de la seguridad ciudadana) pueda ser ponderada con otros principios (por ejemplo, la libertad ideológica, de manifestación, etc.). La ley, entonces, representa una forma de ponderación que puede, a su vez, ser objeto de un enjuiciamiento en los casos concretos. No se trata sólo de preservar el principio democrático expresado en la ley. Lo que ocurre es que la ponderación

[603] Borowski, 2019.

resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad, como pueden convivir las respectivas leyes que constituyen una especificación o concreción de tales principios[604].

8.2. La optimización del principio democrático: participación social y sustentabilidad

Sobre lo que se debe entender por democracia, expresa Saggese que «es un concepto político, jurídico, social y filosófico»[605].

Desde la perspectiva constitucional, conforme Ferreyra, sistema y orden democráticos son introducidos por el Constituyente de 1994, tanto en la Primera Parte de la Constitución (v. gr. arts. 36 y 38) como en la Segunda Parte (v. gr. art. 75, inc. 24), representando definiciones instaladas en cada uno de los grandes fragmentos que componen el texto constitucional argentino. Agrega: «Yendo aún más lejos, insinúo que el respeto de los derechos fundamentales y el ejercicio del poder se hallan ligados, sin vacilaciones, por la impronta del sistema democrático establecido por la Constitución»[606].

En efecto, el sistema democrático configura el Estado de Derecho al receptar la demanda y necesidades sociales como ninguna otra forma de gobierno.

Conforme Alexy, la democracia es un intento de institucionalizar los ideales del discurso *qua* deliberación pública en lo que sea posible. En tanto principio formal se refiere a la democracia representativa, no a la democracia directa, sino a las decisiones tomadas por el parlamento según la regla de la mayoría[607].

Esta interpretación de Alexy se relaciona con el rol que le cabe al legislador democrático en la elaboración de la regla jurídica, donde sus márgenes de actuación no se ven constreñidos más que por la proporcionalidad de estas y el orden marco competencial.

En el mismo sentido, en Barrick (CSJN, 2019b), la Corte recuerda que «en todo Estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía.

Pero el análisis de Alexy también requiere que las leyes sean socialmente eficaces[608]; y esta eficacia exige al legislador dictar normas que sean cumplidas por la sociedad, por lo que, para lograrlo, la democracia formal se abre a procedimientos socialmente participativos.

En este sentido, se ha observado que con el advenimiento de la posmodernidad el esquema del Estado decimonónico, en el que los individuos estaban desapoderados de todo papel luego del sufragio por el que elegían a sus representantes, ha comenzado a desmitificarse, y la dogmática de la representación ha entrado en crisis

---

[604] Prieto Sanchis, 2008, p. 106.
[605] Saggese, 2009, p. 670.
[606] Ferreyra, 2006, p. 35.
[607] Alexy, 2014, pp. 20-21.
[608] Alexy, 2004, pp. 92-94.

frente a nuevos métodos de determinación de los intereses sociales en los que la expresión popular directa resulta indispensable, reformulándose así la democracia representativa con nuevas formas de deliberación y participación que adicionan elementos de la democracia semidirecta. Las relaciones administrativas –hasta entonces basadas en el distanciamiento y la unilateralidad– han variado hacia un sistema en el que los interesados pasaron a estar cerca del nivel de decisión y a tener mayor influencia concreta sobre la cosa pública[609].

Entonces, la democracia cumple un doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria. Es el principio que informa y nutre el proceso de configuración de la Ley Fundamental. Luego, la participación popular –con sus reglas y mecanismos para la obtención de resultados y conformidades– es columna vertebral del principio democrático, brújula que orienta propiamente la aplicación de las disposiciones constitucionales[610].

La participación social es un proceso de optimización que se inserta en todas las funciones y niveles del Estado para afianzar su mejor ejercicio, sin alterar «la obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional» (CSJN, 2019b).

El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, fundamenta la participación social y la necesidad de que los Estados la fomenten:

> [...] el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Este principio consagra la democracia ambiental como etapa superadora de las formas políticas imperantes. La democracia representativa establecida en el art. 22 de la CN, como dice Saggese, contiene una visión tradicional y simplista de democracia que se relaciona con el concepto de forma de gobierno[611]. Un Estado social y ambientalmente comprometido requiere de normas operativas que superen los intereses aislados, y que lejos de atentar contra la libertad, la consolide. Se trata

[609] Pinto, 2020, p. 226.
[610] Pinto, 2020, p. 226.
[611] Saggese, 2009, p. 672.

de optimizar el principio democrático en los procesos de decisión de todas las funciones del Estado.

En este sentido, Bernal Pulido expresa la necesidad de una valoración amplia de la democracia:

> Solo la democracia puede salvaguardar la libertad, en donde la Constitución desfallece. Las voluntades individuales y colectivas deben tomar parte activa en los procesos de decisión en todos los niveles: regional, estatal, supra nacional e internacional. Las voces de los países más pobres del orbe, de los excluidos sociales, de los desempleados, de los defensores del medio ambiente amenazado por el devastador afán de lucro, de los consumidores de productos y de informaciones, y la de tantos otros rezagados y desdeñados copartícipes de los procesos de globalización, no pueden seguir siendo soslayadas[612].

Tratándose el ambiente de un bien protegido de titularidad comunitaria, tanto más debe el principio democrático trascender la forma representativa, incorporando mecanismos participativos que doten a la decisión de la necesaria eficacia social que la norma ambiental requiere para su operatividad.

En efecto, con la reforma del año 1994, se produjo la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos que prevén el derecho de la participación ciudadana en la dirección de los asuntos públicos. En materia ambiental, y a partir de la sanción de la Ley 25675, la participación ciudadana no resulta una opción para las autoridades sino una obligación expresamente contemplada en la ley[613].

Los procesos de democratización política, así como las crecientes demandas de la ciudadanía, modelan el Estado Ambiental de Derecho en la Argentina. Se trata de un proceso político complejo, en el que la acción judicial y la legislación especializada optimizan la participación ciudadana con el reconocimiento de acciones colectivas, el acceso colectivo e irrestricto a la jurisdicción, las audiencias y consultas públicas, el acceso previo a la información pública ambiental, la ampliación legal de los sujetos legitimados, el *amicus curiae*, entre otros mecanismos, que amplifican la participación política en el sistema democrático. Estas medidas intervienen en las funciones competenciales de los poderes del Estado para integrar a la sociedad en los procesos decisorios. Esto revela la estrecha conexión entre principios, donde lo formal procura la mayor realización de los derechos sustanciales.

Verbic destaca la labor de la SCJN para ampliar y robustecer la participación de la ciudadanía en el debate, mejorar la publicidad de los casos colectivos y fortalecer su transparencia[614]. Al respecto, identifica la introducción de medidas trascendentales en uso de sus competencias de superintendencia: 1) el *amicus curiae* para enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes; 2) las audiencias públicas informativas, conciliatorias y ordenatorias para elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de

---

[612] Bernal Pulido, 2007.
[613] Monzón Capdevila, 2018.
[614] Verbic, 2015.

derecho; 3) la Unidad de Análisis Económico, para evaluar el impacto económico de sus decisiones; y 4) la Oficina de Justicia Ambiental, creada bajo la Superintendencia directa de la Corte para el tratamiento y mejor abordaje de conflictos de interés público relacionados con el medio ambiente; y 5) el Registro Público de Procesos Colectivos.

En Mamani (CSJN, 2017a), la Corte precisa que la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y el acceso a la información ambiental (artículo 41).También señala que la Ley General del Ambiente 25675 establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (artículo 19); al tiempo que para concretar ese derecho, la norma regula el deber de las autoridades para institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan tener efectos negativos sobre el ambiente (artículo 20), haciendo especial énfasis en la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio (artículo 21).

En Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016a), ordena la suspensión de la construcción de la represa hasta que se cumpla con el procedimiento de EIA y se celebre la audiencia pública respectiva.

Entonces, el principio participativo es un principio estatuido de derecho fundamental, siendo las reglas de la LGA precisante del principio de derecho fundamental del art. 41 de la CN.

En el plano de los procesos ambientales, este proceso democratizador es considerando en la causa Barrick (2019a), en la que vincula la visión policéntrica del caso judicial con el concepto de Justicia Climática del Acuerdo de París. Este concepto es de gran amplitud y se refiere a la equidad intergeneracional y a la participación plena, equitativa y significativa de la juventud en todos los procesos, plataformas y acciones relacionados con el clima. También incluye las voces de los pueblos indígenas, el acceso a la energía sostenible para todas las personas y una justa transición mediante políticas climáticas ambiciosas para aquellos cuyos trabajos o medios de vida están amenazados[615].

Con el Acuerdo Regional de Escazú, Ley 27566, se refirma la fundamentalidad de los derechos de acceso, poniendo de manifiesto la íntima conexión entre ambiente, democracia y participación. Sus normas abordan en forma integral los derechos de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales. Especial importancia tiene el artículo 7 que establece los procesos participativos en relación con decisiones regulatorias específicas (párrafos 2, 16 y 17) y procesos participativos en relación con decisiones regulatorias

[615] Hirsch, 2018.

generales (párrafo 3). Todo ello, bajo la égida del deber de garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano.

Por ello, tal como expresa Peña Chacón[616], este Acuerdo representa el mayor avance del multilateralismo y la democracia ambiental regional de las últimas décadas.

Se demuestra la comunicación entre el derecho al ambiente y el principio democrático, y la consecuencia que para la ponderación supone que los principios sustanciales tengan un peso mayor que otros principios fundamentales cuando conectan con el principio democrático[617].

Sin embargo, considerando que muchas de estas medidas de optimización del principio democrático en las diferentes funciones del Estado son adoptadas por el propio legislador, se debe reconocer que es en el debate legislativo donde «se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática» (CSJN, 2019b).

En síntesis, en su relación con los principios formales, la sustentabilidad los modela, los transforma para atender la demanda social de bienestar reconfigurando el Estado. Nunca este cambio significa un quiebre institucional, pero sí la optimización de las instituciones para alcanzar objetivos ambientales globales, intra e intergeneracionales.

9. Recapitulación

Se sintetiza los resultados alcanzados:

1) El derecho al ambiente requiere para su protección una reconfiguración de la organización y funciones del Estado de Derecho.

2) El Estado Ambiental de Derecho requiere de una optimización de los principios configuradores constitucionales.

3) Entre los principios formales, destacan la división de poderes, el principio federal de gobierno y el principio democrático.

4) Los principios formales son principios de derecho fundamental que difieren con los principios sustanciales en el «algo» que conforman su objeto.

5) Lo más característico de los principios formales es que otorgan la competencia para la optimización de un principio de derecho sustancial.

6) Los principios formales para cumplir con el mandato de mayor realización del principio sustancial también deben ser optimizados.

7) El orden marco de la sustentabilidad establece el margen de acción competencial, es decir conforman los limites en los que se desenvuelve la acción estatal.

---

[616] Peña Chacón, 2020, p. 163.
[617] Bernal Pulido, 2014, p. 992.

8) Dentro de esos límites las autoridades competentes tienen el margen discrecional de tipo estructural para la fijación de fines, medios y ponderar derechos.

9) Los contornos del orden marco no siempre son precisos, y requieren interpretación o precisión.

10) En consecuencia, los principios formales sufren tensiones relacionadas con la identificación del margen competencial que corresponde a cada autoridad.

11) La proporcionalidad institucional refiere al ejercicio armónico de las competencias entre los estados que conforman la federación, más cuando la protección ambiental responde a una particular modalidad en el reparto de la competencia regulatoria y ejecutiva entre las jurisdicciones que lo integran.

12) La competencia regulatoria ambiental encuadra como competencia compartida, en tanto su ejercicio es especializado en cada orden estatal, correspondiendo a la federación la norma de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) y a las provincias las normas complementarias (NC).

13) El fin de protección ambiental es compartido por las normas nacionales y provinciales.

14) Los factores constitutivos de los PMPA son las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas en la escala nacional; mientras que para la NC son las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas en la jurisdicción local.

15) Una relación de jerarquía de intensidades media entre una y otra norma.

16) La administración ambiental encuentra un desafío: los ecosistemas y su dinámica no responden necesariamente a las jurisdicciones territoriales, los trasponen, comprendiendo espacios que exceden las competencias asignadas a las autoridades.

17) La competencia ambiental compartida importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común.

18) La territorialidad, implica asumir y conjugar, por un lado, la territorialidad de las condiciones naturales del ecosistema (dimensión espacial del bien colectivo) y, por el otro, la territorialidad política, de naturaleza federal, que exigirá un esfuerzo articulador de los sujetos competentes que titularizan esta última.

19) La proporcionalidad institucional o federal tiene por objeto la compatibilización que deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales en el ejercicio de sus respectivas competencias para la resolución de conflictos interjurisdiccionales y en formulación de regulaciones ambientales dotadas de eficacia social.

20) El art. 24 de la LGA tiene un significado análogo al del art. 240 del CCyC, mientras que este último establece la regla de compatibilización entre derechos, aquel establece la regla de compatibilización federal o institucional.

21) Los conflictos interjurisdiccionales requieren que la compatibilización sea una tarea *primaria* que deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales.

22) La esencia del Sistema Federal Ambiental es propender a un mínimo de eficacia social de la norma ambiental argentina.

23) La optimización de la función jurisdiccional apunta a la principal fuerza creadora de normas adscriptas de derecho fundamental.

24) La definición de *poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador* es un mandato de optimización de la función judicial en materia ambiental.

25) El debido proceso es el principio de derecho fundamental que ordena la optimización de la actividad jurisdiccional y administrativa en la protección del ambiente. La tutela efectiva es su expresión.

26) En el sistema jurídico ambiental argentino, la colisión entre principios procesales y la sustentabilidad tiene en el art. 32 de la LGA una norma que resuelve esa relación hacia el fin de protección.

27) Las medidas preliminares y urgentes en causas ambientales cuando son adoptadas por un tribunal incompetente son proporcionales únicamente cuando hay una situación de extrema gravedad o de emergencia, correspondiendo remitir la causa al tribunal competente con inmediatez o en un tiempo razonable.

Capítulo 7. La optimización orientada del principio de sustentabilidad

1. Configuración de la proporcionalidad ambiental en los precedentes de la CSJN

En la Argentina, la configuración del Estado Ambiental de Derecho es en gran medida consecuencia de la labor del Poder Judicial, muy especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sus fallos marcan esta orientación en la que el derecho fundamental al ambiente es la fuente impulsora de cambios estructurales. Su labor ha consolidado la comprensión del bien colectivo ambiente, como indivisible y de titularidad comunitaria, lo que conmueve las instituciones para su defensa y protección.

En este sentido, en un trabajo que explora este proceso de reestructuración realizado por el Poder Judicial, Pinto y Martín expresan:

> Luego, las soluciones judiciales se potencian autoralmente y se generalizan en textos normativos legales, e incluso constitucionales. Pero, sin lugar a dudas, la matriz conceptual vigente en materia ambiental, en la que el Estado conduce las soluciones a los conflictos actuales, no tuvo lugar en su génesis en las regulaciones propiamente dichas, ni en leyes aplicadas por la autoridad administrativa, sino en las innovaciones jurisprudenciales. El Poder Judicial es la verdadera usina del Derecho Ambiental en Argentina[618].

Este cambio de paradigma escaló hacia el Estado a partir de la creciente demanda social, demanda que desconsiderada por los otros poderes del Estado fue atendida por el Poder Judicial generando respuestas que rompieron con los cánones formales conocidos, incluso antes de la reforma constitucional.

Pinto y Martín señalan que el cambio de paradigma ha sido forjado por la acumulación de diversas situaciones en las que la normalidad de la ciencia jurídica, de acuerdo con el paradigma hasta entonces aceptado, entró en crisis y debió cambiar sustancialmente. Este cambio paradigmático fue impuesto por un revolucionario accionar judicial. Así, las innumerables instituciones ambientales fueron surgiendo como consecuencia de la labor judicial con anticipación a las regulaciones legales; consolidándose actualmente sobre la base de los artículos 41 y 43 de la CN y el régimen legal que los desarrolla, especialmente en el art. 32 de la Ley 25675, que coloca en manos de los magistrados amplias facultades ordenatorias e instructorias[619].

Esta explicación es oportuna, en cuanto el principio de sustentabilidad, como mandato de protección, pesa sobre los poderes del Estado, pero, al igual que todo derecho fundamental, está sujeto a la custodia e interpretación del Poder Judicial.

---

[618] Pinto y Martín, 2015, pp. 338-339.
[619] Pinto y Martín, 2015, pp. 341 y 355.

El sistema de control de constitucionalidad argentino es difuso, pero cuando lo ejerce la CSJN adquiere una dimensión diferente, pues, si bien inicialmente sus fallos no son obligatorios para los tribunales inferiores, lo hace en carácter de intérprete final de la Constitución y sus decisiones tienen una indudable autoridad sobre los tribunales inferiores en grado[620].

Así, la Corte expresa en una causa ambiental:

> [...] el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que «el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general» (art. 32, Ley 25675), ordenará las medidas correspondientes (CSJN, 2018b).

Cuando los tribunales inferiores no han cumplido con esta interpretación, la Corte, como se verá, ha dejado sin efecto los pronunciamientos que revisaba.

En consecuencia, conforme lo propuesto en el abordaje metodológico en la Introducción –punto 10–, el presente capítulo se dirige a identificar la correspondencia entre los fallos de la CSJN en causas ambientales con el principio de proporcionalidad en sus tres etapas.

2. Los estándares de la proporcionalidad y la red de reglas

2.1. Significado jurídico de los precedentes de la CSJN.

El desarrollo realizado durante la investigación se ha apoyado en numerosos fallos de la CSJN, para acreditar la coherencia de las conclusiones parciales con el sistema jurídico ambiental vigente. Se trata ahora de profundizar este análisis.

En el Capítulo 1.4.2. se distinguió entre normas directamente estatuidas y normas adscriptas de derecho fundamental, entendiendo que las normas adscriptas forman parte del ámbito normativo de las disposiciones *iusfundamentales* y son concretadas por el legislador y por los demás órganos políticos de configuración en relación con el caso o situación a regular.

Al respecto, Bernal Pulido califica a los fallos que dirimen colisiones entre derecho constitucionales como normas adscriptas individuales de derecho fundamental[621]. La importancia deviene de que las mismas conforman los precedentes para la resolución de otras colisiones, generando reglas de ponderación.

En la causa Shi (CSJN, 2021c), el voto de Lorenzetti es acorde con la condición de regla adscripta de la sentencia:

> La existencia de diferentes leyes nacionales, provinciales y municipales obliga a una reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico, a *posteriori* de la promulgación de cada una de ellas, lo que confiere a la sentencia el carácter de una norma jurídica de concretización de una

---

[620] Saggese, 2010, p. 110.
[621] Bernal Pulido, 2007a, p. 287; 2014, p. 166.

argumentación razonable (art. 3, Código Civil y Comercial de la Nación).

Al respecto, corresponde aclarar que –como se expresó– en la Argentina el sistema de control de constitucionalidad es difuso, en oposición al control de constitucionalidad europeo-continental que se caracteriza por la existencia de un único tribunal u órgano creado para tales fines, que cumple la función de resolver toda cuestión atinente a la inconstitucionalidad, con un efecto *erga omnes* de su decisión, conforme lo expresa la Corte en la causa Thomas (CSJN, 2010b).

En el control difuso de constitucionalidad, todos los jueces –locales o federales– pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y actos inferiores. Es decir que el modelo no se adscribe a un órgano específico, es incidental, o sea, nace y se desarrolla en el seno de un proceso judicial[622].

En este sistema de control judicial, asignarle a la declaración de inconstitucionalidad de una norma efectos *erga omnes* habría conferido a cada juez del Poder Judicial una posición de supremacía sobre los otros poderes, incompatibles con el equilibrio que requiere la clásica fórmula republicana[623].

Entonces, en principio, no hay en el sistema judicial argentino la obligatoriedad del precedente, la única obligatoriedad es la de los fallos plenarios conforme el art. 303 del Código Procesal y Civil de la Nación.

Pero, sobre los fallos de la CSJN, Amaya señala que la Corte Suprema argentina ha decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, configurando una regla de derecho constitucional consuetudinario:

> A estos efectos argumentó que los jueces tienen el deber moral de seguir sus decisiones, y también un deber institucional, pueden apartarse del criterio de la Corte, pero dando fundamentos de las razones. En algunos casos, la Corte ha hablado del deber de los tribunales inferiores de someterse a sus precedentes dada la autoridad institucional de sus fallos en su carácter de último intérprete de la Constitución nacional[624].

En el mismo sentido, Caminos sostiene que existe una convención según la cual invocar un precedente de la Corte cuenta como un argumento jurídicamente aceptable en temas constitucionales. La Corte considera que, para cumplir con el deber de fundamentar una sentencia, los jueces de los tribunales inferiores deben aplicar los precedentes de la propia Corte, salvo que hagan explícitas las razones que justificarían un apartamiento[625].

Aunque la Corte también ha considerado en algunas causas que sus precedentes carecen de la fuerza general legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local, derecho común y derecho procesal, como una

---

[622] Amaya, 2015, p. 92-96.
[623] Highton, 2013, p. 26.
[624] Amaya, 2015, pp. 177-178.
[625] Caminos, 2017, p. 312.

consecuencia necesaria de sistema federal adoptado por la Constitución Nacional[626], lo cierto es que llegado el momento de resolver sostiene que:

> […] en la jurisprudencia de esta Corte se ha puesto de resalto que la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; "Martínez Vergara, Jorge Edgardo", Fallos: 331:162; y "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.", Fallos: 337:47; 339:1077, entre muchos otros), da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores (Fallos: 341:570; 342:533, etc.). Ello, por cuanto resulta incuestionable la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114)[627].

Reafirmando lo expuesto, el Tribunal también entendió que:

> […] si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces deben -aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido- conformar sus decisiones a las sentencias de este Tribunal dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108, Constitución Nacional), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).

Sobre la base de todo ello, concluyó que «en virtud de los altos fundamentos constitucionales involucrados, si las sentencias de los tribunales se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento (Fallos: 307:1094)» (CSJN 2019f)[628].

La Corte reafirma que «es el máximo guardián de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados por su art. 75, inc. 22» (ASSUPA, 2006b), remarcando que «de ahí que haya sido expuesto de manera consistente y reiterada desde sus primeros pronunciamientos que es el intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional» (CSJN, Anadón, 2015c).

---

[626] Amaya, 2015, p. 178.
[627] CSJN, 2019f.
[628] Otros pronunciamientos en los que la Corte sigue esta argumentación son: CSJN 2009d, 2014c, 2017d, 2019g.

Por lo que se debe reconocer la pretensión de validez general de los fallos de la Corte Federal como una derivación lógica del rol de último intérprete y como cabeza del Poder Judicial la Nación.

Resumiendo, el control de constitucionalidad en la Argentina se caracteriza por ser difuso, en tanto cualquier tribunal judicial puede ejercerlo, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la última y definitiva instancia de interpretación constitucional.

Tiene relevancia la forma en la que la Corte ha ido construyendo la autoridad de sus fallos para alcanzar la previsibilidad y consistencia de sus pronunciamientos: hilvanando sus argumentaciones con precedentes análogos. Este concatenamiento entre los precedentes es una forma de reconocer la naturaleza de regla adscripta de las sentencias que dicta cuando dirime colisiones entre derechos. Por ello, también ha reconocido en algunos fallos que los cambios en su doctrina debían responder a causas suficientemente graves[629].

No se desconoce que algunos autores señalan vaivenes interpretativos[630] que conspiran con la autoridad de sus decisiones, pero la orientación en materia ambiental mantiene una relativa consistencia, que habilita a indagar en los precedentes las reglas o estándares de la sustentabilidad. Calificar estos precedentes como reglas adscriptas supone reconocer que ellos son portadores de una fundamentación constitucional coherente, capaz de establecer una doctrina dotada de autoridad.

En definitiva, se procura verificar si los precedentes en los que la sustentabilidad es uno de los principios en colisión, conforman una red de reglas o estándares del examen de proporcionalidad, cuya contribución a la seguridad jurídica sería evidente. En efecto, Bernal Pulido explica que la red de precedentes otorga previsibilidad a los resultados de la ponderación e integra en una unidad normativa a la jurisprudencia y a las disposiciones de los derechos fundamentales[631].

Entonces, el primer paso es identificar en los fallos ambientales los estándares de la proporcionalidad de la sustentabilidad. Ello será consecuencia de analizar las consideraciones que preceden a la resolución. Luego de ello, se procederá a su sistematización.

El análisis de los fallos ambientales de la CSJN se incorpora como Anexo 1 de esta investigación, reconstruyendo sus consideraciones desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

2.2. La competencia de la CSJN

Corresponde aludir brevemente a la competencia en el control de constitucionalidad de la CSJN, que puede ser originaria, extraordinaria y dirimente.

---

[629] Garay, 2013, p. 19.
[630] Amaya, 2015, p. 294.
[631] Bernal Pulido, 2007a, p. 287.

Para que una causa sea de competencia originaria y exclusiva de la Corte, ella debe previamente ser de jurisdicción federal, es decir ingresar en la nómina del artículo 116 de la CN atento que la Corte es la cabeza del Poder Judicial de la Nación y luego cumplir con alguno de los supuestos de la segunda parte del artículo 117 CN. Cuando entiende en virtud de su competencia originaria, lo hace como cualquier tribunal, examinando los hechos, la prueba y resuelve sobre el derecho aplicable.

Otra vía para llegar al máximo tribunal nacional es el recurso extraordinario federal, que no se encuentra en forma expresa en la Constitución, sino que responde al principio de supremacía de la Constitución establecido en el art. 31 de la CN. Es un recurso restringido en su objeto, ya que solo es admisible en los supuestos establecidos en el art. 14 de la ley 48. Su competencia se encuentra limitada a la decisión sobre el derecho aplicable y ello en la medida del recurso en virtud del cual el asunto llega a su conocimiento. Si bien en Tribunal ha ampliado los casos en los que se admite, no le ha hecho perder el carácter de extraordinario, ya que también en este supuesto sigue siendo sumamente restringida la intervención de la Corte, que se limita a actuar en aquellos casos de gravedad extrema.

Esta son las principales vías que corresponden a la función judicial de la Corte para resolver conflictos; la otra alternativa es la vía dirimente del art. 127 CN, que se distingue de la jurisdiccional de los art. 116 y 117 CN por ser propia de los conflictos federales, de orden político, sustitutiva de la relación directa que debería haberse concretado entre las mismas provincias mediante acuerdos (CSJN, 1987).

Hay un supuesto adicional de intervención de la CSJN que se da cuando debe resolver conflictos negativos de competencia entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común, conforme artículo 24, inciso 7 del decreto ley 1285/58.

Este último supuesto tiene numerosos pronunciamientos sobre la competencia material de excepción del art. 7 de la Ley 25675, que se ha tratado en el Capítulo 6.6.4.

Los fallos sobre causas ambientales que se analizaron en el Anexo 1 responden al ejercicio de estas competencias por parte de la CSJN.

2.3. Justificación, objetivos y método del análisis de los fallos ambientales

Luego de explicar que el sistema jurídico argentino se integra por reglas y principios –Capítulo 1.6.–, en el Capítulo 3.4.3 y 3.5.1. siendo la proporcionalidad la forma de resolución de las colisiones entre principios, se advirtió que este método se introduce normativamente a través de la denominada regla de compatibilización del art. 240 y, muy especialmente, en la labor judicial de resolución en el proceso preventivo del art. 1713 del CCyC. Sin embargo, estas normas no agotan el método ni su alcance.

En efecto, siendo la Corte el intérprete final de la Constitución, su forma de resolver las colisiones entre derechos cuando la sustentabilidad es uno de ellos tiene implicancias en el resultado de esta investigación, por lo que queda por comprobar de qué modo o con qué criterios fundamenta y aplica la proporcionalidad.

Debe destacarse que el método de ponderación de Alexy se construyó conforme los precedentes del Tribunal Constitucional alemán, por lo que es un método fuertemente orientado por estándares judiciales de ponderación. Como sostiene Clérico, el modelo de la ponderación en Alexy es un modelo orientado por reglas, entre otras, por *reglas-resultados de anteriores ponderaciones*[632].

Para lograr resultados observables, se analizó un conjunto de fallos ambientales relevantes, extrayendo de los mismos aquellas consideraciones poseedoras de un alto grado de vinculación con el examen de la proporcionalidad. Estos enunciados judiciales poseen significación normativa; significación que impregna el sistema jurídico ambiental.

El análisis de correspondencia o comprobación lleva a otro objetivo conexo, cual es la de decantar reglas o estándares capaces de dotar de mayor certeza a la labor de ponderación, respecto de la cual se ha observado dificultades en la valoración de las variables que pueden provocar inconsistencia o contradicciones.

El análisis realizado en el Anexo 1, comienza por la causa Mendoza, apreciando lo dicho por Cafferatta cuando destaca el contexto de reglas en el que se desenvuelve la labor de la Corte: «El Tribunal solo cuenta como soporte ritual, formal o procedimental, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y las normas procesales que contiene la Ley 25675 General del Ambiente, que establece una estructura básica o incipiente de la clase de procesos colectivos ambientales»[633].

Es decir, la resolución de este caso, como de muchos otros, erigió una construcción jurisprudencial a partir del derecho reconocido en el art. 41 de la CN, que dio lugar a principios y reglas que conforman una estructura cuya riqueza debe ser explorada.

Las consignas, para el análisis sistemático de los fallos, se dirigieron a identificar si la argumentación judicial que precedió a la decisión:

a) examinó la idoneidad de la medida conforme las circunstancias fácticas y el fin de protección ambiental;

b) examinó la necesidad de las medidas considerando los derechos opuestos;

c) ponderó los derechos en colisión teniendo en cuenta el peso concreto, el peso abstracto y la certidumbre de las premisas de los principios en colisión.

En relación con el Capítulo 5.5. se incorpora la proporcionalidad institucional, tanto normativa como interjurisdiccional, analizando si la evaluación del Tribunal:

d) estableció criterios para la resolución de los conflictos normativos e interjurisdiccionales.

---

[632] Clérico, 2012.
[633] Cafferatta, 2008a.

Como se puede apreciar, el análisis no se limita a descubrir los estándares de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, sino propone identificar los estándares de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto con sus variables, y los que corresponden a la proporcionalidad institucional.

El resultado de la tarea se expone en el punto siguiente, tratando de sistematizar las principales reglas o estándares cuando la sustentabilidad es el principio en colisión y, en su caso, con qué alcance. También se incorporan en el análisis otros fallos que han sido citados en el desarrollo realizado en los capítulos anteriores.

3. Red de reglas o estándares de la proporcionalidad ambiental

Ante la posibilidad de que la proporcionalidad no establezca criterios estables de ponderación, en el Capítulo 2.9., se compartió el pensamiento de Bernal Pulido y de Clérico sobre la importancia de alcanzar previsibilidad en la aplicación del principio de proporcionalidad a partir de los precedentes jurisprudenciales, integrándolos en una red de reglas de resultados de la ponderación. A tal fin, esta red de reglas, como explica Clérico, se conforman a partir de la reconstrucción de casos y procura dar una respuesta consistente y coherente a la ponderación, reduciendo el margen de error[634].

La labor analítica y los resultados alcanzados trascienden la proporcionalidad en sentido estricto y se ordena atendiendo a las etapas del examen de proporcionalidad: a) idoneidad, b) necesidad y c) ponderación. Además, se incorporan los estándares correspondientes a la optimización de la competencia ambiental y de la proporcionalidad institucional o federal.

Las reglas alcanzadas se sistematizan incorporando interpretaciones resultantes de la investigación.

3.1. La idoneidad: los medios y el fin de protección

La idoneidad se sustenta en el examen de las circunstancias fácticas, atendiendo a la relación entre los medios y el fin constitucional de protección ambiental. El examen de idoneidad no solo debe recaer sobre la eficacia de la medida, sino también sobre su temporalidad, plenitud y probabilidad conforme se analiza en el Capítulo 3.4.1.

Al respecto, la Corte (CSJN, 2006b) ha dicho que las normas infraconstitucionales dictadas o a dictarse deberán ser interpretadas de modo de constituir *medios idóneos* para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional.

El fin se enuncia por la Corte como la «sustentabilidad futura», «las necesidades o derechos de las generaciones futuras» (CSJN, 2006c, 2008b, 2016b, 2019a), o como «la prevención del daño futuro» (CSJN, 2016b). Así, en la causa Mendoza (CSJN, 2008b), considera que el objeto decisorio se orienta al futuro, ya que el proceso de degradación es continuo.

---

[634] Clérico, 2012 y 2018, p. 282.

Tal como se expuso en el Capítulo 2.4.1., utilizando la definición de Clérico, la expresión fin suele ser utilizada para referirse a un estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr –estado de cosas final–, por lo que para la selección de las medidas es esencial la descripción del estado de cosas inicial –diagnóstico de la situación de partida–.

En la causa Salas (CSJN, 2009c; 2011a), que se comenta en el Capítulo 6.6.3., la Corte justifica su intervención ante un estado de cosas ambiental inicial de suma gravedad ambiental que se debe superar con la adopción de medidas urgentes y necesarias, resolviendo el cese de su intervención cuando considera que ha alcanzado el fin propuesto.

En Barrick (CSJN, 2019a), considera necesario «promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan». Argumento que también expresa en La Pampa (2017c).

La sustentabilidad futura está enlazada con el sujeto intergeneracional del derecho al ambiente, así, en La Picasa (CSJN, 2019d) y La Pampa (CSJN, 2017c), luego de considerar que el escenario subyacente involucra cuestiones de mayor alcance, entiende que se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente. En el fallo Equística (CSJN, 2020e), realiza una elocuente referencia a la defensa de las generaciones futuras para fundamentar sus medidas.

En la causa Mendoza (CSJN, 2008b), la temporalidad se expresa cuando el objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, estableciendo un conjunto de programas de ejecución gradual. También, la Corte asevera que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. Asimismo, la seguridad y plenitud de las medidas conforman la matriz decisoria, las que se conforman a partir de un estudio integral que requirió a la Universidad de Buenos Aires.

De tal modo, la dimensión intertemporal o diacrónica del bien protegido es una referencia ineludible para la selección de medidas idóneas.

En Salas (CSJN, 2009c), la plenitud es por demás explícita cuando advierte que las autorizaciones ambientales se han emitido por cada proyecto de desmonte sin considerar el área afectada en su conjunto, por lo que considera inidóneas las medidas adoptadas por ineficacia y ausencia de plenitud, en este caso *territorial*, por lo que dispone hacer una evaluación global del área mediante la evaluación del impacto ambiental acumulativo. Esta medida se reitera en el pronunciamiento de la causa Juvevir (CSJN, 2020f).

En Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c) se requiere la idoneidad temporal, complitud y seguridad, cuando indica que las medidas deben tener en cuenta las alteraciones que puedan producirse tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras. Ante

la evidencia de obras con suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, entiende necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se pretende.

El principio de progresividad modula la dimensión temporal de la idoneidad de las medidas cuando requiere que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal (art. 4, LGA). En la causa Mendoza (2008b) es evidente su aplicación en el programa de saneamiento integral. En la Pampa (2020c) las medidas de recomposición del ecosistema afectado son establecidas conforme este principio, de tal forma que el establecimiento del caudal mínimo permanente se fija como meta interina a alcanzar a través de un plan de obras y acciones, quedando como meta final la determinación definitiva del caudal hídrico apto.

No obstante, la temporalidad a la que alude la progresividad queda limitada cuando la eficacia de las medidas precautorias exige mayor rapidez en la decisión como sucede en Mamani (2017a).

El examen de idoneidad en materia ambiental es esencialmente técnico, pero el grado de certeza es diferente según se trate de aplicar la precaución o la prevención. En la precaución es suficiente con la plausibilidad o lo no evidentemente falso de las condiciones fácticas. Esto se advierte en el análisis de casos realizado en el Capítulo 6.6.4.

En la prevención, se debe alcanzar la certeza, lo que supone estudios y análisis de la situación actual y futura. Así, los precedentes de la CSJN, a partir de informes académicos o técnicos, reconducen el estado de riesgo grave al contexto preventivo mediante la exigencia de una aplicación correcta de la evaluación de impacto ambiental o su versión acumulativa (Salas, 2009b). Se remite al punto 3.3.3. de este capítulo.

Lo mismo sucede con la recomposición, en Mendoza (2008b), las medidas de recomposición se sustentan en el informe de los expertos de la Universidad de Buenos Aires. En la causa La Pampa (CSJN, 2020c), se puede observar la incidencia de las metodologías científicas y técnicas son un recurso sustancial en la selección de las medidas correctivas. En Cruz (CSJN, 2016a), luego de analizar los informes técnicos de la causa, sostiene que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41 de la Constitución Nacional, art. 27 de la ley 25.675 y art. 263 del Código de Minería).

En las medidas precautorias, la gravedad y urgencia de los hechos modulan la idoneidad de la medida de intervención en sus diferentes aspectos (CSJN, 2007b; 2009c).

Por lo que las medidas idóneas para la prevención, la precaución y la recomposición del daño ambiental se examinan conforme la eficacia, temporalidad, plenitud y seguridad, a partir del conocimiento científico del estado inicial sobre el cual se pretende actuar y del estado final que se pretende alcanzar.

Esto no impide que la Corte profundice su decisión en la etapa de ponderación entre derechos, en los que la inidoneidad demostrará la desprotección de la sustentabilidad en la variable importancia concreta.

Los estándares son:

El examen de idoneidad comprende el análisis de las medidas preventivas, precautorias y de recomposición.

El examen de idoneidad de las medidas es de naturaleza técnica y debe sustentarse en la descripción o información científica sobre el estado de cosas inicial sobre el que se pretende actuar y sobre el estado de cosas final que se pretende alcanzar.

El examen de idoneidad para lograr el fin de protección ambiental debe considerar no solo la eficacia, sino la temporalidad, plenitud y probabilidad o certeza de las medidas.

La temporalidad se refiere a la gradualidad de las medidas para alcanzar el fin de protección y corresponde al principio de progresividad.

La intensidad de la temporalidad de la progresividad se vincula a las circunstancias del caso y puede exigir más rapidez cuando se aplica la precaución.

La plenitud se refiere a la selección de los medios que contribuyen integralmente a la realización del fin de protección.

La seguridad se relaciona con la probabilidad del medio para alcanzar la finalidad de protección.

La idoneidad de las medidas precautorias responde a la gravedad y urgencia de los hechos, atendiendo al estado de cosas inicial y al estado de cosas final.

3.2. Necesidad

El examen de necesidad tiene por objeto seleccionar entre las medidas idóneas las más benigna en relación con el derecho a intervenir.

En Mendoza (2008b), la Corte impone en los estudios que encomienda identificar las medidas de armonización de los derechos en colisión. Es decir, deben suministrar los criterios necesarios para seleccionar las medidas que, además de idóneas, sean las más benignas con el fin de protección y así lograr la armonización de los derechos.

En Cruz (2016b), la falta de consideración por parte la Cámara de pruebas esenciales que hubieran permitido evaluar la idoneidad y necesidad de la medida cautelar solicitada, hace que la Corte observe que esa omisión impidió realizar un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas.

En el Capítulo 6.6.3. se analizó la causa Salas (2008c, 2008d, 2009c, 2011a) en cuanto a la adopción por la Corte de medidas preliminares previas a la definición de su competencia. La prórroga de esta decisión fue objeto del examen de necesidad, para lo cual se hizo una comparación con las decisiones adoptadas en Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c y 2016d) y se concluyó que, en condiciones análogas, las

medidas deben adoptarse considerando un tiempo razonablemente ajustado entre estas decisiones y la remisión de la causa al titular de la competencia. De lo contrario una prórroga indeterminada de la declaración de incompetencia excede la razonabilidad al mediar alternativas más benignas para el principio afectado.

El principio de precaución requiere la seleccionar de entre las medidas idóneas la medida menos lesiva con el derecho a intervenir, con este sentido se aplica en Salas (CSJN, 2009c), Cruz (CSJN, 2016a), en Mendoza (CSJN, 2008b), entre otros.

El principio de progresividad, al establecer que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos, supone la selección de la medida más benigna sobre la actividad a intervenir. En este sentido se expresa en Mendoza (CSJN, 2008b) y en Salas (CSJN, 2009c).

Sin embargo, la precaución exige eficacia en las medidas lo que implica en muchos casos un actuar inmediato, con mayor rapidez. En Mamani (2017a), la Corte, ante la gravedad de las irregularidades, lejos de devolver las actuaciones al STJJ para que dicte una nueva sentencia conforme a derecho, decide aplicar la alternativa que le reconoce el art. 16 de la Ley 48 para resolver sobre el fondo, declarando la nulidad de las resoluciones que autorizaron los desmontes.

El análisis de los fallos analizados corrobora que el examen de necesidad de las medidas idóneas exige considera el derecho a intervenir; seleccionando, entre aquellas que sean idóneas, las que le ocasionen una afectación menor. La menor afectación debe hacerse considerando no solo la eficacia de la medida sino también la temporalidad, plenitud y seguridad. El principio de progresividad dota a las medidas de un menor sacrificio cuando se establecen a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal. Sin embargo, el principio precautorio modula la eficacia en la dimensión temporal exigiendo mayor rapidez.

