

# Manual de actuación ambiental integral en Argentina

Coordinador **Juan Sebastián Lloret**



REDE LATINO-AMERICANA DE  
MINISTERIO PÚBLICO AMBIENTAL

# Manual de actuación ambiental integral en Argentina

---

Derecho, sumario, acusación, demanda y peritaje.  
El Ministerio Público Fiscal como eje de su abordaje.

Coordinador **Juan Sebastián Lloret**

---

**Ana Andrea Audisio — Florencia Cheruse**

**Nadia S. Espina — Juan Sebastián Lloret — Luciano Merini**

**Johanna Cristallo — José Alberto Esaín — Yarina Gersenobitz**

**Brett Sommermeyer — Guillermo H. Marchesi**



**Manual de actuación ambiental integral en Argentina** / Juan Sebastian Lloret ...[et al.] ;  
coordinación general de Juan Sebastian Lloret.

1º ed. - *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*: Fundación Expoterra, 2021.

*Libro digital*, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-48420-0-8

1. Derecho Ambiental. I. Lloret, Juan Sebastian, coord.

CDD 344.046



# Índice

---

Prologo — Luiz Alberto Esteves Scaloppe	3
Agradecimientos — Guillermo Hernán Marchessi	7
Presentación — Catherine Pruett	9
Introducción — Juan Sebastián Lloret	11
<hr/>	
CAPÍTULO 1 — Johanna Cristallo	
<b>Principios relevantes en materia ambiental y su vinculación con la responsabilidad ambiental</b>	<b>31</b>
Introducción	
El derecho ambiental es un derecho humano de incidencia colectiva	
Los Principios del Derecho Ambiental	
Principio Fiscal del Respeto por los Derechos Humanos (Ley 27.148)	
Principio de Sostenibilidad (Artículo 4, Ley 25675)	
Principio de Prevención (Artículo 4, Ley 25675)	
Principio Precautorio (Artículo 4, Ley 25675)	
Principio de Responsabilidad (Artículo 4, Ley 25675)	
Tipos de Responsabilidad Ambiental (Artículo 29, Ley 25675)	
Responsabilidad Administrativa	
Responsabilidad Civil(i) Función Preventiva(ii) Función Resarcitoria(iii) Función Punitiva	
Responsabilidad Penal	
<hr/>	
CAPÍTULO 2 — Ana Andrea Audisio	59
<b>Gobernanza ambiental y su vinculación con la responsabilidad ambiental</b>	
Introducción	
Sistema de presupuestos mínimos de protección ambiental normativos (6, L. 25.675)	
Constitucionalización del bien colectivo ambiente (41 CN)	
Principio de progresividad (4, L. 25.675)	
Principio de no regresión	
La integración de la variable ambiental en la actuación gubernamental (5, L. 25.675)	

Principio de congruencia (4, L. 25.675)  
Principio de unidad de actuación fiscal (L. 27.148)  
Principio fiscal de gestión de los conflictos (L. 27.148)  
Principio de oportunidad fiscal (L. 27.148)

---

CAPÍTULO 3 — Florencia Cheruse (revisión Guillermo Hernán Marchesi)

## **Herramientas administrativas para la Protección Ambiental**

**81**

Introducción.  
Monitoreo ambiental. Concepto. Caracteres. Importancia. Recepción normativa y jurisprudencial.  
Control de actividades antrópicas. Formas de control administrativo. Autoridades administrativas ambientales competentes para el control.  
Sanciones administrativas ambientales. Función e importancia. Competencia legislativa en materia de faltas administrativas ambientales.  
Actividad interna de la administración: dictámenes técnicos ambientales. Concepto e importancia. La importancia del Dictamen en relación al proceso ambiental: el artículo 33 de la Ley General del Ambiente. Recepción jurisprudencial.

---

CAPÍTULO 4 — Juan Sebastián Lloret

## **La reparación de daños ambientales**

**109**

Daño ambiental colectivo contra la sociedad. Intereses generales ambientales de la sociedad  
Macro y micro bienes ambientales alterados negativamente.  
Legitimación Fiscal para exigir la reparación e indemnización colectiva. Principio de Objetividad Fiscal.  
Legitimación Pasiva ambiental.  
Responsabilidad ambiental colectiva objetiva (elementos de atribución, eximentes y trámite).  
Responsabilidad ambiental del Estado.  
Independencia de la acción penal y civil ambiental.

---

CAPÍTULO 5 — Nadia S. Espina

## **Delitos contra el medioambiente**

**151**

Introducción.  
Tipos de delitos ambientales.  
Envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables.  
Contaminación, envenenamiento o adulteración mediante residuos peligrosos.  
Estragos sobre bosques.  
Maltrato y Crueldad Animal.  
Violación a las normas sanitarias animales.  
Daños al patrimonio cultural agravado.  
Tráfico ilícito de Bienes Culturales.  
Violación y Omisión de deberes ambientales funcionales.  
Conclusiones.

---

CAPÍTULO 6 — Yarina Gersenobitz

## **Crimen organizado y delitos ambientales**

**165**

Primeros pasos en la lucha contra el aprovechamiento ilegal de los recursos naturales  
Los servicios ambientales.

Los delitos complejos (ley 26.683, ley 27.319) y el delito ambiental.  
Asociaciones ilícitas de plusvalías ambientales ilegales.  
La investigación penal ambiental compleja.

CAPÍTULO 7 — Brett Sommermeyer

**Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada desde un enfoque internacional** 175

Introducción

Panorama de los tratados internacionales relacionados con la pesca

Alcance de la autoridad de acción según el derecho internacional: A.Aplicación dentro del MT (también conocido como “aguas territoriales”). B.El caso especial de las embarcaciones apátridas: El derecho de visita.C.Restricciones al paso inocente en el MT.D.Restricciones a la libertad de navegación en las ZEE.E.Abordaje e inspección. F. Arresto y detención.G.Incautación. H. Decomiso.I. Sanciones.J. Persecución en caliente.K. Uso de la fuerza.

La relevancia de otros regímenes internacionales para Argentina: Un enfoque en los tiburones y las rayas: A.La incapacidad de frenar el declive global de las poblaciones de tiburones.B.Regímenes de gestión de conservación relevantes. 3. PAN-Tiburones.

CAPÍTULO 8 — José Alberto Esain

**Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada en Argentina** 219

Introducción.

El contexto biológico: la fragilidad de los recursos vivos marinos.

El contexto internacional en materia de pesca ilegal, no regulada y no declarada.

El régimen jurídico de la pesca marítima en la República Argentina.

El régimen jurídico de los recursos vivos marinos como de dominio público.

El período posterior a la ley 17.500: leyes 20136 y subsiguientes.

La Ley Federal de Pesca 24922.

El derecho ambiental y el régimen jurídico de la pesca en Argentina.

Conclusiones sobre el régimen jurídico de la pesca en Argentina.

El sistema de combate a la pesca INDNR en Argentina

El Plan de Acción Nacional Argentino (PANA) adoptado por el Consejo Federal Pesquero mediante Resolución 1/2008.Objetivo del PANA. Ámbito de aplicación. Concepto de Pesca INDNR. Medidas de lucha contra la pesca INDNR pensadas en el Plan de Acción Nacional.Planes sectoriales derivados del PANA. El perfil de Ordenamiento General del PANA sujeto a desarrollo por microsistemas de planificación.

El Sistema Nacional de Certificación de Captura Legal en Argentina.

Régimen penal.

Artículo 453: caza de fauna silvestre prohibida.

Artículo 454: protección de fauna migratoria o en peligro de extinción.

Artículo 455: agravantes para la caza, pesca o daño a especies protegidas.

Artículo 456: extensión de los delitos a la cadena de comercio.

CAPÍTULO 9 — Luciano Merini

**El Informe pericial ambiental** 249

Introducción.

La pericia ambiental. ¿Cómo debería abordarse el proceso pericial ambiental?¿Qué información debería obtener de un proceso pericial?¿Cuáles son los puntos de tensión durante el proceso pericial?La admisibilidad de la prueba ambiental. ¿Pericia ambiental

o proceso pericial?

Peritos y equipos forenses especializados.

Conocimiento científico y justicia ambiental.

Los informes periciales de daño ambiental. Informe pericial penal ambiental (estructura; referencia a los elementos típicos del delito). La indemnización sustitutiva ambiental (valoración del crédito a la sociedad). El proceso pericial paso a paso.

---

Resumen curricular de los autores 265

---

Bibliografía 271

---

# Prólogo

— Por **Luiz Alberto Esteves Scaloppe**, Director Ejecutivo de la Red del Ministerio Público Ambiental de Latinoamérica

Há uma vontade central, dos fundadores e dirigentes da Rede Latino-americana de Ministério Público Ambiental (RedeMPA), que eu diria ser bem pretensiosa, que é a de unificar ações concretas de defesa ambiental, entre os Ministérios Públicos latino americanos, mais propriamente entre as Fiscalias Ambientais do continente sul americano e centro americano. Queremos nos relacionar profissionalmente, como normalmente fazemos no interior de nossos países, entre unidades estaduais e federais dos Ministérios Públicos, conforme nos organizamos nacionalmente.

Vem sendo estimulador, para crermos nisto, a descoberta de que há muita identidade entre os Ministérios Públicos latino-americanos, favorecida por um tipo de organização institucional basicamente similar, pelo encontro de vontades e formas de leituras de realidade praticamente iguais no que se refere ao combate ao dano ambiental e, o que foi uma surpresa, pelo menos no meu caso, superando minha ignorância, foi o fato de encontrar formulações teóricas e instrumentos constitucionais e processuais comuns, trabalhados com a mesma eficiência, muito embora por vezes localizados em áreas de especialidade jurídica diferentes, seja no direito penal, administrativo ou civil. E mesmo com distintas possibilidades processuais como a da especialíssima legislação processual, de natureza coletiva, no Brasil.

Muito provavelmente, a nossa histórica origem ibérica tenha influenciado a formação de uma estrutura institucional básica comum. Há também muito do aprendizado jurídico com outras fontes de outros países, que foram obtidas pela capacidade que temos de internalizar experiências e produções teóricas estrangeiras. Por fim, estou seguro de que o amalgamador disto tudo, na seara da proteção ambiental, é a nossa consciência da imperiosa necessidade de preservação da vida, da integração vital entre os ainda depredadores seres humanos e o resto da natureza planetária, sem exageros.

Em termos normativos, o que a RedeMPA está continuamente defendendo é o valor da previsão constitucional da proteção ambiental, como comenta neste manual Johanna Cristallo, pois equivocadamente é a ferramenta fundamental para garantia de nossas ações. Da mesma forma, reivindicamos a criação formal de novos instrumentos sancionatórios efetivos, de caráter repressivo, com poder de produzir ações educativas, preventivas e eficientemente reparadoras dos danos ambientais, como dissertadas por Sebastian Lloret que, embora tratando propriamente da Argentina, se amolda a qualquer país latino-americano, inclusive o desenho que se está experimentando em algumas nacionalidades a chamada autocomposição ou transação penal, que no Brasil está dentro das atribuições dos membros dos Ministérios Públicos.

Somamos a estas defesas que RedeMPA faz, o incentivo para aquisição e capacitação para no-

vas tecnologias, importantíssimas no fortalecimento da prova processual, tema aqui esmiuçado por Florencia Cheruse. Devemos aprimorar o sistema de comprovação das razões ambientais que lançamos nos autos de processo, agilizar processos de identificação dos autores dos danos ambientais, bem como no desenvolvimento de metodologias para quantificação dos danos. Propomos, ainda, que os agentes fiscais ou ministeriais possam ter acesso a equipamentos que agilizem a proteção e a repressão ambiental e permita mavaluar os riscos provocados pelas mudanças climáticas.

Todas estas conquistas dependem de articulações com o aparato governamental, que não são tarefas fáceis, pois demandando paciência, porém, devemos incorporá-las as nossas rotinas, assim como em todas as demais instituições públicas voltadas a proteção do meio ambiente. De qualquer maneira, há um detalhe sobre tudo isso e de muita relevância: nós já sabemos o caminho para o cumprimento destas tarefas e já sabemos quais são os perigos ao meio ambiente em face da ação insensata do ser humano. Neste caminho já desvendado, os integrantes da RedeMPA têm se esforçado em conhecer as peculiaridades normativas e práticas exitosas de nossos colegas de países vizinhos. Para tanto, mantemos ativa a comunicação para melhoria das nossas relações e profissionais, mediados por eventos e projetos acadêmicos.

O trabalho de aglutinação e capacitação que realizamos pela RedeMPA, já é estimulado no interior de nossas instituições latino-americanas, demonstrado pela recepção aos nossos congressos anuais, na realização de seminários com a participação de promotores de justiça, procuradores da república e fiscais ambientais. Com o aumento do tráfico continental de informações ambientais, impõe-se agora – e recomendamos insistentemente – a ampliação e fortalecimento dos nossos laços com organizações civis, do chamado terceiro setor, a exemplo da Sea Shepherd Legal e da Fundación Expoterra. Esta abertura é uma prática democrática que condiciona nossa eficiência, assim, a participação social, sustentada neste livro por Andrea Audisio, não é uma concessão, mas uma obrigação e condição para efetividade da nossa função pública.

Quando leio sobre a interdisciplinaridade, exposta por Luciano Merini, destaco a especial e muitas vezes determinante relevância, que dispensa comentários, que outras ciências para subsidiar ou orientar as ações de proteção e responsabilização ambiental. Precioso é o auxílio de metodologias e discursos especializados que dão sustentação ao discurso jurídico e, inclusive, muitas vezes lhe dá veracidade. A propósito, este apoio vindo do que chamamos indistinta de apoio “técnico” ou “de especialistas”, devemos fazê-lo com atenção e humildade científica, não como se os juristas não fossem também técnicos ou especialistas e as outras ciências fossem simplesmente anexos da ciência jurídica.

Nós juristas devemos minimamente conhecer outros conceitos e proposições produzidas fora do âmbito acadêmico do direito, em especial, os juízes que decidem sobre provas, para que possam receber o resultado produzido pelas novas tecnologias e o discurso científico de outros campos do conhecimento e incorporá-los como parte necessária de suas decisões, ou seja, para que elas possam, como um ato de justiça sócio ambiental, tratar em corretamente da prevenção, dos efeitos e da responsabilização da ação dos homens e mulheres na natureza e na organização ambiental das cidades.

A absorção de um maior número de abstrações científicas destinadas a apropriação da realidade, em pensamento, é o que permite formulações conseqüentes para práticas governamentais verdadeiramente sustentáveis. A título de exemplo, sem a geografia e o urbanismo não estaremos muito seguros em nossas decisões sobre os efeitos do crescimento desorganizado de nossas cidades e sem medidas de temperatura, de gráficos dos pulsos dos rios e dos períodos de seca não poderemos avaliar os riscos ambientais e, conseqüentemente, impo razões preventivas e de reparação. Os trabalhos sobre a ictiofauna realizados por pesquisadores de outras áreas do conhecimento, como dissertado aqui por Brett Sommermeyer e José Alberto Esain, fazem esta intercone-

xão obrigatória entre regulação e situação fática.

Por outro lado, também é necessário que nós juristas – fiscais, juízes e advogados, como menciona Nadia Espina, olhemos de maneira oxigenada para a percepção “egocêntrica” do texto constitucional – não só o da Argentina – e superá-la por uma visão ecocêntrica, ou seja, que a construção normativa, destacadamente a formulação constitucional, observe o ser humano integrado, pertencente a natureza, dependente do resultado da ação antrópica e, portanto, das condições reais do território biótico dentro do qual vivemos.

Nesta busca de compreender intelectualmente a nossa prática, vejo que nós juristas ambientais ainda não incorporamos devidamente no corpo do direito ambiental os componentes do direito urbanístico, o tratamento das alterações significativas no meio ambiente urbano que afetam a natureza humana. Tenho, ainda, observado pelo aprendizado das andanças pelos vários países latino-americanos que o mais recente desafio é exatamente o que relata Yarina Gerzenovitz: os necessários ajustes na tipificação penal – e ações repressiva sem maior escala – do crime organizado ambiental. Este é um combate difícil, que exige cooperação entre órgãos públicos, tratamento técnico-jurídico especializado e, em muitos tipos de danos ambientais, da real cooperação entre países.

A RedeMPA agradece a possibilidade de sua participação na construção deste Manual de Actuación Ambiental Integral Argentina, produto do esforço de cooperação e aproximação cultural entre nós, defensores de uma meio ambiente saudável. Um claro documento de integração e aprendizagem. Aolê-lo, sem embargos de que em língua tão próxima que nos faz sonhar ser mais próxima ainda, vejo que o tratamento dado pelos autores ao tema se assemelha as questões que formulamos a cada dia nos demais países vizinhos.

A semelhança não está posta apenas porque o tema do meio ambiente é universal, mas também porque há uma apreensão intelectual comum – e responsável – dos direitos humanos, sobre a responsabilidade ambiental individual e coletiva – também tratada por autores desta obra. Estamos todos – agentes fiscais ou ministeriais – com análises muito próximas das que são relatadas neste livro, como a noção e pertinência da cobrança pela eficiência na governança de nossos bens ambientais e na crítica dos instrumentos jurídicos administrativos e penais, assim como no debate sobre a prova processual (perícia) do dano em si e de sua dimensão e quantificação, portanto, muito similares ao que tenho observado na América Latina.

*Cuiabá, Mato Grosso, Junio de 2021.*

# Agradecimientos

— Por **Guillermo H. Marchesi**, Director Ejecutivo Fundación Expoterra

Desde la Fundación Expoterra nos complace formar parte de la construcción de este Manual de Responsabilidad Ambiental para actuación de Fiscales en la investigación de hechos que de alguna manera generen daños al ambiente y sus recursos naturales.

Estamos convencidos que esta iniciativa promovida por los propios integrantes del Ministerio Público Fiscal y que tanto desde nuestra Fundación como nuestros amigos de Sea Shepherd Legal hemos decidido acompañar fervientemente, consolida un trabajo de capacitación sumamente importante para cada uno de los funcionarios actuantes, pero además marca un punto de inflexión en las actividades que en este sentido se vienen realizando, dando un marco de excelencia al trabajo realizado en la construcción del Manual.

En el sentido apuntado, los temas que componen el Manual, han sido cuidadosamente seleccionados teniendo en miras los ámbitos de actuación de los Agentes Fiscales y con la firme intención de aportar herramientas que permitan avanzar en la investigación de hechos vinculados a la afectación y potencial degradación los recursos naturales, el ambiente y la salud de las personas.

De esta manera, se podrán encontrar en este libro, cuestiones vinculadas a la aplicación de la teoría de la responsabilidad por daño ambiental, de los principios que rigen toda la materia y asociado a esta cuestión, todo aquello relacionado con la Gobernanza en materia ambiental; se desarrolla de manera minuciosa aspectos generales vinculados a los delitos ambientales y el crimen organizado en torno a esta problemática; se aborda una cuestión que por estos días se está siguiendo con mucha preocupación tanto por la población como por los medios de comunicación como es lo relacionado a la pesca ilegal y las herramientas con las que cuenta el sistema jurídico argentino para afrontar este delicado tema; se tratan la totalidad de los temas relacionados con la responsabilidad por daño ambiental, así como la función de los organismos de monitoreo ambiental en su actuación a los efectos de determinar los casos que generan responsabilidad por daño ambiental y finalmente todo lo que tiene que ver con las competencias de los órganos administrativos en la emisión de dictámenes técnicos e informes periciales, entre una gama variada de puntos que se desarrollan de manera aguda y con un formato práctico que permita sobre todas las cosas a los agentes Fiscales y auxiliares de la justicia que deban actuar, encontrar aquí una base sólida por donde comenzar su encomiable labor.

Este Manual además, cuenta con un cuerpo de autores de primera línea, en su mayoría, Agentes del Ministerio Público Fiscal, tanto nacional como provinciales, académicos de renombre y especialistas aportados por Sea Shepherd Legal y Fundación Expoterra, para darle una jerarquía y una solidez que asegure con creces, la misión que se propone cumplir con el mismo.

En suma, la importancia capital de este texto, radica en la contribución fundamental que el mismo se propone, en la investigaciones de acciones que de una manera u otra tengan el potencial de generar daños al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas en general.

Como siempre nos enseña nuestro querido Nestor Cafferatta “...se requiere especialización en la constitución, funcionamiento y desarrollo de los órganos administrativos y jurisdiccionales estatales, idóneos, con dominio, saber y experticia específicamente ambiental. ¿Es ello sinónimo de tribunales ambientales, fiscalías ambientales u otros organismos auxiliares de justicia ambiental? Creemos que sí: íntimamente estamos convencidos de la necesidad de implementar reformas en el fuero judicial clásico, sumando la cuestión o materia ambiental a las tradicionales disciplinas jurídicas (penal, civil, comercial, laboral, previsional, contencioso-administrativa, etc.)...”<sup>1</sup>

Ciudad de Buenos Aires, abril de 2021.

---

<sup>1</sup> Cafferatta, Néstor A. “Acceso a la Justicia Ambiental”, LA LEY 09/11/2020, 1 · LA LEY 2020-F, 272 · ADLA 2021-1, 19 Cita Online: AR/DOC/3682/2020, Ed Thomson Reuters.

# Presentación de Sea Shepherd Legal

— Por **Catherine Pruett**, Directora Ejecutiva y Co-Fundadora en 2014

Sea Shepherd Legal is extremely grateful for the opportunity to have contributed to and supported the preparation of this MANUAL DE ACTUACION AMBIENTAL INTEGRAL ARGENTINA. We sincerely appreciate the efforts of the numerous other authors who provided their expertise regarding the challenges that Argentina faces in protecting its wildlife and natural environment and the tools available to overcome those challenges. We express our particular gratitude to Dr. Juan Sebastián Lloret, who led the coordination of this important endeavor; Dr. Luiz Alberto Esteves Scaloppe, the esteemed Executive Coordinator of the Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental; and Dr. Guillermo H. Marchesi of Fundación Expoterra, with whom we had the privilege of partnering on publication logistics.

## Objectives

The manual de responsabilidad ambiental para fiscalías argentinas is a compendium of resources designed to provide Argentina's prosecutors, judges, and other government officials with a handbook to aid in responding to threats to Argentina's wildlife and natural environment. With Argentinean domestic environmental law as the centerpiece and international law as the context in which such domestic law must be considered, the MANUAL DE ACTUACION AMBIENTAL INTEGRAL EN ARGENTINA aims to map the law, articulate best practices, highlight additional considerations, and facilitate effective application.

This manual de responsabilidad ambiental para fiscalías argentinas cannot, by its nature, cover every possible scenario that may arise with respect to the application of environmental law. The MANUAL DE ACTUACION AMBIENTAL INTEGRAL EN ARGENTINA, including any errors or omissions, are solely the responsibility of the authors. The authors welcome corrections and additions.

*Seattle, Washington, mayo de 2021.*

# Introducción

— Por Juan Sebastián Lloret

La presente obra, tal como su nombre lo indica, es un esfuerzo cooperativo de Sea Shepard Legal (Estados Unidos de Norteamérica), la Fundación Expoterra (República Argentina) y la Red de Ministerio Público Ambiental de Latinoamérica (con sede en la República Federativa de Brasil) para formular un manual que brinde los elementos y herramientas esenciales para la actuación ambiental integral en la Argentina.

Por ello, aborda aspectos de derecho centrales que se debe conocer ante trámites sumariales o una acusación, una demanda y hasta en el peritaje ambiental. Puede resultar útil para el estudio y uso por cualquier interesado en la temática, aunque está particularmente enfocado en la tarea del Ministerio Fiscal como eje de su abordaje, por representar éste organismo público el interés general de la sociedad en proteger el espacio de vida de todos los ciudadanos.

En el primer capítulo, JOHANNA CRISTALLO expone las bases constitucionales del derecho y la institucionalidad ambiental en Argentina. Rescata el derecho humano al medio ambiente, su posicionamiento en la constelación de los demás derechos esenciales de la dignidad humana, su funcionalidad e inescindible trascendencia para la supervivencia. Sin ambiente equilibrado no existen vida, salud ni desarrollo dignos.

Desde la caracterización del ambiente como “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible”, nos recuerda el cambio sustancial del enfoque desde el que se debe abordar su protección, exigiéndose una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, donde son numerosos los derechos afectados y los intereses en conflicto. Este enfoque se sustenta sobre una base de principios de interpretación y aplicación.

Estos principios citados constituyen mandatos de optimización y sientan una base lo suficientemente flexible y adaptativa de la materia. Se vehiculizan a través de los deberes de protección y reparación que la constitución y las leyes desarrollan.

Con cita de Néstor Cafferata nos habla de un llamamiento a conjugar la defensa del espacio vital (ecocentrismo) con la inviolabilidad de la persona (antropocentrismo), con el objetivo de lograr el desarrollo sustentable, en una visión compleja de justicia intra e intergeneracional. Por ello nos describe un derecho ambiental sistémico, equilibrador de las necesidades ecológicas y sociales, mediante una constitucionalización del derecho privado, con un dialogo de fuentes principista y valorativo.

Dentro de los principios, trabaja los esenciales que atañen a la función de proteger el ambiente sistemáticamente (desde un ecocentrismo humanizado y solidario) basándose en la óptica de la defensa de los intereses generales de la sociedad, nuclear en la tarea fiscal. Analiza los principios

precautorio, el in dubio pro natura, el de responsabilidad, vinculando este último con el principio de contaminador-pagador.

Posteriormente, analiza los tipos de responsabilidad ambiental vigentes en la república argentina, proponiendo un abordaje armónico partiendo desde el artículo 41 de la Constitución y el artículo 29 de la Ley General del Ambiente, para confirmar que lo que el plexo busca es utilizar la herramienta en la forma más eficiente y adecuada para cada problema ecológico.

Nos dice que el régimen de responsabilidad ambiental de nuestro sistema jurídico es eminentemente preventivo y precautorio -en sede administrativa- y reparatorio e indemnizatorio-en el ámbito civil- y, en una medida mucho menor, es sancionatorio -en sede penal-. Propone que los tres regímenes deben ser integrados dado el carácter sistémico del derecho ambiental y el deber transversal constitucional de reparar.

Sienta el sistema de responsabilidad administrativo ambiental en la obligación de los Estados de cumplir con sus obligaciones bajo la Convención Americana con debida diligencia. Este deber de actuar consiste en adoptar “todas las medidas apropiadas” tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos fundamentales. Esto le genera una obligación positiva ante el ciudadano, de abordar el pre-daño y tomar las medidas necesarias de evitación y mitigación.

En dirección a la responsabilidad civil ambiental, con otra cita de Cafferata, explica que ésta ensancha fronteras, contenidos, para comprender pretensiones preventivas, precautorias y reparatorias, y asimismo, cambia la naturaleza esencial del derecho de daños, que salta de patrimonial y personal individual a dimensiones colectivas.

Finalmente, deja abierta la idea de una responsabilidad penal ambiental que, en nuestro país, todavía es de muy restrictiva regulación.

El segundo capítulo de ANA ANDREA AUDISIO, comienza definiendo a la gobernanza ambiental en referencia a la práctica democrática de ejercicio del poder. Nos dice que para que haya buena gobernanza, la participación social tiene que ser un agente fundamental en el proceso de gobierno. En este trabajo, comienza a delinearse una faceta poco estudiada del sistema de responsabilidad ambiental que es la justiciabilidad de los actos contrarios a la debida gestión ambiental estatal.

Esta área del esquema de reproche y corrección administrativa -y eventualmente jurisdiccional- de los actos de gobierno, es un invaluable aporte a la prevención ambiental y la democratización de la sociedad. Generalmente -nos alecciona-, volver a su cause los desvíos en el sistema de habilitación y control ambiental tiene un efecto terapéutico inmediato y temprano sobre la conflictividad social y la afectación al ambiente. Por ello, este abordaje de AUDISIO puede calificarse de un efecto propedéutico en nuestra materia.

Realiza a su turno un relato sobre las causas y etapas de los esfuerzos internacionales por elaborar programas y normativa que mejore la actuación y manejo de la cuestión ambiental por los gobiernos nacionales. Arriba al año 2013, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Grupo de Trabajo Abierto de 30 miembros para desarrollar una propuesta sobre los Objetivos del Desarrollo Sustentable (ODS). Retoma luego en enero de 2015, cuando comenzó el proceso de negociación sobre la agenda de desarrollo post-2015 que culminó con la posterior adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en la Cumbre de Desarrollo Sostenible la ONU en septiembre de ese año.

Nos cuenta que este último ambicioso documento de los ODS, propone un conjunto de 17 objetivos y 169 metas, cuyo fin es dar continuidad a los anteriores Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), asumiendo un carácter integrado e indivisible que conjuguen las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental. Indica que ésta es hoy la base y macro-objetivo de la gobernanza ambiental mundialmente concertada.

Dentro de este gran marco, cita el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, que consagra

internacionalmente la democracia ambiental, reconociendo que el modo de enfrentar los desafíos ambientales es con acceso a la información, a la participación y a la justicia abordando entonces de manera conjunta estos denominados “derechos de acceso” que complementan la democracia representativa.