Los estándares son:

El examen de necesidad de las medidas ambientales requiere seleccionar, entre las medidas idóneas, la que resulte más beneficiosa con el derecho a intervenir.

El examen de necesidad debe considerar el grado de intervención en el derecho opuesto atendiendo a las dimensiones de eficacia, temporalidad, plenitud y probabilidad o seguridad de las medidas identificadas como idóneas.

Entre los medios más idóneos se examinará la necesidad o menor restricción posible conforme las circunstancias del caso.

El balance entre el costo y el beneficio, cuando se aplica la precaución, indica el deber de seleccionar la medida idónea más benigna para los derechos a intervenir.

El examen de necesidad de las medidas precautorias idóneas responde a la gravedad y urgencia de los hechos.

3.3. Ponderación de las tres variables

3.3.1 El peso concreto

Del análisis de los precedentes ambientales de la CSJN, surge que la importancia concreta de la satisfacción o de la intervención de los derechos en colisión es una variable del juicio de ponderación.

En la causa Asociación Protectora del Río Paraná (CSJN, 2020d) –causa no incluida en el Anexo 1–, ante la decisión de la Cámara de dejar sin efecto la medida de suspensión dispuesta contra una empresa para el cese y recomposición o indemnización sustitutiva del daño ambiental por emanaciones de efluentes gaseosos y líquidos vertidos sobre el río Paraná, el fallo de la CSJN dejó sin efecto la decisión recurrida por no ser consecuencia de un *juicio de ponderación*.

Se observa en el fallo que, para arribar a esta decisión, la Corte realiza una valoración de la amenaza de afectación grave que una serie de omisiones provoca en el derecho al ambiente. Así, consideró que el tribunal *a quo* omitió considerar una disposición de la que se desprendía que la empresa demandada aún no había cumplido con la presentación del estudio de impacto ambiental; que la normativa establece que ese tipo de establecimientos son peligrosos porque su funcionamiento constituye un riesgo para la seguridad, salubridad e higiene de la población u ocasiona daños graves a los bienes y al medio ambiente; que no valoró los informes técnicos elaborados por el Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, de los que surge que la empresa presentaba irregularidades ambientales y que la tierra estaba mezclada con alquitrán, brea o derivados del petróleo; que omitió considerar que las muestras de residuos sólidos y líquidos oportunamente obtenidas del predio industrial y de los lindantes fueron examinadas por el Centro de Investigaciones Medio Ambientales (CIMA) de la Universidad de La Plata, y que este confirmó la presencia en ellas de residuos que podrían resultar peligrosos.

Respecto a la defensa ejercida con un certificado de aptitud ambiental emitido por el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS), el tribunal *a quo* no valoró que el organismo de control ambiental: a) permitió a la empresa demandada tratar los efluentes líquidos peligrosos como residuos líquidos hasta la aprobación por parte de la Autoridad del Agua, lo que implica el reconocimiento que la empresa no contaba con el permiso de esa autoridad; b) admitió la existencia de tanques soterrados de almacenamiento de hidrocarburos, y concedió un plazo para su cegado; c) que asumió la existencia de residuos especiales generados por la actividad de la empresa, lo cual permite concluir que las instalaciones no eran las adecuadas para este tipo de residuos.

En consecuencia, al omitir toda referencia o valoración de la prueba, se considera que el tribunal no sopesó la importancia de la afectación al derecho al ambiente, o, en los términos de la Corte, no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio.

En Salas (2009c), la Corte tiene por acreditado que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones. Es expresivo sobre el sopesamiento de la importancia cuando dice: «La tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendrá un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar».

Por lo que si el mayor peso concreto de la sustentabilidad se dimensiona conforme la magnitud del daño probable para la sustentabilidad futura si ninguna medida se adoptara, la medida de suspensión responde a la gravedad del daño en ciernes.

En Mamani (2017a), observa que se autorizó un desmonte superior a la cantidad de hectáreas detalladas en el estudio de impacto ambiental, que se fiscalizó apenas el 50% de las hectáreas a desmontar, que no se contó con planos ni determinaciones reales, que no surgía de las constancias de la causa que celebraron las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas. Por lo que las irregularidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que caracterizaron este pedido de desmonte revisten carácter de suficiente gravedad para justificar la nulidad de las autorizaciones.

En consecuencia, midiendo el peso concreto de la afectación del derecho al ambiente, toma una decisión severa ante la gravedad de las irregularidades; lejos de devolver las actuaciones al STJJ para que dicte una nueva sentencia conforme a derecho, decide aplicar la alternativa que le reconoce el art. 16 de la Ley 48 para resolver sobre el fondo, declarando la nulidad de las resoluciones que autorizaron los desmontes.

Otros fallos, subrayan la ponderación de la importancia concreta. En el Capítulo 3.4.2 se analizan los pronunciamientos Salas (2009c), Cruz (2016a) y Represas de Santa Cruz (2016c; 2016d) y Majul (2019b), en los que la mayor importancia concreta de la satisfacción de la sustentabilidad justifica la decisión de intervención.

La regla resultante es:

Se debe establecer el grado de afectación/satisfacción de la sustentabilidad como consecuencia de la adopción u omisión de una medida.

3.3.2. El peso abstracto

El peso abstracto de los derechos supone la valoración de estos en la trama de derechos constitucionales. Es una ponderación aislada de las consideraciones circunstanciales de un caso o situación. Tal como se ha analizado en el Capítulo 3.4.3, ciertamente la sustentabilidad frente a otros derechos acredita mayor peso abstracto, ello por el valor a la que responde –la equidad intergeneracional– y por el bien colectivo que la define –aspecto que se particulariza en el Capítulo 5–, siendo la precondición para el disfrute de los demás derechos constitucionales.

Se advierte en los fallos el mayor peso abstracto que se adjudica a la sustentabilidad. Al respecto, el enunciado de la regla que expresa que *cuando se trata de la tutela del bien colectivo ambiente, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro* (CSJN, 2008b, 2009a, 2016a, 2016b, 2017a). Es una regla que se

relaciona con el mayor peso del principio frente a otros derechos, dadas la titularidad colectiva y la indivisibilidad del bien ambiente.

Una aclaración debe realizarse respecto a la calificación de absoluta de la prioridad, en tanto, siendo la precedencia de un principio condicionada, esta calificación se refiere exclusivamente a la variable peso abstracto de la ponderación, y no se confunde con la importancia concreta. Ello no quita la incidencia que, en el resultado de la ponderación de las tres variables, tiene el mayor peso abstracto de la sustentabilidad.

El mayor peso abstracto de la sustentabilidad ha sido fundamentado legalmente por el art. 240 del CCyC, que estableció su precedencia frente a los derechos sobre bienes individuales. La regla de compatibilización o de armonización que consagra esta norma, expresa que la protección del ambiente configura un prerrequisito para el disfrute de los demás derechos fundamentales[635].

Al respecto, en Barrick (CSJN, 2019a), la Corte expresa: «Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240, Cód. Civ. y Com.) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la Ley General 25.675 del Ambiente)».

Este tema se trata en el Capítulo 3.4.3.

Por lo que el estándar de ponderación se puede enunciar como*:*

Se debe asignar prioridad frente a derecho sobre bienes individuales a la prevención del daño futuro cuando se procura la tutela del bien colectivo ambiente.

3.3.3. Certidumbre fáctica: la relación lógica entre precaución y prevención

La certidumbre empírica es un factor referido al grado de conocimiento de las cosas, y su importancia reside en cuanto la operatividad de un derecho depende de calidad de las pruebas que acrediten sus premisas fácticas. Muchas veces, especialmente en el derecho al ambiente, esas pruebas no serán suficientes para alcanzar el grado de certeza absoluta o plena, por lo que se reconoce a la autoridad la competencia epistémica para decidir en determinadas condiciones.

En Martínez (CSJN, 2016b), los amparistas pedían la nulidad de la DIA, para lo cual, entre otras probanzas, indicaron que la propia Secretaría de Estado de Minería de la provincia de Catamarca, al aprobar el informe de impacto ambiental presentado por la empresa minera, formuló una serie de objeciones y observaciones que debía resolver la empresa minera previamente a iniciar cualquier trabajo, lo que no fue cumplido.

La Corte entendió que, ante la seriedad de los planteos introducidos por los actores, vinculados a la omisión del examen de asuntos susceptibles de tener una influencia decisiva para la dilucidación del pleito, se imponía su intervención. Por lo

[635] Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 184.

que, ante una DIA condicionada, consideró que, en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro y, en ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana. Invoca el principio de precaución y anula la sentencia apelada que rechazaba el amparo.

En Cruz (CSJN, 2016a), deja sin efecto la decisión que resolvió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora con el objeto de que se ordenara la suspensión inmediata de la actividad minera, en cuanto esa decisión había omitido toda referencia a la prueba incorporada, sin hacer mérito de los argumentos de la actora relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el art. 4 de la LGA ni del informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión.

En los fallos de Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c; 2016d), frente a la envergadura de las obras hidroeléctricas que describe el actor y a la posible incidencia que –según denuncia– estas podrían proyectar en los cursos del agua, glaciares y ecosistemas de la zona de influencia, la Corte solicita con fundamento en los principios precautorio y de cooperación (artículo 4 de la Ley General del Ambiente) informes al Estado Nacional. Luego de recibidos y de verificar los incumplimientos de la EIA como de la audiencia pública, resalta que la información aportada muestra que es la obra con mayor envergadura entre las incorporadas al Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas. Por lo que hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se ordena la suspensión de las obras hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva ante el peligro de daño grave o irreversible en una extensa región, resuelve la suspensión de las obras, hasta tanto se cumpla con el procedimiento de EIA.

En estos fallos, se infringe el principio preventivo que procura certeza mediante la realización del procedimiento de EIA, por lo que la incertidumbre que causa su omisión o irregularidad activa la precaución, estableciéndose medidas de suspensión o de cese de la actividad riesgosa y medidas dirigidas a establecer la certidumbre.

Así, en Salas (CSJN, 2009c), Cruz (CSJN, 2016a), Martínez (CSJN, 2019a), entre otros, resulta que, acreditada en un grado plausible las circunstancias de amenaza de daño grave o irreversible, aplica el principio de precaución y sus respectivas medidas, para luego, una vez establecida la certidumbre, ordenar en un contexto preventivo la armonización entre los derechos en colisión.

Un pronunciamiento en el que se puede apreciar el grado de no evidentemente falso, en base a una argumentación seria, es el dictado en la causa en Juvevir (CSJN, 2020f), en el que la Corte, para sentenciar, compartió el dictamen de la Procuración General de la Nación. El dictamen de la procuración expresó que la cámara omitió considerar que los demandantes cuestionaron que los órganos locales analizaron los proyectos ‘Central Matheu I’ y ‘Central Matheu II’ en forma individual, sin contemplar el efecto acumulativo que tendrá sobre el medio ambiente la operación simultanea de ambas centrales térmicas, cuestión que, según la opinión de aquéllos,

resultaba esencial dada la cercanía geográfica de dichos emprendimientos. También dijo que la sentencia recurrida incurría en una "autocontradicción evidente", por cuanto la Sala II sostuvo que los actores omitieron acreditar un riesgo cierto de que el daño alegado se produzca o que se agrave el ya producido, sin embargo, la procuradora observó que «al desestimar la acción en una instancia anterior a que la causa sea abierta a prueba, cercenaron la posibilidad de que los propios recurrentes, a través de los diferentes medios ofrecidos, puedan probar tales extremos, lo que comporta un exceso ritual manifiesto que destituye al pronunciamiento recurrido de fundamento suficiente para sustentarlo».,

El cumplimiento del deber de prevención, que pesa sobre toda autoridad, afecta la razonabilidad de la decisión que cercena la posibilidad de acreditar la amenaza de daño grave, por lo que, ante argumentos consistentes y con fuerte apoyo en los precedentes de la Corte, se resuelve dejar sin efecto la sentencia apelada y ordenar un nuevo pronunciamiento respecto de los proyectos de generación de energía.

En consecuencia, la variable certidumbre tiene notable aplicación en materia ambiental y tipifica el examen de proporcionalidad de la sustentabilidad, conjugando los principios de prevención y precaución, que aparecen entrelazados en los pronunciamientos de la Corte, *formando una secuencia lógica en el proceso de decisión*. El nexo entre ambos es el grado de certidumbre de las premisas fácticas, las que, cuando es menor que cierto y existe amenaza de daño grave o irreversible, requieren del principio de precaución para alcanzarla; para luego, una vez establecido lo cierto o lo seguro, proceder a aplicar las medidas de prevención.

Pero la precedencia de la precaución requiere un umbral de acceso, algún grado de certidumbre. En efecto, aun existiendo incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño ya que de lo contrario se puede desnaturalizar la utilización del principio, prestándose a usos que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones. (CSJN, 2019c, voto del juez Lorenzetti). Es decir, conforme lo tratado en el Capítulo 3.4.4. se requiere que la certidumbre sea plausible o no evidentemente falsa.

Por lo que las reglas consecuentes son:

La autoridad debe requerir un mínimo de comprobación de la amenaza de daño grave o irreversible para aplicar el principio de precaución.

La comprobación debe realizarse teniendo en cuenta las constancias de las actuaciones, las respuestas a los informes solicitados y los resultados de las audiencias informativas u ordenatorias.

La no constatación o no comprobación es una decisión irrazonable para la prevención del daño ambiental que debe ser intervenida precautoriamente.

El nivel de certidumbre a alcanzar debe tener la aptitud de construir una argumentación razonable que fundamente la aplicación del principio precautorio. Debe ser plausible o no evidentemente falsa.

Los medios para la aplicación de la precaución deben dirigirse a alcanzar el nivel de lo cierto respecto a las afectaciones en el bien colectivo.

La ponderación de la precaución debe realizar un balance provisorio entre la satisfacción del derecho al ambiente y el costo que irroga sobre el derecho opuesto. Entre las medidas más idóneas se debe seleccionar la menos restrictiva.

La armonización o compatibilización de derechos se debe realizar cuando se alcanza el nivel de certeza requerido por la prevención.

3.3.4. Certidumbre normativa

La incertidumbre normativa, tiene lugar cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en colisión, o a cuál de los derechos en colisión corresponde mayor protección. No se confunde con la incertidumbre científica o empírica propia de la precaución, sino que se dirige a la labor ponderativa del decisor. Es el caso de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*.

Los fallos de la Corte se caracterizan por aplicar los principios epistémicos normativos en concurrencia con el principio de precaución.

En Majul (CSJN, 2019b) y Minera San Jorge (CSJN, 2021e), la Corte aplica los principios *in dubio pro natura e in dubio pro aqua,* que conforme lo analizado en el Capítulo 3.3.3.7.2., se dirigen al decisor para que optimice su competencia y resuelva en favor de la sustentabilidad.

Sin embargo, antes de estos fallos la Corte hace ejercicio de la competencia epistémica normativa cuando se dan colisiones entre el debido proceso y la sustentabilidad, y las autoridades no han dado la respuesta normativa que corresponde a la sustentabilidad. El art. 32 de la Ley 25675 es el sustento de estas decisiones. Por ejemplo, en Martínez (CSJN, 2016b), ante el rechazo de un recurso de casación por la Corte de Justicia de la provincia de Catamarca por entender que no hay sentencia definitiva en un amparo, considera que: «en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio», para agregar que: «los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales».

Lo mismo sucede en otros fallos (por ej.: CSJN, 2014a; 2016a) en los que acoge el recurso extraordinario federal no obstante no haber sentencia definitiva.

Así, impone la optimización de la competencia a través del ejercicio de la tutela judicial efectiva.

El estándar es:

En caso de duda normativa, los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales.

3.4. Reglas especializadas de ponderación

3.4.1. La regla de compatibilización y la precedencia

La regla de compatibilización o de armonización, tratada en el Capítulo 3.4.3., es un singular aporte al principio de proporcionalidad del derecho ambiental argentino. El art. 240 del CCyC se refiere al peso abstracto de la sustentabilidad, pero la precedencia requiere estimar de la importancia concreta. Por ello interesa el significado jurídico que la CSJN atribuye a la compatibilización entre derechos.

En Salas (2009c), con motivo de la aplicación del principio de precaución y la relación entre la tutela del ambiente y el desarrollo, expresa que: «Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras».

En la causa Barrick (CSJN, 2019a), la Corte establece las vinculaciones normativas de la compatibilización cuando la colisión tiene al derecho al ambiente como una parte, diciendo: «Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240, Cód. Civ. y Com.) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1º, 2º y 4º de la Ley General 25.675 del Ambiente)».

Este considerando remite al art. 240 del CCyC, y el resultado es que el ejercicio de los derechos sobre bienes individuales sea sustentable.

La compatibilización tiene lugar en el espacio de la prevención, que es un espacio de certeza científica. En efecto, del análisis de fallos, resulta que, si no se cumple en forma regular con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental o con la constatación de las pruebas, se debe aplicar el principio precautorio, cuyas medidas apuntarán a lograr la certeza necesaria para la armonización entre ambiente y desarrollo Esto es conforme Cruz (CSJN, 2016a), Represas de Santa Cruz (CSJN, 2016c) y Majul (CSJN, 2019b).

Otros fallos en igual sentido son: La Picassa (2019d) y Equística (2020e).

Los estándares son:

Los derechos sobre bienes individuales deben ejercerse en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva asegurando que el ejercicio de aquellos sea sustentable.

La compatibilización entre derechos es resultado de la prevención.

La precaución debe dirigirse a establecer un nivel de certeza de los riesgos para que proceda la compatibilización entre derechos.

3.4.2. El juicio de ponderación o ponderación razonable

La ponderación es un concepto ampliamente usado en los fallos analizados, bajo los conceptos de juicio de ponderación, ponderación razonable o simplemente

ponderación, observándose que al no establecer la Corte un criterio expreso sobre la aplicación del principio de proporcionalidad se suele identificar con el sopesamiento del peso abstracto. No obstante, también lo emplea en el sentido integral de la proporcionalidad, comprendiendo la relación entre los medios y los fines, propio de los exámenes fácticos, la importancia concreta y la certidumbre.

Se expresa como juicio de ponderación razonable en Salas (CSJN, 2009c), cuando explica que el principio de precaución implica la armonización de ambos. Sin embargo, la medida que dispone es la suspensión de la tala y la imposición del estudio de impacto ambiental acumulativo sobre los efectos de la tala sobe el clima, el paisaje y el ambiente en general. Por lo que la armonización será el resultado de la certidumbre alcanzada.

El concepto de ponderación también se emplea en Cruz (CSJN, 2016a), con el significado de que el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio exige al juez considerar que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción. La Corte observa que el *a quo* no tuvo en cuenta la existencia de un informe pericial que acreditaba la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión. La gravedad de la situación impone actuar precautoriamente interviniendo el derecho individual. En este supuesto, la ponderación conduce a la precedencia de la precaución.

Otro caso demuestra su relación con el peso concreto. En la causa Asociación Protectora del Río Paraná (CSJN, 2020d), ante la decisión de la Cámara de dejar sin efecto la medida de suspensión dispuesta contra una empresa para el cese y recomposición o indemnización sustitutiva del daño ambiental por emanaciones de efluentes gaseosos y líquidos vertidos sobre el río Paraná, el fallo de la CSJN dejó sin efecto la decisión recurrida por no ser consecuencia de un *juicio de ponderación*.

En Barrick (2019a) explica que el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de una ley de presupuestos mínimos debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.

Esta regla es elocuente en cuanto a la adopción del principio de proporcionalidad, en efecto, la constitucionalidad de las medidas que integran una ley ambiental debe ser sometidas a la ponderación de los derechos en colisión. Una simple interpretación de esta regla, conforme al desarrollo realizado en la investigación, posibilita arribar a una más general: *El juicio de constitucionalidad de un acto lesivo debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.*

La ponderación a la que alude la sentencia consiste en la compatibilización de estos conforme el art. 240 del CCyC, siendo el límite del ejercicio de los derechos individuales la no afectación de aquellos. Esta compatibilización requiere de los exámenes fácticos previos, conforme se trata en el Capítulo 3.4.1.

Los estándares son:

Las decisiones que resuelven la colisión entre derechos deben ser ponderadas atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas.

El juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.

3.4.3. El paradigma ecocéntrico

El paradigma ecocéntrico es un estándar de creciente entidad en los fallos de la CSJN, su formulación apunta tanto a lo sustancial como a lo formal de la protección ambiental. El concepto de paradigma en relación con el derecho ambiental argentino reconoce en Ricardo Lorenzetti (2010a; 2018) su mayor desarrollo.

Para descubrir la regla de proporcionalidad que este concepto comprende, se requiere indagar el significado normativo de su enunciado en los fallos del máximo tribunal.

En el fallo Equística (CSJN, 2020e), se formula así:

> […] a partir de la inclusión en 1994 de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional (art. 41), el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del sistema mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente 25.675.

Entonces, el paradigma parte del derecho fundamental consagrado en el art. 41 de la CN, siendo una expresión *iusfundamental* entorno del bien colectivo ambiente, que ordena su realización regulatoria en interés del propio sistema ambiental. Es el reconocimiento de la función estructuradora del principio de sustentabilidad.

El precedente se encuentra en La Pampa (CSJN, 2017c), en donde expresa que la regulación del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado, para indicar que el paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema.

La vinculación con el art. 240 del CCyC es evidente, y supone el reconocimiento del mayor peso o valor del bien colectivo ambiente sobre los derechos sobre bienes individuales.

Tal como expresa Martín, es el carácter reestructurante que el principio de sustentabilidad tiene sobre el régimen dominial[636].

La CSJN en Barrick (2019a), Majul (2019b), La Picasa (2019d) y La Pampa (2020c), desarrolla la misma fundamentación del paradigma ecocéntrico.

Entonces, las reglas son:

---

[636] Martín, 2010, p. 39.

La regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente la utilidad pública o privada de un bien, sino los del sistema mismo.

El bien colectivo ambiente tiene un peso mayor que los derechos sobre bienes individuales.

El ejercicio de los derechos sobre bienes individuales debe ser compatible con el bien colectivo ambiente.

3.5. Reglas de optimización jurisdiccional

El margen de acción discrecional y epistémico explica el espacio en el que se desenvuelve el ejercicio competencial para la aplicación de la proporcionalidad y evidencia la estrecha relación entre principios formales y sustanciales.

3.5.1. El rol del Juez. Una moderna concepción de las medidas necesarias. Tutela efectiva

El rol del juez se consolida al ser reconocido como factor esencial en la tarea de protección colectiva.

En ASSUPA (CSJN, 2006b), la Corte interpreta la relación entre las formas y la función judicial:

> […] en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que un examen cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego.

En Mendoza (CSJN, 2006c) enuncia la vinculación de este rol con la entidad del bien a proteger: «La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales».

Desde entonces, el concepto de *poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador,* entendido como un mandato de optimización de la función judicial en materia ambiental, será reiterado en sucesivos pronunciamientos (CSJN, 2014a; 2016a; 2016b; 2019b).

De esto resulta que, en el sistema jurídico ambiental argentino, la mayor realización de la sustentabilidad requiere de un óptimo ejercicio de la competencia jurisdiccional.

Tal como ha sido interpretado por la Corte, «en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter

meramente instrumental de medio a fin» (CSJN, 2006b; 2014a; 2016a; 2016b; 2019b).

En Cruz (2016a), precisa que es a la luz de los principios de prevención del daño ambiental y de precaución que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

Este fallo indica que la interpretación de esta doctrina debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el artículo 4 de la LGA introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental. y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. Argumento que reitera en Mamani (CSJN, 2017a)

Finalmente, realiza el encuadre constitucional de las medidas cautelares, cuando considera que constituyen «medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional».

En Majul (CSJN, 2019b), la Corte recuerda que el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25675 dispone que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie.

Así, el significado normativo del art. 32 de la LGA, conforme se trata en el Capítulo 6.6.2., configura un mandato de optimización dirigido a las autoridades judiciales que les impone el deber de adoptar las medidas procesales necesarias para la protección del derecho al ambiente.

Los estándares son:

Las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin.

La autoridad judicial debe disponer las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el ambiente.

El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie.

Las medidas cautelares constituyen medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional.

3.5.2. Precaución y medidas urgentes e inmediatas

Si se quisiera identificar en el espectro de los principios de la sustentabilidad cuál tiene mayor incidencia en el ejercicio de la competencia, el principio de precaución exhibe en lo fallos de la Corte el mayor alcance. Cuando se reúnen las condiciones fácticas para su procedencia, exige la optimización de los principios

formales, justificando el ejercicio amplio de la competencia para adoptar medidas preliminares urgentes e inmediatas.

En Cruz (2016a), la competencia extraordinaria de la Corte tiene justificación cuando la medida sujeta a revisión es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Entonces establece la procedencia de los recursos extraordinarios, considerando que el principio del debido proceso se ha visto afectado, ello en virtud del art. 32 de la Ley 25675.

En Mamani (2017a) la Corte, luego de calificarlo de principio fundamental del derecho ambiental, considera que cuando media peligro de daño grave o irreversible en un contexto de incertidumbre provocado por una evaluación de impacto ambiental irregular –una DIA condicionada–, se priva a la protección ambiental de la certeza necesaria, situación que se agrava cuando la jurisdicción competente omite toda consideración de esas circunstancias, saliéndose el actuar judicial de la órbita preventiva que se le exige como razonable. Esto justifica que, en base a la doctrina de la arbitrariedad, la Corte intervenga admitiendo el recurso extraordinario.

En los fallos Defensor del Pueblo de la Nación (2007b), Salas (2019c), Represas de Santa Cruz (2016c), la Corte adoptas medidas preliminares y urgentes previas al pronunciamiento de su competencia. En estos casos, la amenaza de daño grave o irreversible con proyección regional, con la posible afectación de la población presente y futura, de condición vulnerable, en un contexto de incertidumbre, califica como de injusticia extrema o intolerable por lo que, el principio sustancial de precaución por su mayor peso desplaza temporalmente al principio de la competencia local.

Respecto a las medidas preliminares y urgentes dispuestas por autoridad incompetente, son proporcionales únicamente cuando, además de ser idóneas, la causa es remitida al tribunal competente con inmediatez o en un tiempo razonable conforme a la gravedad de la situación. Este tema se trata en el Capítulo 6.6.3.

Los estándares son:

Cuando corresponde aplicar el principio de precaución, debe optimizarse la competencia aplicando las medidas preliminares necesarias y urgentes.

Las medidas preliminares necesarias y urgentes dispuestas por autoridad incompetente, cuando son adoptadas por concurrir una situación de peligro grave o inminente, son proporcionales únicamente cuando, además de ser idóneas, la causa es remitida al tribunal competente con inmediatez o en un tiempo razonable.

3.5.3. La visión policéntrica y la sustentabilidad futura

Desde lo formal, el paradigma ecocéntrico o sistémico en las causas resueltas por la CSJN en Barrick (2019a), La Picasa (2019d) y La Pampa (2017c y 2020c) se enlaza con la visión policéntrica del proceso cuando expresa que la calificación de estos casos exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Para agregar que, «por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado,

sino y, fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura».

Es el reconocimiento las posiciones del derecho al ambiente que involucra un titular comunitario e intergeneracional que trasciende las partes del proceso, la importancia que su satisfacción los comprenda y la necesidad de atender la dimensión intertemporal del titular y del bien colectivo en la resolución.

La visión policéntrica del proceso da cuenta de la atención que debe tenerse respecto a los múltiples intereses sociales que concurren cuando de un bien colectivo se trata y de su necesaria participación. Entabla una conexión con el principio democrático.

El estándar indica:

La decisión debe comprender las posiciones de los titulares todos los derechos que involucran la protección del ambiente y debe atender no solo el pasado, sino y, fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura.

3.6. Optimización administrativa y participación ciudadana

No hay respecto al mandato constitucional un margen para hacer o no hacer, sino un deber positivo de protección. En efecto, en la causa Mendoza (CSJN, 2006c), la Corte lo enuncia cuando sostiene que el reconocimiento del *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.

En la misma causa, en el fallo del año 2008, precisa que las medidas que adopta dejan a la discrecionalidad del administrador los procedimientos y mecanismos específicos para alcanzar la finalidad establecida por el tribunal: «*El objeto decisorio se orienta hacia el futuro* y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración» (CSJN, 2008b).

Se refirió a la importancia de esto en el fallo Mamani (2017a) señala que la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y el acceso a la información ambiental (artículo 41). A partir de ello, analiza las normas de la LGA, especialmente cuando establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (art. 19). La relevancia de este fallo es la fundamentación como reglas adscriptas de derecho fundamental de este conjunto de normas de la LGA, como precisantes del derecho fundamental del art. 41 de la CN. En el Acuerdo de Escazú se refirma la fundamentalidad de estos derechos de acceso.

En los fallos de Represas de Santa Cruz, (2016c; 2016d), observa la no realización del procedimiento de EIA ni de audiencia pública, por lo que hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordena la suspensión de las obras.

Los fallos analizados de la Corte abundan en conflictos en los que se observa un actuar administrativo reñido con la aplicación del procedimiento de EIA, tanto en su omisión como en su trámite irregular. En algunas causas, las decisiones de los tribunales inferiores recaen en la jurisdicción del máximo tribunal por su manifiesta arbitrariedad al convalidar ese actuar irregular. Es así como, ante la incomplitud de los estudios ambientales o la ausencia de participación ciudadana, anula esas decisiones y aplica el principio de precaución. A fin de reestablecer la regularidad del procedimiento y su aplicación plena. La DIA condicionada en Martínez (2016b), Mamani (2017a) y Majul (2019b), acarrea la nulidad de las decisiones de autorización.

En Salas (CSJN, 2009c) considera inválidas las autorizaciones estatales sin conocer sus consecuencias sobre el ambiente:

> El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten.

Este estándar optimizador de la función administrativa es reiterado en Mamani (2019b) y en Provincia de Corrientes (2021f).

Los estándares son:

Las autoridades administrativas deben cumplir eficazmente los deberes de prestaciones fácticas y normativas para atender a la protección del ambiente.

El procedimiento de evaluación de impacto ambiental es previo al inicio de las actividades, constituyendo una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana, y no admite una DIA condicionada.

El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público.

En procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, las autoridades deben institucionalizar procedimientos de información, consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades.

3.7. La proporcionalidad institucional o federal

La proporcionalidad institucional refiere a la forma de articular el ejercicio de las competencias entre los estados que conforman la federación, más cuando la protección ambiental responde a una particular modalidad de reparto a competencial. Su objeto, entonces, es la compatibilización que deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales en el ejercicio de sus respectivas competencias para la resolución de conflictos interjurisdiccional y la formulación y aplicación de regulaciones ambientales socialmente eficaces.

3.7.1. La regulación ambiental y la tarea concertadora prioritaria

Son numerosos los fallos en los que la CSJN ha establecido reglas para la resolución de las colisiones competenciales regulatorias entre la Nación y las provincias.

Como regla general, la Corte (CSJN, 2015a) ha dicho que los estados provinciales y el Estado Nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental y ejercer atribuciones propias en tanto y en cuanto no invadan efectiva y concretamente los aspectos reglados por cada jurisdicción en su esfera de injerencia.

En Salas (2011a) dijo que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Se remite al análisis sobre la competencia regulatoria realizado en el Capítulo 6.4.

La Corte expresa un criterio esencial: «Que las disposiciones constitucionales y legales citadas, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio» (2011d).

En Barrick (2019a), además de establecer la regla para la armonización entre derechos de diferente naturaleza, introduce la compatibilización institucional como labor prioritaria en el marco del federalismo de concertación.

En efecto, enuncia que:

> En ese marco, la tarea de concertación federal es primariamente de las autoridades políticas nacionales y provinciales, que deben conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución.

Conforme al mismo fallo, en su defecto, el juicio de constitucionalidad debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados. Es el reconocimiento de la proporcionalidad en sentido estricto como método para establecer la razonabilidad constitucional.

Entonces, dos etapas secuenciales se establecen, la primera es primaria y corresponde a la labor concertadora entre los Estados –tema que se trata en el Capítulo 6.7.2.–; la segunda, al control de judicial de constitucionalidad.

En la causa Ejército Argentino (2019e), reafirma que en el ejercicio de las competencias concurrentes importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la protección del medioambiente.

Los estándares aplicables son:

Los Estados provinciales y el Estado Nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental y ejercer atribuciones propias en tanto y en cuanto no invadan efectiva y concretamente los aspectos reglados por cada jurisdicción en su esfera de injerencia.

A las autoridades locales corresponde la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan.

La competencia ambiental compartida importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común.

La tarea de interpretación constitucional debe ser primariamente asumida por las autoridades federales y provinciales, para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución.

En su defecto, el juicio de constitucionalidad debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.

3.7.2. Conflictos interjurisdiccionales. Compatibilización federal. Territorialidad ambiental y territorialidad federal. La cuenca hídrica y los ecosistemas compartidos

Si la norma ambiental combina dos factores –uno sustantivo y común, referido a las «condiciones necesarias» para garantizar la dinámica de los ecosistemas, y otro espacial, referido a la escala político territorial–, queda pendiente considerar que los ecosistemas y su dinámica no responden necesariamente a las jurisdicciones territoriales.

La Corte ha aplicado el concepto de territorialidad ambiental y federal y de unidad de la cuenca hidrográfica para la resolución de causas que llegan a su conocimiento por vía originaria, extraordinaria y dirimente, también para la resolución de conflictos negativos de competencia.

Así, la CSJN, en la causa La Pampa contra Mendoza (CSJN, 2017c), expresa:

> En él sub-examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de «compatibilización», que no es una tarea «natural» (porque ello significaría, «obligar» a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente «cultural».

Construye el criterio de compatibilización en torno a la cuenca hidrográfica, con los siguientes conceptos:

1. El concepto jurídico de cuenca como ámbito de competencia de la actuación dirimente de la Corte. «La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular. Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común».

2. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca.

3. Así, la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un Organismo de Cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción.

Entonces, la cuenca hídrica es la unidad en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular, que califica como bien colectivo. Así, sobre la compatibilización de estas territorialidades, en la causa de La Picasa (CSJN, 2019d) la Corte entiende que territorialidad ambiental y territorialidad federal encuentran su representación y conjugación en la «Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa» (CICLP), organismo propio del federalismo de concertación, generado en el marco de un convenio intrafederal celebrado entre el Estado nacional y las provincias involucradas en la cuenca hídrica respectiva.

Sin embargo, una observación debe realizarse en relación con el concepto de territorialidad ambiental, este concepto es más amplio que el vinculado con la cuenca hídrica, comprendiendo todo ecosistema[637]. Los ecosistemas que pueden trascender las jurisdicciones provinciales y encuentran su norma específica en la Ley 25675 cuando establece los principios de cooperación y de solidaridad dirigidos a los ecosistemas compartidos.

La Corte, en los fallos a los que se hace referencia, despliega las reglas específicas de la proporcionalidad institucional entre los estados miembros de la federación, considerando que es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación que supere los enfoques disyuntivos o separatistas (La Pampa 2017c).

En La Picasa (CSJN, 2019d) expresa:

> La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales -cuyo deslinde no impide en ocasiones plantear una zona de duda- debe evitarse que el gobierno federal y las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes, debiendo prevalecer en todo trance los intereses del

[637] Pinto y Martín, 2013

conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal "in totum"

La optimización de los principios federales de solidaridad y cooperación se revela en el requerimiento que efectúa en La Picasa (2019d) cuando solicita a las provincias fortalecer el organismo de cuenca; lo mismo dispone en el fallo La Pampa (2020c) cuando insta a las provincias de la Pampa y de Mendoza que conformen la Comisión Interjurisdiccional del río Atuel (CIRA), en reemplazo de la actual Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI).

Pero cuando hay un estado de emergencia ambiental, directamente impone la creación del comité respectivo, como en el caso de los incendios en el Delta del Paraná, (Equística, 2020e), sin dejar de considerar que las medidas serán dispuestas coordinadamente por las autoridades competentes en ejercicio del poder de policía que tienen por las leyes de PMPA.

Sobre el modo de alcanzar la compatibilización de las tensiones, en el fallo de la causa Shi (CSJN, 2021c), consigna el dialogo concertador como la vía más adecuada, cuando sostiene que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país. «Y de allí la utilidad del diálogo constructivo –entre Nación y provincias– al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva».

Debe señalarse, que la LGA establece un ámbito institucionalizado para la concertación en el SFA.

Los estándares de ponderación aplicables a las relaciones interjurisdiccionales serían:

La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de «compatibilización» cultural.

Las relaciones entre las provincias y el Estado nacional se rigen por la buena fe y la lealtad federal y se instrumentan conforme los principios de solidaridad, y cooperación ambiental.

La cuenca hídrica es la unidad en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular, siendo un bien colectivo.

El convenio interjurisdiccional es la forma de optimizar los principios federales de solidaridad y cooperación regional.

3.7.3. La regulación sistémica

Se expresó en el punto 3.4.3. de este Capítulo, que el paradigma ecocéntrico es un estándar que tipifica la proporcionalidad ambiental en los fallos de la CSJN y que su formulación apunta tanto a lo sustancial como a lo formal de la protección ambiental.

Desde lo formal, ordena que regulación de los bienes que compone el ecosistema debe ser en interés del propio sistema ambiental. Esto no excluye considerar los intereses privados o estaduales, pero la relación será de subordinación a la sustentabilidad.

Entonces, la regla establece que:

En tanto los recursos naturales son parte del ecosistema, los derechos sobre estos bienes sean de titularidad de particulares o del Estado, deben estar sujetos en su regulación y ejercicio al principio de sustentabilidad.

4. De la subsunción a la ponderación, de la ponderación a la subsunción

En el desarrollo de la tarea de análisis de precedentes se alcanzaron conclusiones que requieren ser valoradas en relación con la teoría aplicada.

El giro de un sistema legalista a un sistema de principios y reglas significa un cambio estructural del derecho como objeto de la ciencia. De una concepción del derecho que agotaba su esfuerzo en la subsunción de los hechos y conductas a las reglas, se pasa a entender a los derechos constitucionales como principios normativos, como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible y cuya resolución, en caso de colisión, se resuelve generalmente sopesando la importancia de los derechos en colisión.

En efecto, en el sistema legalista los actos lógicos de subsunción describen el momento crucial del proceso de administración de justicia en el que los hechos probados, luego de ser valorados, aparecen insertos en una norma racional previamente individualizada que contiene la solución al caso concreto –como una apuesta a la actividad racional del legislador y a una concepción mecanicista de la decisión judicial–[638].

Sin embargo, las reglas resultan insuficientes para prever todas las soluciones de los problemas que acaecen en la realidad social; es entonces que se aprecian los principios de los derechos reconocidos en la Constitución, los que –al componer la trama de intereses amparados para la convivencia social–, completan el sistema jurídico.

La teoría de Alexy expresa un proceso discursivo lógico, donde la proporcionalidad exige considerar el derecho opuesto para establecer la importancia de estos en el caso, para lo cual formula un procedimiento racional –la proporcionalidad–sobre el cual debe discurrir el análisis para ponderar cuál es el derecho que precederá el caso.

Si bien es verdad que no existe una garantía absoluta de objetividad de la ponderación, tampoco, como expresa López Hidalgo[639], el silogismo y la subsunción excluyen apreciaciones subjetivas y un halo de discrecionalidad; no obstante, de tal

[638] López Hidalgo, 2015, p. 54.
[639] López Hidalgo, 2015, p. 62.

afirmación –concluye– no se colige que la subsunción deba ser desechada por irracional.

En igual sentido, Bernal Pulido señala que no es apropiado pretender sustituir a la supuestamente incierta ponderación por una supuestamente cierta subsunción. Es meridiano que en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho la tarea de determinar el contenido normativo de los principios siempre depare al juez un margen de deliberación. Por lo que serán las decisiones judiciales las que, al conformar una red de precedentes, permitirán la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras[640].

Los casos jurisprudenciales analizados, en los que se dirime el conflicto entre el derecho al ambiente y otros derechos constitucionales, generan estándares que sirven para la resolución de casos análogos. Esos estándares de ponderación son reglas que posibilitan la subsunción en casos análogos, pero nunca dejan de requerir de nuevas ponderaciones, ya que cada situación merece la carga argumentativa que se da en favor o en contra de los derechos en colisión. Por lo que la precedencia sustentabilidad nunca deja de ser condicionada.

Luego, la fuerza vinculante de los precedentes garantiza la estabilidad de los derechos fundamentales, al paso que la posibilidad de corregir los precedentes y de llevar a cabo nuevas ponderaciones atribuyen flexibilidad al sistema constitucional, para que este pueda adaptarse a las nuevas circunstancias[641].

En efecto, los estándares de la sustentabilidad se van precisando en cada caso, adquiriendo nuevas connotaciones. Esto se aprecia, por ejemplo, en el examen de los conflictos negativos de competencia con motivo de la competencia extraordinaria federal del art. 7 de la LGA –analizados en el Capítulo 6.6.4–, cuando en la causa Servicio de Agua del Estado Provincial (CSJN, 2020a) se identifica expresamente los principios en colisión –el federalismo y la sustentabilidad–, y establece que esta colisión se debe resolver mediante una ponderación provisoria. El mismo desarrollo puede observarse en torno al bien colectivo ambiente y a los micros bienes que lo conforman y en el desarrollo del concepto de paradigma ambiental.

5. Valoración y observaciones. La configuración local de la proporcionalidad. Los precedentes como reglas *prima facie* de ponderación

El conjunto de fallos analizados posibilita reconocer una red de reglas de la proporcionalidad ambiental en la Argentina.

Una forma de valorar su autoridad es visualizar la consistencia y coherencia que los enlaza. Al respecto, la referencia permanente a pronunciamientos análogos, la utilización de los mismos términos o definiciones, la comunidad argumentativa en la aplicación de los principios, las permanentes consideraciones al derecho establecido en el art. 41 de la CN, permiten concluir que se trata de un proceso en el que los principios son la fuente creadora de las decisiones judiciales cuyas reglas son adscriptas al derecho fundamental a la sustentabilidad.

---

[640] Bernal Pulido, 2008, p. 49- 68.
[641] Bernal Pulido, 2007a, p. 287.

La CSJN no aplica el examen de proporcionalidad en forma esquemática, sino que lo hace discurriendo en torno a las diferentes cuestiones jurídicas planteadas, aplicando las ponderaciones realizadas en sus precedentes, tal como *la prioridad de la prevención del daño futuro*, procurando la optimización del principio sustancial en cada caso.

En general, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad por la Corte, se han vertido opiniones dispares.

Así, Clérico considera comparativamente que si el examen de proporcionalidad a la alemana es una forma de estructuración de la evaluación de las razones que pretenden justificar las restricciones a los derechos, el examen de razonabilidad argentino es su funcional equivalente, expresando que:

> Los problemas en la práctica constitucional argentina no radican tanto, por un lado, en la falta de exámenes, sino en la negativa de la Corte a explicitar los pasos del examen que aplica para evaluar las restricciones a los derechos, su falta de uso sistemático, ya sea el examen de razonabilidad, el derecho como integridad o el examen que sea[642].

Esta autora realiza un análisis de la evolución de la Corte en el examen de razonabilidad, en el que se identifican etapas en las que se aproxima al examen de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto e, incluso, en las que comienza a interesarse en los estándares de intensidad en la limitación de los derechos; sin embargo, considera que no es una Corte que busque presentar una estructura clara del examen de razonabilidad y que esté dispuesta a aplicarlo en sus sentencias para hacerlas más accesibles[643].

Por su parte, Saggese, realizando un análisis análogo, entiende que la Corte utiliza dos parámetros, uno de ellos, el más estricto, es el cumplimiento de la idoneidad, la necesidad y/o proporcionalidad de la medida, pero no hay en sus fallos una referencia conjunta a esos tres requisitos, por lo que no es posible extraer criterios estructurales sobre el control de constitucionalidad que realiza[644]. Expresa que la necesidad de estructurar un procedimiento mínimo sería necesario para la seguridad jurídica a fin de conocer de antemano los extremos que serán evaluados[645].

Otra perspectiva brinda Gil Domínguez, quien identifica que la Corte receptó el principio de proporcionalidad como un estándar aplicable a la limitación de los derechos fundamentales[646].

Caminos, justifican la reticencia de la Corte Suprema en adoptar el principio de proporcionalidad, en cuanto su aplicación obstaculizaría la posibilidad de

---

642 Clérico, 2018, p. 20.
643 Clérico, 2018, p. 158.
644 Saggese, 2010, pp. 211y 142.
645 Saggese, 2010, pp. 165 y 213.
646 Gil Domínguez, 2010, p. 273.

conformar un genuino régimen constitucional, en el cual los derechos sean capaces de limitar, en forma efectiva, el accionar gubernamental[647].

Morelli, estudiando fallos ambientales, concluye que «analizadas las características del método de la ponderación según las concepciones articuladas por Alexy, cabe señalar que nuestro más Alto Tribunal ha invocado dicha técnica al momento de resolver conflictos entre derechos fundamentales»[648].

Con sustento en la investigación desarrollada, el enfoque para realizar una evaluación correcta respecto al método de la CSJN para la resolución de los conflictos ambientales debe partir de la referencia constante en su proceso argumentativo de los principios de derecho ambiental, a los que define *como mandatos que ordenan la protección del ambiente*. Los principios de prevención, precaución y recomposición y su relación con el derecho reconocido en el art. 41 de la CN, conforman la estructura habitual en el que apoya sus pronunciamientos.

La reconstrucción de estas causas realizada en el Anexo 1, corroboran que la proporcionalidad está en la base de la decisión jurídica. Los exámenes de idoneidad y necesidad de las medidas en las decisiones que son sometidas al control de constitucionalidad se evidencian en causas trascedentes. También, el sopesamiento entre derechos se cristaliza en estándares que corresponden a las variables esenciales de la ponderación: importancia concreta, peso abstracto y certidumbre conforman el proceso decisorio.

Con más profundidad, se puede apreciar que los fallos analizados permiten visualizar un proceso de construcción de una proporcionalidad adaptada al sistema jurídico ambiental argentino. No es una proporcionalidad universalista, sino local. En esto se advierte lo señalado por Clérico cuando destaca que la proporcionalidad argentina no es un trasplante descontextualizado de la proporcionalidad alemana, sino un intercambio entre la razonabilidad y la proporcionalidad[649].

Así, la idoneidad técnica de las medidas en función de las condiciones del bien colectivo y el fin de protección, la necesidad de considerar el derecho opuesto para la selección de las medidas de protección, el principio de progresividad, la ponderación a través de la prioridad de la prevención del daño ambiental futuro, el juicio de ponderación razonable cuando corresponde la aplicación del principio precautorio, la regla de compatibilización entre derechos, y la secuencia lógica entre precaución y prevención en procura de la necesaria certidumbre, conforman una estructura propia, típica, sobre la cual se realiza el derecho ambiental y sus principios, dando resultados coherentes en sus decisiones en las causas ambientales.

Como observación, se aclaró que la calificación de *absoluta* que la Corte aplica a la prioridad en la prevención del daño futuro no excluye el sopesamiento de la importancia concreta, lo que no es admisible en el marco teórico seguido, en tanto toda precedencia es condicionada o, expresado de otro modo, no hay derechos absolutos en el sistema jurídico argentino.

---

[647] Caminos, 2014, p. 72.
[648] Morelli, 2015, p. 217.
[649] Clérico, 2018, p. 21.

También se observó que, en la adopción de medidas precautorias preliminares y urgentes adoptadas sin competencia, el factor temporal de la medida excede el examen de necesidad en el desplazamiento del principio federal. Se mantiene una tensión con el principio competencial más allá de lo necesario.

En la causa La Pampa (CSJN, 2017c y 2020c), se observa que en el segundo pronunciamiento no hay referencia alguna a la variable climática, que debería haber considerado expresamente en el programa de monitoreo permanente, en tanto tiene una profunda incidencia en los caudales futuros. Esto afecta la idoneidad y necesidad de la medida, más cuando, en el primer pronunciamiento, requería considerar cuál sería la incidencia de la disminución de oferta de agua y el aumento de la demanda, en el área de la Provincia de Mendoza, derivada del cambio climático.

Respecto al método, se observa que la proporcionalidad es identificada bajo los conceptos de juicio de ponderación, ponderación razonable o simplemente ponderación, no obstante ser designaciones de uso corriente, un mejoramiento en cuanto a si se refiere a la idoneidad y necesidad de las medidas, o a la proporcionalidad en sentido estricto sería conveniente.

En los conflictos interjurisdiccionales, si bien es creciente en los fallos de la Corte la optimización de los principios federales de la Ley 25675 para abordar la territorialidad ambiental, propiciando el dialogo federal, no se advierte el mismo énfasis en la vinculación con el Sistema Federal Ambiental que esa misma ley establece para la realización de esos principios. Lo mismo se destaca su consideración en el fallo de la Provincia de Corrientes (2121f).

Al respecto, también debe señalarse que la territorialidad ambiental es un concepto más amplio que el vinculado con la cuenca hídrica, comprendiendo todo ecosistema que cuando son compartidos por las jurisdicciones provinciales requiere de los principios de cooperación y de solidaridad para su conjugación con la territorialidad federal.

En definitiva, es conveniente que el método de la proporcionalidad en los conflictos ambientales alcance mayor precisión en los exámenes, explicitando su alcance y secuencia, a fin de contribuir con la seguridad jurídica.

Una observación realizada por Clérico sobre los precedentes y sus reglas es oportuna, señala que una red de reglas-resultados de las ponderaciones *iusfundamentales* tiende, con el paso del tiempo y en el marco de una práctica constitucional estable, a una suerte de fijación y a una posible petrificación de sus contenidos[650]. En este sentido, esta autora precisa que su modelo de ponderación es un modelo orientado por reglas que deben permanecer abiertas y, citando a Alexy, considera que la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de «instancia falibilística irrenunciable»[651], esto

[650] Clérico, 2018, p. 269.
[651] Clérico, 2018, p. 265.

es, que el grado de afectación y de satisfacción puede ser siempre revisado por posteriores observaciones.

Por eso, es preferible hablar de estándares de proporcionalidad o de reglas *prima facie* de ponderación. En un sistema de control constitucional difuso, las reglas de los precedentes deben ser entendidas como una estructura abierta a los exámenes fácticos de cada caso.

El análisis de los fallos de la Corte demostró un aspecto relevante de la hipótesis, en tanto se trata de una proporcionalidad del derecho al ambiente constitucionalmente reconocido en la Argentina y no de una aplicación abstracta del método. La regla que establece la prioridad de la prevención del daño ambiental futuro junto con la regla de compatibilización tipifica la proporcionalidad ambiental en el derecho argentino.

Esto se condice con la apreciación de Clérico, cuando interpreta que la red de reglas de ponderación propugna recuperar lo «local» de la ponderación, frente a la fascinación de lo «universal» de la ponderación que puede forzar similitudes sin percatarse en la riqueza de las diferencias[652].

6. Recapitulación

Se sintetizan los resultados alcanzados:

1) Los precedentes de la CSJN conforman reglas adscriptas *prima facie* en tanto son portadores de una fundamentación constitucional coherente capaz de establecer una doctrina dotada de autoridad.

2) Estas reglas otorgan consistencia y coherencia al examen de proporcionalidad en el sistema jurídico ambiental argentino.

3) El principal estándar es asignar prioridad a la prevención del daño futuro cuando se persigue la tutela del bien colectivo ambiente.

4) La sustentabilidad futura requiere considerar el estado de cosas a alcanzar a fin de examinar la idoneidad técnica de las medidas.

5) La selección de medios requiere partir de un diagnóstico ambiental que revele la situación del bien protegido, en tanto representa el estado de cosas a las que se dirige el fin de protección ambiental.

6) La idoneidad de la sustentabilidad es una idoneidad científica o técnica, en cuanto las medidas deben responder al conocimiento complejo de las interacciones propias del bien a proteger.

7) La idoneidad requiere examinar los factores de eficacia, temporalidad, seguridad y plenitud de las medidas.

8) La función del principio de progresividad es relevante en el examen de idoneidad y necesidad.

---

[652] Clérico, 2018, p. 247.

9) La necesidad también se examina a través del principio de progresividad, en la que la consideración de los derechos individuales en pugna supone seleccionar entre las medidas idóneas aquellas que no irroguen sacrificios innecesarios a estos, por lo que la gradualidad requiere que se facilite la adecuación entre las medidas a las actividades afectadas (art. 4, LGA).

10) Prevención y precaución conforman un juego de relaciones lógicas, cuando media incertidumbre fáctica y amenaza de daño grave o irreversible, corresponde aplicar el principio precautorio con el fin de alcanzar la certidumbre; cuando se alcanza, procede la prevención.

11) Las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin.

12) La regla que establece la prioridad de la prevención del daño ambiental futuro junto con la regla de compatibilización tipifica la proporcionalidad ambiental en el derecho argentino.

13) La ponderación comprende las tres variables de los principios en colisión.

14) Los precedentes conforman estándares de proporcionalidad o reglas *prima facie* de ponderación.

Capítulo 8. Conclusiones y constatación de la hipótesis

1. El problema y la hipótesis de la investigación

A partir del reconocimiento doctrinario y legal de la función rectora de los principios de derecho ambiental, se advirtió que la disparidad de interpretaciones sobre su significado y función, sumado a su profusión, no resolvía los problemas que acusa el derecho ambiental en su aplicación. En efecto, la multiplicidad de definiciones que se vierten sobre ellos constituye un problema que conduce a frecuentes inconsistencias en la interpretación normativa, dificultando las decisiones que se adoptan.

Entonces, recurriendo a la teoría de los principios, que concibe al sistema jurídico integrado por principios y reglas, se realizó el siguiente planteo: *¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada del derecho al ambiente reconocido en la Constitución Nacional*?, siendo el objetivo de esta investigación corroborar este planteo.

Para abordarlo, se formuló la siguiente hipótesis:

El derecho al ambiente, como principio de derecho fundamental sobre un bien colectivo, estructura mediante el principio de proporcionalidad el sistema jurídico ambiental argentino, tanto en la formación de reglas y decisiones, como en la reconfiguración de la organización del Estado.

Esta hipótesis orientó y delimitó la investigación, a través de sus variables, dándole una dirección a la búsqueda de la solución del problema. La hipótesis está inmersa en la teoría de los derechos fundamentales desarrollada por Robert Alexy, ampliamente aplicada por tribunales constitucionales y con un fuerte sustento dogmático, de la cual se extrajeron conclusiones que respondieron el problema específico de la investigación.

En efecto, la hipótesis expresa que el principio de sustentabilidad, como norma de derecho fundamental, estructura el sistema jurídico ambiental mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Es decir, la hipótesis afirma que la teoría de los principios explica coherentemente los principios de derecho ambiental y su función en el sistema jurídico.

Corresponde recordar que en la Introducción se precisó que se trata de un desarrollo jurídico de tipo dogmático, conforme el sistema jurídico vigente en la Argentina y no de una indagación filosófica, en tanto se dirige a conocer qué es lo que tiene validez en un sistema jurídico.

Las variables del enunciado hipotético, las que se analizan en detalle en el punto 3 de este Capítulo, refirieron a la estructuración del sistema normativo en principios y reglas, el derecho al ambiente como un derecho sobre un bien colectivo, el principio de proporcionalidad como método de aplicación del derecho y la reconfiguración de las funciones estatales. Además, hay una variable implícita requerida a todo desarrollo jurídico y es que las premisas demuestren coherencia, consistencia y seguridad jurídica en su aplicación.

El principio de proporcionalidad, y muy especialmente la ponderación, como método de aplicación de la norma tipo principio, adquirió centralidad en el desarrollo

de la investigación. La determinación del principio precedente en la colisión entre derechos constitucionales, cuando uno de ellos es el derecho al ambiente, requirió, primero, comprender la escala triádica de intensidades para establecer el peso concreto, para luego avanzar a la más compleja fórmula de peso. En todos los casos en que se aplicó, el resultado fue coherente y consistente, permitiendo medir y sopesar adecuadamente los principios de derecho ambiental, incluso el principio de precaución, en tanto principio con mayor complejidad.

Así, una vez sentadas las bases teóricas y explicado el método, la constatación de la hipótesis discurrió por el análisis de cada una de las variables hipotéticas, fundamentando y ajustando su correspondencia en los fallos del máximo tribunal nacional como en la doctrina de prestigiosos autores. Es decir, cada paso de la investigación tiene confirmaciones específicas.

A lo largo del desarrollo, el área problemática sometida a la investigación, dada por los principios de derecho ambiental, adquirió un renovado enfoque cuando se alcanzó la conclusión que un principio, el de sustentabilidad, expresa *el deber de protección constitucional del derecho al ambiente,* y que, entendido como «principio de los principios», explica y fundamenta a los otros principios de derecho fundamental ambiental.

En efecto, el punto central de la investigación operó sobre la distinción relacional entre principios de derecho fundamental *estatuidos* y *adscriptos*. Los primeros corresponden a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución. Por su parte, la norma adscripta es una norma *conforme a derecho* de la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la identifica, precisando lo que en la norma directamente estatuida está ordenado, prohibido o permitido de un modo más abstracto.

Esa relación precisante, establecida por autoridad competente, los distingue de otros principios denominados ambientales que no catalogan como fundamentales por no corresponder con la sustentabilidad constitucional o carecer de validez por no emanar de la autoridad con competencia normativa.

A partir de este resultado, se desencadenan múltiples consecuencias que interpretan en forma coherente, los principios de derecho ambiental y su importancia.

Entonces, para verificar si se ha logrado comprobar la hipótesis en esta investigación, se exponen a continuación los resultados alcanzados.

2. Discusión de resultados

En los puntos siguientes se problematiza en torno de los resultados alcanzados en la investigación con el fin de hacer más explícitos los puntos nucleares de la tesis.

1. *Concebir al sistema jurídico integrado exclusivamente por reglas ha sido la teoría imperante en mucho tiempo, por lo que ¿cuál es el sentido de distinguir entre principios y reglas? y, en tal caso, ¿qué es un principio jurídico?*

Un modelo exclusivo de reglas depende de que sus normas puedan establecer o describir todos los hechos sujetos a decisión. Pero la historia y la lógica demuestra que las lagunas regulatorias son inevitables, incluso en el sistema regulatorio más completo, en tanto la realidad social y física es dinámica y cambiante, lo que es manifiesto cuando del bien ambiente se trata. Entonces, un modelo exclusivo de reglas debe en estos casos dar respuesta recurriendo a consideraciones extrajurídicas, lo que contradice el afán científico del modelo.

Por el contrario, en el modelo de reglas/principios, se conserva básicamente la fuerza vinculante del nivel de las reglas, pero es un sistema jurídico completo en la medida en que para salvar los vacíos legales hay normas tipo principios a las que se puede recurrir sin necesidad de acudir a recursos ajenos al sistema jurídico.

Los principios de derecho fundamental expresan el *deber ser* de los derechos constitucionalmente reconocidos o estatuidos. Entonces, como toda norma jurídica, la norma tipo principio se integra por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que debe ser *prima facie*. La diferencia con la regla es que el principio es un mandato de optimización que puede cumplirse en diferentes grados, mientras que la regla es un mandato definitivo, que se cumple o no se cumple.

El giro de un sistema legalista a un sistema de principios y reglas significa un cambio estructural del derecho como objeto de la ciencia. De una concepción del derecho que agotaba su esfuerzo en la subsunción de los hechos y conductas a las reglas, se integran los derechos constitucionales como principios normativos, como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible y cuya resolución, en caso de colisión, se resuelve con la proporcionalidad.

El sistema jurídico argentino es un modelo reglas/principios, establecido en la LGA, en los arts. 1, 2, 14, 240, 1713, entre otros, del CCyC y en los procedentes de la CSJN.

2. ¿Las únicas normas de derecho fundamental son las directamente estatuidas en la Constitución?

No. Las normas de derecho fundamental pueden ser directamente estatuidas en la Constitución o ser normas adscriptas, estas últimas son normas precisantes del derecho fundamental estatuido. Es su vinculación semántica o con el fin de protección lo que las identifica.

Es decir, la norma adscripta es una norma *conforme a derecho* de la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la define. Las normas adscriptas requieren, además, de una «relación de fundamentación» entre la norma que hay que precisar y la norma que la precisa; relación que se establece por la argumentación *iusfundamental*. Esa fundamentación provendrá del texto de las disposiciones constitucionales, de los precedentes en los conflictos de tipo constitucional y de los argumentos prácticos generales[653].

3. ¿Por qué se dice que los principios estructuran el sistema jurídico?

---

[653] Alexy, 2012, p. 53.

Distinguir entre normas de derecho fundamental directamente estatuidas en la Constitución y normas adscriptas de derecho fundamental, explica la función estructuradora del sistema jurídico por parte de los principios estatuidos. Estos, en tanto mandato de mayor realización, impelen a su realización a través de normas adscriptas, que resultan de las leyes, los reglamentos, los actos administrativos y las sentencias, cuyo contenido precisante se relaciona con las disposiciones *iusfundamentales*. Esta relación precisante estructura el sistema jurídico en forma coherente y consistente.

4. Entonces, dado el rol conferido a la proporcionalidad, ¿la ponderación desplaza a la subsunción?

En un modelo o sistema integrado por reglas y principios, la subsunción es la forma de aplicación del derecho reglado, mientras que la ponderación es la forma de aplicación de los principios. Es decir, no hay ningún desplazamiento, sino distintos métodos de resolución de los conflictos. Cuando se trata de la colisión de principios, se aplica la proporcionalidad.

En efecto, las reglas se aplican mediante la subsunción, esto es, en términos lógicos, que un hecho o conducta reporta las propiedades relevantes descriptas en el supuesto de hecho de la norma jurídica general. Los actos lógicos de subsunción describirían el momento crucial del proceso en el que los hechos aparecen insertos en una norma racional previamente individualizada que contiene la solución al caso concreto.

Cuando se trata de principios de derecho fundamental, la colisión entre ellos se resuelve mediante la ponderación, que sopesará los derechos en colisión, previo examen factico de las medidas, estableciendo el principio precedente a aplicar en el caso.

5. ¿Por qué es necesaria la proporcionalidad?

Los principios en su operatividad tienden a maximizarse simultáneamente presentándose, en un caso o situación, colisiones entre derechos fundamentales. Será el principio de proporcionalidad el método de resolución para establecer el principio precedente aplicable al caso o situación. Este método se conforma por una secuencia de exámenes facticos y jurídicos del que resultará la regla definitiva.

Como los principios se pueden cumplir en mayor o menor grado según las posibilidades fácticas y jurídicas, la proporcionalidad establecerá el grado de intervención razonable en un derecho constitucional. Una vez establecido el principio precedente, se aplicarán sus consecuencias al caso o situación a regular.

Tratándose de derechos constitucionales en colisión, no supone la derogación del principio desplazado, sino que, cambiando las circunstancias, puede cambiar el principio precedente.

6. Entonces, ¿la proporcionalidad más que un principio es un método?

Es un método de argumentación jurídica, pero su estrecha vinculación con la realización de los derechos fundamentales no impide calificarla como principio formal o garantía constitucional. Su estructura es metódica, en tanto se aplica a través de exámenes secuenciales: de idoneidad, de necesidad y de ponderación. Los dos primeros se relacionan con las posibilidades fácticas a la que alude la definición de principio y se dirigen a comprobar la relación del medio con el fin constitucional.

La ponderación examina las posibilidades jurídicas del derecho a satisfacer considerando el derecho opuesto, estableciendo el principio precedente en el caso, el cual determinará la regla de resolución del caso. La precedencia responde a un postulado –*ley de ponderación*– que establece que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro, lo que pone de manifiesto que el principio a satisfacer frente al principio a afectar debe reunir mayor grado de importancia.

7. ¿Cómo se recepta en el derecho argentino?

La razonabilidad de las decisiones es un mandato constitucional implícito de la CN) y se encuentra establecida en el art. 3 del CCyC. El método para alcanzar esa razonabilidad, cuando de la colisión de derechos se trata, es la proporcionalidad. La inserción en el art. 1713 del CCyC, es una consecuencia lógica de un cuerpo normativo que reconoce a los principios como normas (art. 1 y 2 del CCyC). En efecto, este artículo, cuando establece que la sentencia preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad, introduce la proporcionalidad como método de resolución, ya que el significado de este método es la optimización de principios opuestos.

El enunciado normativo del art. 1713 dice *más* idóneo y su significado es una exigencia fáctica de *intensidad* en relación con la eficacia para alcanzar el fin. La interpretación del enunciado normativo no excluye las dimensiones de temporalidad, plenitud y probabilidad o seguridad, en tanto la eficacia es interdependiente con estas. La disposición requiere que la medida provoque la menor restricción *posible*, en franca alusión al derecho opuesto. La posibilidad refiere tanto a las condiciones fácticas como jurídicas. Las posibilidades jurídicas, en sentido amplio, involucra al conjunto de variables de la ponderación. Una interpretación coherente de esta disposición requiere recurrir al art. 240 del CCyC, que establece la mayor importancia del derecho al ambiente.

La LGA integra estas disposiciones, proyectando el método a todo el sistema jurídico de la sustentabilidad.

8. ¿Cómo se relaciona la mayor idoneidad con la menor restricción posible?

La posibilidad a la que alude la norma es en primer lugar un examen fáctico, que incidirán en la gradualidad de la medida a seleccionar. Respecto a la temporalidad como dimensión de la idoneidad y el principio de precaución, si una medida idónea aplica el principio de progresividad, estableciendo un cronograma de ejecución y otra medida también idónea no concede un cronograma de ejecución o es más acotado, esta última supondría una mayor intervención, debiendo ser seleccionada la primera. No obstante, la modulación correcta requiere considerar las circunstancias del caso, de tal forma que, si media un estado de gravedad y urgencia,

la eficacia –idoneidad– requerida por el principio precautorio exige en este supuesto un actuar inmediato, acotando o desplazando el cronograma propuesto, atendiendo a la *mayor rapidez* para alcanzar el fin de protección. Resultando así, la menor restricción *posible* una optimización fáctica del principio.

La selección de la medida menos lesiva, como regla especifica del derecho ambiental, está en el principio de precautorio y en el principio de progresividad, art. 4 de la LGA.

9. ¿Cómo se sopesan las posibilidades jurídicas?

Culminado los exámenes fácticos y ante medidas idóneas y necesarias, se procede a sopesar los derechos en colisión, ponderando tres variables: importancia concreta, peso abstracto y certidumbre.

La ponderación significa, entonces, que cuanto más intensa sea la restricción del derecho afectado por la intervención, tanto más importantes deben ser las razones alegadas para la satisfacción del otro derecho.

La importancia concreta mide la satisfacción del principio a proteger valorando los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en el principio a intervenir tenga en el principio a satisfacer.

Se dice que la importancia concreta es esencial, porque no siempre será necesario ponderar el peso abstracto ni la certidumbre si se da equivalencia entre los derechos en colisión.

10. Sin embargo, no todos los derechos tienen el mismo valor en la trama de derechos constitucionales, más aún, en el caso concreto pueden no acreditar sus presupuestos constitutivos, ¿cómo se puede hablar solo de importancia concreta?

Es correcto, y es la situación del derecho al ambiente. Cuando este derecho colisiona con derechos sobre bienes individuales, no solo se debe sopesar la importancia concreta, sino que también se debe sopesar el peso abstracto y, en muchos casos, la certidumbre de las premisas fácticas y normativas.

El peso abstracto del derecho al ambiente es mayor que el peso de los derechos sobre bienes individuales conforme art. 240 del CCyC. Por su parte, la certidumbre debe ser sopesada cuando existe algún grado de incertidumbre en las premisas fácticas y normativas. No siempre en materia ambiental se alcanza el grado de certeza absoluta de las premisas por lo que corresponde su ponderación conforme el principio de precaución y los principios *in dubio pro natura e in dubio pro aqua* que atienden el menor grado de certidumbre fáctica o normativa.

11. ¿El artículo 240 del CCyC establece una regla de precedencia?

Sí, más precisamente establece el mayor peso abstracto de la sustentabilidad frente a otros principios constitucionales. Se trata de una ponderación legislativa fundamentada en el mayor valor del bien colectivo del derecho al ambiente frente a derechos sobre bienes individuales. Estos derechos individuales «no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la

biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial». Sin embargo, la misma norma, en su supuesto de hecho, requiere ponderar la importancia concreta, ya que las afectaciones siempre revisten ese carácter.

12. ¿Significa que la precedencia de la sustentabilidad no es absoluta?

Tratándose de la colisión de principios constitucionales, la precedencia siempre es condicionada, y se dirime mediante el examen de las posibilidades fácticas y jurídicas mediante la proporcionalidad. Cuando la sustentabilidad es uno de los principios en colisión, la ponderación también sopesa las tres variables –importancia concreta, peso abstracto y certidumbre–. El art. 240, al establecer el límite al ejercicio de los derechos individuales, refiere a la no alteración del funcionamiento ni de la sustentabilidad de los ecosistemas, reconoce, por una parte, el mayor peso abstracto de la sustentabilidad, pero impone, por la otra, la necesidad de ponderar la importancia concreta de la afectación, siendo esta una condición para el reconocimiento del mayor peso abstracto.

Por lo que esta norma comprende la importancia concreta y la importancia abstracta.

13. ¿Pero qué función cumple la compatibilización que establece el art. 240 del CCyC?

La regla de compatibilización o de armonización refiere a que las condiciones ambientales constitucionales operan como presupuesto o precondición para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Cuando esas precondiciones se alteran corresponde restablecerlas con las medidas que resulten de la proporcionalidad (art. 1713 CCyC). Entonces, el art. 240 del CCyC asegura ese funcionamiento armónico entre derechos individuales y de incidencia colectiva. Por lo que la compatibilización no es un resultado transaccional entre derechos, es una relación proporcional en la que imperan las condiciones de la sustentabilidad que posibilita el goce de los demás derechos.

De tal forma, la compatibilización ingresa en el terreno de la ponderación, pues la ponderación consiste en la optimización de principios opuestos.

14. Queda claro el mayor peso abstracto de la sustentabilidad, pero ¿cómo ingresa la certidumbre en la ponderación?

La variable certidumbre pondera derechos que no acreditan en el caso una certeza absoluta de sus premisas fácticas o normativas, su no consideración acarrearía que un derecho en esas condiciones no merecería protección. Es el caso de la sustentabilidad cuando, ante la amenaza de daño ambiental grave o irreversible, existe incertidumbre científica.

En efecto, cuando hay amenaza de daño ambiental grave o irreversible y media incertidumbre científica, el principio de precaución ordena a la autoridad a establecer medidas, para lo cual deberá estimar el grado de comprobación –que será menor a cierto– del supuesto de hecho del principio. En caso de que sea plausible o no evidentemente falso deberá procederá adoptar las medidas de precaución. Una

comprobación menor a no evidentemente falso puede reputarse como una afirmación falsa y no debe adoptarse medida alguna.

15. Si se sopesan las tres variables, ¿cómo se alcanza la integralidad en la ponderación?

La integración de las variables se realiza con la fórmula de peso. Esta fórmula define el peso como el cociente de los tres factores fijados, en cada lado de la ponderación, donde cada uno es representado por números. El cociente de cada principio representa su peso en la colisión, estableciendo la precedencia del principio con mayor peso.

En el desarrollo se demostró la fiabilidad de la fórmula de peso en el derecho ambiental argentino, donde, además de la importancia concreta, incide el mayor peso abstracto de la sustentabilidad frente a los derechos sobre bienes individuales (art. 240 del CCyC). Respecto a la certidumbre, como en las colisiones con el derecho al ambiente no siempre se puede contar con premisas fácticas o normativas ciertas, su sopesamiento permite alcanzar decisiones razonables cuando media peligro de daño grave o irreversible, aplicando la precaución; o cuando hay duda sobre cómo sopesar los derechos en colisión, aplicando el principio *in dubio pro natura o in dubio pro aqua*.

El resultado de la aplicación de la fórmula se coligió con casos resueltos por la CSJN, siendo coherentes y consistentes.

16. La fórmula de peso es una ecuación que define el peso de los principios, pero ¿realmente corresponde argumentar jurídicamente con términos matemáticos?

La fórmula de peso es un instrumento que posibilita un análisis de la colisión entre derechos constitucionales, cuyos resultados deben ser expuesto conforme el lenguaje jurídico. En consecuencia, la ponderación a través de la fórmula de peso no pretende sustituir la ponderación como forma de argumentación por el cálculo.

En efecto, Alexy al rechaza la exposición formal de la fórmula en las sentencias, la describe metafóricamente como un microscopio que permite identificar cuestiones ajenas a la visión corriente y que el juez, a partir de ella, debe interpretarlas mediante la argumentación jurídica racional para la resolución correcta[654]. Ya en el *Epílogo* había expresado que una vez que se ha hecho el trabajo analítico, el jurista tiene que regresar a la superficie y tiene que comunicar sus conocimientos con las palabras más fáciles y confiables que sea posible[655].

Por ello define la fórmula de peso de la siguiente forma: «se trata de un dispositivo formal para expresar la estructura inferencial de la ponderación de principios, del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la subsunción normativa»[656].

---

[654] Alexy, 2015b, 1h08m15s.
[655] Alexy, 2002, p. 39.
[656] Alexy, 2009a, pp. 63-64.

A lo largo del desarrollo, la importancia concreta de la sustentabilidad, su peso abstracto y la certidumbre, adquirieron explicaciones conceptuales y prácticas que, luego de comprobar en el caso o situación a regular su valoración conforme la fórmula de peso, posibilitaron realizar la ponderación argumentativamente fuera de la forma matemática.

17. Sobre el problema de la tesis ¿los principios ambientales son todos de derecho fundamental?

En el desarrollo, se distinguió entre principios de derecho fundamental instituidos y principios de derecho fundamental adscriptos.

El principio de sustentabilidad es el principio instituido en el art. 41 de la CN y expresa el deber ser del derecho reconocido a todos los habitantes. Otros principios instituidos lo integran.

Por su parte, los principios de derecho fundamental *adscriptos* a la sustentabilidad son aquellos que, sin alcanzar el nivel de definitividad de las reglas, están dotados de validez jurídica por ser dictado por autoridad competente y que participan de la fundamentalidad por el vínculo semántico que lo une con el derecho reconocido, o por estar ligados por el fin de protección. Lo esencial es que esa vinculación represente normativamente el derecho que protege, conformando una optimización de la sustentabilidad.

Otros principios que carecen de esta vinculación o de validez autoritativa, no son principios de derecho fundamental. Se puede calificar de orientadores o de guías.

El motivo es que únicamente los principios de derecho fundamental, instituidos o adscriptos, participa del procedimiento de proporcionalidad, de lo contrario se viabilizaría que una autoridad se arrogue arbitrariamente la atribución de enunciar normas que se impongan a los derechos constitucionales.

18. Pero, si la profusión de principios se destacó como un problema a abordar por la tesis, resulta que de la investigación resulta un amplio elenco de principios de derecho ambiental. ¿Cómo se explica esto?

No se observó la importancia ni la diversidad de los principios de derecho ambiental, sino la profusión de definiciones y su inconsistencia con el sistema jurídico. En efecto, entendidos como pauta orientadora, guía de resolución, directriz política, criterio de interpretación, soporte básico, filtro purificador, diques de contención, entre muchas otras expresiones, se consideró irrogan confusión sobre su carácter normativo y, consecuentemente, sobre su pertenencia y función en el sistema jurídico.

La investigación estableció que el principio de sustentabilidad es el significado jurídico de la disposición del art. 41 de la CN, dotado de una estructura normativa, que se realiza u optimiza a través de normas adscriptas, que estas normas precisantes pueden tener mayor o menor grado de definición como mandato y que, en consecuencia, dan lugar principios adscriptos de derecho ambiental cuando no tienen forma definitiva.

Esto conduce a reconocer muchos principios adscriptos, pero todos deben responder unívocamente a la sustentabilidad constitucional. Por eso se dice que la sustentabilidad es el principio de los principios.

19. ¿Acaso los principios que no son propiamente optimizaciones de la sustentabilidad son prescindibles?

Los principios ambientales que no son normas adscriptas no integran el sistema normativo, pero contribuyen al entendimiento de la sustentabilidad. A estos sí puede denominárselos guías orientadoras, en tanto no siempre resultará fácil establecer los grados de importancia, el peso abstracto o la certidumbre, entonces un importante apoyo se encontrará en ellos. Lo que no pueden hacer es sustituir o integrar la sustentabilidad como normas de derecho fundamental.

20. ¿Cuál es la importancia de los principios formales en la proporcionalidad?

Los principios formales implican una asignación de competencia para la optimización de los principios sustanciales, siendo su fin la realización de estos. La competencia optimizadora se realiza mediante la proporcionalidad, en la selección de los fines inmediatos, en la selección de las medidas y en la ponderación de derechos.

21. ¿Los principios formales limitan los derechos fundamentales?

Todo lo contrario. Al igual que los principios sustanciales, los principios formales constitucionales son mandatos de optimización que requieren que algo se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas existentes. En lo que difieren con los principios sustanciales es en el «algo» que conforman el objeto que debe ser optimizado: el principio sustancial mediante una decisión válida. El art. 32 de la LGA optimiza la competencia jurisdiccional para la resolución de las causas ambientales.

22. Pero ¿qué es el margen de acción epistémico?

El margen de acción epistémico consiste en reconocer a la autoridad competente el margen para decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben o confían a la discrecionalidad estructural de la autoridad. Puede ser empírica o normativa.

La certidumbre empírica es un factor referido al grado de conocimiento de las cosas, e incide jurídicamente en cuanto la operatividad de un derecho depende de calidad de las pruebas que acrediten las premisas fácticas. Como en materia ambiental no siempre se alcanza al grado de certeza plena, el principio precautorio posibilita la ponderación cuando se alcanza un grado mínimo de certidumbre respecto de la amenaza de daño grave o irreversible: lo plausible o no evidentemente falso.

Por su parte, la incertidumbre normativa tiene lugar cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales. Los principios *in dubio pro natura* y *pro aqua*, son consecuencia del margen de acción epistémico normativo.

23. ¿El principio de precaución provoca rupturas competenciales?

La regla es que los principios formales otorgan la competencia o el poder legal de determinar el objeto de optimización de un principio de derecho sustancial.

En este contexto, las condiciones de operatividad del principio precautorio, dadas por la incertidumbre y el peligro de daño grave o irreversible, exige a la autoridad competente la optimización de los principios formales –especialmente del debido proceso– para lograr la tutela efectiva del derecho sustancial.

La lógica de los principios formales es que su titular debe garantizar los derechos fundamentales, por lo que, cuando se reúnen las condiciones fácticas de la precaución, esos principios deben ser soporte y no obstáculo de su realización.

24. Una duda, cuando la Corte adopta medidas preliminares previas a la declaración de su incompetencia en base a la precaución, ¿excede el marco constitucional?

Esto requirió un análisis especial –Capítulo 6.6.3.–, siendo la conclusión que las medidas preliminares y urgentes en causas ambientales, cuando son adoptadas en condiciones de incompetencia, son proporcionales únicamente cuando hay una situación de extrema gravedad o de emergencia, correspondiendo remitir la causa al tribunal competente con inmediatez o en un tiempo razonable conforme la situación, de lo contrario se vulnera innecesariamente el principio federal de gobierno, o de competencia –según sea el caso– y se incurre en un actuar arbitrario.

25. ¿La protección que corresponde al legislador nacional y provincial tiene un orden marco competencial?

Sí. La competencia configuradora de la protección ambiental ha sido atribuida constitucionalmente en dos órdenes para su ejercicio. La Nación establece los PMPA y las provincias las NC.

La competencia regulatoria ambiental es una competencia compartida, en tanto su ejercicio es especializado en cada orden, correspondiendo a la federación lo básico, mientras que a los Estado miembros, la legislación detallada. La trama regulatoria ambiental resulta de una doble decisión integrativa por parte de los distintos niveles estaduales de la federación.

En ambas esferas estaduales, la competencia compartida ambiental tiene el fin –mediato– común de proteger el ambiente, diferenciándose por la escala político territorial a la que debe responder la regulación. Las normas de PMPA tienen por escala el territorio nacional; las NC son de escala local. Entonces, las condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental y las medidas consecuentes deben corresponder con la escala competencial respectiva.

Por lo que forma parte del margen discrecional estructural de cada nivel de competencial la fijación de los fines inmediatos, de las medidas idóneas y necesarias, y la ponderación en sentido estricto.

26. ¿Qué son las «condiciones necesarias»?

Siguiendo a Bernal Pulido, el fin inmediato del legislador, nacional o provincial, es un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional (el fin mediato). Alcanzar dicho estado de cosas forma parte de la realización del derecho fundamental.

Las condiciones necesarias precisan el supuesto de hecho del principio de sustentabilidad y se vinculan con las condiciones constitucionales de sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano del bien protegido ambiente y cuya protección corresponde a todas las autoridades.

Luego, las autoridades regulatorias, según sea su nivel estadual, establecerán las normas precisantes definitivas, definiendo los fines inmediatos y las medidas para conservar, recomponer o precaver la alteración o amenazas de alteración de las condiciones ambientales.

27. ¿Media jerarquía entre las normas ambientales nacionales y provinciales?

Sí, la proporcionalidad no altera el orden jerárquico, por lo que la norma provincial debe resultar acorde con la norma mínima nacional.

28. ¿Las normas nacionales están limitadas a establecer estándares cuantitativos de protección ambiental?

No hay un límite cuantitativo constitucional en la competencia configuradora. El límite de los principios formales, en este caso la competencia legislativa, son los derechos fundamentales. La protección ambiental es un fin que se realiza mediante diversas medidas que, debidamente ponderadas, establecen su racionalidad. Esas medidas deben responder a las condiciones necesarias conforme cada escala territorial.

29. ¿La estructura operativa del derecho al ambiente incide en la conformación del Estado de Derecho?