En el contexto regional, toma el Acuerdo Regional de Escazú sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, firmado en Costa Rica el 4 de marzo de 2018, bajo el auspicio de la CEPAL -en adelante el Acuerdo de Escazú-, ratificado por la Argentina mediante la Ley 27.566. Nos explica que éste conforma la plataforma de los Estados para fortalecer la capacidad de protección del derecho de todas las personas de la generación actual y de las generaciones futuras a vivir en un medio ambiente sano, asegurando estos derechos de acceso.

Analiza que el Acuerdo tiene entre sus fines asegurar el disfrute de todos aquellos derechos humanos que dependen directamente de un medio ambiente propicio, de lo cual se desprende una lista amplia de derechos que dependen de la salud del entorno ambiental en el que vivimos; incluso el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y asociación, a la educación, a la información, a la participación y a los recursos efectivos, asociados con la protección del medio ambiente. Todo esto, dice, conforma una verdadera gobernanza ambiental democrática.

Explica que el art. 8.2 del Acuerdo de Escazú relativo al derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, revela las garantías del debido proceso precisando las particularidades del procedimiento ambiental, mediante la clásica subdivisión tripartita: (a) asegurar el acceso a la información; (b) asegurar el acceso a la participación; (c) impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, decisiones, acciones u omisiones que afecten o puedan afectar de manera adversa al ambiente; agregando un cuarto supuesto justiciable: (d) impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, decisiones, acciones u omisiones que puedan contravenir normas jurídicas relativas a este.

Luego reclama que lo importante es que cada país desarrolle la capacidad institucional y de gobernanza necesaria para formular e implementar las amplias reformas de políticas asociadas con el crecimiento verde. Se trata entonces, de evaluar nuevos mecanismos de participación que diversas organizaciones y ciudadanos utilizan y hacen suyos y, al mismo tiempo, de analizar cómo han ganado terreno en diferentes áreas de la gobernanza y de la sustentabilidad.

Ante ello adelanta que, hoy más que nunca, los debates en torno a la “buena gobernanza” del medio ambiente evidencian la capacidad (o incapacidad) que poseen los gobiernos estatales o municipales, de construir un proyecto de gobernanza ambiental focalizado en el diseño, elaboración, implementación y ejecución de los procedimientos y prácticas con nuevos actores (organizaciones de la sociedad civil, organizaciones privadas nacionales o internacionales) que les permitan participar en la toma de decisiones para la construcción de un proyecto de desarrollo sustentable que garantice el uso sostenible y equitativo de los recursos naturales.

Luego AUDISIO nos invita a repasar el proceso de constitucionalización de la protección del ambiente en la Argentina, desde las constituciones provinciales primero hasta el artículo 41 en el orden nacional. En este proceso considera al ambiente como un sistema complejo en el que interactúan y se interrelacionan de manera condicionada los distintos elementos que lo componen, entre ellos los recursos naturales, el hombre que los transforma, los recursos culturales que resultan de esa transformación, y finalmente los residuos que en consecuencia se generan.

Citando la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recuerda dos aspectos fundamentales del sistema regional: la defensa en favor de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y el ambiente, por un lado, y el carácter autónomo reconocido al derecho a un ambiente sano y su justiciabilidad, por el otro. Define también el contenido del derecho al medio ambiente sano tanto en su faz individual como colectiva y distingue

el carácter autónomo de este derecho del contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, como el derecho a la vida y a la integridad personal

Sienta las normas en lo previsto por el artículo 11 del Protocolo de San Salvador. El holding de la OC-23/17 es la tesis de la interdependencia del derecho al ambiente como prerrequisito para el goce de otros derechos expresamente reconocidos por el sistema (protección indirecta). “La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad” se lee en la cita que extrae de la Corte IDH. De ahí que la gobernanza ambiental afiance los derechos ambientales.

Para explicar la clausula constitucional ambiental recurre a la Corte Suprema, que dijo que el derecho ambiental “tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente” (Fallos: 326:2316). Y esta obligación coloca al decisor en la circunstancia de ponderar preventiva y precautoriamente los intereses en juego. AUDISIO rescata de una cita del máximo Tribunal nacional que “La aplicación de este [ultimo] 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” (Fallos: 332:663). Para ella, este juego ponderativo, se llama a la buena gobernanza ambiental.

En Argentina -dice esta autora- la gobernanza se estructura bajo el esquema constitucional de normas de presupuestos mínimos de protección ambiental y su vértice es la ley 25675, general del ambiente. Con esto, el orden federal, provincial y municipal distribuyen competencias y estructuran su convivencia legislativa y gubernativa. A todos les cabe la buena gobernanza. Además, la gestión de las esferas estatales competentes se sintoniza a través de los principios ambientales.

Seguidamente AUDISIO pasa a trabajar lo criterios que deben cumplir en su actuación ambiental los órganos judiciales. Alerta que en los procesos donde se debate la cuestión ambiental, el rol del juez debe obrar en favor de la protección del interés general ambiental, el cual adquiere un valor preeminente, modificando las reglas tradicionales del proceso civil, a los fines de prevenir el daño ambiental, sin caer en la quietud de permitir la contaminación y consolidar de tal modo un daño ambiental irreparable. Bajo esta preeminencia, el principio de congruencia cede en favor de la protección ambiental. Claro está que estas obligaciones en revisión, también se predicán sobre la actuación fiscal.

Avanzando sobre el rol fiscal, específicamente, en el capítulo se pasa a evaluar el principio de unidad de actuación. El art. 120 de la Constitución Nacional caracteriza al Ministerio Público como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Su accionar asienta también el principio de organización jerárquica.

Por otro principio fiscal, de gestión de los conflictos, para el mejor cumplimiento de sus funciones, la actuación del Ministerio Público estará orientada al intento de solucionar los conflictos y la conciliación de los diversos intereses en juego, procurando la preservación de la paz social mediante la equidad, la seguridad y la eficiencia. Esto invita a la interdisciplina y la participación social en la conformación de la solución justa y la homologación de la misma.

Observa inmediatamente la influencia del principio de oportunidad fiscal en el art. 30 del Código Procesal Penal de la Nación, cuando aborda la disponibilidad de la acción. Luego encuentra desarrollo en el criterio de oportunidad, la conversión de la acción, conciliación y la suspensión del proceso a prueba (arts. 31, 33, 34, 35, 59 inc. 5, 6 y art. 73 párr. 2º). En nuestro sistema legal -comenta en su capítulo- es en realidad una excepción al principio de legalidad, pues el Estado se

encuentra obligado a ejercer la acción penal y a llevar adelante la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o por denuncia. Por medio de su aplicación, el Estado finalmente renuncia a investigar una conducta por razones trascendentes de política criminal. Dice que es una facultad del titular de la acción penal pública.

Cierra AUDISIO reflexionando que, en materia ambiental, no siempre debe prevalecer el criterio de oportunidad por la insignificancia del hecho, de ahí que, en algunas ocasiones, puede resultar oportuna la persecución (v. gr. la corta de un solo árbol o bien la acción aislada de pescadores o extracción de recursos para alimento) dependiendo de la ubicación del recurso, el daño causado, la reiteración delictiva y el mensaje que se le puede enviar a la sociedad.

La gobernanza ambiental se concreta, esencialmente, en las herramientas administrativas para la Protección Ambiental. Sobre este punto va a tratar el siguiente capítulo de la mano de su autora FLORENCIA CHERUSE, con la destacable revisión de Guillermo Hernán Marchesi.

El trabajo desanda el desafío de explicar las varias herramientas de política y gestión ambiental y el amplio catálogo de instrumentos y mecanismos que contribuyen al objetivo de la disciplina de regular -de manera preventiva y precautoria- las conductas humanas para evitar que estas afecten de manera significativa y negativa el entorno.

Se centra el concienzudo estudio en las herramientas que posee la administración pública ambiental (sin dejar de recordar la existencia de otros mecanismos de autogestión).

Parte desde el monitoreo ambiental, efectivizado por el seguimiento estatal que mediante la recolección de información técnica o científica, en nuestro país es una actividad administrativa llevada adelante principalmente por las provincias. Por ejemplo, citando la separata de la Ley 11.723 de la provincia de Buenos Aires, ejemplifica cómo es un sistema continuo de observación, evaluación y control, para verificar el cumplimiento de normas y reglamentaciones o verificar predicciones y adoptar medidas correctivas o mitigatorias sobre la base del que se produce en la Declaración o Estimación de Impacto Ambiental. Reflexiona que su ámbito de aplicación, excede el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, siendo una herramienta fundamental a la hora de decidir y planificar políticas ambientales.

CHERUSE caracteriza el monitoreo como algo sistemático, con la finalidad de información, de naturaleza técnica, que contempla el carácter complejo del ambiente, además de dinámico. Refiere que su importancia radica en que sirve para contar con datos sobre el entorno, indispensable a la hora no solo de definir políticas ambientales generales, sino también para encarar los procedimientos de planificación u ordenamiento ambiental del territorio, para llevar adelante la evaluación de impacto ambiental y la evaluación ambiental estratégica, para el ejercicio de la actividad de control de actividades antrópicas, para la aplicación de sanciones administrativas, etc.

Con gran acierto expone la recepción normativa y jurisprudencial que tiene su regulación en la Argentina. Inicia desde la obligación de proveer información ambiental por parte de las autoridades que expresa la constitución nacional (art. 41), para luego enfocar las normas de desarrollo, como la Ley 25675, la Ley 25831, la Ley 27.566 y luego revisar la Ley 7070 de la provincia de Salta y la Ley 55 de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Advierte que a nivel provincial encontramos un grado de desarrollo interesante de este instrumento, siempre con los matices y particularidades de cada uno de los órdenes que lo regulan. Luego revisa jurisprudencia indispensable para entender su interpretación.

Después de este análisis, nos invita a apreciar la importancia de contar con información ambiental, para dar cumplimiento al derecho de acceso a la misma, que a su vez permitirá activar el deber de protección, y en cuya tarea la herramienta del monitoreo ambiental aparece como primordial.

Otra de las herramientas que trabaja en su texto es la potestad de control de actividades antrópicas que realiza la administración. Siguiendo a Cafferatta, CHERUSE expone que “el sistema

de control y la fiscalización está ligado con las actividades de inspección, verificación, monitoreo, ejercicio efectivo del poder de policía ambiental, derecho de faltas, régimen de autorizaciones y permisos, por parte del Estado (normas de comando y control)”.

Recuerda que existen diversas herramientas, técnicas o medios empleados por el Estado: de incentivación, de ordenación, de desaliento, contractuales, las denominadas acciones voluntarias (que pueden incluir el estampillado o utilización de etiquetas).

Entre las potestades en análisis, aborda las formas de control administrativo, empezando por el control previo (preventivo) donde prepondera la habilitación ambiental, que se materializa en técnicas habilitantes como la autorización, el permiso, la licencia y la concesión.

Siguiendo a Martín Mateo, dentro de las modulaciones de la autorización, enumera: el establecimiento de estándares (determinación de límites máximos de vertidos), la regulación de las características de las materias primas, las homologaciones y la imposición de niveles tecnológicos (la mejor tecnología disponible).

Luego se avoca al control concomitante, mantenido durante todo el tiempo de ejecución de las obras o actividades. Desarrolla el interesante caso de los casos de habilitaciones operativas, que encauzan y orientan positivamente la actividad del titular del emprendimiento.

Con el abordaje de la técnica -concomitante- de la realización de inspecciones, muestra una actividad material y ejecutiva de la administración, mediante la utilización de diversas modalidades de levantamiento de información, que resultan fundamentales a la hora de vincular el despliegue estatal de control con la actividad jurisdiccional de fiscalización y enjuiciamiento.

Finalmente, arriba a la última forma de ejercer esta potestad, que es el control a posteriori, en el momento del cierre o la finalización de las actividades antrópicas, donde la posible evidencia del daño ambiental tiene un carácter destacado.

La autora pasa luego a analizar las sanciones administrativas ambientales. Dice, son una herramienta que le permite a la Administración exigir el acatamiento a las normas y órdenes administrativas, abordando irregularidades, mediante su potestad sancionatoria. Siguiendo a Esain, nos habla de la teoría de la “unidad del ilícito ambiental”, sentando que el ilícito puede ser tanto civil o penal, como administrativo.

Así, define con respaldo autoral a la falta o contravención ambiental como toda infracción o incumplimiento, por parte de los particulares o administrados, a las normas y disposiciones, dictadas por la administración, en ejercicio de su poder de policía, destinadas a proteger el ambiente en general, alguno de sus componentes en particular o bien dirigidas al logro de la sostenibilidad de los mismos.

CHERUSE analiza la diferencia entre la sanción penal y la administrativa, exponiendo que las primeras están orientadas hacia la reeducación y reinserción social, en tanto que las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática, una íntima finalidad de lograr el cumplimiento de los preceptos normativos. Junto a esta finalidad, no olvida la preventiva, el propósito disuasorio de la pena, con el objeto de lograr el cumplimiento voluntario de la normativa. Advierte que la sanción administrativa ambiental tiene como principal función ésta, de prevención, en sus versiones formal y material o protectoria.

Finalmente, identificar la autora otro tipo de función, que denomina de tipo institucional o política, consistente en dotarla de alguna herramienta que permitiera darle efectividad a su accionar, así como también asegurar su independencia y autonomía funcional.

En el capítulo se explica detalladamente el funcionamiento de las concurrencias competenciales, para ubicar el tema sancionatorio dentro del esquema de complemento, derivado del denominado federalismo de concertación o federalismo cooperativo. En este sentido, se observa la preponderancia del orden local o provincial en el programa de desarrollo normativo e institucional.

Considera evidenciada la dificultad que existe para un efectivo reparto de competencias en ma-

teria de sanciones administrativas ambientales ante la novedosa y compleja distribución que realiza el art. 41 CN y la ausencia de normas o jurisprudencia que lo resuelva de modo unívoco. Para Cheruse, se vuelve necesaria la búsqueda de nuevas formas para lograr un normal y óptimo funcionamiento del sistema sancionador ambiental.

En su último punto, la autora aborda un tema crucial en la actividad administrativa, encarecido por la posibilidad de la demanda o acusación posterioren sede judicial: los dictámenes técnicos ambientales producidos en la actividad interna de la administración.

Como la experiencia viene demostrando, sus potencialidades para acreditar los hechos en juicio son enormes. Es el Estado administrador quien guarda un gran caudal de oportunidad, especificidad y solvencia para conocer y opinar en la materia ambiental.

En primer orden -dice CHERUSE- no debe confundirse al dictamen con los informes administrativos. Estos relatan o verifican hechos ocurridos, en cambio quien dictamina emite una opinión, juicio, consulta, destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir.

Estos dictámenes administrativos tienen gran importancia en relación al proceso ambiental, por ello son recogidos por el legislador en el artículo 33 de la Ley General del Ambiente. Advierte que los alcanzados por esta norma son los dictámenes, no meros informes de oficinas técnicas o no técnicas, tanto emitidos por organismos del Estado siguiendo un criterio subjetivo y específicamente dirigidos al daño ambiental. Estos documentos, agregados al expediente dejan de ser un indicio, elevándose a la categoría de pericia equiparable a la que pueda emitir un experto de la misma ciencia, desinsaculado de la lista oficial siguiendo los procedimientos ordinarios del proceso civil.

El capítulo siguiente, que corresponde a AUTORÍA PROPIA, aborda la reparación de daños ambientales colectivos, concentrándose en mostrar los ribetes de su abordaje en favor de la sociedad en la Argentina.

Quien suscribe, intenta transmitir un punto de partida constitucionalizado y convencionalizado de esta modalidad de daño civil, que por su entidad es reformulada y modulada en toda su regulación normativa, en la tarea procesal y el abordaje institucional. Resulta innegable su naturaleza mixta público-privada en orden a su bien jurídico protegido.

Es un derecho humano que coparticipa de la esencia de los servicios económicos, sociales y culturales de Estado para la dignidad del ciudadano que se asienta en las obligaciones básicas de prevenir y recomponer de los poderes públicos. El interés general de la sociedad -se expresa allí- esta innegablemente ínsito en la degradación del medio ambiente, en tanto puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.

Parado en la noción unitaria de ilicitud ambiental -ya vista en anteriores capítulos-, el texto se interna en las diferenciaciones de enfoque de los sistemas tradicionales de la responsabilidad que se conjugan para tratar el injusto ambiental: civil, penal y administrativo. Interesa a esta altura de la obra comentada conocer el abordaje del daño al denominado macro-bien ambiental y a sus micro-bienes, entendidos como los elementos, recursos o valores que lo conforman.

Se aclara la estructura compleja de su regulación, abordando sus nociones de derecho autónomo, protegiendo los componentes del medioambiente, su dimensión colectiva, en protección de la sociedad en su conjunto como derecho a un medio ambiente sano que constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras, y su dimensión individual, protectoria del contenido ambiental que surge de la garantía de otros derechos tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. Resultan fundamentales aquí las remisiones hechas a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación para enfocar estos conceptos.

No se propugna entonces una protección al ambiente autónoma y universal sin el hombre, ni para el hombre, sino con el ser humano situado en él. El paradigma jurídico que ordena esta for-

ma de regulación debe ser eco-céntrico, o sistémico. No obstante, la técnica de la protección del medio ambiente regulando las conductas humanas es una protección por vía refleja (o indirecta), desarrollada a partir de la idea de que, en el marco del actual derecho internacional del medio ambiente, la protección de la biósfera es eficaz a través de la indirecta y necesaria protección de los seres humanos.

En el aspecto no penal del daño ambiental, denominado de incidencia colectiva, se define normativamente su campo de acción al abarcado por los siguientes resultados lesivos: -alteración relevante negativa del medio ambiente; -alteración relevante negativa de los recursos ambientales; -alteración relevante negativa del equilibrio de los ecosistemas; -alteración relevante negativa de los bienes colectivos; y, -alteración relevante negativa de los valores colectivos. En los puntos subsiguientes se trata cada una de estos planos, profundizándolos en referencia a los distintos aspectos sectoriales normativos que están vinculados.

Tomado el supra objetivo constitucional del preámbulo, que es promover el bienestar general para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, se deconstruye en la dialéctica subjetiva de este derecho incorporando las nociones de: la sociedad (“nosotros”), las generaciones futuras (“nuestra posteridad”) y la humanidad (“los hombres del mundo”), que solo encontrarían un mal-estar general sin la protección del medio ambiente.

La primera forma de comenzar a desandar las formas en que los daños interfieren con el bienestar es pensar los derechos ambientales en ponderación, frente a los derechos que conforman el bloque de los económicos de producción. Y con estas reflexiones que se llevan a cabo, se puede englobar los pormenores del conflicto ambiental en toda su dimensión y comprender la estrategia del abuso del derecho que el codificador civil argentino ha tenido en mente para prevenirlo, remediarlo y/o indemnizarlo.

Bajo la idea de protección refleja, en el capítulo se pasa revista de las obligaciones de respetar y de garantizar, que recaen, en última instancia, en el Estado. Esta noción “prestada” del derecho de los derechos humanos encierra tanto la protección de los sustanciales como los procedimentales, tales como el de información, participación y justiciabilidad, que se han visto revitalizados con la reciente conclusión del proceso de ratificación del Acuerdo de Escazú por el país.

A grandes rasgos, la conducta dañosa ambiental, según el enfoque que se ensaya en el texto, puede consistir en hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, tanto por acción u omisión que violen los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre bienes colectivos ambientales: -impuestos por las normas del derecho administrativo o de presupuestos mínimos, -que llegan a afectar el funcionamiento de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje, entre otros, y -que contraríen los fines de sustentabilidad del ordenamiento jurídico ambiental. Así, se torna lesiva y/o abusiva la conducta individual y hace responder objetivamente por la recomposición al estado anterior a su producción a quien lo causa.

Son múltiples los elementos que se alcanzan, y por tanto analizan, dentro del macro y los micro bienes ambientales. Puede ser alterados desde el ambiente como sistema complejo compuesto de relaciones entre distintos elementos y factores, hasta el sistema climático, las ecorregiones, biomas y ecosistemas. Más abajo, puede incluso haber impactos a un cuerpo receptor con residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos, abriendo paso a la noción de sitios contaminados. Cada uno de estos tópicos, más generales y más específicos, presentan legislaciones propias y son genéricamente repasadas en el documento bajo comentario.

La alteración relevante negativa del equilibrio de los diferentes ecosistemas (caracterizados como florísticos, faunísticos, hídricos y marinos) tienen una profusa normativa que se expone en líneas generales en el texto.

Otro tanto sucede con la alteración relevante negativa de los recursos ambientales, donde co-

responde clarificar varios aspectos vinculados a la relación entre el derecho ambiental y la regulación de los recursos naturales. Se repasan en particular: los recursos hídricos continentales, el recurso suelo, los recursos minerales, los recursos atmosféricos, el recurso florístico, el recurso faunístico y los recursos energéticos.

La alteración relevante negativa de los bienes colectivos, invita a dar revista a las obligaciones de las autoridades a proveer a la preservación del patrimonio natural y cultural. Las normas de preservación como los sistemas de áreas y bienes protegidos, que conforman el acervo estatal para conservar los espacios y conjuntos excepcionales (naturales, paleontológicos, arquitectónicos, etc.) de nuestro país son observadas a grandes rasgos en la lectura.

Al abordar la alteración relevante negativa de los valores colectivos, se revisa la legislación de las manifestaciones culturales y elementos intangibles que integran nuestro patrimonio cultural inmaterial colectivo. En particular, el paisaje, como bien incorporado al texto del Código Civil y Comercial, que es tanto un bien como un valor colectivo, y se mira en referencia a las normas de ordenamiento ambiental del territorio y de protección patrimonial.

En otro orden, se retoma lo visto en otros capítulos y se sienta la legitimación fiscal para actuar en protección del ambiente en la función constitucional de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad.

Esto último, desencadena la tarea primordial de actuación en conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos o una política pública trascendente y/o afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas. Recién, luego y consecuentemente, le sigue la tarea penal, como aporte a la paz social y seguridad pública.

En esta tarea requirente, al fiscal debe guiarlo el principio de objetividad, con una mirada superadora ofrecida por el principio de gestión de los conflictos, con el aditamento ambiental participativo y de amplio acceso a la información. Dentro de ese marco se entiende un camino de marcha procedimental –que es donde va a tener lugar la tarea de sopeso a la luz de los principios antedichos– que entronca: ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva (prevenir) y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior (recomponer) y/o fijar una indemnización (reparar). Esto, y en ese orden, es lo que concurre a excitar el fiscal ante la jurisdicción.

Se define en qué consiste la tarea gestonaria fiscal de salida concertada o negociada del conflicto ambiental, con su lógica encorsetada bajo la obligación de recomponer el ambiente para la sociedad derecho-habiente –propongo como doctrina que–: puede negociarse las circunstancias modales, pero no el objetivo de orden público de recomponer.

Se analiza cómo la vieja prohibición que impedía realizar transacciones a los agentes del Ministerio Público, tanto nacionales como provinciales y a los procuradores de las Municipalidades, ha sido expresamente modificada por el nuevo Código, excluyéndolos de estas prohibiciones expresas.

Respecto a las conductas ofensivas del ambiente por parte de las distintas esferas del Estado, se opina que, ante la trascendencia de la cuestión ambiental, debe ceder el principio de exorbitancia estatal por el de máxima protección de los bienes comunes de la sociedad. El actuar ambientalmente lesivo o la tolerancia ante el daño ambiental por parte del Estado, al fin de cuenta, son conductas inconstitucionales.

Pasando al análisis de la responsabilidad ambiental colectiva objetiva, se centra en el eje del sistema que ronda sobre: la prueba del daño ambiental, las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles de su relación causal y la identificación y atribución a su causante. El desafío, para quien lo invoca, es acreditarlo. Se hace hincapié en que las normas brindan tres atajos o facilidades ante la complejidad del objetivo: dos procesales (la posibilidad oficiosa del juez de ejercitar fa-

cultades probatorias y la asignación de valor acreditante para los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental) y otro mediante presunciones legales que favorecen su confirmación (como la imputabilidad legal u objetiva ante el hecho de las cosas y actividades riesgosas). Sobre este último tópico, se demuestran dos conexiones normativas. Una con el régimen de responsabilidad objetiva minero y otra con el régimen de regulación del aseguramiento ambiental de actividades por su grado de potencialidad riesgosa.

Se hace una exposición de la responsabilidad del dueño (vgr. generador de residuos peligrosos) y guardianes (vgr. titulares de plantas de tratamiento y disposición final y transportistas de residuos peligrosos).

Seguidamente se tratan diversos supuestos diferenciados en derecho ambiental para la operatividad de las eximentes y cuestiones procesales atadas a la adjudicación de responsabilidad. Así, por fuerza de los principios del contaminador-pagador y de la reparación in integrum, en las demandas ambientales, se admite la condena del demandado simultánea y acumulativamente, como obligación de hacer, no hacer e indemnizar: vale decir, la privación temporaria de la fruición del bien de uso común del pueblo (= daño interino, intermediario, momentáneo, transitorio o de interregno), cuanto el daño residual (= deterioro ambiental irreversible, que subsiste o perdura, no obstante todos los esfuerzos de restauración) y el daño moral colectivo.

En el texto también se trata la responsabilidad ambiental del Estado. Se ordena dividiendo entre los casos que se rigen en general bajo el sistema de responsabilidad antes visto para los particulares (por su actividad ilegítima), del supuesto problemático que es la responsabilidad del Estado por inactividad ilegítima (que definimos como el caso más complejo). Se toca particularmente este último. Allí, su falta de servicio debe ser escrutada al rasero del párrafo segundo del artículo 41 de la Constitución y las normas que desarrollan el poder de policía ambiental, que se ve en detalle al revisar la regularidad de la gobernanza ambiental desplegada.

Cierra el capítulo el examen de la independencia de la acción civil por responsabilidad objetiva ambiental de la acción penal suscitada por los mismos hechos.

Las cuestiones penales ambientales son tratadas en sus aspectos esenciales por la excelente autora NADIA ESPINA.

Comienza explicándonos que la visión antropocéntrica constitucional sobre el medio ambiente, implica una discusión en la dogmática jurídico penal acerca del bien jurídico en los delitos contra el ambiente, en tanto los bienes jurídicos puestos en peligro suelen distanciarse ampliamente de la postura que mantiene una visión ecocéntrica, lo que lleva a encontrar en las figuras penales distintos bienes jurídicos de protección, diferentes al medio ambiente en sí mismo.

En este sentido, en su trabajo se limita al análisis de algunas de esas figuras, tales como: el envenenamiento, la adulteración o la falsificación de aguas potables; la contaminación, el envenenamiento o la adulteración mediante residuos; los estragos sobre; el maltrato y la crueldad animal; la violación de las normas sanitarias animales; los daños al patrimonio cultural agravado; el tráfico ilícito de bienes culturales; y, la violación y omisión de los deberes ambientales funcionales.

El envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables con ribetes ambientales, lo aborda como un delito que protege la salud pública, en su faz colectiva considerada como un valor comunitario, con sentido de dimensión social y alcance universal, apunta al conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas en general e indeterminadamente. Siguiendo destacada doctrina opina que de los elementos típicos resultan un peligro de daño para la salud y un peligro común. Desde esa perspectiva, afirma con la doctrina mayoritaria que este tipo penal constituye un delito de peligro concreto.

El atentado delictual previsto con más claridad contra el patrimonio natural es la contaminación, envenenamiento o adulteración mediante residuos peligrosos. La autora lo caracteriza como un delito contra la salud pública y el medio ambiente, porque se admite, desde un punto de vista

antropocéntrico que, la preservación del medio ambiente, es uno de los elementos condicionantes del futuro de la vida humana. Construye su explicación anteponiendo la exigencia para este tipo de la utilización de los residuos peligrosos previstos en los anexos I y II de la ley 24.051. Nos dice que se trata propiamente de una ley penal en blanco, en tanto existe la posibilidad de que nuevos elementos o sustancias, productos o desechos adquieran la condición de residuos peligrosos. Recuerda que la jurisprudencia ha dicho que es necesario comprobar la aptitud del poder contaminante para el medio ambiente, a lo que se suma la necesidad de determinar un peligro concreto para la salud de las personas.

Enseña que los estragos sobre bosques, por otro lado, atentan contra la seguridad pública creando un peligro común, y particularmente, en este estrago rural, la delictuosidad de los hechos no reside en el efecto peligroso para los bienes indeterminados, sino en la naturaleza de lo quemado o destruido, puesto que se trata del resguardo de la riqueza rural. Su forma culposa exige en el sujeto un nexo de determinación entre la violación al deber de cuidado y el resultado de incendio o estrago.

Sobre el delito de maltrato y crueldad animal, ESPINA apuesta a que el texto de la ley sancionada termina por consagrar expresamente que los animales no humanos son las verdaderas víctimas del delito, lo cual es minoritario en la dogmática penal nacional. En cita de Zaffaroni, explica que para entender al maltrato animal como un delito contra los humanos, se considera que el bien jurídico es: 1) La moral pública o las buenas costumbres, 2) El interés moral de la comunidad y 3) La lesión al medio ambiente.