Definido el derecho fundamental de la sustentabilidad como un haz de posiciones jurídicas que ordena múltiples prestaciones al Estado, su consecuencia es la necesaria reorganización de las funciones estatales para su satisfacción con procesos y procedimientos adecuados a su objeto.

Entenderlo como un componente esencial del Estado de Derecho tiene consecuencias en su conformación, ordenando una acción cada vez más preventiva y precautoria, teniendo a las generaciones futuras como fin último.

La LGA es un cimiento en la reconfiguración del Estado cuando dispone la integración de los principios de la sustentabilidad en todas las decisiones de las autoridades, reconociendo así el poder normativo reestructurante de estos.

La constitucionalización del derecho privado, incorporado los derechos de incidencia colectiva, especialmente el de sustentabilidad, es una de sus manifestaciones más relevantes en el sistema jurídico argentino.

30. ¿El principio democrático tiene relación con la sustentabilidad?

Los procesos de democratización política, así como las crecientes demandas de la ciudadanía, modelan el Estado Ambiental de Derecho. La introducción de la participación ciudadana con las audiencias y consultas públicas, el acceso previo a la información pública ambiental, la ampliación de los sujetos legitimados en el proceso colectivo, el *amicus curiae*, entre otros mecanismos, conforman un conglomerado de instituciones participativas que garantizan la realización de la sustentabilidad. Estas medidas son una optimización del principio democrático, que en estos supuestos se expande en las funciones competenciales de los poderes del Estado para integrar a la sociedad en los procesos decisorios. Esto revela la estrecha conexión entre principios, donde lo formal procura la mayor realización del derecho sustancial.

31. Desde una perspectiva práctica, ¿las máximas de la proporcionalidad son aplicadas en el derecho argentino en los ámbitos administrativos, legislativos y judiciales?

Se advierte, a través del control de constitucionalidad de la CSJN, que en diversas decisiones que motivan su intervención, lo hace porque considera que se ha eludido cumplir con esos exámenes.

Se trata de actos administrativos o de decisiones judiciales de órganos inferiores que han sido emitidos sin analizar la eficacia entre el medio con el fin constitucional, ni la temporalidad, plenitud y seguridad de las medidas para el cumplimiento de ese fin, ni la realización del examen de necesidad, ni la ponderación con el derecho opuesto. Todo lo cual revela la importancia de realizar el análisis de proporcionalidad en todas las esferas de decisión.

32. ¿Existe una forma de alcanzar seguridad jurídica en la realización del examen de proporcionalidad reconociendo que contiene aspectos no determinables?

La seguridad jurídica se alcanza con la red de reglas de los precedentes jurisprudenciales, los cuales establecen estándares para la aplicación del examen de proporcionalidad cuando la sustentabilidad es el principio en colisión. Esto no releva que la precedencia de la sustentabilidad es condicionada y requiere la consideración de los argumentos en favor y en contra en cada caso.

33. ¿Se puede hablar en el derecho ambiental argentino de proporcionalidad institucional?

Sí, en cuanto corresponde a la compatibilización que deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales en el ejercicio de sus respectivas competencias para la resolución de conflictos interjurisdiccionales y la formulación y aplicación efectiva de las regulaciones ambientales. Se dio particular importancia al concepto de validez o eficacia social conforme al art. 24 de la LGA. La proporcionalidad institucional entrelaza en el sistema federal argentino la validez jurídica con la validez social. El art. 24 de la LGA tiene un significado análogo al del art. 240 del CCyC, mientras que este último establece la regla de compatibilización entre derechos, aquel establece la regla de compatibilización federal o institucional.

Las relaciones federales se rigen por los principios de buena fe y lealtad entre los Estados federados, y entre estos y el Estado Nacional, que en materia ambiental se visibilizan en los principios de cooperación y solidaridad reconocidos en la LGA.

El SFA es el ámbito de compatibilización de la norma ambiental y de concertación de problemas regionales o interjurisdiccionales.

La CSJN aplica los principios formales de cooperación y solidaridad entre Estados cuando el federalismo y la sustentabilidad colisionan, promoviendo los acuerdos interjurisdiccionales para su resolución (La Pampa, 2017c; 2020c y La Picasa, 2019d, Equística, 2020e).

3. Comprobación de las variables de la hipótesis

3.1. Las variables analizadas

Como relaciones ínsitas en la hipótesis, en la Introducción de esta investigación se distinguieron las siguientes variables: 1) el derecho al ambiente, como norma tipo principio, y su función estructuradora del sistema jurídico de la sustentabilidad; 2) el principio de proporcionalidad como método de resolución de las colisiones y 3) la reconfiguración del Estado de Derecho.

Hay también una variable implícita que responde a la necesaria validez jurídica de las conclusiones. Tratándose de una investigación dogmática estas deben ser coherentes y consistentes con el sistema jurídico.

A continuación, se expone cada variable conforme los resultados alcanzados.

3.2. La sustentabilidad como principio y la función estructuradora del sistema jurídico ambiental

El análisis estructural del sistema jurídico ambiental argentino condujo a que está integrado por principios y reglas. Con sustento en los arts. 1 y 2 del CCyC y la LGA este modelo jurídico requiere para las decisiones razonablemente fundadas (art. 3 del CCyC) de la subsunción para la aplicación de las reglas y de la proporcionalidad para los principios.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios admiten grados de realización. Por el contrario, las reglas son mandatos definitivos que se cumplen o no se cumplen.

La necesidad de alcanzar precisiones conceptuales sobre los principios condujo a definir que las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados constitucionales que confieren derechos. De tal forma, resultó que los principios de derecho fundamental se originan por la traducción a términos prescriptivos o deónticos de los enunciados constitucionales que reconocen derechos.

Entonces, siendo los principios el *deber ser* de los derechos constitucionalmente reconocidos, resulta que el derecho positivizado en el art. 41 de la CN configura el principio que expresa el *deber ser* del derecho al ambiente. Ese principio refiere a lo que se denomina sustentabilidad por el valor de la solidaridad *inter* e *intra* generacional que lo fundamenta y el significado normativo del enunciado constitucional que prescribe satisfacer las necesidades del presente sin comprometer las de las generaciones futuras.

En el planteo del problema de la tesis, se visualizó la importancia conferida a los principios de derecho ambiental, observándose una profusión de ellos con una diversidad de significados, por lo que, luego de exponer el marco teórico, se procedió a decantar los que respondía a la fundamentalidad constitucional.

El criterio fue la distinción entre normas de derecho fundamental directamente estatuidas y normas adscriptas. Especial atención se prestó a la norma adscripta como una norma *conforme a derecho* de la norma estatuida, siendo la «relación de precisión» la que la identifica. La fundamentación de esta relación proviene del texto de las disposiciones constitucionales, de los precedentes en los conflictos de tipo constitucional y de los argumentos prácticos generales.

La función estructuradora de los principios de derecho fundamental instituidos surge del proceso de generación de normas adscriptas que el mandato de optimización que las define impele. Así, «la indeterminación de las disposiciones *iusfundamentales* se reduce en un formidable pero imperceptible proceso, del cual son partícipes cada uno de los poderes del Estado y cada uno de los participantes en la práctica jurídica»[657].

Las normas adscriptas pueden ser reglas o principios. Será un principio adscripto cuando aporte mayores precisiones al principio que precisa sin llegar a establecer un mandato definitivo. En tal caso, se aplican a través de la proporcionalidad. Esto tiene especial importancia para los principios ambientales legal o judicialmente establecidos.

Sobre esta base se procedió a identificar los principios ambientales directamente estatuidos en la CN y los que adscribían a la fundamentalidad por demostrar su vinculación semántica o con el fin de protección constitucional.

El análisis condujo a que los principios de derecho ambiental que estructuran el sistema jurídico son los que responden a la sustentabilidad constitucional, en tanto dadora de la fundamentalidad que pueda atribuirse a cada uno de ellos.

Así, un principio, el de sustentabilidad, expresa el deber de protección constitucional del derecho al ambiente. Otros principios estatuidos, como el del uso racional de los recursos naturales, el de recomposición y el derecho a la educación y a la información ambiental, lo integran, precisándolo. También son principios de derecho fundamental un conjunto de principios ambientales adscriptos establecidos en otras normas que, por vinculación con el deber ser constitucional, lo optimizan.

Los principios adscriptos deben estar dotados de validez, es decir, deben ser dictados por autoridad competente.

Esa relación precisante y la condición de validez los distingue de otros principios denominados orientadores que no catalogan como fundamentales, esencialmente por carecer de la condición de validez autoritativa, aunque no se rechaza que faciliten la comprensión de la sustentabilidad.

La función estructuradora de la sustentabilidad y sus principios fue reconocida en la Ley 25675 General del Ambiente (LGA) cuando, al enunciar los principios

---

[657] Bernal Pulido, 2014, p. 683.

ambientales, dispone que los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios de la ley (art. 5).

Esta función es explícita, en tanto el sistema jurídico se integra por un proceso continuo de formación normativa que dimana de la cúspide constitucional de derechos conforme el art. 5 de la LGA. Esta norma precisa el deber impuesto a las autoridades en el segundo párrafo del art. 41 de la CN.

Una conclusión sintetiza lo expuesto: *La disposición del art. 41 de la CN, que reconoce el derecho al ambiente, establece lo ordenado, prohibido o permitido para la protección ambiental, conformando el principio de sustentabilidad, que en el proceso de mayor realización estructura el sistema jurídico ambiental a través de las normas adscriptas que lo precisan.*

3.3. El principio de proporcionalidad

El desarrollo del método de la proporcionalidad, desde su fundamentación, metodología y los postulados que lo animan, alcanzó importantes conclusiones respecto a la colisión en las que participaba el derecho al ambiente.

Un conjunto de normas del sistema jurídico argentino, regulan la proporcionalidad como método de resolución de las colisiones de derechos.

Sobre los exámenes fácticos, la selección de la medida idónea menos lesiva, como regla especifica del derecho ambiental, está en el principio de progresividad –gradualidad para la consecución de los objetivos– y en el principio de precautorio –adopción de medidas eficaces, en función de los costos–, art. 4 de la LGA.

Sin embargo, aporta mayor precisión el art. 1713 del CCyC, sobre la decisión en la acción preventiva, que requiere al juez ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad, justificó el desarrollo del método. Esta disposición se integra con el mandato de la decisión judicial razonablemente fundada del art. 3 del CCyC.

El enunciado del art. 1713 se dirige inicialmente a los exámenes de las posibilidades fácticas de idoneidad y de necesidad. Se observó una forma más exigente del examen de idoneidad, en la que la relación del medio con el fin de protección ambiental debe considerar el grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad de las medidas en relación con el derecho y el bien colectivo a satisfacer. La relación del medio con el fin, a través del estado de cosas inicial y del estado de cosas final, visualizó una idoneidad especializada, de tipo técnico científico.

Pero, un plus de intensidad también fue reconocido. La exigencia de seleccionar el medio *más* idóneo y menos restrictivo del art. 1713 se explica considerando que el medio más idóneo es, entre el conjunto de medios, el que menor restricción provoca atendiendo a las circunstancias del caso –esto es lo posible, según el enunciado–.

Pero el decisor, para completar su tarea argumentativa cuando uno de los derechos en colisión es la sustentabilidad, no puede eludir el art. 240 del CCyC, que juega en conjunto con el art. 14 del CCyC, estableciendo, como límite al ejercicio de los derechos sobre bienes individuales, la no afectación del ambiente.

En efecto, conforme al art. 240, la decisión razonablemente fundada, se dirige a la compatibilización entre derechos, que fue entendida como una optimización entre derechos, que toma la sustentabilidad del bien colectivo como criterio de resolución.

También se advirtió que esta norma entraña un reconocimiento legislativo del mayor peso o valor del derecho al ambiente y, que, en tanto variable, aporta su mayor peso en la decisión definitiva. Pero, esta variable tiene como condición establecer la importancia concreta de la no afectación, resultando una ponderación tipificada entre derechos opuestos. Así, la compatibilización es un resultado proporcional no transaccional.

La certidumbre cobró centralidad a partir de la distinción entre prevención y precaución, en cuanto la decisión definitiva o provisoria depende del grado de comprobación alcanzado. Así, cuando media incertidumbre, será necesario ponderar la amenaza de daño grave en alguno de los grados admisibles –lo plausible o lo evidentemente falso–, y la decisión será provisoria en tanto se dirigirá a lograr el conocimiento cierto que demanda la prevención.

Los grados de importancia y de certidumbre también surgen de un conjunto de normas: el arts. 4, y 27 de la LGA, y los arts. 14, 240, 241 y 1713 del CCyC, en el que el grado de afectación o alteración de la sustentabilidad se corresponde con los principios a aplicar en el caso concreto y las consecuentes medidas preventivas, precautorias o de recomposición.

De estas normas, resulta que la proporcionalidad se introduce normativamente en el sistema jurídico ambiental con un alto grado de definición. Sin embargo, los arts. 240 y 1713 del CCyC no agotan el método ni su alcance, que se proyecta a todos los procedimientos y procesos en los que participa la sustentabilidad.

En el derecho ambiental, este método de aplicación de los principios es responsabilidad de todas las autoridades, de todos los niveles y funciones (art. 41, segundo párrafo, CN y art. 5 de la LGA). Es enfático el art. 4 de la LGA cuando dispone que la interpretación y aplicación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los principios que establece.

La ponderación mediante la fórmula de peso demostró su fiabilidad para alcanzar decisiones correctas cuando la sustentabilidad es el principio en colisión. Los ejercicios de comprobación de la fórmula de peso en causas ambientales resueltas por la CSJN se encuentran en el Capítulo 3.6. y en el Capítulo 5.6. En el Anexo 1, en la causa Kersich (CSJN, 2014a); Cruz (CSJN, 2016a) y Barrick (CSJN, 2019a).

A lo largo del desarrollo, la condición instrumental de la fórmula de peso fue manifiesta, por lo que, dado los resultados homogéneos obtenidos, y sin dejar de lado

la consideración de sus variables ni sus escalas valorativas, muchos análisis fueron expresados en forma argumentativa.

Con apoyo en normas legales y en los fallos de la CSJN, se concluyó que la proporcionalidad en el derecho ambiental argentino posee criterios argumentativos típicos, entre los que destacan la idoneidad técnica, el factor de intensidad en los exámenes fácticos, la prioridad de la prevención del daño ambiental futuro, el reconocimiento del mayor peso abstracto de la sustentabilidad; la compatibilización o armonización entre derechos sobre bienes individuales y derechos de incidencia colectiva; el principio de precautorio para alcanzar la necesaria certidumbre, para luego operar con el principio de prevención, entre muchos otros que se identifican más adelante.

Una conclusión sintetiza lo expuesto: *la sustentabilidad, en tanto mandato de mayor realización de la protección ambiental, cuando colisiona con otros principios de derecho fundamental requiere del método de la proporcionalidad para establecer su precedencia y la consecuente norma definitiva que la optimiza*.

3.4. La reconfiguración de la organización política del Estado

Un tema clave fue el tratamiento de los principios formales y su función en la realización de los derechos fundamentales. Estos principios se refieren a la organización y procedimientos para la defensa y protección de los derechos fundamentales, dotando de competencia a las autoridades para cumplir con ese cometido. Los principios formales, comprenden los principios democráticos, de división de poderes, el federalismo, los procedimientos administrativos y los procesos jurisdiccionales, entre muchos otros, destinados a la realización de los derechos sustanciales.

En este punto, para establecer el campo para el despliegue de la competencia que estos principios atribuyen para la realización de los principios sustanciales, se recurrió concepto de orden marco, como aquello que la Constitución ordena y prohíbe definitivamente. Así, lo ordenado en materia ambiental es la protección ambiental, siendo el límite que no se debe trasponer, pero la protección posee un ámbito discrecional, en tanto lo que no está ordenado ni prohibido, está permitido hacerlo u omitirlo. De este modo, el margen de acción discrecional consiste exactamente en las alternativas que han sido confiadas a la autoridad por no estar ordenadas ni prohibidas. Este margen de acción es de tipo estructural y su ejercicio se realiza mediante el examen de proporcionalidad.

En efecto, se distinguen tres márgenes de acción estructurales: a) el margen para la fijación de fines, b) el margen para la elección de medios y c) el margen para la ponderación. Estos márgenes representan la labor de optimización que entrañan los distintos exámenes del principio de proporcionalidad, como se trata en el Capítulo 2.4.

Como derecho a prestaciones, la sustentabilidad requiere hacer algo para su satisfacción, imponiendo acciones positivas al Estado, que, para lograrlo, exige la

reconfiguración de su organización como de los procedimientos. Es decir, exige su optimización como tal.

En efecto, en el Capítulo 6 se trató cómo cada función del Estado se optimiza para asegurar la realización del derecho al ambiente.

Así, por ejemplo, respecto al proceso jurisdiccional, el carácter poliédrico y la *vis* expansiva de la cuestión ambiental requieren superar la dimensión bilateral del conflicto para adoptar una visión policéntrica en tanto este requiere soluciones que comprendan las múltiples posiciones del derecho fundamental.

Por su parte, la tutela judicial efectiva optimiza el principio del debido proceso, adecuando las reglas procesales y de procedimientos para que no constituyan un impedimento para la protección ambiental sino una mayor realización de la misma.

Se identificó al artículo 32 de la LGA como el mandato de optimización jurisdiccional que al otorgar amplias potestades ordenatorias e instructorias pone al juez en el centro de la expansión del derecho a la sustentabilidad.

Se reconoció que el proceso de reconfiguración del Estado es en gran medida consecuencia de la labor del poder judicial, muy especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sus fallos marcan esta orientación en la que el derecho fundamental al ambiente es la fuente impulsora de cambios que se derraman en el ejercicio de las funciones estatales.

En el tratamiento de la competencia legislativa ambiental compartida entre la Nación y las provincias, punto central de desencuentros interpretativos, se comprendió que tanto a los PMPA como a las NC corresponde el fin de establecer las condiciones necesarias para asegurar la dinámica de los ecosistemas, siendo el factor de distinción la escala político territorial a la que debe responder cada tipo de norma. Establecido el supuesto de hecho, la consecuencia normativa resultará del examen de proporcionalidad de las medidas en cada nivel competencial.

Pero establecido el orden marco competencial, la optimización regulatoria precisa de los principios federales de cooperación y solidaridad para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos y las normas complementarios provinciales conforme el art. 24 de la LGA. Así, se introduce en la definición de proporcionalidad institucional la condición de validez social, siendo identificado el SFA, el COFEMA y los convenios interjurisdiccionales como los ámbitos e instrumentos más adecuados del federalismo de concertación.

Más aún, cuando el conflicto interjurisdiccional compromete a los estados de la federación, la proporcionalidad institucional exige como tarea *prioritaria* la armonización competencial para conjugar los intereses en el plano del debate político y el ejercicio de las competencias respectivas con la aplicación de los principios de cooperación y solidaridad de la Ley 25675.

Territorialidad ambiental y federal y unidad de cuenca, son las llaves interpretativas que dan apertura a la proporcionalidad institucional para el ejercicio armónico de la competencia ambiental entre los estados y la resolución de los conflictos.

Finalmente, la función ejecutiva protagoniza la gestión y realización operativa del derecho al ambiente mediante la aplicación de los principios de derecho ambiental conforme el art. 5 de la LGA. Prevención, precaución y progresividad, entre otros, deben ser considerados en cada acto ejecutivo. Los procedimientos administrativos se ven optimizados con la consulta y la audiencia pública, con la información ambiental, con la Evaluación del Impacto Ambiental de los proyectos de obras y servicios, con la planificación en la Evaluación Ambiental Estratégica y el ordenamiento territorial, entre una multitud de medidas administrativas.

Una conclusión sintetiza lo expuesto: *la optimización de la sustentabilidad exige la reconfiguración de la organización del Estado y de sus procedimientos, como el actuar coordinado entre los estados que componen la federación en procura de la armonización de las respectivas competencias y la eficacia social de las normas ambientales.*

3.5. La proporcionalidad orientada y la seguridad jurídica

El análisis de los fallos ambientales de la CSJN, permitió corroborar la coherencia de las conclusiones e identificar una red de reglas que orientan la aplicación de la proporcionalidad en relación al principio de sustentabilidad. Esta red de precedentes consolida una interpretación coherente y consistente de las valoraciones que implican los examenes de la proporcionalidad. Se cumple con un requerimiento esencial para la confirmación de la hipótesis.

Las variables para el análisis de los fallos identificaron argumentos que se vinculaban en distintos casos, conformando categorías conceptuales homogéneas, cuando las condiciones fácticas o jurídicas eran análogas.

El análisis demostró la coherencia con las conclusiones de la investigación, incluso más, enriquecieron el desarrollo. Estas argumentaciones parten del entendimiento de que el sistema jurídico ambiental se integra por principios y reglas y que los principios requieren ponderación. Término que es empleado en el sentido amplio de proporcionalidad.

En este contexto, los pronunciamientos toman como eje la significación normativa que tiene el derecho al ambiente constitucionalmente reconocido y los deberes que este supone. Por ejemplo, sobre el efecto horizontal del principio de sustentabilidad, considera 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» (CSJN, 2006c). Otro, muy relevante expresa que: «cuando se trata de la tutela del bien colectivo ambiente, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro» (CSJN, 2008b, 2009a, 2016a, 2016b, 2017a).

Este último apunta a un significado normativo central, la norma constitucional integra en las condiciones materiales la conexión intertemporal entre las necesidades presentes y las generaciones futuras.

Sobre el bien protegido por el principio, reconocen que la sustentabilidad es un derecho sobre un bien colectivo, concepto que los precedentes han ido precisando

para definirlo como un bien de titularidad comunitaria, indivisible y de uso común, siendo prioritaria la prevención del daño futuro cuando se persigue la tutela del bien colectivo ambiente.

La Corte no aplica el examen de proporcionalidad en forma esquemática, sino que lo hace discurriendo argumentativamente en torno a las diferentes cuestiones jurídicas planteadas, acudiendo a las ponderaciones realizadas en sus precedentes –red de reglas de ponderación–, tal como la prioridad de la prevención del daño futuro, pero que en nada se divorcia de la optimización del principio en cada caso.

Por su parte, la identificación de los estándares de la proporcionalidad ambiental, mediante la sistematización de reglas adscriptas de los precedentes de la CSJN, demostró que los conflictos ambientales pueden ser resueltos a través de la proporcionalidad con un alto nivel de seguridad jurídica.

Es el caso de los principios de prevención y precaución, que conforman en los fallos un juego de relaciones lógicas cuya orientación es alcanzar la certidumbre a partir de las situaciones que activan el principio de precaución. La variable certidumbre de la ponderación adquiere una importancia central en la determinación del derecho precedente.

La compatibilización entre derechos, establecida en el art. 240 del CCyC, es aplicada y profundizada como regla de ponderación por la Corte, atribuyendo a la sustentabilidad el carácter de prerrequisito para el disfrute de los demás derechos. La proporcionalidad institucional emerge cuando se establece como tarea prioritaria la compatibilización como tarea de las autoridades nacionales y provinciales (Barrick, 2019a).

En relación con los principios formales, la optimización de la función jurisdiccional y del debido proceso, requiriendo que las reglas procesales sean aplicadas atendiendo a su carácter meramente instrumental y la apertura de los intereses a considerar con la incorporación de la visión policéntrica del proceso. Respecto al principio federal, su optimización a través de los conceptos de territorialidad ambiental y federal y la compatibilización o proporcionalidad institucional.

Las reglas o estándares han sido sistematizadas en el Capítulo 7 y tienen el valor de conferir seguridad y coherencia en la aplicación del principio de proporcionalidad, siendo una proporcionalidad que responde al derecho ambiental argentino.

En efecto, la tipicidad de la proporcionalidad en el derecho argentino se identifica en numerosas consideraciones. Así, la idoneidad técnica de las medidas en función de las condiciones del bien colectivo y el fin de protección, la mayor intensidad requerida en la idoneidad de las medidas, la necesidad de considerar el derecho opuesto para la selección de las medidas menos restrictivas, el mayor peso abstracto de la sustentabilidad a través de la prioridad de la prevención del daño ambiental futuro, el juicio provisorio de ponderación cuando corresponde la aplicación del principio precautorio, la regla de compatibilización o de armonización como regla de no afectación de la sustentabilidad, la secuencia lógica entre precaución y prevención en procura de la necesaria certidumbre, y la optimización de los principios formales, conforman una estructura propia, típica, sobre la cual se

realiza el derecho ambiental y sus principios, dando resultados consistentes en las decisiones ambientales.

Una conclusión sintetiza lo expuesto: *los precedentes de la CSJN confieren seguridad y coherencia para la aplicación del principio de proporcionalidad cuando la sustentabilidad es uno de los principios en colisión mediante una red de reglas.*

4. Resultados y constatación de la hipótesis

Los resultados se desencadenan a partir de comprender que el sistema jurídico se integra por principios y reglas, siendo los principios mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida conforme las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las reglas son mandatos definitivos.

En el acápite anterior, se arribó a cuatro conclusiones general que surgen del análisis de las variables de la hipótesis que guía esta investigación:

1. La disposición del art. 41 de la CN, que reconoce el derecho al ambiente, establece lo ordenado, prohibido o permitido para la protección ambiental, conformando el principio de sustentabilidad, que en el proceso de mayor realización estructura el sistema jurídico ambiental a través de las normas adscriptas que lo precisan.

2. La sustentabilidad, en tanto mandato de mayor realización de la protección ambiental, cuando colisiona con otros principios de derecho fundamental requiere del método de la proporcionalidad para establecer su precedencia y la consecuente norma definitiva.

3. La optimización de la sustentabilidad exige la reconfiguración de la organización del Estado y de sus procedimientos, como el actuar coordinado entre los estados que componen la federación en procura de la armonización de las respectivas competencias y la eficacia social de las normas ambientales.

4. Los precedentes de la CSJN confieren seguridad y coherencia a la aplicación del principio de proporcionalidad cuando la sustentabilidad es uno de los principios en colisión a través de una red de reglas.

Estas conclusiones, permiten constatar la hipótesis planteada en cuanto a que:

El derecho al ambiente, como principio de derecho fundamental sobre un bien colectivo, estructura mediante el principio de proporcionalidad el sistema jurídico ambiental argentino, tanto en la formación de reglas y decisiones como en la reconfiguración de la organización del Estado.

Del desarrollo realizado, se resumen las principales constataciones particulares:

1) El enunciado normativo del derecho al ambiente de la CN, es un principio que ordena que la sustentabilidad del ambiente sea realizada en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas.

El mandato de optimización de la sustentabilidad se interpretó integrando en forma dialógica las normas de la LGA, que ordenan promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria (art. 2, inciso b), establecen los principios de derecho ambiental (art. 4), ordenando la aplicación de estos en toda decisión (art. 5).

En tanto principio de derecho fundamental, la sustentabilidad estructura el sistema jurídico ambiental mediante normas adscriptas que lo optimizan. El contenido del derecho al ambiente se precisa en un conjunto de normas –reglas y principios– y posiciones que pueden ser adscriptas interpretativamente a la disposición *iusfundamental*.

La Ley General del Ambiente (LGA) 25675 es una norma *adscripta* del derecho fundamental al ambiente que contiene reglas y principios.

La función estructuradora está reconocida en la Ley 25675 General del Ambiente (LGA) cuando, al enunciar los principios ambientales, establece el principio de congruencia (art. 4) y dispone que los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios de la ley (art. 5).

2) Sobre la cuestión que la disparidad de interpretaciones sobre el significado y función de los principios de derecho ambiental, sumado a su profusión, limitaba la certeza y la función de estos en el sistema jurídico, se alcanzó un criterio de identificación que parte de reconocer al enunciado normativo del derecho reconocido en el art. 41 de la CN, como norma tipo principio, para luego distinguir entre principios directamente instituidos en la Constitución y principios adscriptos enunciados por autoridad competente. Será un principio adscripto cuando aporte mayores precisiones al principio de sustentabilidad sin llegar a establecer un mandato definitivo.

Entonces, la sustentabilidad es el principio que expresa plenamente el deber ser del derecho instituido en la CN. Otros principios optimizan su realización.

La utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y la información y educación ambientales son principios de derecho fundamental directamente estatuidos por la CN, integrantes de la sustentabilidad, en tanto su formulación como deber alude al significado normativo del derecho al ambiente.

También, siguiendo el mismo criterio, el deber prioritario de recomposición, la prohibición del ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos, expresan el deber ser de la sustentabilidad.

Otros principios adscriptos integran la sustentabilidad ambiental, especialmente los establecidos en la LGA. Se destacan los enunciados en la LGA.

Los principios introducidos por la CSJN *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, son principios epistémicos que despejan la duda normativa, estableciendo la precedencia de la sustentabilidad en la ponderación.

Otros principios pueden ser encuadrados en esta estructura, con la condición de demostrar su vinculación semántica o con el fin de protección constitucional.

Finalmente, están fuera del sistema normativo los principios orientadores o guías, por carecer de relación con la sustentabilidad constitucional o por no emanar de autoridad competente. Sin embargo, prestan utilidad en la interpretación de la sustentabilidad.

3) La proporcionalidad es el método de aplicación de los principios. En un sistema jurídico de reglas y principios (arts. 1 y 2 del CCyC), la proporcionalidad es el método para lograr una decisión razonablemente fundada (art. 3 del CCyC).

Del art. 1713 del CCyC, como norma precisante del mandato del art. 3, en conexión con el art. 240 y la LGA, se concluye que el examen de proporcionalidad es el método para la resolución de la colisión de derechos cuando uno de ellos es la sustentabilidad. Este método no está confinado a la acción preventiva, sino que se proyecta a todos los conflictos ambientales en los que se dirimen derechos constitucionales.

El análisis concluyó que la proporcionalidad en el derecho ambiental argentino comprende los exámenes fácticos de idoneidad y de necesidad y que, respecto a la ponderación, comprende las variables de importancia concreta, del mayor peso abstracto de la sustentabilidad, y de la certidumbre.

4) Respecto de los exámenes fácticos, la selección de la medida idónea menos lesiva está en el principio de progresividad –gradualidad en la consecución de los objetivos– y en el principio de precautorio –adopción de medidas eficaces, en función de los costos–. Este último supone un balance provisorio entre los derechos en colisión.

El art. 1713 del CCyC, establece el procedimiento de selección de las medidas. La exigencia de idoneidad o adecuación es entendida como eficacia de las medidas para la consecución del fin de protección. Se interpretó que esta norma introduce un requerimiento de intensidad en la idoneidad y que la medida *más* idónea es la que realiza el fin con menor sacrificio del principio opuesto en atención a las circunstancias del caso. El caso modela de la intensidad. La medida más idónea se optimiza en el examen de necesidad.

Mayor precisión se alcanzó con el análisis de las condiciones fácticas del bien ambiente y los fallos de la CSJN. El examen de idoneidad y necesidad de las medidas ambientales se proyecta a la precaución, prevención como a la recomposición, atendiendo a las dimensiones de eficacia, temporalidad, plenitud y seguridad como factores relevantes de las posibilidades fácticas. La idoneidad de la sustentabilidad es una idoneidad técnica. En el examen de la relación de medio a fin, los medios deben procurar alcanzar el fin constitucional de protección ambiental y el fin inmediato que requiere la resolución de la causa o la situación a regular. Menos de ello, es una desprotección o protección deficiente de carácter inconstitucional.

El art. 240 establece la regla de compatibilización entre el ejercicio de los derechos sobre bienes individuales y sobre bienes colectivos. La regla de compatibilización es la traducción de la ponderación en el derecho ambiental argentino.

En la ponderación, la importancia concreta establecerá el grado de afectación de la sustentabilidad (art. 240 CCyC y art. 27 de la LGA), y es la condición del reconocimiento del mayor peso abstracto de este derecho en la ponderación.

El mayor peso abstracto de la sustentabilidad es fundamentable constitucionalmente por el bien colectivo protegido y por la equidad intergeneracional como macro fin, y tiene reconocimiento positivo en el art. 240 del CCyC.

La certidumbre fáctica tiene particular incidencia cuando hay amenaza de daño grave o irreversible en un contexto de incertidumbre científica y es el principio de precaución el que corresponde ponderar. Las medidas provisorias se dirigen a establecer un grado de comprobación cierto y medible para la aplicación del principio de prevención.

La certidumbre normativa es un factor relevante cuando es incierto el peso de los principios en colisión, correspondiendo argumentar conforme los principios *in dubio pro natura* o *in dubio pro aqua.*

5) La estructura de los derechos fundamentales se dirige a distinguir su ámbito operativo atendiendo a las relaciones que conforma. Una norma de derecho fundamental supone la atribución de una posición o derecho al titular de aquello que la norma procura proteger o garantizar. Las posiciones de derecho fundamental presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto.

Respecto del derecho al ambiente, en los arts. 41 y 43 de la CN, se reconocen dos tipos de posiciones, una sustantiva, a todos los habitantes, comprensiva de las generaciones presentes y futuras, y otra formal o procesal, cuando legitima a diversos sujetos para protegerlo –el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines–.

Es un derecho *como un todo*: es un derecho de defensa frente al Estado, pero predominantemente es un derecho a prestación en el sentido más amplio del término, incluyendo el derecho de protección frente a terceros, el derecho a procedimientos eficaces, el derecho a la realización de prestaciones fácticas para la mejora del ambiente.

El derecho fundamental al ambiente exige que el Estado haga algo en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para su protección.

El derecho fundamental al ambiente exige que los particulares protejan el ambiente, realizando acciones positivas o negativas.

6) El derecho al ambiente tiene por objeto un bien colectivo, indivisible, no distribuible. Se integra de micro bienes que conforman la relación ecosistémica.

El art. 41 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes un derecho sobre el bien ambiente al que califica como «sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano». Estas condiciones fundamentan su reconocimiento como bien colectivo: que sea sano y equilibrado alude al interés en el mantenimiento de la interacción permanente y armónica de los elementos constitutivos de este; que sea

apto para el desarrollo humano supone el reconocimiento del valor que tiene para el sostenimiento de la sociedad y el desenvolvimiento de las actividades humanas; el ambiente constitucionalmente protegido comprende la inescindible relación entre el ecosistema natural y el sistema social. Así, un interés común y un valor social reciben positivización constitucional como bien colectivo.

Este bien es de titularidad supraindividual, social e intergeneracional.

7) Un tratamiento especial correspondió a los derechos sobre los recursos naturales (art. 124 de la CN) y su relación con la sustentabilidad y el bien protegido ambiente.

La interpretación de la regla de compatibilización del art. 240 del CCyC es que el goce de condiciones ambientales sostenibles opera como presupuesto o precondición del ejercicio de los derechos sobre bienes individuales. Entonces, cuando se trata de los derechos de aprovechamiento sobre los recursos naturales, la compatibilización requerida establece el uso racional conforme el art. 41 de la CN y la gestión apropiada del principio de sustentabilidad de la LGA.

Así, se concluyó que el uso racional de los recursos naturales es un principio de derecho fundamental que ordena un uso compatible con la sustentabilidad. Este mandato integra el ámbito protegido por la sustentabilidad constitucional y se determina en cada caso o situación a regular mediante la proporcionalidad.

8) Los principios formales constitucionales modelan el Estado de Derecho.

Los principios formales se refieren a la organización y procedimientos para la defensa y protección de los derechos fundamentales, dotando de competencia a las autoridades para cumplir con el cometido optimizador de los derechos sustanciales.

Conforme la Constitución Nacional, la competencia asignada a las autoridades se fragmenta en su ejercicio tanto desde el punto de vista horizontal (división de poderes) como vertical (federalismo). Esta fragmentación de los poderes estatales consiste, desde una perspectiva normativa, en distribuir atribuciones entre poderes constituyentes y poderes constituidos, y luego entre el Estado federal y provincias, y finalmente, generar las distintas competencias de los órganos e instituciones.

El orden marco y el margen de acción discrecional y epistémico explican el espacio en el que se desenvuelve el ejercicio competencial para la decisión razonablemente fundada mediante la aplicación de la proporcionalidad. En el sistema jurídico argentino, este margen competencial se corresponde con la razonabilidad de las decisiones y se encuentra reconocido básicamente en un conjunto de normas conforme se trató en el Capítulo 3.5.1.

Una consecuencia fue destacada: si la optimización del principio sustancial corre por el carril de la competencia asignada y el ejercicio de esta tiene por objeto una decisión óptima sobre aquél, resulta que en el ejercicio de la competencia incide un deber de optimización para la realización efectiva del derecho sustancial. Sin esa efectividad, el principio formal no cumplirá con su fin, frustrando la realización del

principio sustancial; esto supone una interacción compleja donde lo sustancial y lo formal se encuentra imbricados.

En el Capítulo 6 se trató cómo cada función del Estado se optimiza para asegurar la realización del derecho al ambiente. Particular relevancia de dio al principio democrático en la optimización de la decisión ambiental.

La tutela judicial efectiva optimiza el principio del debido proceso, adecuando las reglas procesales y de procedimientos para que no constituyan un impedimento para la protección ambiental sino una mayor realización de la misma.

Se identificó al artículo 32 de la LGA como el mandato de optimización jurisdiccional que al otorgar amplias potestades ordenatorias e instructorias pone al juez como protagonista de la mayor realización del derecho a la sustentabilidad.

Respecto al proceso jurisdiccional, la CSJN introduce el carácter poliédrico y la *vis* expansiva de la cuestión ambiental, que requieren superar la dimensión bilateral del conflicto para adoptar una visión policéntrica, en tanto este requiere soluciones que comprendan las múltiples posiciones del derecho fundamental.

Se reconoció que el proceso de reconfiguración del Estado es en gran medida consecuencia de la labor del poder judicial, muy especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sus fallos marcan esta orientación en la que el derecho fundamental al ambiente es la fuente impulsora de cambios que se derraman en el ejercicio de las funciones estatales.

9) En relación con las regulaciones ambientales, lo ordenado al legislador nacional y provincial es la protección ambiental como fin constitucional, por lo que la desprotección es inconstitucional por quedar fuera del orden marco.

Los factores constitutivos de los PMPA son las «condiciones necesarias» para asegurar la protección ambiental en la escala nacional; mientras que para la NC son las «condiciones necesarias» para asegurar la protección ambiental en la escala provincial.

Las «condiciones necesarias» se vinculan con la escala ambiental nacional o local y conformará el supuesto de hecho de cada tipo de regulación. La protección ambiental es un fin común, diferenciándose una norma de la otra por la escala territorial. Si el fin mediato es la protección constitucional, el fin inmediato del legislador se relaciona con la escala territorial de la regulación que tiene jurisdiccionalmente atribuida.

En cada órbita competencial se examinarán las condiciones fácticas relacionadas con la dinámica de los ecosistemas atendiendo a sus diferentes escalas territoriales, seleccionando las medidas idóneas y necesarias, para luego ponderar los derechos en colisión con la sustentabilidad.

Una relación de jerarquía de intensidades media entre una y otra norma.

Cuando se ejerce la competencia compartida ambiental, el examen de proporcionalidad se realiza por cada orden competencial.

Cada provincia puede emitir normas complementarias sobre aspectos sustantivos adicionales que complementen el régimen mínimo y uniforme vigente en el país.

La competencia complementaria puede optimizar las medidas suministrando mayor intensidad a los factores de eficacia, temporalidad, plenitud y probabilidad de estas.

10) Se reconoce a las autoridades un margen competencial epistémico o cognitivo para decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben o confían a la discrecionalidad estructural de la autoridad. Este margen discrecional es relevante en el derecho ambiental, ya que no siempre las premisas de la sustentabilidad tienen una comprobación plena.

Se distingue entre certidumbre empírica y certidumbre normativa. El ejercicio de este margen competencial debe ser ponderado. Excluir la ponderación sería aceptara la primacía absoluta del principio formal de competencia, en cuanto se habilitaría al máximo la posibilidad de operar, incluso con premisas falsas.

Los grados admisibles de ponderación de la certidumbre son lo cierto, lo plausible y lo no evidentemente falso.

A la prevención corresponde el grado de cierto. La precaución debe alcanzar un umbral mínimo de certidumbre, dado por lo plausible y lo no evidentemente falso. Los principios *in dubio pro natura* y *pro aqua* despejan la duda normativa en favor de la sustentabilidad, cuando no se sabe cuál derecho merece protección o cuál es el procedimiento o régimen aplicable.

11) La proporcionalidad o compatibilización institucional supone, en el contexto de las relaciones federales, que la protección ambiental requiere una acción coordinada, regida por los principios de cooperación y solidaridad, para abordar la formación de la norma ambiental, su aplicación efectiva y la resolución del conflicto interjurisdiccional.

La proporcionalidad institucional entrelaza la validez formal con la validez social de la norma ambiental.

El art. 24 de la LGA tiene un significado comparable al del art. 240 del CCyC, mientras que este último establece la regla de compatibilización entre derechos, aquel establece la regla de compatibilización federal o institucional.

La compatibilización institucional es una tarea que «primariamente deben llevar adelante las autoridades federales y provinciales, para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución» (CSJN, 2019a).

La esencia del Sistema Federal Ambiental es propender a un mínimo de eficacia social de la norma ambiental argentina, ocurriendo a un examen cooperativo

de proporcionalidad de las regulaciones a fin de alcanzar su adecuada vigencia y aplicación efectiva.