Pasa luego a analizar las conductas que violan las normas sanitarias animales. Sin perjuicio de la salud de los animales no humanos, nos dice la autora que es una ley penal en blanco impropia, donde la violación de las reglas de policía sanitaria animal debe estar relacionada con algún tipo de perjuicio para la salud de las personas. Las normas no acatadas son las que presentan la finalidad de impedir la producción o extensión de una epizootia, es decir, de una epidemia de los animales.

Sobre los daños al patrimonio cultural agravado, nos enseña la penalista que el daño, sea simple o calificado, siempre lesiona la propiedad ajena al atentar contra el valor económico de la cosa, extinguiéndolo o disminuyéndolo, pero en este caso se refiere a un grupo de los bienes de uso público que, siendo del Estado o de los particulares, están destinados al uso y goce del público en general, puesto que la calificante atiende a que la comunidad tiene un interés directo sobre esos bienes.

Otro delito de impacto en el patrimonio cultural que analiza es el tráfico ilícito de bienes culturales del Código Aduanero, tipificado como una ley penal en blanco que remite a la ley 21.836 entre otras, y que tiene en realidad por bien jurídico el adecuado funcionamiento del servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones.

Venimos reflejando en capítulos anteriores, la importancia de una buena gobernanza ambiental. En este orden, el delito de violación y omisión de deberes ambientales funcionales puede concurrir a prevenir el ejercicio de una mala gobernanza. El texto de este capítulo explica que el tipo penal de abuso de autoridad, describe tres modalidades, dos de carácter comisivo que se caracterizan por: 1) el dictado de resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución Nacional o local o a la ley nacional o provincial, y 2) la ejecución de resoluciones inconstitucionales o ilegales; y una modalidad omisiva, cuando el funcionario público no ejecutase las leyes cuyo cumplimiento sea de su incumbencia.

Al finalizar su estudio, ESPINA reflexiona que, sin dudas, surge la necesidad de una reforma al Código Penal que introduzca un Título destinado a los delitos contra el medio ambiente, en donde se tipifiquen de manera clara y precisa los contornos prohibitivos de las distintas figuras penales, más allá de la posición que se tenga respecto al bien jurídico.

Luego YARINA GERZENOVITZ se avoca en su capítulo a un tema que en Latinoamérica resulta

sumamente preocupante y profundo, que es el crimen organizado y su vinculación con los delitos ambientales.

En un territorio donde los recursos naturales y bienes culturales –cada vez más escasos en el mundo– preponderan y ganan valor, los grupos organizados para delinquir muestran un sostenido avance sobre sus redes de aprovechamiento y comercialización. Su convivencia con la falsificación, el narcotráfico, lavado de activos, trata y esclavitud, piratería y corrupción es cada vez más una moneda corriente.

Un sinnúmero de tratados y normas citados por la autora vienen ayudando a dar los primeros pasos en la lucha contra el aprovechamiento ilegal de los recursos naturales. En particular, suma en su análisis a los tratados específicos de cooperación en materia penal. No obstante, recapacita que en esta materia, aún poseemos un marco regulatorio bastante insuficiente y una tipificación y sanción de delitos que en muchos casos es más administrativa que penal.

Un primer problema que encuentra es que la figura de los servicios ambientales no ha sido regulada autónomamente en la normativa que protege al ambiente en la Argentina. Por eso –nos dice– triunfa el consumo y producción desenfrenados y aportan a este flagelo. Solola Ley 26.331 sobre Presupuestos Mínimos de Protección a los Bosques Nativos lo ha hecho, pero para los incumplimientos a la misma solo se disponen sanciones de índole administrativa.

Destaca que una de las pocas condenas que posee nuestro país y la única referida a la tala de bosque protegido, justamente se dictó en virtud de lo normado por el Código Penal como delito de daño. Invita a la necesidad de recurrir a la analogía, más allá de que en el derecho penal lo que prime es el principio de legalidad.

Para entender los delitos complejos nos explica que se parte de la base de que en ciertos casos, la investigación de un delito puede ser particularmente compleja y donde se hacen necesarias determinadas medidas que, en los delitos ‘comunes’ no se utilizarían: un policía infiltrado en una organización criminal, una entrega vigilada donde se suspende momentáneamente el secuestro de un bien o la detención de una persona, vigilando ese bien o persona, con el objeto de recolectar mayor información sobre la organización que opera detrás.

Nos ilustra que la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscripta en Palermo en el año 2000, se dedica a avanzar sobre este fenómeno global.

Estas actividades complejas pueden englobar distintos procesos industriales (en la transformación de productos), comerciales (en el intercambio de estas sustancias o productos) y financieros (en el manejo de los beneficios obtenidos por esta actividad). Además, la existencia de estos grupos organizados generan una transgresión al orden social que excede la noción clásica de los bienes jurídicos afectados por la actividad ilícita de la que se trate (salud y/o ambiente), avanzando por ejemplo bajo formas de corrupción de funcionarios.

Interpol calcula que los delitos contra el ambiente generan entre 110.000 y 281.000 millones de dólares de beneficios ilícitos cada año. Para atacar el fenómeno, la ley 26.683 incorporó al Código Penal el Título XIII “Delitos contra el orden económico y financiero”, que cambió el paradigma, en cuanto a que la figura de lavado de activos ya no es tratada como un encubrimiento calificado en perjuicio de la administración pública, sino como un delito autónomo contra el sistema financiero nacional. La norma en trato, explica GERSENOBITZ, vino a reunir varias figuras dispersas en el ordenamiento (penal, administrativo o sin regulación pero de aplicación consuetudinaria) para las investigaciones complejas que demandan un enfoque diferente. Nos explica los instrumentos del agente encubierto, agente revelador, el informante, la entrega vigilada, las técnicas de vigilancia y la prorrogación de jurisdicción, utilizadas al respecto.

La plusvalía ambiental dice, es la ganancia, beneficio o provecho económico obtenido por las empresas, a través de actos u omisiones que generan daños al ambiente. Como venimos glosando, el constituir asociaciones ilícitas de plusvalías ambientales ilegales es problema creciente. La

autora ejemplifica que generalmente los empresarios conocen perfectamente que sus empresas están volcando a un río y si existen parámetros por encima de lo permitido y también conocen qué deberían hacer para cesar en sus conductas, sin embargo, muchas veces porque es más económico seguir volcando u otras por desidia, continúan realizándolo, en perjuicio del ambiente y de la salud de las personas. El problema de esta conducta es cuando se organiza y proyecta para la impunidad (corrupción, etc.).

Para atacar esta organización anormal -dice-, debe extenderse el concepto de coautoría a todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, es aquél con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer (con cita de Roxín).

Es que ante el crimen organizado, la amenaza de la sanción penal, que tradicionalmente debería funcionar con un sentido de prevención general positiva, resulta claramente insuficiente debido a la falta de efectividad para sancionar a los máximos responsables, pero aun cuando ello ocurra, la actividad de las bandas continúa desarrollándose sin impedimentos.

Igualmente, rescata entre sus conceptos que los instrumentos de investigación compleja deben estar enmarcados en una normativa específica que establezca las condiciones para su utilización, respetando principios de excepcionalidad, necesidad y judicialidad, ponderando al momento de su aplicación concreta la lesión al derecho a la privacidad y la defensa en juicio.

Una forma judicial efectiva que recuerda GERZENOVITZ para desarticular las organizaciones criminales es la extinción de dominio, otra herramienta que permite a los Estados atacar el poder económico obtenido ilícitamente y mantener una estructura estable dedicada a la comisión de delitos y muchas veces a comprar la voluntad de funcionarios públicos.

Finalmente, la autora reflexiona que en base al compromiso internacional asumido por el Estado Argentino en la lucha contra el crimen organizado, es que se deben redoblar los esfuerzos en materia de investigación conjunta por parte de los agentes judiciales involucrados en la materia, y es un deber central para los Ministerios Públicos Fiscales cumplirlo.

BRETT SOMMERMEYER, Director Legal de Sea Shepherd Legal, nos introduce a un tema que representa una amenaza grave y sustancial para las especies y los ecosistemas marinos a escala mundial: la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR).

Este problema genera un gran déficit para los países costeros: por ejemplo -dice- Argentina ha estado perdiendo 5.000 millones de dólares estadounidenses al año.

Reclama que para luchar contra la pesca INDNR, las disposiciones nacionales de Argentina deben ajustarse a los regímenes jurídicos regionales e internacionales de los que el país es signatario.

Comienza su reporte normativo con la CONVEMAR, que entró en vigor en noviembre de 1994, y es un tratado exhaustivo que traza el panorama general del derecho marítimo. Le siguen, el Acuerdo de Nueva York de 1982, que vehiculiza la gestión internacional cooperativa de las poblaciones de peces y también aplica el criterio de precaución a la gestión de las poblaciones de peces. Luego hace un exhaustivo repaso de los desafíos que esto significa. El Código de Conducta de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) de 1995, que explica es, esencialmente, una guía de “cómo hacer” para la “pesca responsable”. El Acuerdo de Cumplimiento de la FAO de 1992, que busca mejorar la regulación de las embarcaciones pesqueras en alta mar y controlar la pesca INDNR reforzando las responsabilidades del Estado del pabellón. La Opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) de 2015, que evaluó y detalló exhaustivamente el deber del Estado del pabellón de responder a las actividades de pesca ilegal. La Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos entró en vigor en 1982, para conservar la vida marina antártica basada en un enfoque de ecosistemas. El Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto (AMERP) que entró en vigor en junio de 2016 y ordena

a los Estados portuarios que denieguen el acceso a sus puertos a las embarcaciones que practiquen la pesca INDNR y que inspeccionen, anualmente, un número mínimo de embarcaciones para comprobar el cumplimiento de la legislación pesquera, que Argentina aún no ha ratificado. El Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo firmado por Argentina y Uruguay en noviembre de 1973.

Luego SOMMERMEYER analiza el alcance de acción como autoridad soberana costera que tiene Argentina, según el derecho internacional. Explica que el derecho a regular las actividades pesqueras de los buques de pabellón extranjero dentro de los mares territoriales de Argentina es amplio, pero no ilimitado.

El capítulo resulta un encomiable esfuerzo por resaltar punto por punto los procedimientos, facultades y obligaciones en las intervenciones de control de los estados costeros. La explicación es extremadamente rica e ilustrativa con normas y casos del perfil de esta trascendente tarea. El repaso por la jurisprudencia del Tribunal internacional del Mar -TIDM- es muy rica y explicada de una manera sistemática y didáctica.

En el racconto que hace el autor sobre actuaciones en casos especiales de las embarcaciones apátridas y el derecho de visita, al fijar restricciones al paso inocente en el mar territorial o a la navegación en las zonas económicas exclusivas, además de intervenciones netamente “operativas” como el abordaje e inspección, arresto y detención, incautación, decomiso, sanción, persecución “en caliente” y uso de la fuerza es por demás interesante. Recomienda que Argentina podría considerar el uso de la fuerza en varias circunstancias, incluyendo el propósito de abordar una embarcación, llevar un buque a puerto, al abordar si la vida está en peligro, o de otra manera en defensa propia.

Cierra su capítulo con un aporte específico sobre los tiburones y las rayas, referenciando aportes a los esfuerzos legales y políticos hechos por Argentina para protegerlos frente a las amenazas significativas a las que se enfrentan en el “Mar Argentino”.

El reconocido doctrinario ambiental JOSÉ ESAIN construye un capítulo en perfecto complemento con el precedente con un eje central: analizar el contexto de implementación del Plan de Acción Nacional para Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada (PAN- PINDNR) de la Argentina.

Es un tema crucial, dado que es un ámbito de poco abordaje por la literatura jurídica nacional, salvo escasas referencias, ligadas en gran parte a este mismo autor. Pero esta escasez doctrinal se contrapone a la abundancia, fragilidad y valor económico de los recursos vivos marinos del país: por eso la urgencia e importancia del tema.

Nos dice que hace tiempo que se ha abandonado la idea de que los actos humanos en relación a los seres vivos del mar no generan consecuencias para las especies capturadas ni para el ecosistema que las alberga, ayudado por el paradigma ambiental.

Parte de analizar la regulación desde el contexto internacional en que ampliación de las jurisdicciones de los países a las doscientas millas por las Zonas Económicas Exclusivas (ZEE en adelante), la zona de Alta Mar (AM en adelante) se ha visto reducida drásticamente y con ella las áreas donde ejercer la libertad de pesca. Luego, desde el Plan de Acción Internacional (PAI-IUU en adelante) del 2001, conceptualiza la pesca ilegal, la pesca no declarada y la pesca no reglamentada (PINDNR).

Estas formas de pesca -nos ilustra- se practican entonces afectando los recursos soberanos de los Estados ribereños en sus ZEE que alojan la mayor riqueza faunística. Según la FAO (2009), la pesca marítima pierde 50.000 millones de dólares por mala gestión, ineficiencia y sobrepesca y el 87% de los stocks pesqueros evaluados en el mundo están sobreexplotados (2012).

ESAÍN analiza que la pesca INDNR trae problemas ambientales, impactos sociales y consecuencias económicas graves. Desde este contexto, se avoca entonces a analizar el régimen jurídico de la pesca marítima en la República Argentina, en orden a organizar la actividad y evitar estos incon-

venientes.

Expone que un primer período histórico nacional orbitó alrededor del Código Civil, vigente desde 1871, que partía de considerar a los peces como cosas sin dueño -res nullius- y, como tales, susceptibles de apropiación privada. En la segunda etapa de regulación, los recursos vivos marítimos pasan a ser cosas integrativas del patrimonio del Estado Argentino. Con esto se produce una patrimonialización o demanialización de los mismos y sólo podrán ser explotados por embarcaciones con pabellón argentino y con previo permiso otorgado por la autoridad competente (hoy Ley 20.136).

Esa calificación demanial, expone el autor, se hace más con un sentido preventivo, que implica permitir al Estado el control de las actividades de explotación de los recursos, descubiertos o por descubrir, situados en esas zonas marítimas. La inclusión histórica dentro del patrimonio del Estado de los recursos vivos del mar obedece a una noción conservacionista, que implicará darle un sentido de futuridad a la actividad. La figura jurídica utilizada es esencial para que el Estado pueda diseñar el mejor modo en cuanto a la utilización del recurso sin necesidad de indemnización a particulares por la revocación del acto de autorización. De lo contrario, no habría política pesquera posible. Esto es así, aquí y en todo el Globo, enfatiza.

Nos brinda su opinión contundente y fundada, para evitar confusiones jurídicas con el paradigma jurídico ambiental actual: este tipo de bienes jurídicos (los recursos vivos del mar), siendo recursos naturales renovables, no pueden considerarse como cosas de dominio privado del Estado. Estamos ante bienes que componen la riqueza nacional, y que son por lo tanto de dominio público.

En el devenir histórico, ante la ausencia de una ley nacional de pesca, la actividad en el país siempre se sostuvo jurídicamente con permisos de pesca concedidos por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (SAGPyA) y las resoluciones reglamentarias para su otorgamiento. Al llegar la sanción de la Ley Federal de Pesca 24.922, el Estado pretende jugar un rol más activo, fortaleciendo su intervención sobre la actividad de los privados, con más facultades para limitar la explotación del recurso y con foco en la utilización racional que es la sostenibilidad aplicada a este tema. El régimen jurídico -enseña ESAÍN- es de patrimonialización estatal, permisos precarios, capturas máximas permitidas y cuotificación.

En este sistema, el primer requisito para ingresar al caladero y poder realizar la pesca comercial es contar con una habilitación de las cuatro que enumera el artículo 23 de la Ley. Luego se necesitará que el buque esté inscripto en la matrícula nacional y tenga pabellón nacional. Además deberá contar con una cuota de captura asignada, que implicará un límite cuantitativo respecto a la cantidad de recurso pesquero que el barco podrá pescar. Igualmente existe para las embarcaciones de pabellón extranjero existe un régimen excepcional.

Para la emisión de los permisos de pesca -recuerda- se necesita el concurso de dos autoridades, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que los otorga, pero previa autorización del Consejo Federal Pesquero.

El amplio conocimiento constitucional del autor lo lleva a un análisis que considera la forma de Estado federal y los derechos de las provincias costeras respecto a sus recursos naturales (conf. art. 124 CN) puntualizando que la Ley Federal se aplicará entonces: a) directamente y de modo exclusivo para el espacio nacional y; b) desde el sistema de concertación y coordinación participada que trae para el espacio de 12 millas o de las aguas interiores, de dominio provincial.

Pasa luego en el capítulo a trazar el vínculo entre el derecho ambiental y el régimen jurídico de la pesca en Argentina. Desde la Constitución Nacional se desprende una lógica que interrelaciona las normas que regulan la utilización de los recursos naturales con las de protección del ambiente y que considera a aquellos como bienes ambientales propugnando su uso sostenible y racional. Son ellas las que definen el nuevo rol que debería pretenderse de la Ley Federal de Pesca (de 1998) si se la observa desde la Ley General del Ambiente (votada en 2002).

Al respecto recuerda ESAÍN que la regla hermenéutica dispone que ley general no deroga las leyes especiales anteriores, salvo abrogación expresa o manifiesta incompatibilidad. Este es el caso en análisis. Convoca al principio de supletoriedad de la norma ambiental, desarrollada en el mecanismo del artículo 3 de la ley marco ecológica.

Luego del análisis integral del sistema jurídico, el autor se avoca a evaluar el Plan de Acción Nacional Argentino (PANA) adoptado por el Consejo Federal Pesquero mediante Resolución 1/2008, que invita a adentrarse en la realidad efectiva de las normas en su aplicación tuitiva.

El PANA menciona el artículo 41 de la Constitución Nacional cláusula ambiental argentina (punto III.2.1), por lo que el mismo pareciera además inscribirse en la obligación de las autoridades de administración y utilización racional de los recursos naturales.

A pesar de ello, el autor se inclina a contarnos las cuestiones negativas que posee, en tanto no hay mención sobre normas ambientales, tales como la Ley General del Ambiente 25.675, no existe mención a normas sobre transparencia, ni a acceso a la información pública y la referencia a la participación ciudadana que en la elaboración del PANA debería haberse profundizado para demostrar el fuerte consenso que existe detrás de la norma de planificación.

En su meditado trabajo, repasa para el lector el Sistema Nacional de Certificación de Captura Legal del país. Pasa también al régimen en materia penal, lamentando que la Argentina no cuente con tipos penales específicos ambientales que puedan servir para combatir este tipo de pesca, aplicándose solo sanciones de tipo administrativas. De todos modos menciona y analiza un proyecto de reforma del Código Penal que han considerado este tema (Título XXIII de “Delitos contra el ambiente” del Proyecto de nuevo Código Penal de la Nación Argentina concebido en el Programa Justicia 2020, que incluye : Artículo 453: caza de fauna silvestre prohibida; Artículo 454: protección de fauna migratoria o en peligro de extinción; Artículo 455: agravantes para la caza, pesca o daño a especies protegidas; y, Artículo 456: extensión de los delitos a la cadena de comercio).

Finalmente, LUCIANO MERINI, único autor de la obra colectiva cuya formación académica no es la abogacía sino las ciencias naturales, aborda el tema tan actual de la importancia de las pericias técnicas como elemento probatorio en el marco de la Justicia Ambiental.

Comienza alertando al lector que la complejidad intrínseca en la elaboración y análisis de una pericia ambiental, lejos de simplificar el escenario, lo complejiza. Además, su debate epistemológico y en el seno de la doctrina, hacen evidente que al respecto nos encontramos en el país frente a una justicia ambiental que se encuentra aún en construcción. Su intención manifiesta es la de aportar conceptos y elementos técnicos suficientes para un primer abordaje de la pericia ambiental como práctica.

Nos dice que en la pericia ambiental el material o escenario de análisis, la diversidad de técnicas analíticas susceptibles de ser aplicadas y el alcance y valoración de sus resultados están tan fuertemente ligados a lo singular y único de cada causa, que ponen actualmente en tensión tanto al sistema jurídico como al sistema científico.

Debido al escenario donde interactúan la diversidad de biotopos y biocenosis que conforman los ecosistemas, atravesados por la dimensión socio-antropológica de sus habitantes, el abordaje de una pericia ambiental debe considerarse como intrínsecamente interdisciplinar. Por el rol del perito como auxiliar del Tribunal y no de profesional independiente, generalmente se designa un único experto responsable de la conducción de la pericia, desoyendo la necesidad de conformar un equipo interdisciplinar para su desarrollo.

Para corregir dichas deficiencias, recuerda que en el proceso civil por daño ambiental, el juez tiene un rol preponderante y no pasivo ante las partes, ya que tiene su obligación de proteger el ambiente, que lo coloca en una situación de garante del bienestar de la sociedad. En este sentido -reflexiona-, será finalmente el juez a cargo quien podrá y deberá evaluar la propuesta/necesidad de este criterio interdisciplinar pericial.

MERINI destaca que la pericia ambiental debe determinar (a modo de los tradicionales puntos de pericia): la existencia y naturaleza de contaminación o daño; su extensión o magnitud en tres dimensiones; el tipo de recurso natural y/o servicio ecosistémico y/o valor colectivo afectado; la reversibilidad del daño; los criterios mínimos de su restablecimiento a su estado anterior; los riesgos para la salud humana y/o los receptores ecológicos; y, la valoración monetaria del daño en su integralidad.

Luego trabaja descifrando los puntos de tensión durante el proceso pericial, tanto en el sistema científico como en el sistema jurídico. Respecto de la admisibilidad de la prueba, sentado en el fallo “Daubert” de la Suprema Corte Norteamericana, propone una lista de factores que los tribunales deben considerar al momento de determinar si la evidencia experta es confiable. Estos cuatro criterios fundamentales son: la refutabilidad o susceptibilidad de contrastación empírica de los métodos o teorías utilizadas por el experto; la revisión por pares y/o publicación de los datos y resultados; el rango de error conocido o posible; y, la aceptación general/amplia por parte de la comunidad científica/experta.

Agrega el autor comentado que estos no son los únicos factores que un tribunal puede considerar y sería deseable incorporar, por ejemplo, la existencia y mantenimiento de estándares de calidad y protocolos que controlan y validan la operación de la técnica (por caso la norma ISO 17025 – IRAM 301).

Bajo la sugerente pregunta de si ¿tenemos “una pericia ambiental o un proceso pericial”? toma esta última noción que -explica- hace referencia a un paradigma completamente diferente en la concepción de la pericia ambiental como acto procesal, donde resultará estratégicamente imprescindible, para un abordaje racional de la evaluación ambiental forense y un uso racional de los recursos, el fraccionamiento y escalado del proceso en etapas de complejidad creciente, donde se realice un primer sondeo exploratorio-diagnóstico para luego avanzar hacia una pericia a escala completa.

Propone MERINI en este marco una primera etapa diagnóstica, que rinde a la obligación constitucional ante el daño ambiental de la obligación prioritaria de recomponer, volver a las cosas al estado anterior. Y en este sentido, si este estudio hubiere sido realizado en base a una evaluación correctamente conducida y datos “de calidad”, su información resulta clave para definir y delimitar un contexto de análisis, la interpretación del impacto de la actividad o daños a posteriori, e incluso su valoración.

Da luego paso a la siguiente etapa de evaluación donde, realizando la pericia a escala completa, podremos acceder a la información con el nivel de detalle necesario para una correcta valoración del daño, estimación del riesgo y asignación de responsabilidades

En este orden, enfoca la versatilidad del uso de bioindicadores en el marco probatorio de la Justicia Ambiental en diferentes momentos muy bien definidos: i) pre-daño (basado en los principios precautorios y preventivos) en aquellas causas que impliquen acciones preventivas, definición de líneas de base y/o momentos de alarma temprana de degradación; y, ii) post-daño (principio de responsabilidad) en aquellas causas que evalúen la condiciones y criterios de reparabilidad ante un daño constituido.

Rescata MERINI que el trabajo en equipo no solo facilitará y ampliará el análisis e interpretación de la información en diferentes campos disciplinares, sino que ofrecerá una perspectiva global de la causa desde sus inicios, permitiendo identificar sus puntos críticos y planificar efectivamente las acciones, administrando tiempos y recursos.

Sugiere contar con un perito coordinador y constituirlos de acuerdo a las disciplinas con aportes más relevantes al objeto del proceso. También indica como muy importante que haya actores judiciales que oficien de nexo entre las necesidades y estrategias jurídicas del proceso y los requerimientos técnico-científicos.

Lo forense ambiental -dice- exige una nueva construcción del binomio “ciencia y justicia”, que nace de la necesidad práctica de incorporar elementos técnico-científicos a la escena probatoria del derecho. El autor recalca que hay experiencias concretas que demuestran que, como una primera estrategia de acercamiento, vale la pena poner el esfuerzo en la construcción de un lenguaje común y en la mutua comprensión de las bases epistemológicas, a fin de resolver aspectos críticos de interpretación de conceptos como la verdad, la certeza, el error y la incertidumbre, así como la medición y sus alcances.

Propiamente, los informes periciales de daño ambiental, son el producto más importante de la investigación ambiental forense, la pericia ambiental propiamente dicha, pues en ella se plasman los resultados a los que ha llegado el equipo de trabajo y generalmente constituye el elemento central de acreditación para la causa.

Con un enfoque didáctico, luego, MERINI explica cuestiones atinentes al informe pericial penal ambiental (estructura; referencia a los elementos típicos del delito), a la indemnización sustitutiva ambiental (valoración del crédito a la sociedad) y al proceso pericial paso a paso.

En ese tren, no olvida de presupuestar la enorme relevancia de contar, tal como lo exige la normativa, con un estudio previo de impacto ambiental de la mayor calidad posible, a partir del cual establecer las condiciones a las que se esperaría restaurar el medio dañado.

Tampoco deja de recordarnos que debido a la meta de restauración constitucional, la valoración del daño ambiental se basa en nuestro país en un enfoque econométrico, que mediante funciones de cálculo matemáticas cuantifica e integra los costos individuales de cada uno de los recursos afectados, el tiempo que implica su restauración y los costos accesorios que surjan de la vulneración de valores ecológicos más complejos y/o del crédito a la sociedad.

Para condensar en un esquema resumido de trabajo el proceso pericial paso a paso, MERINI recurre al daño ambiental asociado a la contaminación química como modelo arquetípico, en tanto es susceptible de reunir en una misma causa tanto el proceso civil como el penal.

Con este objetivo, va punto por punto describiendo la tarea central a realizar, hasta llegar, como primer momento de evaluación, a confirmar o redefinir el encuadre legal de la causa, la estrategia de litigio y la estrategia analítica a escala completa. Pasa luego a la segunda etapa procedimental pericial, que busca concluir con el último estadio consistente en valorar monetariamente el daño y los costos de reparación ambiental, con lo que concluye su didáctico capítulo.

Con lo dicho, dejamos introducido un breve repaso de las muchas cuestiones centrales que tratan los autores del Manual, donde el lector encontrará pautas que lo auxilien para hacer un buen trabajo de protección ambiental en sede administrativa y judicial. Esencialmente, un buen abordaje integral de la problemática ambiental que les permita estructurar una solución del conflicto desde la primera oportunidad.

Más allá de los capítulos, debemos agregar también que la edición digital del libro, presenta un ANEXO con un énfasis práctico y ejemplificador que acompaña el recorrido pedagógico del Manual, con textos de informes periciales y sentencias, algunas levemente reconfiguradas con una vocación académica. Los documentos incorporados son:

**1 - Informe Diagnóstico Inicial Pericial Responsabilidad Penal** (cantera “Oro Blanco” – Colombia) — *Agradecimiento: Fiscal Ambiental JUANITA JIMÉNEZ RODRÍGUEZ*

**2 - Informe Pericial Responsabilidad Penal** (empresa E-1 Lubricantes S.A. – España) — *Agradecimiento: Eco-Toxicólogo Forense LUIS BURILLO BORREGO*

**3 - Informe Pericial Responsabilidad Penal con reparación** (costes de reparación del daño medioambiental generado por el incendio iniciado en Cortes de Pallás – España) — *Agradecimiento: Eco-Toxicólogo Forense LUIS BURILLO BORREGO*

**4 - Informe Pericial Reparación Civil** (caso “Karlen”) — *Agradecimiento: Ing. LEONOR BARRENECHEA (Ministerio Público de Salta);*

**5 - Fallo Competencia penal** (caso “Derrame Jáchal”) — *Agradecimiento: Profesionales de la U.F.I.M.A. (Unidad Fiscal de Investigaciones del Medio Ambiente de Argentina)*

**6 - Fallo Procesamiento penal por contaminación** (Caso Alumbreira - Rooney - Tucumán) — *Agradecimiento: ELOISA CAMPOS (Procuración General de Tucumán)*

**7 - Fallo Condena Penal ambiental** (caso “Banciotto” – TOF-TdF)

**8 - Fallo Reparación Civil en sede penal** (caso “Nájera” – Costa Rica) — *Agradecimiento: Fiscal Ambiental LUIS DIEGO HERNÁNDEZ*

**9 - Fallo Reparación Civil en sede civil** (caso “Karlen”) — *Agradecimiento: Fiscal Civil Dra. ROSA VÉLEZ (Ministerio Público de Salta)*

**10 - Fallo Brasil** (Brasilit Industria e Comercio Ltda. y Otro c. Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro) – La Ley — *Agradecimiento: Fiscal Ambiental Dra. ANELISSE MONTEIRO STEINGLEDER*

Sinceramente esperamos que todo este texto sirva ampliamente a los interesados/ciudadanos/defensores ambientales, y esencialmente a los operadores del sistema de acceso a la justicia ambiental argentino, brindándoles las herramientas para construir un estado ecológico de derecho argentino más inclusivo y robusto para todos.■

# Principios Relevantes en Materia Ambiental y su Vinculación con la Responsabilidad Ambiental

— Por Johanna Cristallo

## 1. Introducción

El artículo 41 de la Constitución Nacional (CN)<sup>1</sup> establece el deber de las autoridades de proveer la protección de "un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y las actividades productivas"; "a la utilización racional de los recursos naturales"; "a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica"; y "la información y educación ambientales".