El acuerdo interjurisdiccional es el instrumento formal para la optimización de la cooperación interjurisdiccional en materia ambiental.

El proceso concertador, imbuido de los principios de solidaridad y cooperación federal, conforma la regla prioritaria para evitar o resolver los conflictos ambientales entre los estados de la federación. Proceso que no se restringe a los conflictos entre regulaciones sobre derechos de incidencia colectiva y regulaciones de derecho patrimoniales, sino que repercuten en todas las relaciones federales que comprometen al ambiente.

12) Los precedentes de la CSJN, cuando la sustentabilidad es uno de los principios en colisión, conforman una red de reglas o estándares del examen de proporcionalidad, que contribuye con la *seguridad jurídica* al dotar de previsibilidad a los diversos subexámenes. Estas reglas son normas *adscriptas* de derecho fundamental por su función precisante y deben aplicarse en casos futuros idénticos o análogos.

La regla que establece la prioridad de la prevención del daño ambiental futuro junto con la regla de compatibilización *tipifica* la proporcionalidad ambiental en el derecho argentino.

Esta tipicidad alcanza su mayor expresividad en el paradigma ecocéntrico o sistémico identificado por la Corte, que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales teniendo en cuanta los intereses del sistema mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente 25675, y no solamente los intereses privados o estaduales.

Cuando la Corte señala la visión policéntrica del proceso da cuenta de la atención que debe tenerse respecto a los múltiples intereses sociales que concurren cuando de un bien colectivo se trata. Es una conexión con el principio democrático.

Una secuencia lógica enlaza prevención y precaución, siendo el criterio de vinculación el grado de certidumbre de las condiciones necesarias para asegurar la dinámica de los ecosistemas, por lo que corresponderá a la precaución establecer las medidas para estabilizar el sistema y recobrar el estado de certeza, para luego, una vez alcanzada la certidumbre, aplicar el principio de prevención para emitir las reglas definitivas.

En relación con los principios procesales, un mandato de optimización en el ejercicio de la función judicial (art. 32 de la LGA) exige que las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin.

En el marco de estos conceptos conclusivos, y según lo analizado en los puntos previos, en consonancia con el objetivo general fijado, se constata que el derecho al ambiente, como principio de derecho fundamental sobre un bien colectivo, estructura mediante el principio de proporcionalidad el sistema jurídico ambiental argentino, tanto en la formación de reglas y decisiones, imprimiendo la reconfiguración de la organización del Estado.

5. La deconstrucción del derecho a través de la sustentabilidad

La comprobación de la hipótesis y las conclusiones expuestas requiere una reflexión final sobre si esta tesis se limita a demostrar que el sistema jurídico de la sustentabilidad, integrado por regla y principios, se comporta dócilmente, sin fricción, con el sistema jurídico como un todo; o si la sustentabilidad en su proceso expansivo entraña una deconstrucción que visibiliza las contradicciones del discurso jurídico, imponiendo cambios para mejorar la coherencia y consistencia del mismo.

En este contexto, la ruptura del concepto binario de proceso judicial para reconocerlo como integrado por múltiples intereses de la comunidad, el sorteo de las forma rituales excesivas, una nueva concepción de las medidas cautelares necesarias, la decisión guiada por los principios *in dubio pro natura* y *pro aqua*, la prevención en el derecho de daños, el reconocimiento de la titularidad comunitaria del bien colectivo ambiente, la incorporación de las generaciones futuras como sujeto de derecho, el concepto de justicia climática, la responsabilidad extendida de la precaución, son, entre otras singularidades, elementos que conmueven concepciones vigentes y justifican la relectura del derecho de la mano de la sustentabilidad.

Esta relectura del derecho emerge en el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual no podía resistir una concepción limitada a los derechos individuales sin conexión con la Constitución y los derechos humanos reconocidos (arts. 1 y 2). Ya, en el plano de la sustentabilidad, el art. 240 del CCyC, entre otros artículos, da cuenta de su incidencia en el derecho privado, provocando el «giro ecológico del derecho privado» al que alude Sozzo.

En materia ambiental, fue la Ley General del Ambiente, como norma adscripta de derecho fundamental, la que al enunciar los principios de la política ambiental patentizó el cambio del sistema jurídico argentino, que dejaba de estar ligado a la ley para pasar a tener en la Constitución su principal fuente normativa, ubicando en todas las disciplinas jurídica la poderosa influencia de la sustentabilidad.

La teoría de los principios conjuga teoría y praxis. No se limita a un procedimiento de sopesamiento entre derechos, ya que, desde sus fundamentos, el reconocimiento de la norma tipo principio supone el reconocimiento del valor de la dignidad humana como sustento de los derechos constitucionales. En el tránsito a su aplicación, cuando advierte que en el proceso de realización de los principios –en cumplimiento del mandato de optimización– provoca conflictos entre derechos procura su adecuada realización mediante la proporcionalidad en interés de la convivencia social.

Es una teoría afincada en la realidad, que reconoce la dinámica y cambiante de esta, en la que la consideración de los principios sobre bienes colectivos expresa su proyección futura para atender la creciente demanda social de satisfacción.

La sustentabilidad es portadora de una intensa dinámica motivada por múltiples intereses, decir que estos son colectivos o sociales es una abstracción a la que se recurre para expresarlos jurídicamente, pero en ella se entrelazan los intereses de los niños y jóvenes, de igualdad y de identidad de género, de las comunidades

indígenas, de los vulnerables, de las generaciones futuras, de la naturaleza, entre muchos otros que sobrevendrán, porque el futuro es su impronta para dar lugar a una sociedad mejor.

La sustentabilidad encuentra en la teoría de los principios la posibilidad de lograr su máxima realización sin perjuicio de los derechos con los que concurre. Genera la necesidad de un Estado capaz de responder a sus crecientes exigencias, exigencias que trascienden las fronteras de los países para requerir respuestas a nivel regional y universal. Un Estado en el que la humanidad encuentre el instrumento apto para su bienestar.

Anexo 1. Análisis de los precedentes de la CSJN

1. Fallos de la CSJN (2006-2014)

1.1. Mendoza (2006c; 2008b). Competencia originaria. Prevención y recomposición. Prioridad de la prevención del daño futuro. Bien colectivo. Idoneidad técnica. Progresividad. Deberes prestacionales

a) Reseña

Los fallos pronunciados en esta causa son pilares en la construcción del derecho ambiental argentino del siglo XXI.

En 2004 un grupo de vecinos presentó una demanda contra el Estado nacional, la provincia, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas, reclamando a recomposición del ambiente la creación de un fondo para financiar el saneamiento de la cuenca y un resarcimiento económico por daños y perjuicios. Posteriormente, se amplió hacia los catorce municipios bonaerenses por los que se extiende la Cuenca Matanza Riachuelo. También aceptó la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación, de organizaciones no gubernamentales y de un grupo de vecinos de Lomas de Zamora como terceros en el proceso, declarando suficientemente representado el frente activo con los demandantes y terceros admitidos.

El pronunciamiento del año 2006 señala la naturaleza jurídica del ambiente, al que entiende como un bien colectivo, de uso común e indivisible. La Corte establece su competencia originaria por tratarse «de la contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales y ser partes el Estado Nacional y la provincia de Buenos Aires».

En este pronunciamiento se encuentra uno de los considerandos más trascedentes del derecho al ambiente:

> El reconocimiento del 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 […].

Distingue entre daño ambiental individual y daño colectivo y establece su competencia originaria respecto al daño ambiental colectivo. En cambio, para la reclamación por el resarcimiento de los daños a bienes individuales, es decir, las lesiones personales y patrimoniales sufridas por los demandantes «como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente», el Tribunal se declara incompetente.

El siguiente considerando sintetiza el objeto de la causa en torno de los principios de prevención y recomposición:

> Que, en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento.
>
> Sobre el bien colectivo ambiente y el mandato de protección expresa:
>
> 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.

Haciendo uso de las facultades ordenatorias e instructorias que establece el art. 32 de la Ley 25675, requiere abundante información que considera necesaria para la prosecución de la causa, convocando a audiencia pública para las partes que deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado.

Se celebraron cuatro audiencias públicas. En la primera se presentó el Plan Integral de Saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo (PISCMR) y la creación de un Comité de Cuenca interjurisdiccional, denominado Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR). Después de la segunda audiencia, ante múltiples observaciones al plan de saneamiento, la Corte resolvió designar peritos independientes, de distintas disciplinas, nombrados por la Universidad de Buenos Aires, para realizar un informe sobre la factibilidad del Plan de Saneamiento. En su informe plantearon serios cuestionamientos, concluyéndose –entre otros aspectos– que la salud no era considerada como uno de los ejes de trabajo y que el Plan adolecía de la información básica y necesaria para analizar la situación de salud y definir los objetivos de las intervenciones. En la cuarta audiencia, la Corte Suprema resolvió convocar a una nueva audiencia pública en la que cada una de las partes involucradas expresó sus opiniones y observaciones respecto al Plan de Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo. También se expusieron los comentarios sobre el informe realizado por los peritos de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

El significado de la tarea que se propuso la Corte es descripto por Cafferatta[658]: «El Tribunal solo cuenta como soporte ritual, formal o procedimental, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y las normas procesales que contiene la Ley 25675 General del Ambiente, que establece una estructura básica o incipiente de la clase de procesos colectivos ambientales».

La sentencia del año 2008 dispone: «La condena que se dicta (de recomposición y prevención) consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados». Y se establece de esta forma, de manera flexible y pragmática, mandatos dirigidos a la administración, orientados hacia un resultado, y garantías de

---

[658] Cafferatta, 2008.

implementación, creando un sistema micro institucional. Entre estas últimas se ordena un programa de recomposición.

El contenido del mandato es determinado por el Tribunal en uso de las atribuciones que le corresponden por la Constitución y por la Ley General del Ambiente.

La primera parte del considerando 15 define la naturaleza de la decisión:

> Que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. De acuerdo con este principio, la presente sentencia resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo.
>
> El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo.

La recomposición y la prevención como principios fundamentales obliga a decisiones urgentes, definitivas y eficaces, es decir, se debe emitir en su consecuencia una regla de tutela judicial efectiva. El objeto decisorio se orienta al futuro, ya que el proceso de degradación es continuo. Para no afectar el principio de división de poderes fija reglas de resultado, correspondiendo a la discrecionalidad administrativa los medios específicos para alcanzarlos.

Así, la Corte Suprema impone a la Autoridad de Cuenca la ejecución de un programa integral del que se derivan diversas obligaciones, tanto atinentes a la prevención de daños como a la recomposición: contaminación industrial, saneamiento de basurales, limpieza de márgenes de río, expansión de la red de agua potable, desagües pluviales, saneamiento cloacal, plan sanitario de emergencia. En cada uno de los puntos del programa establece que «el incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca».

Se ocupa por lograr un control de gestión o de cumplimiento de los objetivos del programa, para lo que ordena a la Autoridad de Cuenca adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles.

También impone a la Autoridad de Cuenca organizar, en un plazo de treinta días hábiles, un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que, de modo concentrado, claro y accesible, contenga todos los datos actualizados.

Establece obligaciones para otros sujetos, como la concerniente a la Auditoría General de la Nación que deberá realizar el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan Integral de Saneamiento; al Defensor del Pueblo de la Nación le corresponderá la coordinación de la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente; atribuye competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución del pronunciamiento y en la revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca.

En tanto son muchos los sujetos obligados, como sostiene Cafferatta[659], el Alto Tribunal organiza un microsistema institucional mediante un reparto de competencias y atribuciones para el control del cumplimiento a cargo de autoridades pertenecientes a la administración pública y al poder judicial federal, en concurrencia con la participación del Defensor del Pueblo y organizaciones no gubernamentales.

b) Análisis

La importancia concreta del derecho a satisfacer es construida en el pronunciamiento del año 2006 por la Corte, a partir de que observar que no existe en la demanda la información adecuada sobre el bien colectivo a proteger, «ya que no ilustra al tribunal sobre aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa». Entonces, lejos de desprenderse del entendimiento de la causa, requiere a las empresas demandadas información sobre los desechos y residuos de toda naturaleza que arrojan al río; si cuentan con sistemas de tratamiento de dichos residuos; y si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675. También requiere al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al COFEMA que presenten un plan integrado con múltiple información sobre la cuenca afectada. Finalmente, convoca a audiencia pública.

Las múltiples medidas informativas revelan la presunción de que una situación de daño ambiental grave afecta la salud y calidad de vida de los habitantes de la cuenca, por la contaminación del agua, el aire y el suelo. Presunción que requiere mayor certidumbre en sus premisas fácticas.

El 24 de agosto de 2006, en una presentación conjunta del Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el COFEMA, se acompañó el Plan Integral para el saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo. Documento que reconoce la dimensión estructural del problema y la afectación del ambiente en el ámbito de la cuenca.

Las audiencias públicas completan la entidad y complejidad de la afectación concreta al bien a proteger.

El peso abstracto del derecho a satisfacer se identifica, entre muchas expresiones, cuando señala que el derecho al ambiente constitucionalmente reconocido no es una declaración de buenos propósitos, sino que el Estado, en todas sus esferas, debe hacer algo para su protección. Establece de este modo que este es

---

[659] Cafferatta, 2008a.

un principio de derecho fundamental, un mandato prestacional que ordena su mayor realización.

El peso abstracto de los principios de la sustentabilidad – prevención y recomposición– está altamente valorizado cuando expresa que el objeto exclusivo de la causa es la tutela del bien colectivo, respecto al cual tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro.

En cuanto a la idoneidad técnica de estas, en el pronunciamiento del año 2008, el conjunto de las medidas que conforman el programa integral son consecuencia de los informes periciales encomendados a la Universidad de Buenos Aires que evaluaron la factibilidad del Programa de Saneamiento requerido y presentado por el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sirve de ejemplo el Plan Sanitario de Emergencia, el cual se formula teniendo en cuenta las observaciones de las Facultades de Medicina y de Farmacia y Bioquímica de la Universidad de Buenos Aires que requiere a la Autoridad de Cuenca que: 1) En un plazo de 90 (noventa) días realice mapa sociodemográfico y encuestas de factores ambientales de riesgo a los efectos de: a) determinar la población en situación de riesgo; b) elaborar un diagnóstico de base para todas las enfermedades que permita discriminar patologías producidas por la contaminación del aire, suelo y agua de otras patologías no dependientes de aquellos factores y un sistema de seguimiento de los casos detectados para verificar la prevalencia y supervivencia de tales patologías; c) elaborar un Sistema de Registro y Base de Datos –de acceso público– de las patologías detectadas en la Cuenca; d) especificar las medidas de vigilancia epidemiológicas adoptadas en la zona de emergencia. 2) Cumplidos los requerimientos del punto 1 deberá, en un plazo de 60 (sesenta) días elaborar y poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de la Cuenca.

El principio de progresividad se aplica cuando se analiza el programa contaminación de origen industrial, se advierte que la idoneidad técnica y la necesidad de las medidas, son graduales y tienen en consideración la posibilidad de reconversión de los procesos contaminantes en plazos razonables conforme la gravedad de la situación. Incluso establece que Autoridad de Cuenca estará facultada para extender el plazo o proponer alguna otra medida cuando se acredite que existe imposibilidad económica de pagar los costos de tratamiento o cuando exista una situación social de gravedad (III.6.).

La certidumbre es consecuencia de los estudios especializados que requiere, los cuales acreditan la certeza de las premisas fácticas de los principios que aplica.

La ponderación entre los derechos en colisión es completa y su resultado es una regla adscripta de derecho fundamental.

1.2. Salas (CSJN, 2009c) Precaución, prevención, evaluación de impacto ambiental acumulativa. Regla de compatibilización entre derechos. Juicio de ponderación razonable. Generaciones futuras

a) Reseña

El análisis competencial de este fallo respecto a las medidas preliminares y la competencia se realizó en el Capítulo 6.6.3. por lo que aquí se analiza la medida cautelar adoptada sin evaluar la dimensión temporal.

Los actores son personas individuales, comunidades de pueblos originarios y campesinos de la provincia de Salta que presentan una acción de amparo directamente ante la CSJN, el 16 de diciembre de 2008, en defensa de los bosques nativos que consideran afectados por los desmontes autorizados en forma indiscriminada, atribuyendo responsabilidad a la provincia por no haber cumplido con sus obligaciones legales, tanto por acción como por omisión.

La Corte, el 29 de diciembre de 2008, suspendió provisoriamente los desmontes, convocó a audiencia pública a las partes y requirió la información pertinente.

Luego de efectuada la audiencia pública el 18 de febrero de 2009, se pronunció el 26 de marzo de 2009.

Destaca una comprobación:

> En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración ***el impacto ambiental de cada una de ellas***, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo ***al efecto acumulativo de todas las autorizaciones.*** La tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendrá un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar.

Luego considera que se da el supuesto de hecho de la precaución:

> Se configura entonces, una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio.

Precisa el principio precautorio:

> El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten.

Enuncia la regla de compatibilización entre la tutela del ambiente y el desarrollo:

> La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

Sobre la precaución expresa la regla de ponderación que debe aplicar todo administrador:

> Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios.

La Corte, sobre la base del principio precautorio, suspende las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de todas las intervenciones proyectadas en un plazo de 90 días. Ese estudio debía comprender el impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como las condiciones de vida de los habitantes. Merece destacarse que impone que el estudio proponga una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. Fundamenta su decisión «en la Ley General del Ambiente en cuanto dispone que «el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes"» (art. 32, Ley 25675).

b) Análisis

La inidoneidad de la evaluación de impacto ambiental aislada, incapaz de establecer el impacto ambiental sobre el ecosistema en su conjunto, impone el estudio de impacto ambiental acumulativo, el cual no reconocía normatividad en la provincia de Salta ni en el país. Es una regla adscripta conforme al principio de sustentabilidad.

Al respecto, dado el fin de establecer certeza sobre los eventuales impactos en un área extensa, el estudio de impacto ambiental acumulativo, que procede cuando la cantidad de intervenciones equivalentes o asociadas, proyectadas o en ejecución pueden generar efectos sucesivos, incrementales y/o combinados mayores a los que se esperaría en el caso de un proyecto único[660], resulta apto técnicamente para proporcionar la certidumbre necesaria para resolver el conflicto.

Ya en la fase del examen de necesidad de la medida, la Corte requiere que ese estudio de impacto ambiental acumulativo proponga las medidas que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. Es decir, a la aptitud del instrumento se le incorpora considerar los derechos a intervenir.

---

[660] IFC, 2015, p. 29.

Ahora bien, en el nivel de ponderación, la decisión avanza sobre la importancia concreta de los derechos, cuando sostiene que «existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible», por lo que si el peso concreto de la sustentabilidad se dimensiona conforme la magnitud del daño probable para la sustentabilidad futura si ninguna medida se hubiera adoptado, se establece su mayor grado de importancia. Lo dice expresamente cuando considera que la tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendrá un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar.

Luego se sopesan los pesos abstractos, resultando del mayor peso que el bien colectivo tiene sobre los derechos sobre bienes individuales.

Especial importancia tiene la regla ante las situaciones de riesgo, para la Corte el administrador, ante el riesgo, primero debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información, para luego adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios.

Entonces, mediando falta de certeza en las premisas fácticas, la Corte si bien adopta la medida precautoria de suspensión de los desmontes, ordena alcanzar mayor certeza mediante el estudio de impacto ambiental acumulativo, entendiendo que este producirá el tránsito de la situación de incertidumbre por ausencia de información a la de certeza como estado esencial de la actuación preventiva. Ese tránsito tendrá por consecuencia el decisorio del año 2011, por el cual declara su incompetencia y devuelve la causa a la provincia.

Para la Corte, la compatibilización exige la certidumbre de la prevención, situación que posibilita armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo.

Morelli también analiza este fallo conforme a la proporcionalidad, entendiendo que la Corte se aparta del criterio en el que debe prevalecer el derecho constitucional en conflicto (en el caso, el derecho constitucional a ejercer toda industria lícita o el de gozar de un ambiente sano), aplicando el principio precautorio que es una norma infraconstitucional[661].

Esta observación no es consistente, ya que no se compadece con lo tratado en el Capítulo 3.3.5. en cuanto el principio de precaución es un principio de derecho fundamental adscripto al derecho reconocido en el art. 41 de la CN, por lo que se concluye que la Corte realizó una ponderación correcta.

1.3. Kersich (CSJN, 2014a). Recurso extraordinario. Cautelar. Proceso colectivo. El agua potable es un bien colectivo. Norma precisante del derecho fundamental al ambiente. Resiliencia. Tutela judicial efectiva. Efecto de irradiación horizontal

a) Reseña

Un grupo de veinticinco vecinos, integrado también por menores, de la ciudad de 9 de Julio, provincia de Buenos Aires, promovió acción de amparo contra Aguas Bonaerenses SA (ABSA). La pretensión se fundó en que el agua provista por la empresa prestataria del servicio contiene niveles de arsénico superiores a los permitidos por la legislación vigente. Asimismo, dirigieron la reclamación contra la provincia de Buenos Aires, en virtud de que es titular del dominio del acuífero cuya

---

[661] Morelli, 2015, p. 224.

preservación es responsabilidad de la empresa prestataria del servicio, y con fuente en la obligación del Estado local de conservar los recursos naturales según lo dispone la Constitución local. En la evolución del proceso, el magistrado de primera instancia aceptó con posterioridad la adhesión de dos mil seiscientos cuarenta y una (2.641) personas en condición de nuevos actores.

El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los demandantes y, en consecuencia, ordenó a Aguas Bonaerenses SA que suministrara a cada uno de los actores, en su domicilio y a las entidades educativas y asistenciales involucradas en el reclamo, agua potable –en bidones– que se adecue a las disposiciones del Código Alimentario Nacional, en la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades básicas de consumo, higiene personal, y limpieza de manos y alimentos y cocción de estos. Además, dispuso la prohibición del consumo de agua de la red domiciliaria provista por la demandada en los establecimientos educativos y asistenciales y, asimismo, ordenó a la agencia demandada la realización en forma mensual de análisis del agua que distribuye, debiendo publicarse los correspondientes resultados en las boletas de pago del servicio.

ABSA recurrió esta resolución sosteniendo que lo resuelto vulneraba su derecho de defensa, debido a las dificultades para informar circunstanciadamente en el plazo fijado sobre la calidad de agua que suministra a cada uno de los reclamantes. Expresó que había celebrado un acuerdo con dos de los primigenios actores (Kersich y Crespo, presidente y vicepresidente de la Asociación Todos por el Agua), el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, el ministro de Salud y la ministra de Infraestructura del Estado local, que importó una solución extrajudicial del conflicto, en el que se estipuló la construcción de una obra de infraestructura para adecuar el contenido de arsénico.

La Cámara confirmó el pronunciamiento apelado considerando que la recurrente no negaba la existencia de elevados niveles de arsénico en el agua suministrada, conclusión que también surgía del contenido del acuerdo antes referido. También, expresó que debía acudirse al principio precautorio para ponderar que, a partir del suministro de agua debajo de los parámetros legales de calidad, se hallaban comprometidas las condiciones de salud de la población.

Este pronunciamiento fue impugnado por la vencida mediante un recurso de inaplicabilidad de ley que, declarado inadmisible, dio lugar a un recurso de queja que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires desestimó con sustento en que la resolución impugnada no revestía carácter definitivo a los fines del remedio procesal intentado.

Que, contra dicha decisión denegatoria, ABSA interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la presentación ante la Corte Nacional por vía del recurso de queja.

Importan del decisorio de la Corte los siguientes puntos:

a) Sobre su competencia de excepción considera que, si bien lo cuestionado por la demandada es una decisión procedimental, sus efectos la hacen equiparable a una

sentencia definitiva, en la medida que origina agravios de insuficiente o imposible reparación ulterior.

b) La acción es promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. El objeto de la pretensión, por su carácter, resulta insusceptible de apropiación individual.

c) Considera que se aplicaron adecuadamente las reglas del proceso colectivo. Esta deficiencia se patentiza cuando el juez de primera instancia, pese a calificar la vía como amparo colectivo, recurrió a reglas procesales incompatibles con ese tipo de proceso, soslayando las consecuencias negativas que tal temperamento ocasionaría en el normal trámite de la causa. Observa que los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores al amparo ambiental.

> Que en este sentido cabe recordar que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (doctrina de Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros). No hay duda de que en el caso existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación.

El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión.

d) En el campo de los derechos de incidencia colectiva es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

e) En el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho.

La Corte hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario federal y deja sin efecto la sentencia apelada. Devuelve los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la sentencia en carácter de urgente.

Se aprecia que introduce una adecuación a esta forma de resolución: «estando en juego el derecho humano al agua potable deberá mantenerse la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado». Esto es, suministrar a cada uno de los actores, en su domicilio y a las entidades educativas y asistenciales involucradas en el reclamo, agua potable –en bidones–, la prohibición del consumo de agua de la red domiciliaria provista por la demandada en los establecimientos educativos y asistenciales y, realizar en forma mensual de análisis del agua que distribuye, debiendo publicarse los correspondientes resultados en las boletas de pago del servicio.

b) Análisis

En esta causa colisionan principios procesales y sustanciales, que son ponderados cuando la Corte cuestiona a los jueces inferiores por aplicar reglas procesales incompatibles con el proceso colectivo, situación que conspiraba con la tutela que se promovía, por lo que la decisión que adopta respecto al mantenimiento de la cautelar lo es conforme a los principios de prevención y precaución.

Respecto a de la medida cautelar se aplica la fórmula de peso para verificar su proporcionalidad:

a) PRINCIPIO PRESTACIÓN SERCICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE (*Pi*):

La importancia de la intervención de la actividad puede catalogarse de media (puede suplirse por bidones) *Ii*= 2

El peso abstracto de la prestación del servicio de agua potable cataloga como alto (tiene incidencia colectiva) *Wi* = 4

La certeza de las premisas sobre la afectación de la prestación califica como alta (es cierto el entorpecimiento) *Ri* = 1

b) PRINCIPIO INCIDENCIA COLECTIVA SOBRE EL AGUA POTABLE Y PROTECCIÓN DE LA SALUD (*Pj*):

La omisión de la medida supone una afectación grave o intensa del bien colectivo y de la salud pública *Ij* = 4

El peso abstracto del bien colectivo agua potable es alto *Wj* = 4

El grado de certeza de las premisas fácticas es alta (es cierto el riesgo de daño a la salud) *Rj* = 1

$$Pi\ \frac{2}{4} * \frac{4}{4} * \frac{1}{1} = \frac{1}{2}\ (0{,}50) \ <\ Pj\ \frac{4}{2} * \frac{4}{1} * \frac{1}{1} = 2$$

$$Pi{=}0{,}5 \quad < \quad Pj{=}2$$

El resultado confirma la razonabilidad de la medida y se dirime por la importancia concreta. La mayor importancia de la protección del bien colectivo y de la salud surge de la evaluar los efectos que sobre el derecho a satisfacer provocaría la omisión de la medida cautelar en revisión, lo cuales son de difícil o imposible reparación ulterior. En consecuencia, el mayor peso de estos obliga a optimizar la competencia mediante la tutela judicial efectiva del derecho al acceso al agua. Por lo que, si bien al observar el procedimiento seguido en las instancias inferiores y deja sin efecto la sentencia recurrida, el derecho comprometido requiere el mantenimiento de la ultraactividad de la cautelar.

Sobre el peso abstracto del derecho al agua, la sentencia da cuenta que en numerosos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua

potable, entre ellos, la Observación General nro. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que, el 15/11/2002, dijo: «El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos».

El reconocimiento del agua potable como bien colectivo es una norma precisante del derecho fundamental al ambiente.

Un aspecto notable es el reconocimiento del efecto de irradiación horizontal del derecho al acceso al agua potable al mantener la cautelar sobre el prestador de agua, no obstante, el acuerdo celebrado por este con algunas partes del proceso y organismos públicos. El derecho fundamental incide en esta relación entre partes.

En este sentido, Bernal Pulido comenta un fallo de la Corte Constitucional colombiana sobre el acceso al agua potable del año 2011, destacando el enfoque de la sentencia que parte del reconocimiento del efecto de irradiación horizontal de ese derecho fundamental sobre todos los ámbitos del derecho, incluidos los contratos. Por lo que el incumplimiento de los pagos del servicio en el caso no justificaba privar del acceso al agua en tanto su goce es indispensable para la existencia del ser humano[662].

2. Fallos de la CSJN (2016-2019)

2.1. Cruz (CSJN, 2016a). Medida cautelar y recurso extraordinario federal. Tutela judicial efectiva. El juicio de ponderación entre principios formales y materiales. Arbitrariedad. El principio precautorio

a) Reseña

La Corte se aboca a entender en una medida cautelar rechazada. La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán resolvió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora con el objeto de que se ordenara la suspensión inmediata de la actividad minera llevada a cabo en los yacimientos mineros denominados «Bajo de la Alumbrera» y «Bajo el Durazno», ambos ubicados en terrenos de su propiedad, en la localidad de Andalgalá, provincia de Catamarca. Así lo solicitó la demandante, hasta tanto se realizaran informes periciales *in situ* para medir el alcance de la contaminación y degradación del medio ambiente producido por las filtraciones originadas en el dique de colas –entre otros factores contaminantes–, y hasta tanto las demandadas acreditaran haber cumplido con la contratación de un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño, según lo dispone el art. 22 de la Ley General del Ambiente 25675.

El tribunal consideró que la medida solicitada coincidía con el objeto de la demanda y que otorgarla importaba hacer lugar a la acción de fondo, extremo que –a su criterio– vulneraba la garantía de defensa en juicio. Asimismo, entendió que la importancia de la cuestión de fondo discutida exigía el análisis de las pruebas

---

[662] Bernal Pulido, 2018, p. 69-71.

aportadas por ambas partes, circunstancia que no podía lograrse a través de una medida cautelar.

Contra esa decisión, la actora dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a una de las quejas bajo examen.

La CSJN, sobre su procedencia, admite el recurso en forma excepcional por considerar que las medidas cautelares constituyen medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional. Destaca que es a la luz de los principios de prevención del daño ambiental y de precaución que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (cons. 3). Y agrega:

> En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse (Fallos: 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

Luego considera las circunstancias fácticas, principalmente las resultantes del informe pericial, del que surge: a) la impermeabilidad del dique de colas está comprometida, b) ello es susceptible de provocar avalanchas de lodos y fangos; c) «la afectación de la calidad y cantidad de las aguas superficiales y subterráneas es uno de los tantos efectos que se generan a partir de la puesta en marcha del funcionamiento del SMC (Sistema de Manejo de Colas)» (cons. 5).

Cuestiona la decisión de los inferiores de omitir toda referencia a la prueba producida y su efecto para examinar los principios en colisión:

> Que, al omitir toda referencia a la prueba aludida, la cámara no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado principio precautorio, conforme al cual, cuando haya peligro de daño grave e irreversible (cons. 6).

Luego, establece la regla de ponderación:

> Que el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio exige al juez considerar que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41 de la Constitución Nacional, art. 27 de la ley 25.675 y art. 263 del Código de Minería)

Finalmente, aplica la doctrina de la arbitrariedad:

> Que, en tales condiciones, lo resuelto por la cámara afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por lo que resuelve declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada, devolviendo las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

b) Análisis

El fallo hace foco en la falta de consideración de pruebas esenciales que hubieran permitido establecer la idoneidad y necesidad de la medida cautelar en crisis. Sostiene que las medidas cautelares constituyen medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional. La ausencia del examen de las circunstancias fácticas impide realizar el balance entre la posibilidad de ocurrencia del daño grave o irreversible y la medida requerida. La desproporción por inadecuación o falta de idoneidad de la medida le resultó evidente.

En el plano de los principios formales competenciales, aclara que, si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten –como regla– el carácter de sentencias definitivas, este principio admite excepción cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Es así como sopesa principios formales en colisión con principios materiales.

Entiende que el principio del debido proceso se ha visto afectado, ello en virtud del art. 32 de la Ley 25675, que ordena la optimización procesal para la protección efectiva de los intereses ambientales, siendo en este caso, el principio precautorio el principio precedente que debía considerarse en el caso.

Es decir, la amenaza de un peligro grave o irreversible en un contexto de incertidumbre no fue despejada por la cámara y justifica su competencia extraordinaria. El principio formal de competencia de la Corte se optimiza mediante la tutela judicial efectiva por la precaución, que prevalece cuando los derechos pueden verse vulnerados de manera definitiva.

Ya en la fase de ponderación entre los derechos en colisión, en la que resultan esenciales para la decisión evaluar la medida examinada y las consecuencias que su ejecución y su no ejecución tienen para los principios implicados, para la Corte, el rechazo de la cautelar provoca una grave desprotección del derecho al ambiente, en cuanto una amenaza de daño grave o irreversible sobre el derecho a proteger se había acreditado, por lo que los derechos afectados ante la medida solicitada, cuyos titulares deberían ser considerados como causantes del daño en ciernes, deben ceder en esta ocasión.

El mayor peso abstracto de la sustentabilidad es ponderado cuando indica que tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro. También cuando expresa que es conforme con los principios de prevención del daño ambiental y de precaución que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente.

La variable certidumbre respecto al derecho al ambiente es plausible conforme surge de las pericias agregadas en la causa.

Es decir, si el *a quo* hubiera ponderado los derechos sustanciales en colisión –el ambiente y la actividad industrial minera–, el resultado hubiera sido la precedencia de la sustentabilidad y la adopción de la medida cautelar.

La fórmula de peso confirma la decisión de la Corte:

a) PRINCIPIO DE EJERCICIO ACTIVIDAD INDUSTRIAL (*Pi*):

La importancia de la intervención de la actividad puede catalogarse de media (depende de las medidas que indiquen los estudios) *Ii*= 2

El peso abstracto de la actividad privada cataloga como medio en relación con los derechos sobre bienes colectivos *Wi* = 2

La certeza de la afectación por la suspensión de la actividad es cierta *Ri* = 1

b) PRINCIPIO DE SUSTENTABILIDAD (*Pj*):

La omisión de la medida de suspensión supone una afectación grave o intensa del bien colectivo ambiente *Ij* = 4

El peso abstracto del bien colectivo ambiente es alto *Wj* = 4

El grado de certeza de las premisas fácticas es medio (es plausible provocar avalanchas de lodos y fangos) *Rj* = ½

$$Pi\ \frac{2}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{\frac{1}{2}} = \frac{1}{2}\,(0{,}50) \ < \ Pj\ \frac{4}{2} * \frac{4}{2} * \frac{\frac{1}{2}}{1} = 2$$

$$Pi{=}0{,}50 \quad < \quad Pj{=}\ 2$$

2.2. Martínez (CSJN, 2016b). Principios formales y prevención. Recurso extraordinario y arbitrariedad. DIA condicionada. Amparo y tutela judicial efectiva. Prioridad de la prevención del daño futuro. Precaución

a) Reseña

Un grupo de vecinos inició una acción de amparo contra la provincia de Catamarca, la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc. y el municipio de Andalgalá con el objeto de obtener la suspensión de los trabajos de explotación de las Minas de Agua Rica, así como el cese definitivo de dicho emprendimiento. Asimismo, solicitaron la declaración de nulidad de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto por ser condicionada.

Afirmaron que las autoridades municipales de Andalgalá encomendaron a la Universidad Nacional de Tucumán la realización de un análisis del informe de

impacto ambiental de la Mina Agua Rica, el que fue confeccionado en 2008 y revela múltiples riesgos y problemas ambientales.

El Juzgado de Control de Garantías –2ª circunscripción judicial– de la Provincia de Catamarca declaró formalmente admisible la acción de amparo deducida por los actores y requirió la presentación de informes circunstanciados a distintos organismos. Con posterioridad, el magistrado resolvió declarar la inadmisibilidad de la acción con fundamento en la necesidad de mayor debate y prueba para la dilucidación del objeto discutido. Dicha decisión fue confirmada por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación, que sostuvo que la materia debatida merece ser tratada en otra acción que habilite una mayor amplitud probatoria y que en el caso existían vías paralelas administrativas pendientes.

La Corte de Justicia de la provincia de Catamarca declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por la actora porque entendió que en el caso no se cumplía con el requisito de sentencia definitiva exigido por la ley procesal local.

Contra dicha decisión, la actora interpuso recurso extraordinario federal cuya denegación dio lugar a un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte entiende que su competencia se activa por la concurrencia de dos causas de arbitrariedad que afectan la decisión del tribunal provincial.

La Corte consideró que mediaba un agravio de difícil o imposible reparación ulterior:

> En el caso, concurren las circunstancias excepcionales que permiten superar dicho óbice formal, pues de las constancias de la causa, especialmente, de la resolución 35/09 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, se desprende que la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

La segunda causal es:

> En tal sentido, procede la excepción cuando lo resuelto por los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa (Fallos: 330:4930 y 333:1273), o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales (Fallos: 322:702; 329:5556; 330:2836).

Sobre la relación entre la vía empleada y su objeto, entiende que, en el caso, el superior tribunal local, al rechazar la vía casatoria por ausencia de sentencia definitiva, omitió dar respuesta a planteos de los actores conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para cuestionar la resolución 35/09. Y especificó:

> Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede

> fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que tiene por objeto una efectiva protección de derecho más que una ordenación o resguardo de competencias y los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales.

Luego de citar el art. 32 de la LGA, sobre el rol del juez y la tutela judicial efectiva, destaca:

> En tal contexto, no puede desconocerse que, en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador.

Sobre el fondo del asunto, valora la obligación de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades:

> En cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro y, en ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana.

Sobre la aprobación del Informe de Impacto Ambiental condicionado:

> Que, en tales condiciones, la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la resolución 35/09 –en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada– era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde su descalificación (Fallos: 325:1744).

En consecuencia, hace lugar a la queja, declara formalmente procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia apelada devolviendo los autos al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado.

b) Análisis

El fallo tiene conexión con Salas (CSJN, 2009c) y Cruz (CSJN, 2016a), pero alude expresamente a Mendoza (CSJN, 2006b) y Superficiarios de la Patagonia (CSJN, 2006b).

En este caso la irregularidad del estudio de impacto ambiental previo a la obra justifica su intervención al considerar que la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

Cuando considera que la acción de amparo que tiene por objeto una efectiva protección de derecho más que una ordenación o resguardo de competencias, pone a la tutela judicial efectiva como fundamento de su intervención. Para la Corte, los principios formales, incluso los competenciales, tienen por fin la operatividad de los derechos sustanciales y no su desprotección, por lo que los jueces deben adoptar las medidas más adecuadas para la protección de la sustentabilidad.

De la DIA surge que la provincia demandada admitió la existencia de problemas ambientales que la empresa debía solucionar antes del inicio de los trabajos.

La prevención del daño ambiental futuro tiene prioridad absoluta, por lo que, habiendo sido eludido por la DIA condicionada, su desconsideración por el cimero tribunal provincial constituye un acto jurisdiccional inválido.

Entonces, la importancia concreta de la satisfacción de la sustentabilidad mediante la precaución surge de considerar que la omisión de la intervención supone una afectación grave o intensa del bien ambiente, que el mayor peso abstracto del derecho al ambiente se establece como prioritario frente a derechos sobre bienes individuales y que la certidumbre de la afectación es plausible. Estas variables integradas dan por resultado la precedencia de la sustentabilidad frente a al derecho individual.

La relación lógica entre precaución y prevención se impone como una regla consistente cuando la EIA es irregular o incompleta o la DIA es condicionada.

2.3. Represas de Santa Cruz (2016c; 2016d). El componente ambiental del Estado de Derecho. Derecho fundamental ambiental. Medida cautelar y tutela judicial efectiva. Incompetencia. El control de la CSJN

a) Reseña

Pronunciamiento del 26 de abril de 2016.

La Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia promueve acción de amparo ambiental contra el Estado nacional (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) y la provincia de Santa Cruz, a fin de que se ordene investigar y, en su caso, se impida el comienzo de la obra correspondiente a las represas denominadas Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner y Gobernador Jorge Cepernic, ambas localizadas en la provincia demandada, cuya construcción fue proyectada en el marco de la ejecución de los Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz, Cóndor Cliff y La Barrancosa.

La Asociación señala que el motivo por el cual inicia la acción es que no se habrían efectuado los estudios ambientales previos, a fin de establecer cuál sería el impacto que dichos emprendimientos podrían causarle al ecosistema, en particular al Lago Argentino, los glaciares Perito Moreno, Spegazzini y Upsala y al Parque Nacional Los Glaciares. Asimismo, destaca que tampoco se efectuaron las consultas

ciudadanas que, en función de la envergadura de las obras, correspondía realizar. Peticiona el dictado de una medida cautelar mediante la cual se disponga la suspensión del inicio de la obra, hasta tanto se realice un estudio de impacto ambiental sobre toda la zona, como así también la consulta pública respectiva.

Para la Corte existe evidencia de que las obras tienen suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se pretende.

> Que ello exige de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado. La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente.

Luego de ello, introduce la tutela judicial efectiva de los derechos:

> Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328:1146).

Sobre su intervención mediante medidas preliminares antes de la definición de la competencia originaria, recuerda:

> Que esta Corte ha señalado la pertinencia de la adopción de medidas preliminares previas a la definición de su competencia, cuando los hechos de la causa lo justifican. Es que la adopción de esas medidas no implica definición sobre la decisión que pueda recaer en el momento que el Tribunal se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional (conf. causas «Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro», Fallos: 330:111; «Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional», Fallos: 331:2797; CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 «Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental», sentencia del 24 de abril de 2012).

Por lo cual decide requerir al Estado nacional que en el plazo de treinta días informe (I) si han comenzado las obras correspondientes. En su caso, informar el estado de avance en ambos proyectos; (II) si se han realizado estudios de impacto ambiental conforme Ley 23879 (Obras Hidráulicas) y la Ley General del Ambiente (25675) y artículo 7 del Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de

los Glaciares y del Ambiente Periglacial (Ley 26639) y, (III) si se han producido consultas o audiencias públicas en los términos de los artículos 19, 20 y 21 de la Ley General del Ambiente (25675).

Pronunciamiento de fecha 21 de diciembre de 2016.

La Corte para su decisión se basa en los requisitos de las medidas cautelares: verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Respecto al primero, verosimilitud del derecho, de los informes surge que el Estado Nacional no habría cumplido en su ámbito con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia, en especial no lo ha hecho en relación con el previsto en los artículos 1°, 2° y 3° de la ley 23.879 (Obras Hidráulicas), sin que se hayan ofrecido, al menos en esta etapa inicial del proceso, razones que expliquen dicha conducta.

Respecto al peligro en la demora, considera que se impartió la orden de inicio de la obra en función de la cual se suscribió el 15 de febrero de 2015 el acta de inicio. Con posterioridad se realizaron tareas preliminares o generales destinadas a recopilar información necesaria para la confección del 'Proyecto Ejecutivo de Obra'. También verifica que es la obra con mayor envergadura entre las incorporadas al Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas.

En lo que se refiere a la determinación de la competencia originaria de la Corte, señala que el alcance de la pretensión no permite atribuirle a la provincia de Santa Cruz el carácter de parte adversa, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la relación jurídica sustancial, en tanto la ejecución de obra se encuentra sometida a su jurisdicción.

Por lo que dispone:

> 1°) se hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se ordena la suspensión de las obras «Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic» hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término, con la salvedad prevista. en el considerando 80; 20) se resuelve declarar que la presente causa resulta ajena a la competencia de esta Corte prevista en los artículos 116 Y 117 de la Constitución Nacional; 3°) se declara la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en la presente causa.

b) Análisis

Cuando la Corte sostiene que ha desarrollado la cláusula constitucional ambiental de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho, enfatiza que ese derecho es un principio en cuya optimización ha contribuido con sus pronunciamientos.

Invoca la tutela judicial efectiva cuando dice que la protección del ambiente requiere de la misma eficacia que se exige a los demás derechos fundamentales, en una referencia elíptica al Estado liberal burgués que agota el elenco de derechos fundamentales a los derechos individuales, conmoviendo esa limitada y pasiva

comprensión de las funciones del Estado. Así, considera que le corresponde al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. Desde ahí fundamenta la importancia del ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado.

La intervención de la Corte es fuerte, sin pronunciarse sobre si corresponde su competencia originaria, requiere múltiples informes respecto a los hechos que han llegado a su conocimiento.

En efecto, las circunstancias del caso establecen una conexión con Salas (CSJN, 2009b), en tanto se está ante un caso donde el procedimiento de evaluación de impacto ambiental aparece omitido o, al menos, parcialmente cumplido, respecto de obras de una magnitud considerable, con un gran potencial para modificar el ecosistema de toda la zona, y esas consecuencias «deben ser adecuadamente medidas teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras».

El tránsito entre la incertidumbre y el peligro de daño grave, por una parte, y la certidumbre y el actuar preventivo, por el otro, son los factores de la ponderación y determinan el supuesto de hecho de decisiones que imponen inicialmente la intervención cautelar de la Corte antes de definir si procede su competencia originaria, para luego desprenderse de la causa cuando el camino fue trazado.

Sobre la certidumbre fáctica en las medidas cautelares, el requisito de simple apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) se integra con el *periculum in mora* que exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia (CSJN, 2006d).

En consecuencia, la valoración de las variables de la ponderación aplicadas a la medida preliminar es la siguiente: la mayor importancia concreta de la satisfacción de la sustentabilidad que se obtiene del efecto que la omisión de la EIA supondría en el ambiente regional por la amenaza de daño grave o irreversible de la obra, el mayor peso abstracto del derecho al ambiente en cuanto se establece su protección efectiva y considera aplicable el principio precautorio y la certidumbre es plausible en cuanto la afectación resulta de los informes recabados. Estas variables integradas dan por resultado la precedencia de la sustentabilidad y la razonabilidad de la medida.

Se reitera la relación lógica entre precaución y prevención como una regla consistente de la CSJN cuando la EIA no se cumple o es irregular o incompleta o la DIA es condicionada.

Respecto a la colisión entre la sustentabilidad y los principios federales, por su interés, se remite a lo tratado en el Capítulo 6.6.3.

2.4. Mamani (CSJN, 2017a). Recurso extraordinario y arbitrariedad. El debido proceso y la tutela judicial efectiva. El peso de la precaución. El juicio de ponderación razonable. DIA condicionado. Prioridad de la prevención del daño futuro

a) Reseña

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy (STJJ), por mayoría, hizo lugar a los recursos de inconstitucionalidad deducidos por esa provincia y por Cram S.A. y, en consecuencia, revocó la sentencia de la instancia anterior que había declarado la nulidad de las resoluciones de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales, mediante las cuales se había autorizado el desmonte de 1470 hectáreas en la finca «La Gran Largada».

El STJJ consideró abusiva la declaración de nulidad de los actos administrativos que autorizaron el desmonte, en tanto la sentencia de primera instancia no se había expedido sobre la acreditación del daño y el impacto negativo de la actividad cuestionada. Señaló también que el terreno sobre el cual se había autorizado el desmonte se encontraba ubicado en la zona verde o categoría III del Ordenamiento Territorial de Masas Boscosas, única categoría de terrenos que permite la realización de desmontes.

La actora interpuso recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la queja.

En el considerando 3, la Corte fundamenta su competencia:

> Que aun cuando el juzgamiento del caso imponga al Tribunal la reconsideración de puntos de hecho o de derecho local ajenos a la jurisdicción extraordinaria, en el caso ello no es óbice a la procedencia del recurso interpuesto, porque resulta necesario para no desconocer el derecho federal aplicable, cuya frustración sería de otra manera inevitable (conf. Doctrina de Fallos: 192:104).

Sobre la pretensión y la desconsideración del principio de precaución:

> También correctamente afirma que la sentencia apelada modificó la pretensión al exigir acreditación o inminencia del daño ambiental, cuando en rigor la actora demandó la nulidad de los actos administrativos que autorizaron los desmontes. Con ello, además, desconoció en forma expresa la aplicación del principio precautorio que rige la materia.

La CSJN observa que la declaración de impacto ambiental emitida para autorizar el desmonte es condicionada y que la Ley 25675 no admite esta forma condicionada de autorización ambiental. También observa que se autorizó un desmonte superior a la cantidad de hectáreas detalladas en el estudio de impacto ambiental, que se fiscalizó apenas el 50% de las hectáreas a desmontar, que no se contó con planos ni determinaciones reales, que no surgía de las constancias de la causa que celebraron las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas. Por lo que las irregularidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que caracterizaron este pedido de desmonte revisten carácter de suficiente gravedad para justificar la nulidad de las autorizaciones.

Sobre el principio de precaución, expresa:

> Que en este punto cabe recordar que el principio precautorio es uno de los principios fundamentales de la política ambiental. Así, la ley 26.331 –que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos– enumera como uno de sus objetivos «hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo» (artículo 3, inciso d).
>
> La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable.

Estima la gravedad de los hechos y sus efectos sobre los actos impugnados:

> Que con el cuadro de situación descripto se concluye que los actos administrativos impugnados exhiben una clara contradicción frente a los antecedentes de hecho y derecho que precedieron su dictado, pues se apartan ostensiblemente de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas.

En consecuencia, midiendo el peso concreto de la afectación del derecho, toma una decisión severa ante la gravedad de las irregularidades; lejos de devolver las actuaciones al STJJ para que dicte una nueva sentencia conforme a derecho, decide aplicar la alternativa que le reconoce el art. 16 de la Ley 48 para resolver sobre el fondo, declarando la nulidad de las resoluciones que autorizaron los desmontes.

b) Análisis

Este fallo, en sus fundamentos, acude a los precedentes de los casos Mendoza (2008b), Salas (2009c), Cruz (2016a), Martínez (2016b) y consolida la doctrina de la arbitrariedad para la procedencia del recurso extraordinario federal bajo el concepto de la prioridad absoluta la prevención del daño futuro, en la que la participación ciudadana, la audiencia e información pública conforman la estructura de razonabilidad omitida por los actos administrativos analizados.

Cuando observa que se autorizó un desmonte superior a la cantidad de hectáreas detalladas en el estudio de impacto ambiental, que se fiscalizó apenas el 50% de las hectáreas a desmontar, que no se contó con planos ni determinaciones reales, pondera la afectación concreta del derecho al ambiente. Lo subraya cuando expresa que las irregularidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que caracterizaron este pedido de desmonte revisten carácter de suficiente gravedad para justificar la nulidad de las autorizaciones.

Si se vincula con los fallos anteriormente comentados, la Corte pone la certidumbre fáctica como factor determinante. En efecto, cuando media peligro de daño grave o irreversible en un contexto de incertidumbre provocado por una evaluación de impacto ambiental irregular, con una DIA condicionada, se priva a la protección ambiental de la certeza necesaria, situación que se agrava cuando la jurisdicción competente omite toda consideración de esas circunstancias, saliéndose el actuar judicial de la órbita preventiva que se le exige como razonable.

Desde lo formal, se han soslayado el debido proceso y la tutela jurídica efectiva, por lo que, con sustento en la prevención y la precaución, se justifica que la Corte intervenga admitiendo el recurso extraordinario.

Esain (2019a), cuando da cuenta de la evolución del control de constitucionalidad de la CSJN, comenta:

> […] si en el *iter* procesal para la adopción de una resolución administrativa ambiental local, no se siguen las «recetas mínimas»; si se violan esos contenidos que hacen al derecho constitucional al ambiente (art. 41, CN), si esa decisión adolece de vicios que la colocan por fuera de la estructura de constitucionalidad ambiental, es contraria al Estado ambiental de derecho; y entonces debe existir algún mecanismo que permita el «saneamiento»: y ello es la anulación por el máximo órgano judicial de la Nación, como garante último de estas normas.

Sin embargo, este rol que asigna a la CSJN posee un estándar de proporcionalidad fundado en la arbitrariedad de decisiones que vulneran el derecho al ambiente de manera grave. La precaución se instala en la decisión por el peligro de daño grave o irreversible que conmueve la estructura formal hacia la tutela jurídica efectiva. Por lo que la actuación de la Corte es proporcional y, por ende, constitucional, cuando ante un actuar carente de la necesaria certidumbre se abre la posibilidad de un daño grave o irreversible y exige aplicar el principio de precaución para reestablecer la certidumbre.

2.5. Majul (CSJN, 2019b). Recurso extraordinario y arbitrariedad. Amparo y derechos fundamentales. Exceso ritual manifiesto y tutela judicial efectiva. Paradigma ambiental. DIA condicionada. Precaución, *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*. Cuenca hídrica y humedales

a) Reseña

Majul interpuso acción de amparo ambiental colectivo, a la que posteriormente adhirieron otros vecinos, en razón de las obras en ejecución del proyecto inmobiliario *Amarras de Gualeguaychú* –un barrio náutico en la ribera del Río Gualeguaychú, lindero al Parque Unzué, con unos 335 lotes residenciales, más 110 lotes residenciales con frentes náuticos, más complejos multifamiliares de aproximadamente 200 unidades y un hotel de unas 150 habitaciones–, en contra de la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, la empresa Altos de Unzué y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos con el objeto de prevenir un daño inminente y grave para toda la comunidad de las ciudades de Gualeguaychú y de Pueblo General Belgrano y las zonas aledañas; pide expresamente que cesen los perjuicios ya producidos y se los repare.

Luego de algunas vicisitudes procesales, el juez en lo civil y comercial nro. 3 del Poder Judicial de la provincia de Entre Ríos hizo lugar a la acción colectiva de amparo ambiental y ordenó el cese de obras. Condenó solidariamente a la firma Altos de Unzué SA, a la Municipalidad de Pueblo General Belgrano y al Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos a recomponer el daño ambiental en el término de noventa días y designó a la Dirección de Medio Ambiente de la Ciudad de Gualeguaychú para controlar dicha tarea. Declaró la nulidad de la resolución

340/2015 de la Secretaría de Medio Ambiente de la provincia de Entre Ríos que otorgó la factibilidad ambiental.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos hizo lugar a los recursos de apelación interpuestos por la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, Altos de Unzué SA y la provincia de Entre Ríos, revocó la sentencia del juez de primera instancia y rechazó la acción de amparo.

El tribunal entendió que, si bien el actor no había sido parte en las actuaciones administrativas, este reconoció que la Municipalidad de Gualeguaychú había realizado la denuncia en sede administrativa con anterioridad a la interposición de la acción de amparo pidiendo el cese de las obras. Interpretó que al ser lo planteado por el actor un *reclamo reflejo* al deducido por la Municipalidad de Gualeguaychú en el ámbito administrativo resultaba clara e inequívocamente inadmisible la vía del amparo.

Contra esa decisión, el actor interpuso recurso extraordinario cuya denegación originó la presentación en queja ante la CSJN.

Sobre la procedencia del recurso, bajo la doctrina de la arbitrariedad, la Corte consideró que se daban dos supuestos que habilitaban su competencia extraordinaria.

El primer supuesto de procedencia tiene lugar cuando se está ante un agravio de difícil o imposible reparación ulterior. Remarca que:

> […]del mismo EIA presentado por la empresa surge que se realizarían trabajos en un humedal -dentro de un área natural protegida- y que se generarían impactos permanentes e irreversibles». Por otra parte, observa que «desde la presentación del EIA en sede administrativa en octubre de 2012 hasta su aprobación mediante resolución 340/2015 de julio de 2015, la empresa realizó trabajos de magnitud en el predio.

Luego de revisar informes de organismo públicos que identifican el daño ambiental, expresa que «a esta altura, vale recordar 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)».

Al respecto, es muy representativo el informe de la Municipalidad de Gualeguaychú, que realiza una descripción sobre la evolución del área intervenida por el emprendimiento y sus graves afectaciones:

> […]en la imagen de junio de 2004 la Municipalidad expresa que era un monte denso mixto de algarrobos, ñandubay, coronillos, talas, chañar y espinillos, etc." (fs. 761), en la imagen de enero de 2012 "se observa el desmonte total del predio", en la imagen de marzo de 2013 se observa la intervención realizada sobre el terreno a raíz de la ejecución del proyecto.

Para concluir que «de las constancias agregadas a la causa, emerge que aún antes de la aprobación del EIA (Resolución 340/2015) la empresa llevó a cabo

acciones que dañaron al ambiente y que, por su magnitud, podrían ser de imposible o muy difícil reparación ulterior».

La segunda razón de arbitrariedad encuadra cuando lo resuelto por los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales.

En relación con esto, la Corte interpreta que el tribunal superior al dar primacía a la vía administrativa y, en consecuencia, rechazar el amparo ambiental, incurría en un exceso ritual manifiesto y vulneraba el derecho a una tutela judicial efectiva al omitir dar respuesta a los planteos del actor. Observa en este punto que no hay un reclamo administrativo reflejo del amparo, en cuanto este tenía un objeto más amplio, comprendiendo la pretensión de recomposición del daño ambiental causado, mientras que las actuaciones administrativas buscaban la suspensión o cese de las actividades de la empresa.

La Corte observa que se omitió considerar que los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que verifica que se expide una autorización estatal en forma condicionada, lo que es ilegal.

Entonces, revaloriza el amparo como instrumento de defensa de los derechos fundamentales:

> Que cabe recordar que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias. En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales.

Respecto a la desvinculación de la decisión con las normas de derecho fundamental, expresa:

> […] el tribunal superior omitió considerar normas conducentes tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados (art. 43 de la Constitución Nacional y 56 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos; y art. 62 de la ley provincial 8369 -amparo ambiental-). Además, omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos y que el Estado el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad (art. 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos).

Luego, exige la mayor consideración por parte de los jueces del principio de precaución, introduciendo, además, los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro*

aqua. El enunciado de estos es precedido por un importante tratamiento del valor ecosistémico de las cuencas hídricas y de los humedales como bien protegido por el derecho constitucional. Recuerda el fallo en la causa La Pampa (CSJN, 2017c) cuando expresa que «la cuenca hídrica es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales». Conforme al mismo precedente, recuerda «que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, 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».

Considera en consecuencia que:

> En conclusión, resulta evidente la necesidad de protección de los humedales. En este sentido, el art. 12 de la ley 9718 -que declaró "Área Natural Protegida" a los humedales del Departamento de Gualeguaychú, en donde se sitúa el proyecto de barrio-, ordenó su comunicación a la Unión para la Conservación •de la Naturaleza (UICN) y al Comité Ramsar de Argentina, entre otros organismos.

Así, luego de invocar que al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 4 de la ley 25.675). Entonces, introduce el principio *in dubio pro natura* de la siguiente forma:

> Asimismo, los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios_ derivados de los mismos" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

Seguidamente, introduce el principio *in dubio pro aqua*:

> Especialmente el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua 'deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018).

A partir de ellos, se pronuncia:

> En conclusión, el fallo del superior tribunal contraría la normativa de referencia; en especial el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675

–que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie– y los principios *In Dubio Pro Natura* e *In Dubio Pro Aqua*. Todo lo cual, conspira contra la efectividad en la defensa del ambiente que persigue el actor en el caso.

Para resolver:

Que, en tales condiciones, lo resuelto por el superior tribunal de la provincia afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) en razón de que consideró que la acción de amparo no era la vía, y no valoró que el objeto de dicha acción era más amplio que el reclamo de la Municipalidad de Gualeguaychú en sede administrativa y que se había producido una alteración negativa del ambiente –aún antes de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental–; por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias (Fallos: 325:1744).

En consecuencia, deja sin efecto la sentencia apelada.

b) Análisis

La competencia de la Corte es ejercida sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, identificando dos supuestos: un agravio de difícil o imposible reparación ulterior, que se verifica por la ejecución de obras antes del dictado de la DIA y las consecuente alteraciones o amenaza de daños que se acreditan mediante informes, y cuando lo resuelto por los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, que se manifiesta tanto en la desconsideración del amparo como vía de protección preferente como de la pretensión de recomposición que contenía.

La Corte fundamenta la importancia concreta del principio al ambiente afectado por la decisión del Superior Tribunal, valorando diversos informes, siendo muy representativo el citado informe de la Municipalidad de Gualeguaychú.

Tales comprobaciones son valoradas por sus implicancias en el ecosistema, en las que abundan consideraciones sobre la importancia del ecosistema de los humedales en tanto bien protegido en forma expresa por la Constitución Provincial y por legislación específica.

Todo ello se ve agravado por la irregularidad del procedimiento de EIA, por la ejecución de obras antes del dictado de la DIA y por el carácter condicional de esta. Al igual que en Cruz (2016a), Martínez (2016b), Represas de Santa Cruz (2016c), Mamani (2017a), un obrar arbitrario, en el que se ignora el principio de prevención cuando las actuaciones incumplen con la evaluación de impacto ambiental en forma regular, establece la precedencia de la sustentabilidad sobre el otro derecho en conflicto.

Esta precedencia se sustenta en el principio precautorio, en tanto la EIA irregular supone la falta de certidumbre en el obrar y se está frente a la amenaza comprobada de daño grave o irreversible. También se vulnera el principio de recomposición o de responsabilidad, al verificarse alteraciones concretas en el ambiente que no han sido atendidas, no obstante ser objeto del amparo.

En consecuencia, el peso abstracto del principio a proteger es alto en tanto entiende que se omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos) y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad.

Pero en este fallo la Corte ocurre a otros principios de derecho ambiental que se dirige a la certidumbre normativa como variable a ponderar.

Al respecto, la Corte entiende que la protección del principio sustancial exigía la optimización del principio formal del debido proceso, conforme el art. 32 de la LGA, mediante la tutela judicial efectiva, principio que no fue atendido al considerar que la acción de amparo no era la vía adecuada y no valorar que el objeto de dicha acción era más amplio que el reclamo de la Municipalidad de Gualeguaychú.

Para la Corte, la duda normativa sobre la vía procesal más adecuada se despeja mediante la aplicación de los principios *in dubio pro natura e in dubio pro aqua*, que establecen que las controversias ambientales deben ser resueltas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas con el fin de llegar a la interpretación más beneficiosa para el medioambiente.

Como se tratan en el Capítulo 3.3.7.2., el campo de actuación de estos principios no es la incertidumbre científica propia de la precaución, sino que se inserta en la labor ponderativa del decisor, estableciendo una precedencia a favor del derecho al ambiente. Es decir, en el caso, mediando alguna duda normativa sobre la vía procesal idónea, debían preferir la vía más efectiva para amparar el derecho al ambiente.

Estos principios, al ser desconsiderados por los jueces, desbarataron la tutela efectiva contenida en el derecho al debido proceso constitucional.

La ponderación de las variables se presenta en el Cuadro de texto 9.

3. Fallos de la CSJN (institucionales)

3.1. Barrick (CSJN, 2019a). Competencia originaria. División de poderes y principio democrático. Derechos colectivos en serio y derechos individuales. Paradigma ambiental. Visión policéntrica del proceso. Justicia climática. Armonización conforme art. 240 CCyC. El juicio de constitucionalidad y la ponderación de derechos

a) Reseña

Barrick Exploraciones Argentinas SA y Exploraciones Mineras Argentinas SA iniciaron una acción declarativa ante el Juzgado Federal de San Juan, solicitando que se declare la nulidad y, en subsidio, la inconstitucionalidad de la Ley 26639. Cuestionaron el procedimiento legislativo que dio lugar a la sanción de la Ley de Glaciares y que sus previsiones configuraban un exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y que por ende su dictado violaba el dominio originario de la provincia de

San Juan. También argumentaron que la Ley de Glaciares colisionaba con el Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado con la República de Chile (BO 30 de marzo de 2000), una norma de superior jerarquía legal. Finalmente, sostuvieron que los referidos artículos de la Ley 26639 violaban su derecho adquirido a la exploración y explotación minera.

A estas empresas se sumó la provincia de San Juan como litisconsorte activo, por lo que el juez aceptó la intervención de la provincia y se declaró incompetente.

Antes de ello, la Corte (CSJN, 2012a) había revocado la medida cautelar otorgada por el juez federal y dispuso su levantamiento, considerando que los fundamentos dados por el magistrado que previno para tener por acreditado el requisito de verosimilitud del derecho resultan dogmáticos, insuficientes para tornar procedente la medida decretada y que, en lo que concierne al requisito del peligro en la demora, tampoco sustentó adecuadamente el perjuicio irreparable que sufriría la actora de no concederse la medida cautelar solicitada, siendo este un típico examen de necesidad.

Volviendo al proceso principal, la Corte resolvió declarar su competencia originaria. Dictó el fallo el 4 de junio de 2019.

Este fallo tiene dos votos de disidencia, en los que se sostiene que se debía resolver primero la defensa de falta de caso opuesta por el Estado nacional y que los disidentes consideran procedente, tornando inoficioso el tratamiento de los demás planteamientos.

El fallo de la mayoría coincide en la carencia de caso, pero incorpora elementos valiosos para el tema que se desarrolla.

En primer término, aborda la cuestión concerniente a la supresión por parte de la Cámara de origen de un artículo del proyecto venido en revisión, en violación del art. 81 de la CN, considera el principio divisorio de poderes y del principio democrático que titulariza el poder legislativo, para proceder a analizar el reglamento interno de la Cámara de Senadores del que surge la regulación de estas situaciones en los que la razonabilidad de la integralidad de la norma a sancionar justifica la supresión. Además, considera que los actores no fundamentaron el daño que las afectaría, no habiendo un «caso en ciernes» que justificaría una sentencia declarativa.

Interesa el abordaje a los agravios de las actoras referidos a los artículos de la Ley 26639 en cuanto violarían el derecho adquirido a la exploración y explotación minera protegido por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. Tampoco aquí encuentra el «caso en ciernes»:

> Ni las concesionarias ni la Provincia de San Juan probaron que concurriera un acto de ejecución de la norma que las afectara; en el caso de San Juan, tampoco explicó de qué forma la mera vigencia de la ley incidía en sus prerrogativas federales.

No obstante, desarrolla a partir del considerando 13 una doctrina de importancia en la interpretación de las normas constitucionales y el federalismo en virtual conflicto.

Así, expresa:

> Antes que buscar la confrontación de sus mandatos, los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional deben ser interpretados buscando adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental, para cumplir de la forma más fidedigna posible un mecanismo propio del federalismo concertado que estableció el constituyente reformador de 1994.

Entiende que debe concluirse que no hay inconstitucionalidad derivada del procedimiento de sanción de la ley cuestionada y que tampoco se acreditó una lesión a los derechos de los demandantes derivados de un acto de ejecución, aún en ciernes.

De ahí en más, considera necesario proveer los criterios para la resolución de contiendas cuando median derechos de incidencia colectiva.

> Que, sin perjuicio de ello, puede agregarse que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente –que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua (artículo 1°)– la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos.

Inmediatamente procede a caracterizar el derecho en conflicto: «En efecto, la caracterización del ambiente como "un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible" cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes». Es decir, en la causa está en juego un derecho de pertenencia social que excede a las partes.

Esclarece la relación entre el derecho de incidencia colectiva protegido por la ley y los derechos individuales que titularizan otros sujetos:

> Es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva –y de un carácter especialmente novedoso–, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (artículos 1°, 2° y 4° de la Ley General del Ambiente 25.675).

Entonces, arriba así al siguiente encuadre de la causa:

> La calificación del caso exige «una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados». Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo

cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

Luego de ello, analiza el bien protegido por la ley y las diversas medidas para lograr esa protección, entiende que el legislador conectó los efectos de ciertos procesos extractivos –más específicamente, la posible incidencia de la minería a gran escala en ciertas regiones del país– sobre la preservación y conservación de los glaciares como «reservas estratégicas» proveedoras de agua para el planeta.

Entonces, califica la envergadura y proyección del derecho al ambiente:

> Ante este tipo de mandas legislativas –y en la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio– forzosamente su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás. De ahí la utilidad del diálogo constructivo al que alude –entre Nación y provincias– el concepto de federalismo concertado acuñado en la cláusula ambiental de la Constitución Nacional.

En este comentario no se puede dejar de mencionar la vinculación que la Corte realiza entre la ley y el Acuerdo de París: «Que esta lectura se inscribe en el consenso internacional que aprobó el Acuerdo de París en 2015, ratificado por la República Argentina en 2016, sobre calentamiento climático», que confirma la necesidad de fortalecer el proceso colectivo ambiental: «Que, así, la perspectiva global emergente del derecho del cambio climático invita a reforzar la visión policéntrica propuesta para los derechos colectivos al tiempo que evidencia la dificultad del proceso bilateral tradicional para responder a la problemática ambiental».

Luego de ello, alude a la importancia del concepto de Justicia Climática:

> En ese sentido el Acuerdo de París también señala en sus considerandos la utilidad que puede revestir el concepto de «justicia climática» entendida como la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

Es en este punto que introduce un criterio de ponderación de relevancia:

> En suma, el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de la ley 26.639 -acreditada que fuera la existencia de una causa judicial- debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.

En consecuencia, resuelve rechazar la demanda interpuesta por Barrick Exploraciones Argentinas S.A., Exploraciones Mineras Argentinas S.A. y la Provincia de San Juan.

b) Análisis

La Corte, en la causa Defensor del Pueblo (2007c) había aludido a los derechos del art. 43, *segundo párrafo*, CN, como derechos colectivos o supraindividuales. Ahora, en este fallo, expresa que los derechos colectivos ambientales deben ser tomados «en serio», en obvia alusión a la obra de Dworkin y a la teoría de los

principios, por lo que no conforma una cita casual, sino que proyecta su significado respecto al derecho fundamental al ambiente.

En efecto, la Corte rompe el molde bilateral del proceso para advertir que un principio sobre un bien colectivo es el objeto de la ley en cuestión y que esto exige una visión policéntrica del proceso ya que son numerosos los derechos afectados. Cuando dice que son numerosos, se refiere a las diversas posiciones protegidas por el derecho al ambiente en tanto derecho colectivo, siendo estos intereses el parámetro para realizar el examen fáctico.

Sobre la idoneidad de las medidas legislativas, realiza un examen en vista a un estado de cosas futuro, atendiendo a la dimensión intertemporal del bien colectivo protegido, del que resulta la aptitud de estas para alcanzar el fin constitucional de protección.

La importancia concreta es ponderada expresamente cuando señala que, en los términos de la Ley de Glaciares, existe la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua.

La importancia abstracta del derecho, además de la expresión de que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio, la manifiesta luego de recordar el precedente de la causa Mendoza, sobre que el poder delegado a la Nación por las provincias de establecer los presupuestos mínimos ambientales no constituye una mera declaración teórica, cuando dice que el Estado Nacional recibió la facultad de instrumentar mediante ese tipo de leyes los medios para lograr el fin constitucional de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (artículo 41).

Como en otros pronunciamientos, la armonización entre derechos o regla de compatibilización supone la precedencia de la sustentabilidad, así dice que el derecho individual de propiedad debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable. Esto es, que el ejercicio razonable de los derechos individuales no puede afectar ni la sustentabilidad ni el funcionamiento de los ecosistemas.

Esto alcanza mayor precisión cuando explica que el juicio de constitucionalidad de un posible acto lesivo derivado de una ley de presupuestos mínimos debe ser analizado en el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados.

Entonces, cuando los derechos de incidencia colectiva protegidos por las medidas de la Ley de Glaciares colisionan con los derechos individuales conferidos por la Provincia de San Juan como titular del dominio originario, se requiere ponderación para determinar la constitucionalidad. En tal caso, la ponderación a la que alude la sentencia requiere la compatibilización de estos conforme el art. 240 del CCyC, por lo que el límite del ejercicio de los derechos individuales es la no afectación de aquellos.

Para la Corte, la compatibilización también es institucional, ello lo expresa cuando refiere a la tarea de interpretación constitucional que primariamente deben

llevar adelante las autoridades federales y provinciales, para conjugar los intereses en el plano del debate político, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución.

Sobre la competencia respecto a las normas de PMPA y NC, se remite al Capítulo 6.4.

Para verificar la razonabilidad de la decisión que rechaza la demanda de inconstitucionalidad de la ley, se aplica la fórmula de peso:

a) PRINCIPIO DE PROPIEDAD Y ACTIVIDAD INDUSTRIAL MINERA (*Pi*):

La importancia de la intervención de la actividad puede catalogarse de media (limita su actividad únicamente en los ambientes protegidos) *Ii*= 2

El peso abstracto del principio es medio frente a los derechos colectivos *Wi* = 2

La certeza de las premisas fácticas califica como baja (no prueba el agravio a su derecho) *Ri* = 1/4

b) PRINCIPIO PROTECCIÓN DE LOS AMBIENTES GLACIARES (*Pj*):

La omisión de la medida supone una afectación grave o intensa del bien colectivo (afectación al acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua) *Ij* = 4

El peso abstracto del bien colectivo protegido es alto (además de recaer sobre un bien colectivo se conecta con el principio democrático y la justicia climática) *Wj* = 4

El grado de certeza de las premisas fácticas es alta (el legislador conectó los efectos de ciertos procesos extractivos –más específicamente, la posible incidencia de la minería a gran escala– sobre la preservación y conservación de los glaciares como «reservas estratégicas») *Rj* = 1

$$Pi\,\frac{2}{4} * \frac{2}{4} * \frac{\frac{1}{4}}{1} = \frac{1}{16}\,(0{,}0625) \;<\; Pj\,\frac{4}{2} * \frac{4}{1} * \frac{1}{1} = 16$$

$$Pi{=}0{,}0625 \quad < \quad Pj{=}16$$

El resultado es contundente. Si los titulares de los derechos sobre bienes individuales hubieran comprobado con certeza la afectación al derecho de propiedad, la fórmula daría el siguiente resultado:

$$Pi{=}\,0{,}25 \quad < \quad Pj{=}\,4$$

Por lo que la medida dispuesta por la CSJN es proporcional.

3.2. Ejército Argentino, (CSJN, 2019e). Competencia originaria. Normas complementarias. Estructura normativa

a) Reseña

El Estado nacional –Estado Mayor General del Ejército– inicia demanda contra la provincia de Mendoza a fin de que se declare la inconstitucionalidad de las leyes locales 6200 y 7422, por medio de las que se estableció el carácter de área natural protegida, y sujeta a expropiación en los términos de la ley 6045, a la Laguna del Diamante en los límites fijados en dichas disposiciones legales, dentro de los cuales se encuentra un inmueble a nombre del Ejército argentino.

Argumenta que la expropiación dispuesta y las restricciones dominiales que allí se establecen, y las consiguientes perturbaciones que ocasionaría la aplicación de esas normas provinciales en las actividades y fines de un establecimiento de las características del mencionado, evidencian la incompatibilidad de aquellas con la finalidad de utilidad nacional prevista en su constitución, por lo que su aplicación traería aparejada la violación de los arts. 31, 75, incs. 27 y 30, 121 y 126 de la Constitución Nacional.

Esta demanda corresponde a la competencia originaria de esta Corte prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

Destaca que la provincia de Mendoza presentó una propuesta de formalizar un Acta Acuerdo de cogestión del área, y el compromiso de la provincia de no proceder a la expropiación de los terrenos implicados. Propuesta que fuera rechazada por la actora.

Considera así que tal estado de cosas exige discernir el diferendo a fin de dirimir los derechos de las partes en conflicto y evitar así confrontaciones e interferencias de naturaleza interestaduales.

A continuación, refiere la estructura normativa involucrada en el conflicto: arts. 41, 124 y 75 inciso 30 de la CN. Remarcando que el art. 41 establece que «corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección [del ambiente], y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales».

Para considerar que en esa línea de ideas se inscribe la sanción de la Ley 25675, que el art. 41 de la Constitución Nacional anticipa, de 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. Establece objetivos y principios e instrumentos para la protección del ambiente.

Luego analiza las leyes provinciales atacadas, la ley de creación del área protegida y de su ampliación, y la Ley 6045 que regula el sistema provincial de áreas naturales protegidas.

Luego de ello, define el conflicto a resolver:

> Que conforme a las pretensiones de las partes y a las normas transcriptas, en estas actuaciones corresponde dilucidar si la Provincia de Mendoza es autoridad competente para proteger el medio ambiente en el área en donde se encuentra la Estancia El Yaucha –«EBR 3792 Campo General Alvarado»–, establecimiento de utilidad nacional, que es propiedad del Ejército Argentino. En efecto, en el caso, lo que está en tela de juicio es la interacción de las potestades federales y las competencias, locales –competencias concurrentes–; y si existe manifiesta afectación o interferencia concreta al fin público concebido a un establecimiento de utilidad nacional.

Entiende que, conforme a los rasgos distintivos con los que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción es la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo, en consecuencia, ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa.

Agrega:

> El ejercicio de las competencias concurrentes que la Constitución Nacional consagra en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 18, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida («Papel Prensa SA», Fallos: 338:1183), como es el caso de la protección del medioambiente en un área en donde se encuentra una parte de un establecimiento de utilidad nacional –Estancia El Yaucha–.

Recuerda que las provincias delegaron a la Nación la competencia para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental (arts. 41 y 121 de la Constitución Nacional); y aquellas conservaron la potestad de dictar las normas necesarias para complementarlas.

Es en este contexto que la provincia de Mendoza, de conformidad con el poder que no delegó a la Nación y en razón de ser la titular del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (art. 124 de la Constitución Nacional), declaró área natural protegida (leyes 6200 y 7422) a la zona de la Laguna del Diamante.

Es entonces que define las normas complementarias: «estas leyes ambientales provinciales complementan a la ley nacional de presupuestos mínimos (art. 41 de la Constitución Nacional); entendiéndose que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada».

Luego de encuadrar las leyes provinciales observadas como normas complementarias, explica su fin:

> En suma, el fin de las leyes provinciales es la protección de un área de un alto valor de riquezas naturales. En este sentido, vale recordar, que esta Corte ha sostenido que la tutela ambiental beneficia a toda la

población porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual (Fallos: 329:2316).

El fallo referido es el emitido en la causa Mendoza (2006c). Entonces completa diciendo que, en este sentido, la pretensión de la actora se encuentra en pugna con una sólida jurisprudencia de esta Corte que ha sostenido que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.

Destaca que el objetivo de las leyes ambientales provinciales es que la autoridad provincial «propondrá integrarse al manejo y gestión de las áreas de jurisdicción nacional compatibilizando los objetivos que fije en la materia el gobierno nacional con los del gobierno provincial» (art. 16, de la Ley 6045).

Concluye que no surge de las normas provinciales la existencia de una violación o incompatibilidad que justifique la declaración de inconstitucionalidad como pretende la actora, o la interferencia en el cumplimiento de los fines de utilidad pública.

Resuelve en consecuencia, rechazar la demanda.

En el voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz se destaca este considerando:

> Que, por lo demás, el deber en que se encuentra el gobierno nacional de asegurar el derecho a un ambiente sano, en los términos del art. 41 de la Constitución, ha sido reglamentado por la ley 25.675, cuyas reglas, fines y principios le resultan plenamente exigibles. En el marco del Sistema Federal Ambiental, establecido en su art. 23, se impone al gobierno nacional, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la carga de actuar de manera coordinada en el desarrollo de las políticas ambientales tendientes al logro del desarrollo sustentable.

b) Análisis

Este fallo se caracteriza por presentar la estructura del sistema jurídico ambiental a partir del. Art. 41 de la CN. A partir de ello, define con amplitud la competencia complementaria provincial. El considerando décimo interpreta la ley provincial cuestionada desde el bien colectivo protegido y sus micro bienes:

> Las áreas especialmente protegidas, constituyen ecosistemas -incluyendo cuencas hidrográficas como recursos hídricos, art. 33, de la ley 6045- representativos de ambientes diversos o de la naturaleza (macro bien del derecho ambiental) y de sus microcomponentes, a saber: flora, fauna, paisaje, humedales, glaciares y material arqueológico y paleontológico - de los servicios ambientales y valores culturales asociados- que se deben conservar o preservar en estado inalterable, –en su condición actual–, a largo plazo, para beneficio y goce de las presentes y futuras generaciones (conf. art. 4, de la Ley 7422).

Las condiciones necesarias que conforman el supuesto de hecho de las normas complementarias comprenden la protección del ambiente para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, esto es, el que corresponde a la escala local.

Pero esta amplitud se da en el contexto de las relaciones federales en el que la armonización es la regla principal. La competencia ambiental compartida importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común; ello es así en cuanto el fin constitucional es lo compartido por ambas esferas regulatorias.

La definición de la norma complementaria corrobora que las normas ambientales, nacionales y provinciales, tienen en común el establecimiento de las condiciones necesarias, que se ajustan según sea la escala nacional o local de la regulación.

Respecto a los medios que establecen las normas locales, queda fuera del conflicto la facultad expropiatoria, en cuanto la provincia demostró no haberlo ejercicio ni pretenderlo hacer, por lo que las demás medidas de conservación vinculadas al manejo del área protegida se consideran idóneas y necesarias. Respecto a este último examen, no se advierte la interferencia con las actividades del Ejército, en cuanto las mismas normas locales invitan a integrar a las autoridades nacionales para compatibilizar los objetivos del manejo de esas áreas.

Así, el fallo encuadra la solución en el contexto del federalismo, de la necesaria armonización entre competencias compartidas, que requieren una adecuada interpretación de los principios constitucionales aplicables.

El voto en disidencia del Rosenkrantz atribuye la condición de norma adscrita a la Ley 25675 para la realización de los deberes establecidos en el art. 41 de la CN, destacando la función de coordinación que se establece en el Sistema Federal Ambiental entre las distintas jurisdicciones para cumplir con la carga constitucional.

Esta es una consideración de importancia para la aplicación de las reglas de proporcionalidad institucional, observándose que ha ido perdiendo presencia en los precedentes recientes, no obstante responder con plenitud al federalismo de concertación.