Para cumplir con estas obligaciones, estableció 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".

Por su parte, el art. 124 de la CN dispone que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio" y el 121 que "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal".

Asimismo, el art. 75, inc. 30 asigna al Congreso la facultad de "dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

Por lo tanto, en materia ambiental existen jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo ser interpretadas las normas de naturaleza federal de modo tal 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, procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse.<sup>2</sup>

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 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.<sup>3</sup>

En línea con la delegación de la competencia de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental de las provincias hacia la Nación, se sancionó la Ley

---

1 Constitución Nacional de la República Argentina, Ley n° 24430 (P.B.O. n° 28057 del 10/01/1995) <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

2 CSJN, 306:1883; 335:1794 y 338:1183.

3 CSJN, 338:1183

General del Ambiente N° 25.675 (LGA)<sup>4</sup> que fijó esos presupuestos con el objetivo de garantizar una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

## 2. El derecho ambiental es un derecho humano de incidencia colectiva

Previo a adentrarnos en los principios basales del derecho ambiental, a los efectos de poder interpretarlos de manera integral y sistémica en los casos en particular, es importante destacar que el derecho ambiental es un derecho humano instrumental fundamental para el ejercicio de otros derechos. Por lo tanto, no sólo se encuentra protegido por el artículo 41 de la CN, sino también por todos los tratados de derechos humanos que integran nuestro ordenamiento jurídico y los principios del derecho internacional de derechos humanos.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente, admitiendo la existencia de un componente ambiental del estado de derecho. Consecuentemente, 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.<sup>5</sup>

De ello se desprende que los derechos ambientales son derechos humanos fundamentales necesarios para garantizar el ejercicio de otros derechos, entre ellos, el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, estando ese deber en cabeza del Estado. En efecto, la tutela del medio ambiente que el texto constitucional incorpora en el año 1994, opera como una especie de presupuesto o prerequisite del ejercicio y del disfrute de los demás derechos fundamentales reconocidos por la carta magna.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos.<sup>6</sup>

Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales –que incluye el derecho a un medio ambiente sano– y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.<sup>7</sup>

Por su parte, la Comisión Interamericana ha resaltado que varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales.<sup>8</sup>

En el mismo sentido, la Asamblea General de la OEA ha reconocido la estrecha relación entre la protección al medio ambiente y los derechos humanos, al mismo tiempo que ha destacado que el

4 Ley n° 25675 de Política Ambiental Nacional (P.B.O. n° 30036 del 28/11/2002). <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=79980>>.

5 CSJN, 339:515

6 Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. párr. 148.

7 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999, preámbulo.

8 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales – Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 190

cambio climático produce efectos adversos en el disfrute de los derechos humanos.<sup>9</sup>

Asimismo, el Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de Naciones Unidas ha afirmado que “[...] los derechos humanos y la protección del medio ambiente son inherentemente interdependientes, porque los derechos humanos se basan en el respeto de atributos humanos fundamentales como la dignidad, la igualdad y la libertad. La realización de esos atributos depende de un medio ambiente que les permita florecer. Al mismo tiempo, la protección eficaz del medio ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos que son vitales para la formulación de políticas informadas, transparentes y adecuadas”.<sup>10</sup>

Por otra parte, existe un amplio reconocimiento en el derecho internacional sobre la relación interdependiente entre la protección al medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.

Dicha interrelación se ha afirmado desde la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, donde se estableció que “[...] el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida”,<sup>11</sup> afirmándose la necesidad de balancear el desarrollo con la protección del medio humano.<sup>12</sup>

Posteriormente, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante “Declaración de Río), los Estados reconocieron que “[...] los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible” y, a la vez, destacaron que “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo”.<sup>13</sup> En seguimiento de lo anterior, en la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible se establecieron los tres pilares del desarrollo sostenible: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental.<sup>14</sup>

Además, al adoptar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que el alcance de los derechos humanos de todas las personas depende de la consecución de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, social y ambiental.<sup>15</sup>

En el mismo sentido, varios instrumentos del ámbito interamericano se han referido a la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, tales como la Carta Democrática Interamericana la cual prevé que “[...] el ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente”, por lo cual “es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones”.<sup>16</sup>

9 Asamblea General de la OEA, Resolución titulada “Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, AG/RES. 2429 (XXXVIII/08).

10 Consejo de Derechos Humanos, Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 10.

11 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, principio, principio 8.

12 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, principio 13.

13 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1), principios 1 y 4.

14 Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, adoptada en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF. 199/20, párr. 5.

15 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1, titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1, preámbulo y párrs. 3, 8, 9, 10, 33, 35 y 67

16 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1, titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1, preámbulo y párrs. 3, 8, 9, 10, 33, 35 y 67.

De esta relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible se desprende que, en la medida que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio, ellos son vulnerables a la degradación ambiental.

Como consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, actualmente múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos, que integra el bloque de constitucionalidad de nuestro sistema jurídico.

Ello conlleva una serie de obligaciones ambientales en cabeza de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos. Por lo tanto, la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente trae como consecuencia que, en la determinación de estas obligaciones estatales, se debe hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del *corpus iuris* internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de esas normas.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador<sup>17</sup> que establece que “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana<sup>18</sup>, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA<sup>19</sup>, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre<sup>20</sup> y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma.<sup>21</sup>

La Corte IDH sostiene la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.<sup>22</sup>

Ahora bien, además del derecho a un medio ambiente sano, como se mencionó previamente, los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Sin embargo, algu-

17 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>

18 Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Aprobada por Ley 23.054 de 1984 (27 de marzo). Boletín Oficial n° 25394. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=28152>.

19 En este sentido, los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta establecen una obligación a los Estados para alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos.

20 Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948. Recuperado de [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=1000](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1000)

21 Corte IDH, “Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 a 144; “Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 100.

22 Corte IDH “Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú” y “Caso Lagos del Campo Vs. Perú” párr. 141.

nos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental<sup>23</sup>. Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo.<sup>24</sup>

En igual sentido, respecto del derecho a la vida, nuestra Corte Suprema ha sostenido que es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental<sup>25</sup> y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental.<sup>26</sup> También ha afirmado -con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994- que la preservación de la salud integra el derecho a la vida.<sup>27</sup>

Como sostiene Rosatti (2008),

*[...] el artículo 41 de la Constitución Nacional al proteger al ambiente, protege además la salud humana y el equilibrio ambiental. En ese sentido, desde el punto de vista científico, se considera al ambiente no solo como un conjunto de elementos, sino básicamente como un conjunto de complejas relaciones cuyo equilibrio debe ser mantenido y, desde un punto de vista metacientífico, considera al hombre involucrado en la protección de la casa grande y no meramente rodeado de un entorno sobre el que se auto asigne facultades de dominio y apropiación.<sup>28</sup>*

La regulación jurídica del ambiente que en el pasado se basaba en un modelo antropocéntrico, 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, ha cambiado y estamos ante un nuevo paradigma desde el cual deben interpretarse, valorarse y resolverse los casos donde haya derechos medio ambientales vulnerados.

Por otra parte, las violaciones a derechos humanos originadas en problemas ambientales, en general, se trata de conductas o actividades sistemáticas que afectan a comunidades enteras y que se van expandiendo de manera exponencial, generando una vulneración profunda de los derechos humanos de esas personas.

Lo más grave es que son los grupos vulnerables los más afectados por las consecuencias de la degradación ambiental generada, en la mayor parte de los casos, a raíz de búsqueda de provechos económicos ilimitados que desconocen los derechos humanos de las personas.

Por lo tanto, el derecho humano a un medio ambiente sano no sólo se trata de un derecho con connotaciones individuales sino también colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones pre-

23 Consejo de Derechos Humanos, Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 19, y Consejo de Derechos Humanos, Informe de recopilación del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, de 30 de diciembre de 2013, Doc. ONU A/HRC/25/53, párr. 17

24 Corte IDH, OC 23/2017

25 CSJN, 310:112; 312:1953, entre otros.

26 CSJN, 316:479; 324:3569

27 Artículos 42 y 75, inc. 22 CN y CSJN 321:1684; 323:1339 y 3229; 331:2135 y 337:222.

28 ROSATTI, Horacio: «La Tutela del Medio Ambiente en la Constitución Nacional Argentina», Daño Ambiental Rubinzal-Culzoni 2008, pág. 13

sententes y futuras.

En su dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas dada su vinculación con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, la degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.

Como sostiene Lorenzetti

*“[...] el derecho ambiental es un derecho de incidencia colectiva pues el ambiente, objeto de protección de ese derecho, es un bien en el cual el afectado es el colectivo y el titular del interés es un grupo y no un individuo particular.”<sup>29</sup>*

Por lo tanto, los derechos de incidencia colectiva protegen bienes que no pertenecen a la esfera individual, sino social, pertenecen a un grupo, a una comunidad, y no son divisibles en modo alguno.

Como dijo la Corte en la causa “Mendoza, Silvia Beatriz y otros”<sup>30</sup> y “Halabi, Pedro”<sup>31</sup>, el derecho ambiental, está compuesto por “derechos de incidencia colectiva”, referidos al bien colectivo ambiente (macro bien) o alguno de sus componentes (micro bienes).

En efecto, cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente y se encuentre afectado el acceso de grandes grupos de población a un recurso ambiental estratégico, la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos.

La caracterización del ambiente como “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible”<sup>32</sup> cambia sustancialmente el enfoque desde el que se debe abordar su protección, exigiéndose una consideración de intereses que excede el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica<sup>33</sup> donde son numerosos los derechos afectados y los intereses en conflicto.

Ello, pues el ambiente “no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario”<sup>34</sup>. Por el contrario, se trata de derechos colectivos cuya operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás.

En esa línea se inscribe el consenso internacional que aprobó el Acuerdo de París en 2015, ratificado por la República Argentina en 2016, sobre calentamiento climático. En su texto se tuvo presente que para dar una respuesta “progresiva y eficaz a la amenaza apremiante del cambio climático” debía reconocerse la “importancia de evitar, reducir al mínimo y afrontar las pérdidas y los daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático, incluidos los fenómenos meteorológicos extremos y los fenómenos de evolución lenta, y la contribución del desarrollo sostenible a la reducción del riesgo de pérdidas y daños”<sup>35</sup>.

La perspectiva global emergente del derecho del cambio climático invita a reforzar la visión

29 Lorenzetti, R. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 21.

30 CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), M. 1569. XL, 23/07/2008, T. 331, P. 1676

31 CSJN; 332:111.

32 CSJN, 340:1695; 329:2316

33 LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría del Derecho Ambiental”, p. 88, La Ley, 2008.

34 CSJN, 340:1695, considerando 5°

35 Acuerdo de París, 12 de diciembre de 2015, 21a Conferencia de las Partes (COP) de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, artículo 8.

policéntrica<sup>36</sup> propuesta para los derechos colectivos al tiempo que evidencia la dificultad del proceso bilateral tradicional para responder a la problemática ambiental. 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.

Si se considera a la naturaleza como condicionante de la vida humana, entonces la escala individual se transforma en comunitaria y social. Sin embargo, es precisamente la actividad humana la que condiciona de manera sustancial ese estado de la naturaleza. De ello se deriva entonces que la degradación ambiental afecta el bienestar de las personas de manera individual pero también de manera colectiva, vulnerando sus derechos humanos.

### 3. Los Principios del Derecho Ambiental

Dado el encuadre colectivo y humano que tienen los derechos ambientales, la Ley General del Ambiente establece que su aplicación e interpretación, así como la de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios establecidos en su artículo 40 (LGA), que se deben integrar, conforme el artículo 5 (LGA), en todas las decisiones de carácter ambiental. Los principios allí destacados de congruencia, prevención, precautorio, de responsabilidad y de sustentabilidad estructuran todo el sistema de derecho ambiental.

Los principios, como sostiene Lorenzetti, tienen una función de integración y control axiológico:

*[...] son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos; por eso se dice que son mandatos de optimización; en su aplicación se busca el nivel óptimo mediante un juicio de ponderación”.*<sup>37</sup>

La elección legislativa de estructurar el derecho ambiental sobre la base de principios generales permite darle a la norma la flexibilidad necesaria para trascender los distintos contextos y momentos históricos siempre teniendo como guía esas ideas rectoras, esos pilares sobre los que se asienta el derecho ambiental. Sin embargo, para ello, es necesario que su interpretación y aplicación se realice integrándolos con el resto de los principios constitucionales que se desprenden de los tratados internacionales.

Cabe recordar que la Corte Suprema ha afirmado reiteradamente que la Constitución Nacional -y los instrumentos internacionales incorporados a ella- asumen el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental.<sup>38</sup>

Para garantizar este derecho, no alcanza con la mera declaración de su protección sino que es el propio Estado, tal como surge del artículo 41 de la Constitución Nacional, quien debe promover políticas de acción positiva, es decir, obras en defensa del ambiente. Se trata del deber de debida diligencia en virtud del cual un Estado está obligado a usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente.

Asimismo, en el derecho infraconstitucional, se desarrollan estos deberes en distintas leyes. La LGA fija los estándares generales de protección así como el deber de reparación.

A partir de ella, se fueron regulando a través de distintas leyes específicas, los presupuestos

36 LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría del Derecho Ambiental”, p. 88, La Ley, 2008.

37 Lorenzetti, R. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 37 y 38.

38 CSJN, 327:3677; 330:1989 y 335:452

mínimos, entre las que se destacan, la Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios n° 25.612<sup>39</sup>; el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas n° 25.688<sup>40</sup>; el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental n° 25.831<sup>41</sup>; la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos n° ley n° 26.331<sup>42</sup>; el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial n° 26.639<sup>43</sup>, la Ley de Presupuestos Mínimos para el Manejo del Fuego n° 26.815<sup>44</sup> y el Régimen de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios n° 27.279.<sup>45</sup>

Por otra parte, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación<sup>46</sup>, de modo coherente, establece el deber de protección y reparación del medio ambiente, tanto en el ámbito público como privado.

Todos estos microsistemas jurídicos deben ser integrados y considerarse de manera sistémica a los efectos de poder garantizar el ejercicio efectivo de los derechos medioambientales. Ello, pues como se ha resaltado, se trata de derechos fundamentales donde existe un desequilibrio y una vulnerabilidad que el Estado debe reestablecer.

En este sentido, sostiene Cafferata (2014),

*“Se trata entonces desde el derecho, –por una situación de desorganización inicial, por encontrarse estos intereses desparramados, o debilidad estructural fáctica de origen, por incidir en una pluralidad de sujetos, indeterminados o de difícil determinación–, de contar con mecanismos reforzados o diferenciados de defensa o tutela del ambiente, que “igualen desiguales” (el administrado, el vecino, afectado, con los centros de poder económico), por lo que sus normas presentan características tuitivas o protectorias (un plus de protección de los más débiles o vulnerables en la relación)”.*<sup>47</sup>

*“Por ello, el derecho ambiental expresa como ningún otro derecho, la necesidad imperiosa de conjugar la defensa de lo social, –el ideal de la comunidad o colectividad–, que integra el entorno, ambiente o espacio vital (ecocentrismo), con la inviolabilidad de la persona, –el ser humano como figura basilar (antropocentrismo)–, con el objetivo de lograr el desarrollo sustentable, en una visión compleja de justicia intra e intergeneracional”.*<sup>48</sup>

Es necesario entonces, –y así lo ha sostenido la Corte Suprema– que el paradigma jurídico que ordena la regulación del ambiente sea sistémico, de modo que no tenga en cuenta solamente los

39 Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios n° 25.612 del 2002 (29 de julio). Boletín Oficial n° 29950. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=76349>.

40 Ley n° 25.688 del 2003 (3 de enero) por la que se aprobó el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Boletín Oficial n° 30060. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=81032>.

41 Ley n° 25.831 del 2004 (7 de enero) que aprobó el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental. Boletín Oficial n° 30312. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=91548>.

42 Ley n° 26331 del 2007 (26 de diciembre) de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos. Boletín Oficial n° 31310. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=136125>.

43 Ley n° 26.639 del 2010 (28 de octubre) que aprobó el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Boletín Oficial n° 32016. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=174117>.

44 Ley n° 26.815 del 2013 (16 de enero) de Presupuestos Mínimos para el Manejo del Fuego. Boletín Oficial n° 32563. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=207401>.

45 Régimen de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios n° 27.279 del 2016 (11 de octubre). Boletín Oficial n° 33479. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=266332>.

46 Ley 26.994 del 2014 (8 de octubre) que aprobó el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial n° 32.985. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>.

47 Cafferata, N. (2014). Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273. Recuperado de [https://www.academia.edu/19039144/Derecho\\_ambiental\\_en\\_el\\_Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion](https://www.academia.edu/19039144/Derecho_ambiental_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion).

48 Cafferata, N. (2014). Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273. Recuperado de [https://www.academia.edu/19039144/Derecho\\_ambiental\\_en\\_el\\_Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion](https://www.academia.edu/19039144/Derecho_ambiental_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion).

intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, tal como lo establece la Ley General del Ambiente. El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible respondiendo a la voluntad de su propietario.<sup>49</sup>

Este enfoque se inscribe en un proceso de humanización del derecho, de mayor respeto a la persona humana que se plasma en el nuevo paradigma de constitucionalización del derecho privado que trae que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y que se extiende a todo el derecho.

Los fundamentos legislativos del Nuevo Código Civil y Comercial<sup>50</sup>, al hacer alusión a la “constitucionalización del derecho privado”, compara el paradigma existente en la mayoría de los códigos, los cuales hacen una división tajante entre el derecho público y privado y establece que el anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y 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”.

Este paradigma de interpretación sistémica del derecho es el que debe regir en el derecho ambiental, de modo tal que la dilucidación de casos en donde se haya producido daño ambiental debe realizarse bajo el prisma impuesto por el bloque de constitucionalidad que rige en nuestro Estado de Derecho.

De ello se desprende que en los casos en donde se haya vulnerado un derecho ambiental debe acudir al principio de diálogos de fuentes pues el derecho del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. Por lo tanto, el derecho ambiental debe ser integrado con los microsistemas jurídicos que lo rodean y con los principios que van estructurando el resto del ordenamiento, a los efectos de alcanzar en cada caso la solución más justa.

Este diálogo de fuentes permite al derecho ambiental trascender las distintas coyunturas y adaptarse a los nuevos desafíos que van generando las distintas realidades a lo largo del tiempo.

De este modo, el derecho ambiental debe ser integrado por los principios establecidos en los tratados de derechos humanos reconocidos constitucionalmente. En este sentido, cabe resaltar que los derechos civiles y políticos son claramente operativos y exigibles, de modo que en caso de desconocimiento por parte del Estado o de terceros, su titular puede reclamar y exigir su respeto en términos de abstención o de prestaciones positivas. En el caso de los derechos sociales, igual que cualquier otro derecho humano, su exigibilidad y operatividad ha sido objeto de debate especialmente en los países en vías de desarrollo. Sin embargo, actualmente, no existen dudas de que los derechos sociales son operativos, plenamente exigibles, progresivos, interdependientes e indivisibles de los otros derechos.

Tiene dicho al Corte IDH que “[...] los derechos humanos son exigibles, progresivos y expansivos, caracteres éstos que imponen una actitud consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcance de las propias normas interpretativas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento”.<sup>51</sup>

### 3.1. Principio Fiscal del Respeto por los Derechos Humanos (Ley 27.148)

El Ministerio Público Fiscal de la Nación -en adelante MPF- es la cuarta autoridad del Estado -con autonomía funcional y autarquía financiera- a partir de la reforma constitucional de 1994 y

49 CSJN, 340:1695.

50 Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

51 Corte IDH OC-4/84.

tiene como función principal la defensa de los intereses generales de la sociedad (art. 120 CN). Es por ello que se ha convertido en un actor clave para el sistema de administración de justicia.

La constitucionalización del MPF en el año 1994 se instrumentó mediante la creación de un órgano sin pertenencia institucional a ninguna de las demás autoridades constituidas, al caracterizárselo como independiente no solo del Poder Ejecutivo y Legislativo, sino también del Judicial, concluyendo así con una larga controversia que, sobremanera, se había suscitado con referencia a esos dos departamentos del Gobierno Federal.<sup>52</sup>

La Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 2714,8<sup>53</sup> - LOMPF- modificó en el año 2015 la regulación del artículo 120 de la CN de la anterior ley 24946.<sup>54</sup> De ella se desprende que el rol activo que debe ejercer el MPF en la defensa de los intereses generales de la sociedad. En efecto, el artículo 1 de la mencionada norma prevé que debe “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad”; “velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte” y “procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”.

Este artículo, que establece la misión fundamental del MPF, además faculta al organismo a intervenir en los “... c) conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos; d) conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente...”.

Por otra parte, el artículo 31 de la misma norma que regula la actuación en materia no penal, establece en lo que aquí importa el deber de:

“b) petionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional;”

“d) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causar-se al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan;” y

“h) Realizar investigaciones con relación a los casos en los que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales”.

Consecuentemente, uno de los principios medulares del Ministerio Público Fiscal es el de bregar por el respeto y garantía de los derechos humanos. Este mandato atraviesa y guía la mayor parte de las actividades cuyo desenvolvimiento se le encomienda al Ministerio Público Fiscal, tanto en materia penal como no penal.

De este modo, por imposición constitucional y legal el Ministerio Público Fiscal -y cada uno de sus integrantes, esto es, magistrados/as, funcionarios/as y empleados/as- debe desempeñar un papel central para el respeto y garantía de los derechos humanos, entre ellos, los derechos medioambientales, debiendo protegerlos de manera positiva.

52 CSJN, 327:5863, considerando 33 del voto de los jueces Petracchi y Highton de Nolasco; considerandos 36 y 37 del voto del juez Fayt; considerando 6° del voto del juez Maqueda; considerando 10 del voto del juez Zaffaroni; y CSJN, 328:3271, considerando 12 del voto de la jueza Argibay.

53 Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación n° 27148 del 2015 (18 de junio). Boletín Oficial n° 33153. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do%3Bjsessionid=CA65DA0D3D8716245C4CD77CECB8D-30D?id=248194>.

54 Ley Orgánica del Ministerio Público n° 24.946 de 1998 (23 de marzo). Boletín Oficial n° 28862. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=49874>.

### 3.2. Principio de Sostenibilidad (Artículo 4, Ley 25675)

El artículo 4 de la LGA establece el principio de sostenibilidad en los siguientes términos:

*“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”.*

El principio de sostenibilidad o sustentabilidad se desprende directamente del artículo 41 de la Constitución Nacional que consagra el derecho a “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo, humano para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes”, el que no puede “comprometer las de las generaciones futuras”.

La citada cláusula incorpora el concepto de “desarrollo humano sostenible o sustentable”, conforme el cual no solo las actividades productivas tienen el deber de preservar el ambiente, sino que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes sin descuidar a las futuras.

De esta manera, la Constitución Nacional y la LGA, adoptaron la fórmula de Brundtland, acorde con la idea de desarrollo sustentable, sostenible, sostenido o duradero elaborada para el informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo, denominado “Nuestro futuro Común” aprobado por las Naciones Unidas en 1998.<sup>55</sup>

En el mismo sentido, la “Declaración de Río”<sup>56</sup> expresa que “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 4). “Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas” (principio 8).

En base al principio de sostenibilidad, la Constitución reclama un adecuado balance, en miras a armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.<sup>57</sup>

A partir de esta concepción, la Constitución ordena a las autoridades proveer “...a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”<sup>58</sup>.

Ahora bien, esa ponderación razonable implica, por una parte, considerar 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. Sin embargo, 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 1º, 2º y 4º de la Ley General del Ambiente 25.675).

Específicamente, el artículo 14 del CCyCN 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”.

55 WALSH, Juan R., “El ambiente y el paradigma de sustentabilidad, de la obra colectiva “Ambiente y Derecho de Sustentabilidad”, LL 2001-A-1086.

56 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992.

57 CSJN, 332:663

58 Artículo 41, Constitución de la Nación Argentina

Este artículo regula el campo de colisión entre la esfera privada y la esfera pública y social mediante una cláusula general. De esta manera, esta cláusula permite juzgar si el ejercicio del derecho individual es conforme con la función que tiene respecto del de incidencia colectiva.<sup>59</sup>

Este artículo es importantísimo dentro del sistema de derecho puesto que permite coordinar la Constitución Nacional, en cuanto regula los derechos de incidencia colectiva, con el Derecho Privado.<sup>60</sup>

En el mismo sentido, el artículo 240 del CCyCN prevé que “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1° y 2° 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.”

Se reafirma así el paradigma del derecho ambiental como sistema y, específicamente, en lo que hace a la sustentabilidad del medio ambiente, ella sólo podrá alcanzarse en la medida que la ponderación de los derechos individuales en juego se realice teniendo en consideración los derechos colectivos que puedan resultar afectados, para lo cual las divisiones tajantes que el pasado había entre el derecho público y el derecho privado, deben ser dejadas de lado para ser integradas todas las normas de cualquiera esfera de manera tal que se protejan los derechos fundamentales en juego, teniendo siempre en miras el artículo 41 de la Constitución Nacional reglamentado mediante la LGA.

En el mismo sentido, se han fijado los objetivos generales de bien común que la comunidad internacional ha trazado para garantizar “modalidades de consumo y producción sostenibles” en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015.<sup>61</sup> El desarrollo sustentable enlaza el medio y el desarrollo, debiendo alcanzarse un desarrollo que permita una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad.

Bustamante Alsina<sup>62</sup> sostiene que

*“[...] la sustentabilidad es requerida en cuatro áreas: i) área ecológica, lo que conlleva mantener los procesos ecológicos que posibiliten la capacidad de renovación de plantas, animales, suelos y aguas; mantener la diversidad biológica y su capacidad de regeneración; ii) área social, que permita igualdad de oportunidades de la sociedad y estimule la integración comunitaria, con respeto por la diversidad de valores culturales; ofrecimiento de oportunidades para la renovación social; asegurar la satisfacción adecuada en las necesidades de vivienda, salud y alimentación; participación ciudadana en la tarea de decisión y en la gestión ambiental; iii) área cultural, que preserva la identidad cultural básica y reafirma las formas de relación entre el hombre y su medio; iv) área económica, eficiencia, que implica internalización de costos ambientales; consideración de todos los valores de los recursos, presentes, de oportunidad, potenciales, incluso culturales no relacionados con el uso; equidad dentro de la generación actual y respeto de las generaciones futuras”.*

En los últimos años tomó especial importancia el concepto de desarrollo sustentable ya consagrado en la Constitución Nacional, pero desde la preservación de la biodiversidad teniendo en

59 Lorenzetti, R. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 75.

60 Lorenzetti, R. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 75.

61 A/RES/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, objetivo 12.

62 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa, 1995, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 43 y 44.

consideración las generaciones futuras. Ello, pues el desarrollo sustentable de un país no debe ser equiparado al progreso económico o al crecimiento sostenido. Una economía puede crecer pero si lo hace reproduciendo o aumentando la desigualdad de la población en términos de acceso a los bienes sociales primarios no puede hablarse de desarrollo.<sup>63</sup>

### 3.3. Principio de Prevención (Artículo 4, Ley 25675)

El principio de prevención se encuentra expresamente definido en el artículo 4 de la LGA de la siguiente manera:

*“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”.*

El derecho ambiental tiene un carácter eminentemente preventivo teniendo en consideración que, una vez generado un daño sobre el ambiente, éste es, en la mayor parte de los casos, de difícil o imposible reparación.

La desaparición de una especie, el derretimiento de los glaciares, la generación de desequilibrios naturales por la contaminación o las inundaciones producidas por la tala de los árboles son ejemplos de los daños que no sólo resultan de difícil reversibilidad, sino que además tienen consecuencias exponenciales e imponderables sobre las futuras generaciones.

Por lo tanto, existe una necesidad y deber de actuación “ex ante” que el principio de prevención contenido en el artículo 4 de la LGA prescribe, el que se desprende directamente del deber de preservar el ambiente del artículo 41 de la CN, pero que también se encuentra contenido en los artículos 1710 y 1713 del CCyCN.

En los Fundamentos del nuevo Código se dice que: “En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos”<sup>64</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en oportunidad de fallar el caso “Mendoza”<sup>65</sup>, estableció que “en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro”.

Por este motivo, por aplicación de este principio, ciertas actividades necesitan realizar estudios de impacto ambiental previo a su inicio. Así lo sostuvo la CSJN en el caso “Martínez”: “[...] cobra especial relevancia la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades, que no significa una decisión prohibitiva, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana. En efecto, los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (ley 