3.3. La Picasa (CSJN, 2019d). Competencia dirimente. Cuenca hídrica. Federalismo de concertación. Territorialidad ambiental y territorialidad federal. Optimización institucional. Paradigma ecocéntrico. Visión policéntrica del proceso. Irradiación de la sustentabilidad

a) Reseña

La causa fue promovida el 31 de mayo de 2000 por la provincia de Buenos Aires contra la provincia de Santa Fe, en los términos previstos en el art. 127 de la Constitución Nacional, a fin de que se le prohíba la ejecución de obras que alteren el escurrimiento natural de las aguas de la Laguna La Picasa –a través del canal denominado *Alternativa Norte*–; se la condene a destruir a su costa las llevadas a cabo, reponiendo las cosas a su estado anterior; se le ordene que reanude la concertación de acciones comunes tendientes a resolver la emergencia hídrica de la región de acuerdo a lo establecido en la Comisión Interjurisdiccional creada al efecto, y se le imponga el cumplimiento y ejecución del proyecto acordado para la regulación de la cuenca.

El Tribunal declaró que la queja debía ser dirimida en los términos del citado art. 127, por vía de su instancia originaria.

Se ordenaron informes y se realizaron audiencias. En el año 2005, las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba, y la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación suscribieron dos actas acuerdo. Luego de ello se suspendieron los plazos procesales de común acuerdo.

El 15 de junio de 2016, se suscribió el «Convenio entre el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, la provincia de Buenos Aires, la provincia de Córdoba y la provincia de Santa Fe para la integración de la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa».

Transcurridos más de diez años del decreto que hiciera lugar al pedido de suspensión del proceso articulado por las partes, el 7 de junio de 2017, se presentó el Defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, quien denunció que los habitantes del noroeste bonaerense se encontraban sufriendo inundaciones desde principios de ese año por el exceso de agua y su falta de escurrimiento, y solicitó que se convocara a las partes a una audiencia que informara el estado de cumplimiento y ejecución de las medidas adoptadas en el marco de este proceso y de los acuerdos celebrados en consecuencia.

El tribunal pidió la información actualizada sobre el estado de ejecución de las obras conforme los compromisos celebrados.

Luego de recibir los informes, el tribunal convocó para el 8 de noviembre de 2017 a una audiencia pública, en ella expusieron diversos *Amicus Curiae*, representantes de las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba, y el subsecretario de Recursos Hídricos de la Nación.

El Defensor del Pueblo provincial solicitó que, en atención a los informes presentados y al resultado de la audiencia pública, se dictara sentencia ordenando a las partes impedir el ingreso de agua a la provincia de Buenos Aires por la denominada *Alternativa Norte*.

La Corte requirió a las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, y al Estado nacional que, en el marco de la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa, presenten un informe conjunto sobre el estado de cosas y la ejecución de las obras.

Dicho informe conjunto fue presentado el 5 de octubre de 2018 y la Corte consideró que no surge de él la existencia de controversias entre las partes.

No obstante, la Corte decide resolver desde una perspectiva más amplia, superadora del conflicto entre las partes, para atender la problemática integral de la Laguna La Picasa.

Las principales consideraciones son:

a) El escenario subyacente involucra cuestiones de mayor alcance, comprende una amplia región y se vincula con derechos de incidencia colectiva de múltiples

afectados, tutelados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994.

b) La regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años. La visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial, que solo repara en la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en la utilidad pública que restringe a la actividad del Estado, ha mutado hacia un modelo eco-céntrico o sistémico.

c) En ese entendimiento, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible –cita los fallos Mendoza (2006c) y La Pampa (2017c)–. Además del ambiente como macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

d) Esta calificación de la situación vinculada al presente litigio plantea una consideración de intereses que exceden la dimensión de conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados.

e) La Corte recuerda que se ha pronunciado sobre la trascendencia del concepto de cuenca hídrica, entendiéndola como una unidad que comprende el ciclo hidrológico en su conjunto ligada a un territorio y a un ambiente en particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua (Majul, 2019b).

f) En consecuencia, la compleja situación general de la Laguna La Picasa demanda conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca hídrica) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino).

g) La territorialidad ambiental y la territorialidad federal desarrolladas en el considerando anterior encuentran su representación y conjugación en la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa (CICLP), organismo propio del federalismo de concertación.

h) En consecuencia, al haberse conformado la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa (CICLP), corresponderá a los Estados que en su marco actúan instrumentar las medidas necesarias para garantizar el efectivo respeto de los principios constitucionales ambientales y federales reseñados en los considerandos 9 a 10.

Las tareas por cumplir serán conforme los principios de solidaridad, cooperación y subsidiariedad (art. 4, Ley 25675).

Por lo que resuelve:

I. Declarar concluido el proceso. II. Ordenar a las partes que:

a) Coordinen el manejo racional, equitativo y sostenible del agua en la cuenca de la Laguna La Picasa;

b) Desarrollen las obras necesarias referentes a los proyectos de infraestructura que prevengan, regulen o controlen el escurrimiento de aguas de la laguna;

c) Controlen –conforme a un relevamiento de canales actualizado– las obras hidráulicas no autorizadas en el área de la Cuenca en las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe.

d) Fortalezcan a la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa (CICLP) como una instancia de colaboración para la gestión conjunta de los recursos hídricos de la región mediante planes, programas, proyectos y obras orientados a la resolución de la problemática de las inundaciones, anegamientos y sequías que afectan a la Cuenca.

b) Análisis

Este fallo se comprende desde el ejercicio de la competencia dirimente no judicial de la Corte, ya que las partes habían alcanzado un consenso reconocido por el tribunal, situación procesal que no impidió la necesidad del pronunciamiento ante la subsistencia de intereses afectados que excedían el marco establecido por las partes.

Desde el análisis propuesto, resulta que la Corte encuadra a la cuenca como bien colectivo, identificando múltiples intereses afectados que los acuerdos de las partes no habían satisfecho. Por lo que el efecto de irradiación horizontal del principio de sustentabilidad imponía superar la dimensión bilateral del conflicto:

> [...] para tener una visión policéntrica pues requiere de conductas que superan tanto los intereses personales, como los provinciales, en tanto, entre otros, hay que tener en cuenta diversos aspectos económicos, sociales, políticos, y de ingeniería (art. 10, ley 25.675), que hacen a la sustentabilidad y funcionalidad del ecosistema (art. 240, Código Civil y Comercial de la Nación.

No obstante, la intervención de la Corte se realiza con el pleno reconocimiento del federalismo de concertación, el cual tiene base constitucional, por eso destaca el acuerdo de creación de la comisión interjurisdiccional:

> Este Convenio fue acordado entre las provincias en ejercicio de la autonomía que les es reconocida para celebrar tratados entre ellas y en particular para cooperar en trabajos de utilidad común (arts. 124 y 125 de la Constitución). Por ello, en la medida que ya ha sido ratificado por las respectivas legislaturas, lo acordado tiene por sí mismo aptitud para comprometer a las partes.

Le reconoce también la virtud de conjugar la territorialidad ambiental con la territorialidad federal.

Desde esta perspectiva, el fallo despliega las reglas de la proporcionalidad institucional entre los estados miembros de la federación, que se fundamenta cuando dice: «La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales».

Pero el bien afectado trasciende a las partes y exige que la solución sea eficaz respecto a esos intereses. Es un efecto de irradiación propio del principio. A partir de ello, emite órdenes en base a los principios de solidaridad, cooperación y subsidiariedad de la Ley 25675, art. 4.

La optimización de los acuerdos federales lleva a la Corte a requerir el fortalecimiento de la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca.

El fallo consolida la definición del bien colectivo agua y el concepto de cuenca hídrica, conforme los precedentes de las causas Mendoza (CSJN, 2006b), Majul (CSJN, 2017b) y La Pampa (CSJN, 2017c).

Es muy importante señalar que en estos fallos nunca aplica la Ley 25688 de PMPA de preservación del agua, que en el artículo 4 crea los comités de cuenca hídricas interjurisdiccionales. Esta norma de dudosa constitucionalidad es omitida en por la Corte, siendo suficiente el concepto de cuenca hídrica como bien colectivo y la aplicación de los principios federales de la Ley 25675, vinculados a los conceptos de territorialidad ambiental y federal. Sin embargo, se observa que en el fallo Servicios de agua (2020a) invoca la Ley 25688 para fundamentar el carácter de bien colectivo de la cuenca hídrica.

3.4. La Pampa (CSJN, 2017c; 2020c). Competencia dirimente y originaria. Paradigma ecocéntrico. Visión policéntrica. Recomposición. Resiliencia. Cuenca hídrica. Territorialidad ambiental y federal. Caudal ecológico y ambiental. Metodologías. Optimización institucional. Principios federales. Efecto de irradiación del derecho. Derecho de las generaciones futuras. Observación

a) Reseña

La Provincia de la Pampa la Provincia de La Pampa promueve demanda en los términos del artículo 127 de la Constitución Nacional contra la Provincia de Mendoza, a fin de que se declare la presencia de daño ambiental, como consecuencia de los incumplimientos de la sentencia del año 1087 y otros acuerdos que afectarían la cuenca del río Atuel, se ordene el cese y su recomposición, se determine un caudal fluvioecológico en forma inmediata y se fije un caudal ambiental en un plazo determinado para el río Atuel.

Estima el caudal fluvioecológico que pretende:

> Si bien el caudal de escorrentía mínima o caudal fluvioecológico deberá luego ser determinado por las pericias, podemos adelantar que, de acuerdo a lo establecido por los profesionales de la Universidad Nacional de La Pampa, y de otras universidades que intervinieron en los Informes acompañados como prueba, ese caudal mínimo no puede ser inferior a 4,5 o 5 m^3/s.

Respecto a la reparación del daño ambiental colectivo, incluye el daño moral colectivo, el daño a la actividad económica, aves, caza, pesca, invasión de especies, y la recomposición del ambiente.

La provincia de Mendoza rechaza los incumplimientos argüidos y rebate la consistencia de fijar un caudal fluvio-ecológico y de un caudal ambiental (para fines sociales), con argumentos legales y técnicos. Niega que La Pampa no cuente con el caudal ecológico que reclama, por el contrario, sostiene que las estaciones de aforo y medición de caudales que la actora tiene demuestran que ya existen caudales que incluso superan los que se demandan. Incluye las predicciones derivadas del cambio climático (que afectaría el caudal del río Atuel en un 10% de su volumen), el retroceso de los glaciares en la región (que se acreditaría con el Inventario de Glaciares del Atuel), y el apreciable cambio del régimen de lluvias, que afectaría con mayor sequía a Mendoza, y que, paradójicamente, llevaría mayores lluvias (y mayor disposición de aguas por esta causa) a La Pampa.

Pronunciamiento del 17 de diciembre de 2017

La Corte, para este primer pronunciamiento, parte de que se trata de un conflicto ambiental que presenta aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), dado que con el paso de los años el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994.

De ahí en más establece las consideraciones sobre los que encuadrará el conflicto:

1. El ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible. Esta calificación cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región.

2. Además del ambiente como macro bien, este conflicto se refiere al uso del agua, que es un micro bien ambiental y que, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible.

3. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial para que mantenga su sustentabilidad.

4, Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

5. Esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

6. Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.

Luego de este encuadre, indica los principios federales que conducirán resolución del conflicto:

1. La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales 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.

2. En el *subexamen* es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino).

3. 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».

4. En este marco, frente a la existencia de tensiones en las relaciones interjurisdiccionales, es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación que supere los enfoques disyuntivos o separatistas.

5. Las decisiones del Tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de «buena fe», siendo este estándar un factor relevante al momento de ponderar las responsabilidades que pueden emerger en caso de incumplimiento.

La función del principio de progresividad en causas ambientales es establecida de la siguiente forma: «El Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual; criterio que resulta especialmente aplicable al caso por tratarse de una cuestión ambiental, regida por el principio de progresividad (Fallos: 329:2316, punto V)».

El concepto de cuenca hídrica es la pauta para este tipo de conflicto, que explica del siguiente modo:

1. Por eso es necesario recurrir al concepto jurídico de cuenca como ámbito de competencia de la actuación dirimente de esta Corte. La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular. Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común.

2. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca.

3. Así, la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un Organismo de Cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción.

En consecuencia, diseña la decisión considerando:

> Que la necesidad de un caudal para asegurar la subsistencia del ecosistema quedó acreditada, no solo por' los precedentes de este caso, sino también en la audiencia pública y en los informes sobre la desertificación del área.
>
> El problema no está en la demanda de un caudal, sino en la oferta del agua, es decir, de dónde proviene o quién la aporta.
>
> Asimismo, hay que tener en cuenta cuál es la incidencia de la disminución de oferta de agua y el aumento de la demanda, en el área de la Provincia de Mendoza, derivada del cambio climático.

Así, toma una primera decisión: «En razón de lo expuesto se fijará un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa».

Para lo cual, ordena que las provincias de La Pampa y Mendoza, en forma conjunta con el Estado nacional, elaboren por intermedio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación con la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución entre el Estado nacional y las provincias de La Pampa y Mendoza. La presentación de ese programa deberá ser sometido a la aprobación de este Tribunal dentro del plazo de ciento veinte (120) días.

Finalmente, exhortar a las provincias de La Pampa y Mendoza, y al Estado Nacional, a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la Comisión Interprovincia1 del Atuel Inferior (C.I.A.I.), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creado.

Pronunciamiento del 16 de julio de 2020

Parte de la consideración que, vencido el plazo fijado por el Tribunal, las provincias involucradas no llegaron a una solución consensuada en cuanto a la fijación de un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado.

No obstante, el fallo da cuenta de las múltiples tareas llevadas por las partes y el Estado nacional, en el que se exponen diversas metodologías para la determinación del caudal.

Entonces, al no haberse alcanzado ninguna solución acordada por las tres jurisdicciones, la Corte define el curso de acción en ejercicio de la función dirimente. Para lo cual analiza los diversos estudios agregados a las actuaciones por las partes.

Reitera el criterio paradigmático de ponderación cuando el derecho afectado es el agua como bien colectivo:

> En efecto, la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años. La visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial que solo repara en la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en la utilidad pública que restringe a la actividad del Estado, ha mutado hacia un modelo eco-céntrico o sistémico. El paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.

Otro considerando destaca los efectos de irradiación horizontal y vertical: «Ello surge del art. 41 de la Norma Fundamental argentina, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado». También expresa: «Se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente».

Describe cómo las partes fijan sus respectivas posiciones:

> La Provincia de La Pampa insiste en su pretensión de que se fije un caudal mínimo base de 4,5 m^3/s y un caudal máximo (que se corresponde con la fusión de la nieve a fines de primavera e inicios de verano), que resulta de un caudal medio anual (módulo) variable entre 7 m^3/s y 9,5 m_3/s conforme con una metodología «holística» o «integradora».
>
> La provincia de Mendoza propone un plan de obras que describe en un documento bajo el título de «Programa definitivo de obras para la solución integral de la problemática del río Atuel», que garantizaría un caudal mínimo o caudal ecológico de 1,3 m^3/s para el primer año y una conductividad eléctrica que no supere los 6000 uS/cm; para llegar en una segunda etapa, mediante un plan de obras a ejecutarse en forma paralela y progresiva en 5 años, a duplicar la disponibilidad del caudal mínimo comprometido, llevándolo a 2,6 m^3/s. la provincia de Mendoza adoptó para la determinación de este caudal mínimo la metodología hidrológica suiza cuestionada por la provincia de La Pampa respecto del cálculo final.

Luego de analizar los informes técnicos, resuelve fijar como caudal mínimo permanente el recomendado por el Instituto Nacional del Agua (INA), es decir, el de 3,2 m^3/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza; ello como instrumento de posible cese del daño ambiental ocasionado por la falta de escurrimiento del río Atuel en territorio pampeano. Dicho caudal constituye un promedio de los resultados obtenidos por la aplicación de los distintos métodos hidrológicos de uso internacional.

Estos métodos arrojaron valores inferiores al valor mínimo absoluto histórico de la serie (Tennant, Asturiano, de porcentaje de caudal medio anual, Matthey y el recomendado por la legislación Suiza), en la inteligencia de que dicho caudal se

encontraría garantizado el 100% del tiempo, según la curva cronológica de caudales de la serie analizada en la estación La Angostura por el referido organismo nacional.

Conforme al principio de progresividad resuelve fijar como meta interina un caudal mínimo permanente del río Atuel de 3,2 m^3/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza (art. 40, Ley 25675). En los considerandos explica:

> Que el caudal mínimo permanente que se fija en este pronunciamiento debe entenderse como una meta interina en el camino destinado a la determinación definitiva del caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, que constituye la meta final perseguida.

A tal efecto, ordena a las provincias involucradas que, junto con el Estado nacional, determinen en la órbita de la CIAI las acciones u obras de infraestructura necesarias para alcanzar el caudal mínimo permanente fijado, debiendo indicar el tiempo que demandarán y el porcentaje de los costos que cada una de las jurisdicciones afrontará y, asimismo, que diagramen un programa de monitoreo permanente que permita el control en el tiempo de la provisión del caudal mínimo fijado y de la evolución de la biota, la salinidad y los niveles freáticos. La presentación de los programas de acciones u obras y de monitoreo ordenados deberán ser sometidos a la aprobación de este Tribunal dentro del plazo de noventa (90) días.

Instar a las provincias de La Pampa y Mendoza al fortalecimiento institucional del organismo de cuenca, integrando al Estado nacional la conformación de la Comisión Interjurisdiccional del Río Atuel (CIRA), en reemplazo de la actual Comisión (CIAI).

Finalmente, en el caso de no alcanzarse ninguna solución acordada por las tres jurisdicciones, la Corte mantiene su competencia para definir el curso de acción a seguir.

b) Análisis

1) En el primer pronunciamiento encuadra el caso en la cuenca hidrográfica como bien, en la idea de que el ecosistema a preservar no se fracciona entre las jurisdicciones provinciales y requiere conjugar la territorialidad ambiental con la territorialidad federal. En efecto, considera que:

> […]las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), dado que con el paso de los años el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el afta 1994.

El concepto ecocéntrico del ambiente es el eje de la causa, ya que entiende que no se trata como en el pasado de una cuestión dominial de las aguas, sino de derechos que se relacionan con el bien colectivo compartido.

Así, la importancia concreta del derecho a satisfacer es descripta a partir de la definición de ambiente como bien colectivo y la magnitud de la afectación que supone: «Esta calificación cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región». Precisa que, además del ambiente como macro bien, este conflicto se refiere al uso del agua, que es un micro bien ambiental y, que, por lo tanto, también presenta los caracteres que derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible.

Esto último se explica por las graves consecuencia que sobrevendrían de no adoptarse ninguna medida, señalando no obstante la complejidad de estas: «ha disminuido la oferta de agua y ha aumentado la demanda, lo que produce una disputa que es de difícil resolución». Para agregar:

> También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

Pondera el peso abstracto del derecho a satisfacer, el cual, conforme a la Corte, excede los intereses privados o estaduales, comprometiendo los del mismo sistema.

En este contexto, toma una primera decisión requiriendo la fijación de un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa.

Establece complementariamente un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación con la problemática del Atuel.

Ese programa debe contener los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución entre el Estado Nacional y las provincias de La Pampa y Mendoza. La presentación de ese programa deberá ser sometido a la aprobación del Tribunal dentro del plazo de ciento veinte días.

Indica la necesidad del fortalecimiento del organismo de cuenca, integrando al Estado Nacional. Lo que se corresponde con la precepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación y los principios federales ambientales.

En sus considerandos destaca un criterio de optimización de las medidas a adoptar: «el problema no está en la demanda de un caudal, sino en la oferta del agua, es decir, de dónde proviene o quién la aporta. Asimismo, hay que tener en cuenta cuál es la incidencia de la disminución de oferta de agua y el -aumento de la demanda, en el área de la Provincia de Mendoza, derivada del cambio climático».

2) En el segundo fallo, al no haberse alcanzado un acuerdo sobre el caudal apto requerido, procede a fijarlo realizando un examen de idoneidad técnica para seleccionar la medida apta para el fin de recomposición ambiental.

En efecto, la determinación del caudal mínimo fue objeto de un análisis entre múltiples posiciones técnicas vertidas por las provincias y por el Estado nacional;

definiéndose la Corte por el informe del INA para la determinación del caudal mínimo como meta interina.

La aplicación del principio de progresividad cobra envergadura en la fijación de la medida como interina, cuando remarca que «al perseguirse una recomposición natural o pasiva del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, no es posible conocer anticipadamente el tiempo necesario para alcanzarla, ya que dependerá de la capacidad de auto-regeneración del ecosistema».

La medida se complementa ordenando a las provincias involucradas que, junto con el Estado Nacional, determinen en la órbita de la C.I.A.I. las acciones u obras de infraestructura necesarias para alcanzar el caudal mínimo permanente fijado, debiendo indicar el tiempo que demandarán y el porcentaje de los costos que cada una de las jurisdicciones afrontará. Además, deberán diagramar en un programa de monitoreo permanente que permita el control en el tiempo, de la provisión del caudal mínimo fijado y de la evolución de la biota, la salinidad y los niveles freáticos. Establece un plazo para la presentación de los programas de acciones u obras y de monitoreo ordenados, que deberán ser sometidos a la aprobación del Tribunal, dentro del plazo de noventa (90) días.

Profundiza su sugerencia de fortalecimiento institucional del organismo de cuenca, indicando: las jurisdicciones provinciales deben consideren la propuesta realizada por la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica de la Nación para la conformación de la Comisión Interjurisdiccional del Río Atuel (CIRA), en reemplazo de la actual Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI).

Reitera que, en el caso de no alcanzarse ninguna solución acordada por las tres jurisdicciones, mantiene su competencia para definir el curso de acción a seguir.

Sin embargo, se debe observar que en el segundo pronunciamiento no hay referencia alguna a la variable climática que debería haber considerado expresamente en el programa de monitoreo permanente, en tanto tiene una profunda incidencia en los caudales futuros. En el primer pronunciamiento, además de indicar que había que tener en cuenta cuál sería su incidencia en Mendoza, expresó que se trataba de encontrar una solución enfocada en la sustentabilidad futura, por lo que los efectos del cambio climático no debían ser eludidos en el referido programa. Se afecta la idoneidad y necesidad de la medida.

Esta observación no es menor, es la misma Corte la que en el primer pronunciamiento consideró esta variable. Entonces, el examen fáctico de la medida se ve empobrecido al no considerar en el programa de monitoreo la multitud de intereses, presentes y futuros, que pueden verse afectados por el fenómeno climático.

3.5. Equística (CSJN, 2020e). Amparo Colectivo. Originario. Paradigma ecocéntrico. Territorialidad ambiental y federal. Emergencia ambiental. Ley de Cambio Climático. La defensa de las generaciones futuras

a) Reseña

Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil promueve acción de amparo colectivo ambiental contra la Municipalidad de Rosario, la provincia de

Santa Fe, la Municipalidad de Victoria, la provincia de Entre Ríos, y el Estado Nacional.

La demanda manifiesta que desde comienzos de julio de 2020 se vienen produciendo incendios irregulares en el cordón de islas que están frente a la costa de la ciudad de Rosario, y que el fenómeno ha crecido tanto que está fuera de control. Explica que la quema indiscriminada produce afección a la salud, en especial de los habitantes de la ciudad de Rosario. Pide que se adopte con carácter urgente una medida cautelar que ordene a los accionados hacer cesar de modo efectivo e inmediato todos los focos de incendio.

La Corte asume su competencia originaria. Considera que existen suficientes elementos para tener por acreditado que los referidos incendios, si bien constituyen una práctica antigua, han adquirido una dimensión que afecta a todo el ecosistema y la salud de la población. El caso no consiste en el juzgamiento de una quema aislada de pastizales, sino que se trata del efecto acumulativo de numerosos incendios que se han expandido por la región, poniendo en riesgo al ambiente. El Delta del Paraná es un ecosistema vulnerable que necesita protección. Se sustenta en el contendido analítico del «Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná» (PIECAS-DP), producido por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) de la Jefatura de Gabinete de ministros en mayo de 2008. Para identificar que:

> El peligro concreto sobre el ambiente se configura porque, con estos incendios, se pierden bosques, se afecta la función de humedales, se cambia abruptamente el uso del suelo, desaparecen innumerables especies de origen subtropical, de la vida silvestre, de la flora, de la fauna y la biodiversidad. Todo ello causa un riesgo de alteración significativa y permanente del ecosistema del Delta del Río Paraná.

En ese sentido debe tenerse en cuenta que, a partir de la inclusión en 1994 de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional (art. 41), el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del sistema mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente 25675. Esto se referencia en el precedente La Pampa (2017c).

Luego acude al art. 2 de la Ley 27520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, que contempla el deber de establecer estrategias, medidas, políticas e instrumentos relativos al estudio del impacto, la vulnerabilidad y las actividades de adaptación al Cambio Climático que puedan garantizar el desarrollo humano y de los ecosistemas (art. 2).

También encuadra la causa en la Ley 26562 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para control de actividades de quema; en la Ley 26815 de Presupuestos Mínimos que regula la protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales y la Ley 26331 de bosques nativos.

Por lo que considera: «Que, por todo lo expuesto, el caso presenta, *prima facie*, características que permiten encuadrar los hechos denunciados en la figura legal de la emergencia ambiental (arts. 2, inciso k, y 4, “principio de cooperación”, de la Ley 25675)».

En este contexto, los incendios deben detenerse o controlarse de inmediato. La intervención de la justicia, en el caso, será para fortalecer las labores de fiscalización por parte de los Estados en el ejercicio efectivo del poder de policía ambiental, en cumplimiento de las leyes ambientales citadas.

Para establecer que, en el marco de las circunstancias señaladas, se configuran los presupuestos necesarios para hacer lugar a la medida cautelar solicitada.

1) Dispone como medida cautelar, que las provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires, y los municipios de Victoria y Rosario constituyan, de manera inmediata, un Comité de Emergencia Ambiental (dentro de la estructura federal concertada del PIECAS-DP), que tenga por objeto la contingencia descripta.

2) Que dicho Comité adopte medidas eficaces para la prevención, control, y cesación de los incendios irregulares en los términos de la Ley 26562, en la región del Delta del Paraná. Se utilizará para ello las bases del PIECAS-DP, «Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná».

3) Que en el plazo de 15 (quince) días corridos presenten a esta Corte un informe sobre el cumplimiento de la medida ordenada, la constitución del Comité de Emergencia Ambiental y las acciones efectuadas.

4) Requiere a la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, a la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, al Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos y a la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, sin desmedro de sus respectivas competencias, se sirvan informar respecto de cada jurisdicción, sobre la existencia de causas judiciales relacionadas con el objeto de la presente, las medidas adoptadas y el estado de los procesos.

5) Requiere al Estado nacional (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), a las provincias de Santa Fe y Entre Ríos y Buenos Aires y a las municipalidades de Rosario y Victoria, el informe que prevé el art. 8 de la Ley 16986. Deberán acompañar copia de las actuaciones producidas y la documentación relacionada, y deberá ser evacuado, en todos los casos, en el plazo de 30 (treinta) días corridos.

b) Análisis

La importancia concreta del derecho a satisfacer se funda en la intensidad de la afectación de los bienes colectivos: «El caso presenta, *prima facie*, características que permiten encuadrar los hechos denunciados en la figura legal de la emergencia ambiental (arts. 2, inciso k, y 4, "principio de cooperación", de la Ley 25675)».

Lo comprueba así:

> En suma, resulta con suficiente evidencia, aun en esta instancia cautelar del proceso, que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación del Delta del Río Paraná, que compromete

> seriamente su funcionamiento y sustentabilidad; que su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras; y que como consecuencia de estos incendios, hay afectación en la calidad del aire.

El fallo identifica la especial importancia del derecho a satisfacer cuando expresa que, a partir de la cláusula ambiental del art. 41 de la CN, el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico.

En este punto indica que los derechos de tipo patrimonial están sujetos al mayor peso del derecho afectado.

En efecto, sobre el titular del bien afectado, adquiere un elevado estándar cuando, además de aludir a la afectación del funcionamiento y sustentabilidad del ecosistema, en obvia alusión al art. 240 del CCyC, identifica no solos el interés prioritario de las generaciones presentes sino en defensa de las generaciones futuras, lo que es el reconocimiento de la titularidad que estas tienen sobre el bien ambiente.

Respecto a las medidas, expresa la esencia federal de estas porque se dirige a múltiples estados, provinciales y municipales, no adoptando medidas directas sino fortaleciendo las labores de los Estados para el ejercicio del marco legal que describe. Reitera para la comprensión de la acción concertada a emprender el concepto de territorialidad ambiental, de base natural, como distinguible con la territorialidad federal, de base cultural o política. El fallo que cita es Buenos Aires c/ Santa Fe (CSJN,2019c), pero estos conceptos también los emplea en La Pampa (2017c; 2020c); La Picasa (2019d).

Respecto al diagnóstico, como base para el examen de idoneidad técnica, acude al informe «Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná», el cual caracteriza el bien colectivo a proteger.

Entonces, ante los hechos que conforman la emergencia, requiere al Comité que adopte las medidas eficaces tomando como base el referido Plan.

Al respecto, para asegurar la concertación de medidas idóneas, toma una decisión directa sobre el Comité que se había creado con anterioridad sobre el área, expresando que no ha logrado resultados, por lo que ordena la creación de un comité de emergencia ambiental por aplicación del principio de cooperación de la Ley 25675. Esta es una optimización en relación con los fallos en los que pide a las provincias la mejora o conformación de estos, como lo hizo en La Picasa (2019d) y en La Pampa (2020c).

Finalmente, el análisis normativo de varias normas de PMPA conduce a identificar la Ley de Cambio Climático 27520 como sustento de la operatividad de las medidas que requiere.

El peso concreto, el peso abstracto y la certidumbre de los derechos en colisión son sopesados adecuadamente, estableciendo la precedencia de la sustentabilidad para la adopción de la decisión.

Bibliografía

Acosta Alvarado, P. A. (2010). Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional. *Revista Derecho del Estado,* 25, diciembre, pp. 193-219.

Aldao, M. y Clérico, L. (2019). La igualdad en el constitucionalismo social: el proyecto constitucional de 1949. En Benente, M. (Ed.). *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949*, Buenos Aires: Eundpaz, pp. 179-206.

AENOR (2008). Análisis y evaluación del riesgo ambiental. Asociación Española de certificación y normalización. Madrid: Aenor Ediciones.

Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. (Trad. M. Atienza). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 5, p. 139-151, nov. 1988. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-sistema-juridico-principios-juridicos-y-razon-practica>.

Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional Democrático. (Trad. M. C. Añaños Meza.). *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ene-jun (8), pp. 21-42.

Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. (Trad. C. Bernal Pulido). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22 (66), pp. 13-64.

Alexy, R., (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. (Trad. C. Bernal Pulido). Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, (28), pp. 13-152.

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho.* (Trad. J. M. Seña), Barcelona: Gedisa. (Trabajo original publicado en 1992).

Alexy, R. (2008). La fórmula de peso. (Trad. C. Bernal Pulido). En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 13-42.

Alexy, R. (2009a). Sobre los derechos constitucionales a protección (Trad. R. Jowers). En R. García Manrique (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 45-84.

Alexy, R. (2009b). Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. (Trad. A. D. Oliver-Lalana). *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32), pp. 67-84.

Alexy, R. (2009c). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. (Trad. R. Sánchez Gil). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (11), enero-junio 2009, pp. 3-14.

Alexy, R. (2012). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (Trad. C. Bernal Pulido). Madrid: CEPC. (Trabajo original publicado en 1986).

Alexy, R. (2014). Principios formales. (Trad. de M. C. Quimbayo Duarte) *Doxa*, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (37), pp. 15-29.

Alexy, R., (2015a). *Conferencia de Robert Alexy. Canal FCJS - UNL. (17 de septiembre de 2015).* [Archivo de video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=RS3ZEU37tOo

Alexy, R., (2015b). *Conferencia: Cómo proteger los derechos fundamentales.* Canal DPI. (2 de septiembre de 2015). [Archivo de video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=0XywyYr3kcU&list=RDLVRS3ZEU37tOo&index=2

Alexy, R., (2016). Principios formales. Algunas respuestas a los críticos. (Trad. C. J. Portocarrero Quispe). En Portocarrero Quispe, J.(Ed.), *Ponderación y Discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y contenido de los principios formales en la interpretación constitucional.* Universidad del Externado de Colombia.

Álvez Marín, A. y Vielma, B. (2018). Estudio legal empírico sobre el uso del Derecho Comparado por parte del Tribunal Constitucional de Chile. *Revista de Derecho*, vol. XXXI (2), pp. 155-174. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n2/0718-0950-revider-31-02-00155.pdf

Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Angeoletto, F., Essy, C., Sanz, J., Silva, F., Albertin, R. y Santos, J. (2015). Ecología Urbana: La Ciencia Interdisciplinaria del Planeta Ciudad. *Desenvolvimento em Questão*, año 13 (32). Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/312446223_Ecologia_Urbana_La_Ciencia_Interdisciplinaria_del_Planeta_Ciudad

Anselmino, V. (2016). La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad). *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 13 (46), UNLP.

Anzures Gurría, J. J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* (22), pp. 3-21.

Arroyo Cisneros, E. A. (2015). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: algunas notas para su análisis. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, AFDUC 19, 19, pp. 223-248.

Arnold, R., Martínez Estay, J. I. y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. The principle of proportionality on the jurisprudence of the Constitutional Court. *Estudios Constitucionales*, año 10 (1), Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 65-116.

Atienza, M. (2001). Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*, 24, pp. 671-687. Recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Entrevista_a_Robert_Alexy._Manuel_Atienza.pdf

Ávila, H. (2013). «Neo-constitucionalismo»: entre la «Ciencia del Derecho» y el «Derecho de la Ciencia». Derecho & Sociedad, (40), 65-77. Recuperado de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12789

Ávila Herrera, J. (2017). Robert Alexy, el filósofo de la argumentación jurídica. *Filosofía jurídica, suplemento de análisis legal*, (6), Perú.

Basterra, M (2016). El acceso a la justicia en la constitución porteña, Revista Pensar Jusbaires, Poder Judicial. Consejo de la Magistratura, CABA. Recuperado de http://pensar.jusbaires.gob.ar/ver/nota/127

Bec, E.y Franco, H. (2010). *Presupuestos mínimos de protección ambiental.* Buenos Aires: Cátedra Jurídica.

Berizonce, R. O. (2013). La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio. Anales 43, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, UNLP, pp. 245-259.

Berizonce, R. O. (2015). Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas. *Revista La Ley,* 12/05/2015, 1.

Berizonce, R.O. (2016). Poderes de la Nación para instituir normas procesales*, Revista La Ley* 05/04/2016, 1.

Bernal Pulido, C (2000). El principio de proporcionalidad en el control de las medidas ambientales de efecto equivalente en el derecho europeo. *Revista Derecho del Estado*, (9), pp. 107-123.

Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* (26), pp. 225-238.

Bernal Pulido, C. (2004). Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a «¿Existen derechos sociales?» de Fernando Atria. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, (4), pp. 99-144.

Bernal Pulido, C. (2007a). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), pp. 273-291.

Bernal Pulido, C. (2007b). La democracia como principio constitucional en América Latina. *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional,* (17).

Bernal Pulido, C. (2008). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 43-68. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Bernal Pulido, C. (2012). Prólogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (Bernal Pulido, Trad.). Madrid: CEPC.

Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. Colombia: Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad del Externado de Colombia.

Berumen Campos, C. (2003). La argumentación jurídica como dialéctica comunicativa. *Revista del Instituto de Judicatura Federal*, México. Recuperado de file:///C:/Users/aldos/Dropbox/Doctorado/Proyecto%20de%20investigaci%C3 %B3n/Tesis%20Doctoral/Revisiones/Downloads/32029-29049-2-PB%20(1).pdf

Berros, M.V. (2013). *Entramado precautorio: un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina*. 1a ed. - Santa Fe.

Berros, M.V. (2015). Reparación, prevención, precaución: una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial. *RDAmb 43, 15/09/2015*, 67

Bestani, A. (2012). *El principio de precaución.* Buenos Aires. Astrea.

Bibiloni, H. M. (2008). *Ambiente y política: una visión integradora para gestiones viables.* Buenos Aires: Rap. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/15923/Documento_completo.pdf?sequence=1

Bidart Campos, G. (2005a). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I, II y III, Buenos Aires: Ediar.

Bidart Campos, G. (2005b). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* Tomo 1A, Buenos Aires: Ediar.

Bidart Campos, G. (2008). *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editorial.

Borowski, M. (2016). La ponderación en la estructura jerárquica del derecho. En *Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*. M. Elósegui Itxaso (dir. congr.), ISBN 978-84-942014-7-9, págs. 71-100. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5600103

Borowski, M., (2019). La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad. (A. Nava Tovar, Trad.) *Ciencia Jurídica,* Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, año 8, (16), p. 81.

Canda, F. O., (2018). Poder de Policía Ambiental. *Revista Argentina de Derecho Administrativo* - Número 1 - noviembre 2018

Cafferatta, N. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México, Instituto Nacional de Ecología de México, y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Cafferatta, N. (2008a). Sentencia Colectiva Ambiental en el Caso Riachuelo. *Revista de Derecho Ambiental*, 17/07/08. Y *JA*, Fascículo 8, 2008-III, Buenos Aires, p. 68.

Cafferatta, N. (2008b). De la efectividad del Derecho Ambiental. *Revista La Ley*, 2 de octubre.

Cafferatta, N. (2008c). Los principios y reglas del Derecho ambiental. Conferencia en Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales (20-30 mayo). Asunción, Paraguay, p. 53.

Cafferatta, N. (2009). Un principio "oculto" de política ambiental en la ley 25.675 General del Ambiente: el principio de realidad. *Jurisprudencia Argentina*, número especial del 30/12/2009.

Cafferatta, N. (2010). Régimen Jurídico del Daño Ambiental, *RCyS,* 2010-VIII, 9.

Cafferatta, N. (2012). Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25.675 general del ambiente. Avances y novedades. *Revista de derecho ambiental* (31).

Cafferatta, N. (2013). Naturaleza jurídica del principio precautorio. *RCyS,* 2013-IX, pp. 1-11.

Cafferatta, N. (2014). El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014*, 17/11/2014, p. 273.

Cafferatta, N. (2015a), La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial. *RCyS2015-IV*, 304.

Cafferatta, N. (2015b). Orden público en el derecho ambiental, *La Ley*, 2015-F, p. 819.

Cafferatta, N. (2018). El ascenso de los principios de derecho ambiental. *SJA*, 28/02/2018, p. 1.

Cafferatta, N. (2019). Nuevos instrumentos de tutela ambiental, *Revista del Derecho Ambiental* (60), pp. 7-13.

Cafferatta, N. (2020a). Los principios del Convenio de Escazú. *Jurisprudencia Argentina, 2020-IV,* fasc. 10*,* pp. 3-25.

Cafferatta, N. (2020b), Acceso a la justicia ambiental, *La Ley*, Tomo 2020-F, pp. 1-4.

Cafferatta, N. (2021). El ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente. *Jurisprudencia Argentina*, 2021-I, fasc. 13.

Cafferatta, N. (2022). Diálogo de fuentes en el Derecho Ambiental. *RC D 173/2022.*

Cafferatta, N.; Peretti, E. (2019). *Nuevos desafíos del Derecho Ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del Derecho Ambiental*. Argentina: Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.

Cafferatta, N; Peretti, E. (2020). Las generaciones futuras. *Revista del Derecho Ambiental,* (62), p. 3.

Caminos, P. A. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales? Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, año VIII, (13).

Caminos, P. A. (2017). Precedentes judiciales en el derecho: qué, cómo y para qué. Tomo XLIV, *Revista del Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales*, pp. 307-343.

Canosa Usera, R. (2006). ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 7, T. 1., pp. 151-215.

Canosa Usera, R. (2000). *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Dykinson.

Cano, G. (1974). *Introducción al derecho ambiental argentino,* Tomo 154, pp. 914-929. Buenos Aires: La Ley.

Cano, G. (1987). Política y Legislación Provincial. Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Buenos Aires: Academia de Ciencias Morales.

Cano, G. (1979). *Recursos Naturales y Energía*. Buenos Aires: La Ley.

Cañón Rodríguez, D. M. (2017). Gestión del riesgo ambiental en almacenamiento y comercialización de productos químicos. *Producción + Limpia*, vol. 12 (1), pp. 24-32.

Cappelli, S. (2020). *In dubio pro natura*. Revista del Derecho Ambiental (63), 21/08/2020, p. 3.

Carbonell, M. (Ed.). (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* Quito, Ecuador: V&M Gráficas

Casal, H. J. (2008). ¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (82), pp. 83-117.

Castillo-Córdova, L. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (16), pp. 805-838.

CEPAL-ONU (2021) Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe. Recuperado de https://observatoriop10.cepal.org/es/countries/32/treaties

Cianciardo, J. (2004). El principio razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco.

Cianciardo, J. (2007*). El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Cassagne, J. C. (2015). El nuevo constitucionalismo y el derecho administrativo. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, vol. 2 (1), pp. 5-38.

Clérico, L. (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,* p. 125-173. Quito, Ecuador: V&M Gráficas.

Clérico, L. (2016). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Clérico, L. (2012). Sobre «casos» y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias? *Revista ISONOMÍA,* (37), pp. 113-145.

Cocarico Lucas, E.S, (2015). La distinción entre disposición y norma: hacia una comprensión de las sentencias interpretativas y el objeto del control de constitucionalidad. *Rev. Cien. Cult.,* vol.19 (35). Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-33232015000200004.

Comastri, D. M. y Villalba, M. E. (2018). Hacia la consolidación del componente ambiental del Estado de Derecho: análisis de conflictos ambientales de la Provincia de Córdoba. *Revista del Derecho Ambiental,* (53), p. 25.

CGAI (2020). Comisión de Gestión Ambiental Institucional. *95 principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable*. San José, Costa Rica. Recuperado de: https://ambiental.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/OT_52146_Libro_Principios_Juridicos_Medioambientales_para_un_Desarrollo_Ecologicamente_Sostenible.pdf?fbclid=IwAR22xRUt36LVUoLw93IdFTPWt3jkIHpWLPZ_PpdLdU4wbyiUQziobuhJ_YA

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, (2014). Dir. R. Lorenzetti, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Corte IDH (2020). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N. 12: Debido Proceso, San José, C. R.: Corte IDH, 2020.

Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf

Cruz Petit, B. (2014). Las relaciones entre sociedad, espacio y medio ambiente en las distintas conceptualizaciones de la ciudad. *Estudios demográficos y urbanos,* 29 (1), pp. 183-205. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-72102014000100183&lng=es&nrm=iso.

Drnas De Clément, Z. (2017). Presentación. En *Principios generales del derecho ambiental*. *Cuaderno de derecho ambiental* (IX). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, Córdoba: Fondo Editorial.

Drovandi, A. (2012). Evaluación de Impacto Ambiental. En M. Pinto y L. Martín (Dir.). *La evaluación de impacto ambiental y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Lajoune.

Delucchi, M. L. (2010). Algunas consideraciones en torno a los principios. *Revista, Anales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 7, (40). Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21138/Documento_completo.pdf?sequence=1.

Díaz Araujo, M. (2002). El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental. *La Ley*, 2002-A-1278.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Embid Tello, A. E. (2010). Precaución y derecho. El caso de los campos electromagnéticos. Madrid: Iustel.

Esain, J. A. (2008). *Competencias Ambientales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Esain, J. A., Di Paola, M. E. (2009). La Corte suspende el ecocidio en el bosque de Salta. *Revista La Ley*, pp. 4-10.

Esain, J. A. (2018). Fallo por el río Atuel. Federalismo ambiental y derecho ambiental de aguas. *Revista La Ley*, pp. 5-10.

Esain, J. A. (2015). Aproximaciones para una teoría general de derecho ambiental. *SJA*, 1.

Esain, J. A. (2017). El estado ambiental de derecho, *Revista del Derecho Ambiental,* (50), p. 23.

Esain, J. A. (2018). La opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el nacimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. *Revista La Ley*, suplemento de Derecho Ambiental, año XXV (1).

Esain, J. A. (2019a). Control de complementariedad. *La Ley,* 04/04/2019, 1.

Esain, J. A. (2019b). La competencia para regular los procesos judiciales en nuestra federación y su versión específica en materia ambiental. *Revista del Derecho Ambiental*, (57), p. 27.

Esborraz, D. F. (2015). La referencia a los «principios y valores jurídicos» en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Comisión redactora de la reforma presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti*. Recuperado de https://es.scribd.com/document/266977600/La-Referencia-a-Los-Principios-y-Valores-Juridicos-en-El-Codigo-Civil-y-Comercial-Por-David-Fabio-Esborraz

Etcheverry, J. B. (2021). El papel de los principios formales en la ponderación de los derechos fundamentales. Desafíos a la propuesta de Robert Alexy. *Prudentia Iuris*, N. 92, pp. 221-248.

Ferreyra, R. G. (2006). Poder, Democracia y Configuración Constitucional. *Cuadernos Electrónicos Derechos Humanos y Democracia.* (3). Recuperado de https://pradpi.es/cuadernos/3/Poder_democracia.pdf

Ferreyra, R. G. (2009). Rasgo de la democracia argentina. Eficacia de las garantías constitucionales 1983-2008, *Estudios constitucionales*, *año 7*, (2), pp. 255-278.

Franco, H., (2021). *Conferencia: "El principio precautorio ambiental".* CEDAF - Obiter Dictum "Qué dicen las sentencias": Dino Salas c. Pcia. de Salta y en s. Amparo. Canal DerechoUBA. (2 de diciembre de 2021). [Archivo de video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=EVa98FVnRm4&t=1208s

Frías, P. (1980). *Introducción al Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Depalma.

Frías, P. (1987). *Derecho Público Provincial*. Bs As: Depalma.

Frías, P. (1998). *El Proceso Federal Argentino II.* Córdoba, Ediciones del Copista.

Frugoni, A. C. (2013). El principio de la sustentabilidad en las aplicaciones agrobiotecnológicas, en el marco de la Unión Europea. Recuperado de http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Celi-Frugoni-El-principio-de-sustentabilidad-en-las-aplicaciones-agrobiotecnologicas-en-el-marco-de-la-union-europea.pdf

Galicia Sarmiento, L.; Zarco Arista, A. (2002). El concepto de escala y la teoría de las jerarquías en ecología. *Ciencias* (67), julio-septiembre, pp. 34-40. Recuperado de https://www.revistaciencias.unam.mx/es/86-revistas/revista-ciencias-67/749-el-concepto-de-escala-y-la-teoria-de-las-jerarquias-en-ecologia.html

Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

García, M. E. (2004). Derechos humanos y sustentabilidad en el marco del sistema interamericano. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/82/lecciones-y-ensayos-82-paginas-209-225.pdf

García Jaramillo, L. (2015). Análisis de la «Teoría de los derechos fundamentales» de Robert Alexy (con la colaboración de Robert Alexy). *Boletín Ámbito Jurídico del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT.* Recuperado de https://www.ambitojuridico.com/administrativo-y-contratacion/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert-alexy

Gil Domínguez, A. (2008). Neoconstitucionalismo y última palabra. *La Ley* 2008-B, p. 985.

Gil Domínguez, A. (2016). El art. 2 del Código Civil y Comercial: de los métodos tradicionales de interpretación a los principios constitucionales-convencionales de interpretación. *RCCyC* (agosto), p. 57.

Gil Domínguez, A. (2009). Derechos colectivos y acciones colectivas. *Revista La Ley, 20/05/2009*, 1.

Gil Domínguez, A. (2010). *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, EDIAR, Buenos Aires.

González Tocci, M.L. (2014). Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista Jurídica UCES,* pp. 139-155.

Gorosito Zuluaga, R. (2017). Los principios en el Derecho Ambiental. *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2da época, año 13, (16), pp. 101-136.

Gozaini, O.A., (2014). *Derecho procesal constitucional latinoamericano. Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

Guibourg, R. A. (2008). Alexy y su fórmula del peso. Universidad de Buenos Aires. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexy-guibourg-castellano.pdf

Guibourg, R.A. (2019). Función y límites de la argumentación jurídica. *Revista de Derecho (UCUDAL).* 2da época. Año 15 (19) (jul. 2019)

Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia, 2*, (08), Lima, pp. 631-637.

Grün, E. (2007). La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. *Panóptica*, año 1, (7), pp. 156-175.

Häberle, P. (2009). Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional. *Lecciones y Ensayos*, (87),

Argentina: Buenos Aires, p. 17-37. Recuperado de www.repositoriouba.sisbi.uba.ar

Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C.; Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México DF: McGrawHill Education/ Interamericana Editores, S.A. DE C.V. 6ta edición.

Highton, E. (2013). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. *Dossier sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*, Instituto de Investigaciones y de Referencia Extranjera, CSJN. Recuperado de https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2013.pdf

Hirsch, T. (2018). *Hacia la implementación ambiciosa del Acuerdo de París*. Caja de herramientas para la incidencia a nivel nacional. Suiza: Ginebra. ACT Alianza. Recuperado de https://www.preventionweb.net/files/submissions/59502_spanishndctoolkitnationaladvocacy.pdf

Huerta Ochoa, C. (2007). *Conflictos normativos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Huerta Ochoa, C. (2017). Interpretación y argumentación en el derecho. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (11), enero-diciembre de 2017. Ciudad de México. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/pdf/paftd/n11/2007-4387-paftd-11-379.pdf

IFC (2015). Corporación Financiera Internacional. *Manual de Buena Práctica Evaluación y Gestión de Impactos Acumulativos: Guía para el Sector Privado en Mercados Emergentes.* Recuperado de https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/93910f82-9040-47a3-ba27-4571555701cb/IFC_CIA_Esp.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kTkDp0w

IPCC (2019). Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. *Resumen para responsables de políticas.* Recuperado de https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf y www.ipcc.ch

Iturralde, V. (1991). Sobre el silogismo judicial, Anuario de Filosofía del Derecho VIII, pp. 239-272. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142201

Juliá, M. (Dir.). (2016). *Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina: Conflictos, debates y disputas en el campo político jurídico (2014 - 2015).* Córdoba: Advocatus.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2001). Los dilemas de la responsabilidad civil. *Revista chilena de derecho*, vol. 28, (4), pp. 671-679.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2003). Daños y Constitución Nacional. Recuperado de http://nuevositio.cpacf.org.ar/files/inst_doctrina/derecho-civil/aida-carlucci.pdf

Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, Ley general del ambiente (LGA). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales – año LI*, *2º Época, (*44), p. 1.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2016). El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil. Estado de la situación en el derecho argentino. *Revista Jurídica Universidad de San Andrés*, (3), agosto 28. Recuperado de https://www.udesa.edu.ar/revista/voces-revista-juridica-de-san-andres-nro-3/articulo/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho

Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión. *RCyS2019 - Edición Especial*, 164

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Klatt, M. y Meister, M. (2017). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. (Sánchez Gil, R., Trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Lezcano, J. M. (2015). Los principios jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial, *DJ*, 20/05/2015.

López Alfonsín, M. (2012). *Derecho Ambiental.* Buenos Aires: Astrea.

López Alfonsín, M. (2016). *Los parques nacionales argentinos: consecuencias de la constitucionalización del ambiente en el sistema nacional de áreas protegidas*. Buenos Aires: Eudeba.

López, H. (2000). La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y el Derecho Comparado. El fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del derecho de la sustentabilidad. En R. Walsh y M. E. Di Paola (Ed.). *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*. Bs. As.: La Ley.

López Ruf, P. (2009). Los principios y la interpretación en la función judicial. *SJA*, 12/8/2009.

López Hidalgo, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho? *Foro Revista de Derecho*, (23), UASB-Ecuador Quito. Recuperado de http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1512258/2015.+Ponderaci%C3%B3n+versus+subsunci%C3%B3n+jur%C3%ADdica.+La+crisis+de+la+certeza+del+derecho.pdf/502a8588-fb88-4b0b-b34b-a79b0cb3c795

Losada, M. G. (2018). ¿Pueden los municipios legislar sobre el cuidado del ambiente en la actividad hidrocarburífera? Una sentencia que sienta las bases interpretativas. Recuperado de https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-190-15-03-2018

Lorenzetti, R. (1996). *Las normas fundamentales de derecho privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Lorenzetti, R. (2010a). *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley.

Lorenzetti, R. (2010b). *Justicia Colectiva*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Lorenzetti, R. (2015) Prólogo, *Revista del Derecho Ambiental,* (43).

Lorenzetti, R., Lorenzetti, P. (2018). *Derecho Ambiental.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Luna Asís,M., Ratti,N., Santiago Durán, M.F., Strauss, F., Vera, A. O., y Zanvettor Mazzoni, M.L. (2016). Los presupuestos mínimos ambientales según la jurisprudencia argentina. En Juliá, M. (Dir.). (2016). *Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina: Conflictos, debates y disputas en el campo político jurídico (2014 - 2015).* Córdoba: Advocatus.

Mathus Escorihuela, M. (2011). Sinergias ambientales e instituciones de gestión. En G. D. Capaldo (ed.), *Gobernanza y manejo sustentable del agua – Governance and Sustainable management of water*. Buenos Aires: Mnemosyne.

Monzón Capdevila, M. (2018). La importancia de la participación ciudadana en la protección del medio ambiente. *Sistema argentino de información jurídica*, Id SAIJ: DACF180085.

Maldonado Muñoz, M. (2019). Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (1) año 17, pp. 37-78. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_02.pdf

Marten, Gerald G. (2001). Ecología Humana: Conceptos Básicos para el Desarrollo Sustentable. Traductor: David Núñez. Recuperado de http://gerrymarten.com/ecologia-humana/indice.html#Contents

Martín, L. (2010). *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Martín Mateo, R. (1991). *Tratado de derecho ambiental.* Madrid: Trivium.

Marín Gallego, J. D. (2007). Del concepto de paradigma en Thomas S. Kuhn, a los paradigmas de las Ciencias de la cultura. *Revista Magistro*, vol. 1, N. 1, pp. 73-88.

Maiztegui, C. y Walsh, R. (2005). El paradigma de la sustentabilidad y el nuevo derecho ambiental argentino. *Revista de Derecho Ambiental,* enero-marzo, 2005.

Morales Lamberti, A. (2008). Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales Políticas y Atribución de Responsabilidad. *IDAE Instituto de Derecho Ambiental y de la Energía,* Volumen (1).

Morales Lamberti, A. (2015). Los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental. *Revista del Derecho Ambiental*, (43), pp. 139-164.

Morales Lamberti, A. (2017). Principios ambientales y proceso cautelar ambiental. En *Cuaderno de derecho ambiental (IX). Principios generales del derecho ambiental*, Academia Nacional de Derecho y de Ciencias Sociales de Córdoba: Editores Información Jurídica.

Morelli, M. P. (2015). Los conflictos ambientales y el juicio de la ponderación: su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista del Derecho Ambiental* (43), pp. 209-228.

Morello, A. (1998). Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación. En *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*. Librería Editora Platense.

Morello, A. y Sbdar, C. B. (2007). Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente, *Revista La Ley* 18/10/2007, 1.

Morello, A.y Sbdar, C.B. (2007). Acción popular y procesos colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente, Buenos Aires: Lajouane, 2007, p. 256.

Moreso, J. J. (2008). Alexy y la aritmética de la ponderación. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, pp. 69-83. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Mosset Iturraspe, J. (1999). El daño ambiental en el derecho privado. En J. Mosset Iturraspe, J. Hutchinson, T. Donna, (1999). *Daño Ambiental,* Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Moyano, A. (2007). Apostillas a la ley general del ambiente 25.675. Conjetura sobre su validez, *LLGran Cuyo,* (mayo), p. 427.

Negri, N.J. (2018). *La argumentación jurídica en las sentencias judiciales*. Tesis doctoral. Universidad Nacional de La Plata. http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71530

Negri, N. J. (2020). *Epistemología Jurídica. Los saberes del siglo XXI*. La Plata: editorial UCALP.

Nonna, S., Dentone, J. M., Waitzman, N. (2011), *Ambiente y Residuos Peligrosos*. Buenos Aires: Editorial Estudio.

Núñez Flores, M.I. (2007). Las variables: estructura y función en la hipótesis. *Investigación Educativa,* vol. 11 N.º 20, pp. 163-179. Recuperado de https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/educa/article/view/4785/3857

Núñez Leiva, J.I. (2016). Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho. *Opinión Jurídica, vol.*

15, núm. 29, pp. 187-202. Recuperado de https://www.redalyc.org/journal/945/94545771010/html/

Olivares, A., Lucero, J. (2018). Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del ambiente. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 24, (3), 2018, pp. 619-650.

Olvera Lara, Y.O. (2015). Ponderación y contenido esencial de los derechos fundamentales: una óptica distinta del Wesensgehalt. *De Jure* (13-14), Tercera época, pp. 89-119. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/283855365

Pedernera Allende, M. (2015). El principio constitucional de razonabilidad: entre las razones justificatorias y la relevancia del derecho. *Revista Argumentos*, (1), pp. 116-129. Recuperado de http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/

Peña Chacón, M. (2004). La transversalidad del derecho ambiental y su influencia sobre el instituto de la propiedad y otros derechos reales. *Ámbito Jurídico, Rio Grande, VII*, (6). Recuperado de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3444

Peña Chacón, M (2016). *Derecho Ambiental Efectivo.* Edición 1. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. E-Book. Serie Derecho Ambiental; Nº 1. Recuperado de https://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2015/09/derecho-ambiental-efectivo-1.pdf

Peña Chacón, M. (2018). El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental. *Revista de Derecho Ambiental,* (54), p. 11.

Peña Chacón (2020). Enverdecimiento de las cortes latinoamericanas, últimos avances jurisprudenciales. *Revista electrónica de derecho ambiental* (36) julio 2020. Recuperado de https://huespedes.cica.es/gimadus/

Peña Chacón (2020). El Acuerdo de Escazú y la consagración de los principios de progresividad y no regresión. En M. Prieur; C. G. Sozzo; A. Nápoli (Ed.) *Acuerdo de Escazú: hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe.* Santa Fe: Ediciones UNL, 2020. Libro digital, PDF (Ciencia y Tecnología).

Pérez Jaraba, M. D. (2011). Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la Teoría de Robert Alexy, CEFD, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (24), 14. Recuperado de file:///C:/Users/aldos/Dropbox/Doctorado/Proyecto%20de%20investigaci%C3 %B3n/Tesis%20Doctoral/Revisiones/Downloads/1626-4039-1-PB%20(1).pdf

Pérez Jaraba, M. D. (2010). Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart, *Revista de Estudios Jurídicos*, Universidad de Jaén (España), pp. 1-24.

Pérez Hualde, A. (2008). Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, pp. 747-770.

Peretti, E. (2009). La sentencia ambiental. Su eficacia. *Revista de derecho público: derecho ambiental*, *II* (2), pp. 321-346.

Pérez Sauquillo, C. (2017). Concepciones y rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales. Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP), (2017-1), pp. 477-514.

Pierri, N. (2005). Historia del concepto de desarrollo sustentable. En G. Foladori y P. Naína (Ed.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable,* pp. 27-81. México: Universidad Autónoma de Zacatecas-Porrúa.

Pigretti, E.A. (1986). Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones de derecho ambiental, en *La Responsabilidad por Daño Ambiental*. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales,.

Pigretti, E. A. (1993). *Derecho Ambiental*, Argentina: Buenos Aires: Depalma.

Pigretti, E. A. (2003). *Derecho Ambiental Profundizado*, Buenos Aires: La Ley.

Pinto, M. (2003). Consideraciones sobre la pretendida norma de presupuestos mínimos ambientales en materia hídrica. A propósito de la Ley 25.688, *Suplemento de Derecho Ambiental*, La Ley, pp. 1-2.

Pinto, M. (2012). Las competencias ambientales a diez años de la Ley 25675. *Revista de Derecho Ambiental*, (31), pp. 381-400.

Pinto, M. (2014). *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina*. Buenos Aires: Lajoune.

Pinto, M. (2015). Los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental argentino. En M. García Pachón, y O. Amaya Navas, *Principios e Instrumentos de Evitación del Daño Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 299-322.

Pinto, M. (2011). *Los dominios originarios e indígenas*. Mendoza: Editorial de la Universidad del Aconcagua.

Pinto, M. (2017). La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina en el régimen ambiental. En O. D. Amaya Navas, A. M. Amaya Arias, *Derecho Privado y Medio Ambiente, Homenaje a Fernando Hinestrosa*, pp. 492-532. Bogotá: Universidad del Externado.

Pinto, M. (2018). El carácter meramente simbólico de la prevención y precaución ambiental en la aplicación jurisprudencial del principio de preservación de las aguas internacionales. *Revista de Derecho Ambiental* (56), p. 103.

Pinto, M. (2020). Tecnologías de la información y la comunicación y participación en materia ambiental. Debates y oportunidades a partir del covid-19. En García Pachón, M. del Pilar (Ed.), *Información, participación y justicia ambiental. Herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible y la democracia ambiental.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 221-242.

Pinto, M, Martín. L, Torchia, N., Andino, M. (2011). El dominio originario de los recursos naturales y el recurso hídrico. En M. Pinto (Dir.). *Primer Encuentro de Investigadores de la RADU, Mendoza, junio de 2011*, Mendoza: Universidad del Aconcagua (CIUDA - FCEJ).

Pinto, M. y Martín, L. (2015). La inconclusa revolución jurisprudencial del derecho ambiental argentino. En A. Embid Irujo (Coord.) *Agua, Energía Cambio Climático y otros estudios de Derecho Ambiental*. Panplona: Ed. Aranzadi SA.

Pinto, M. y Andino, M. (2016). Reconocimiento y configuración del derecho al ambiente en Argentina. Algunos antecedentes relevantes. *AUGMDOMUS*, *Asociación de Universidades Grupo Montevideo,* pp. 1-24.

Pizzolo, C. (2015). Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos, *La Ley 08/07/2015*, 1.

PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) (2015). Poner en práctica el Principio 10 de Río: una guía de implementación de las Directrices de Bali del PNUMA para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Nairobi, octubre. Recuperado de https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/11201/UNEP%20MGSB-SGBS%20BALI%20GUIDELINES-Spanish-Interactive.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Prieto Sanchís, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, pp. 84-123. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Portocarrero Quispe, J. A. (2011). El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad. *Revista Derecho del Estado* (27), julio-diciembre del 2011, pp. 75-102.

Portocarrero Quispe, J. (2016). *Ponderación y Discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y contenido de los principios formales en la interpretación constitucional.* Colombia: Universidad del Externado de Colombia.

Portocarrero Quispe, J.A. (2017). Ponderación=Balancing. *EUNOMÍA, Revista En Cultura de la Legalidad*, (12), pp. 210-223. Recuperado de https https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3653

Pozo Gowland, H. (2015). El derecho universal a la tutela judicial efectiva. La independencia de los jueces como presupuesto esencial. *Revista de Derecho Administrativo*, pp. 1157-1178.

Quiroga Lavié, H. (1996). El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional. *La Ley 1996-B*, p. 950.

Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. A. y Cenicacelaya, M. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Rainer Arnold, J. I., Martínez Estay, F. y Zúñiga, U. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales,* año 10, (1), pp. 65-116.

Ramírez Treviño, A., Sánchez Núñez, J. A. y García Camacho, A. (2004). El Desarrollo Sustentable: Interpretación y Análisis. *Revista del Centro de Investigación.* Universidad La Salle, 6 (julio-diciembre). Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34202107> ISSN 1405-6690

Ranieri de Cechini, D. (2013). El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: el protagonismo del juez en el estado de derecho y el problema del método de ponderación. Recuperado de http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf

Real Academia Española (2014). Diccionario de la lengua española, 23.ª ed. [versión 23.4 en línea]. Recuperado de https://dle.rae.es

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2010). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf

Rivera Morales, R. (2007). Los derechos e intereses colectivos como derechos fundamentales. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.* Vol. 33 (33). Recuperado de http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/77

Rodríguez Salas, A. (2008). El fin del federalismo discrecional. *Revista del Derecho Ambiental,* LexisNexis, Bs. As., octubre/diciembre 2008, p. 77-93.

Rodríguez Salas, A. (2012). Comentario al decreto reglamentario de los seguros ambientales. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N. 11, noviembre 2012, La Ley, Buenos Aires, pp. 295-311.

Rodríguez Salas, A. (2017a). *El Derecho Ambiental en la Ley General del Ambiente de Mendoza, Ley 5961*, EDiUC, 2017, Universidad de Congreso, Mendoza.

Rodríguez Salas, A. (2017b). El caudal ecológico y su regulación jurídica, en Ambiente, agua y energía: Aportes jurídicos para su regulación - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Lajouane, 2017.

Robles Pellegrini, N. (2018). El rol de la Corte y sus efectos en el Estado ambiental de Derecho. *Revista de Derecho Ambiental,* (53), p. 63.

Rodríguez, C. A. (2012). El Derecho humano al ambiente sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Rodríguez, C. A. (2005). El derecho procesal ambiental, *DJ, 13/07/2005*, 777.

Rosatti, H. (2009). Dominio y aprovechamiento de los recursos naturales en la Argentina. *Revista de Derecho Público, Derecho Ambiental 2009,* 1.

Rosatti, H. (2009). *Derecho Ambiental Constitucional.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Ruhl, L.U. (2021). Breves reflexiones en torno a la argumentación jurídica y su contexto. *Revista Argumentos (13) 2021*, pp. 26 44

Ruiz de Apodaca Espinosa, Muñoz, M. (2019). El acceso a la justicia ambiental. Estudios comparados en España y la Argentina en el contexto de integración regional. Tendencias y perspectivas. *Revista de Derecho Ambiental,* (58), p. 165.

Saux, E. (2021). El principialismo en el derecho ambiental. *Revista de Derecho Ambienta*l, (67).

Sapag, M. A. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado. *Díkaion*, *22*, (17), pp. 157-198.

Saggese, F. (2017). ¿Qué es la Democracia? Diferentes aproximaciones al concepto. La Democracia como Régimen Político. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP. año 14 (47), pp. 669-689.

Saggese, R. (2010). *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Sbdar, C. (2009). Proceso colectivo ambiental, *La Ley* 2009–A, p. 922.

Sbdar, C. (2016). Procesos colectivos y políticas públicas. *La Ley,* 15/03/2016, 1.

Sabsay, D. y Di Paola, M. E. (2002). El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente. *Anales de la Legislación Argentina, Boletín Informativo*, año 2002, (32), p. 47-54.

Sabsay, D. (2007). Una nueva etapa en la defensa de los bienes ambientales. *Revista La Ley,* 19 de marzo de 2007.

Sabsay, D. (2014). El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la Reforma. *Sup. Const*. 2014 (octubre), p. 143.

Sabsay, D. y Fernández, C. (2019). Ley de Glaciares y control de constitucionalidad: Los derechos ambientales tomados en serio. *SJA*, 17/07/2019, 51.

Sachs, W. (2003). Environment and Human Rights. *Wuppertal Institute for Climate, Environment,* Energy. Recuperado de http://wupperinst.org/globalisierung/pdf_global/human_rights.pdf

Sánchez Iturbe, M. (2009). Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente. *LLNOA* 2009 (febrero), p. 38.

Sánchez Gil, R. (2007). El principio de proporcionalidad. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, marzo 2007, p. 112. Recuperado de: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf

Sánchez Gil, R. (2017). Estudio Preliminar, en *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Santiago, A. (2008) Neoconstitucionalismo. *Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008.* Recuperado de: https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf

Santiago, A. (2016). La progresiva apertura e incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, junio, p. 5.

Sardo, A. (2013) Teorías de la ponderación. Análisis crítico. En P. Grández y F. Morales (Ed.) *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional.* Palestra Editores Lima, México D.F., pp. 239-272.

Simón Yarza, F. (2012). El llamado derecho al medio ambiente. Un desafío a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, (94).

Sodero, E., Vigo, R. L. (2015). Orden público y orden público jurídico. *La Ley 2015-F*, 1077.

Sodero, E. (2015). La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del Derecho. Recuperado de http://www.aafder.org/2015/02/robert-alexy-en-la-facultad-de-derecho-uba/

Soriano Zothner, V.P. (2018). La razonabilidad del accionar estatal y los modelos de control de constitucionalidad. Sistema jurídico argentino y derecho comparado. *Sistema Argentino de Información Jurídica.* ID SAIJ: Dacf180228.

Sozzo, G. (2007). Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos (del orden público al principio cosmopolita en el

Derecho Privado). *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 349-418.

Sozzo, G. (2018). Proteger los bienes comunes como función del Derecho privado. La necesidad de herramientas que incluyan las acciones de clase. *La Ley 12/03/2018,* 1.

Sozzo, G. (2019). *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del derecho privado*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Suárez-Rodríguez, J. (2012). El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 12, (22), enero-junio, pp. 57-75.

Sucunza, M. (2016). Competencia federal en materia ambiental: la consolidación de una (suprema) línea interpretativa. *Revista de Derecho Administrativo,* (106).

Saruwatari Zavala, G. (2009). Origen del concepto de generaciones futuras en el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista del centro nacional de derecho humanos*, México, 4 (10), p. 29-56.

Thea, G. (2009). Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas. *La Ley, Suplemento Administrativo* (junio), p. 11. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm

Tole Martínez, J. (2006). Cuestiones constitucionales. *Revista mexicana de derecho constitucional* (15), julio-diciembre.

Toledo Toribio, O. (2011). El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral. Recuperado de:

http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf

Tolosa, N.B. (2015). La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *SJA 16/12/2015,* 136.

Torchia, N. (2017). *Tratamiento de las aguas residuales industriales*. Régimen jurídico argentino. Mendoza: EDIUNC.

UNESCO (2005). Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio. Recuperado de https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139578_spa.search=%22principio%20precautorio%20unesco%22

Valera, L. (2019). Ecología humana. Nuevos desafíos para la ecología y la filosofía. *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura,* vol. 195-792, abril-junio, p. 509.

Vázquez Esquivel, E. (2019). La interpretación de la ley en Kelsen como categoría de la mediación entre facticidad y validez. Nuevo León: Ciudad Universitaria.

Vera, R. E. (2013). El impacto del Artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (363), p. 121.

Vergara, N.D. (2011). Legitimación en las acciones colectivas. Recuperado de www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF110160.

Verbic, F.(2015). La Corte Suprema argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo. *Int'l Journal of Procedural Law*, Volume 5 (2015), No. 1. Recuperado de https://www.academia.edu/13276038/La_Corte_Suprema_argentina_y_la_construcci%C3%B3n_del_derecho_constitucional_a_un_debido_proceso_colectivo

Viloria Villegas, M., Cadavid, L., y Awad, G. (2017). Metodología para evaluación de impacto ambiental de proyectos de infraestructura en Colombia. *Ciencia e Ingeniería Neogranadina*, vol. 28, (2), p. 121-156.

Villabella Armengol, C. M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas Precisiones. En W. Godinez y J. H. García. *Metodologías, enseñanza e investigación jurídica*. México: UNAM - Tecnológico de Monterrey - Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Vigo, R. L. (2008). Conceptos fundamentales de la obra de Robert Alexy. *Sup. Act.* 30/10/2008, 2. Recuperado de https://studylib.es/doc/643080/conceptos-fundamentales-de-la-obra-de-robert-alexy

Vigo, R. L. (2014). ¿Dos o tres neoconstitucionalismos? *La Ley* 2014-A.

Walsh, R. y Di Paola, M. E. (2000). *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*. Buenos Aires: La Ley.

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(Recuperados de https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar/)

CSJN (1992). «Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros». Fallos: 315:1492.

CSJN, (1995). «Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad». Fallos: 318:992.

CSJN, (1999a). «Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa». Fallos 322:1783.

CSJN, (1999b). «Líneas de Transmisión del Litoral S.A. / LITSA v/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa», 18/11/1999. Fallos: 322:2862

CSJN, (2001). «Mill de Pereyra». Fallos 324:3219.

CSJN, (2004a). «Fundación Medam v. Nación Argentina y otros». Fallos: 327:3880

CSJN, (2004b). «Nobleza Piccardo S.A.I.C. c/ Estado Nacional s/ Dirección General Impositiva», 05/10/04 causa N. 30. XXXV.

CSJN (2005a). «Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus». Fallos: 328:1146.

CSJN, (2005b). «Simón». Fallos 328: 2056.

CSJN, (2006a). «Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida v. Provincia de San Luis y otros». Fallos: 329:2469

CSJN, (2006b). «Asociación de Superficiarios de la Patagonia (ASSUPA) v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros». Fallos 329: 3493.

CSJN, (2006c). «Mendoza, Beatriz Silvia y otros otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo)». Fallos: 329: 2316.

CSJN (2006d). «Administración de Parques Nacionales V. Provincia del Neuquén» Fallos: 329:5165.

CSJN (2007a). «Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros/ acción declarativa de certeza». Fallos: 330:111.

CSJN, (2007b). «Defensor del Pueblo de la Nación c/ Nación Argentina y otra (Provincia del Chaco)». Fallos 330:4139.

CSJN, (2007c). «Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - P.E.N.- dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986». Fallos 330:2809.

CSJN, (2007d). «Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia de Chubut y otros». Fallos: 330:1791.

CSJN, (2007e). «ASSUPA v. Provincia de San Juan y otros». Fallos: 330:4234.

CSJN, (2007f). «Mendoza, Beatriz y ots. c. Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios». Fallos: 330:289.

CSJN, (2008a). «Asociación de Abogados Ambientalistas c/ Provincia de Buenos Aires». Fallos 331:699.

CSJN, (2008b). «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo)». Fallos 331:1622.

CSJN, (2008c). «Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional», 19 de diciembre de 2008. Fallos: 331:2797.

CSJN (2008d). «Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional», 29 de diciembre de 2008. Fallos: 331:2929.

CSJN, (2009a). «Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986». Fallos: 332:111.

CSJN (2009b). Audiencia pública, «Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional», 18 de febrero de 2009. Recuperado de https://www.cij.gov.ar/audiencias.html

CSJN, (2009c). «Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional», 26 de marzo de 2009. Fallos: 332:663.

CSJN, (2009d). Romero Carlos Ernesto c/ Andres Fabian Lema s/desalojo - recurso de casacion e inconstitucionalidad, 23 de junio de 2009. Fallos: 332:1488

CSJN, (2010a). «Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica». Fallos: 333:748.

CSJN, (2010b). «Thomas, Enrique c/ Estado Nacional s/ amparo». Fallos 333:1023.

CSJN, (2011a). «Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo». 13/12/2011. Fallos: 334:1758.

CSJN, (2011b). «Martín Ramón Rivarola c/ RUTILEX Hidrocarburos Argentinos S.A.». Fallos: 334:476.

CSJN, (2011c). «Covimet S.A. (TF 19.404-I) c/ GI». Fallos: 334:891.

CSJN, (2011d). Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo ambiental. Fallos: 334: 1148.

CSJN, (2012a). «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 335: 1213.

CSJN, (2012b). «Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI s/amparo ley 16.986». Fallos: 335:2393.

CSJN, (2012c). «Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/Catamarca». Fallos 335:387.

CSJN, (2014a). «Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses SA y otros», Fallos: 337:1361.

CSJN, (2014b). «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Fundación Medio Ambiente c/ EN - PEN - dto. 1638/12 - SSN - resol. 37.160 s/ medida cautelar autónoma». Fallo: 337:1424.

CSJN, (2014c). «Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN - JGM - SMC s/amparo ley 16986». Fallos: 337:47,

CSJN, (2015a). «Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional (Buenos Aires, Provincia de, citada 3°) s/ Acción meramente declarativa». Fallos: 338:1196.

CSJN, (2015b). «Mendoza, Beatriz Silvia y otros». Fallos: 338:80.

CSJN (2015c). «Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido». CSJN, Fallos 338:724

CSJN, (2016a). «Recursos de hecho deducidos por el Fiscal General Federal de Tucumán y por la actora en la causa Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo». Fallos: 339:142.

CSJN, (2016b). «Martínez, Sergio Raúl c/ Agua RicaLLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y Otros s/ Acción de amparo». Fallos: 339:201.

CSJN, (2016c). «Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otros p/ amparo ambiental». Fallos: 339:519.

CSJN, (2016d). «Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otros p/ amparo ambiental». Fallos: 339:1733. (21/12/2016).

CSJN, (2017a). «Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial». Fallos: 340:1193.

CSJN, (2017b). «Administración de Parques Nacionales c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 340:991.

CSJN, (2017c). «La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de aguas». Fallos: 340:1695.

CSJN, (2017d). «Goye, Omar y otros s/administración pública», 26/12/2017, Fallos: 340:2001.

CSJN, (2018a). «Neuquén, Provincia del c/Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) *s/* impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza». Fallos: 341:1148.

CSJN, (2018b). «Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales, Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental». Fallos: 341:39.

CSJN, (2019a). «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 342:924.

CSJN, (2019b). «Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental», 11 de julio de 2019. Fallos: 342:1203.

CSJN, (2019c). «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad», 2 de julio de 2019. Fallos: 342: 1084.

CSJN (2019d). «Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas, pronunciamiento del 3 de diciembre de 2019». Fallos 342:2136.

CSJN, (2019e) «Estado Nacional (Ejército Argentino) c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa», pronunciamiento del 17 de diciembre de 2019.

CSJN, (2019f) «Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo», 26/12/2019, Fallos: 342:2344,

CSJN, (2019g) «Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa», 05/11/2019, Fallos: 342:1903

CSJN, (2020a). «Servicio de agua y mantenimiento empresa del Estado Provincial s/ infracción ley 24.051 (art. 55)». Fallos: 343:373.

CSJN, (2020b). «Surfrider Argentina c/ Axion Energy Argentina S.R.L. y otros». Fallos: 343:463.

CSJN, (2020c). «La Pampa c/ Provincia de Mendoza». Fallos: 343:603.

CSJN, (2020d). «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctrol. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ incidente de medida cautelar». Fallos: 343:519.

CSJN, (2020e). «Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental». Fallos: 343:726.

CSJN, (2020f). «Juvevir Asociación Civil y otros c/ APR Energy S.R.L s/ inc. de apelación». Fallos: 343:1859.

CSJN, (2020g). «Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo». Fallos: 343:1704.

CSJN (2021a). «Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento». Fallos: 344:507.

CSJN, (2021b). «Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 344:809.

CSJN, (2021c). «Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 344:1151.

CSJN (2021d). «Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051». Fallos: 344:1642.

CSJN (2021e). «Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad». Fallos: 341: 3209.

CSJN (2021f). «Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad». Fallos: 341: 251.

Otros fallos judiciales

Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nro. 2, in re «Kattan, A. E. y otro c. Gobierno nacional - Poder Ejecutivo», resolución del 22/03/1983, publicada en La Ley, T 1983–D, p. 568, con nota de CANO, Guillermo J., «Un hito en la historia del derecho ambiental argentino».

4° Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Provincia de Mendoza, «Morales, Víctor Hugo y Rinaldi, J.J. c/Provincia de Mendoza p/amparo», 2/10/1986,

SCJM, (2004). «Municipalidad de Luján de Cuyo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Conflicto de Poderes». LS346-023.

CSJM, (2006) «Municipalidad de Guaymallén en j: 215.893/29.857 Calderón, Horacio Plácido Del Valle y otro c/ Municipalidad de Gllén. y otros. p/ acción de amparo s/ inc. cas.».

STJ de Neuquén (2005), «Lillo Segundo C/ Contreras-Esuco-Burwardt S/ Daños Y Perjuicios», en Jurisprudencia Anotada, *Revista del Derecho Ambiental*, Bs. As. enero/marzo 2005, p. 209 y sgtes. Recuperado dehttp://www.jusneuquen.gov.ar/busqueda-de-fallos/http://200.70.33.133/cmoext.nsf/86df637a4ff5a220032580c1003eb680/c7cb210da835aa2503257331004a4b97?OpenDocument

Cámara Nacional Civil Sala H (1999). «SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SE c. Propietario de la Estación de Servicio SHELL de la calle Lima entre Estados Unidos e Independencia», sentencia del 01/10/99, JA -IV, 309.

SCBA (1998). Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S.A. y otro s/ Daños y perjuicios. Sala 3 La Plata, JA diario del 10-3-99, 18 - LLBA 1998, 943

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017) Opinión Consultiva OC-23/17. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2008). Kimel vs. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2006), «Claude Reyes y otros Vs. Chile», Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

Declaraciones, informes y acuerdos internacionales

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2018). *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1987). *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. *Nuestro futuro común*. Recuperado de http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

Naciones Unidas (1972). *Declaración de Estocolmo*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972. Recuperado de

http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf

Naciones Unidas (1982). *Carta Mundial de la Naturaleza*. Recuperado de https://www.gob.mx/semarnat/articulos/carta-mundial-de-la-naturaleza

Naciones Unidas (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Recuperado de http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm

Naciones Unidas (2018). Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Recuperado de https://docplayer.es/96876898-A-hrc-37-59-asamblea-general-naciones-unidas.html

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN). *Estrategia Mundial para la Conservación* (1980). Recuperado de https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/WCS-004-Es.pdf

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) (2016). *Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental*. Río de Janeiro, Brasil. Recuperado de

https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf

Tratados y convenciones de la Unión Europea

Unión Europea. Tratado de la Unión Europea (TUE) Versión consolidada (2012). Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012) Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2 °FTXT

Unión Europea. Protocolo (n° 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (2008). Recuperado de https://eur-

lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2 °FPRO%2 °F02

Unión Europea. Reparto de competencias en la Unión Europea (2016). Summariesof EU Legislation. Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aai0020

Unión Europea. Informes anuales de 2015-2016 sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad. Recuperado de http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0120+0+DOC+XML+V0//ES

Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2005 asunto C-240/83. Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003 °CJ0320&from=ES

Unión Europea. Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 26 de septiembre de 2014. Recuperado de http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=158051&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5547742

Unión Europea. Tool #5. Legal basis, subsidiarity and proportionality (2015). Recuperado de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-5_en_0.pdf

Unión Europea. Informe de la comisión informe anual de 2017 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0490

Unión Europea. Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018. Recuperado de https://www.boe.es/doue/2018/173/L00025-00034.pdf

Debates legislativos y constitucionales

Cámara de Senadores de la Nación (2010). Proyecto de Ley de Glaciares, Acta versión taquigráfica, 18 Reunión - 13 Sesión ordinaria - 29 y 30 de septiembre de 2010. Recuperado de http://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/29-09-2010/18/downloadTac

Convención Nacional Constituyente (1994). Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Recuperado de http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm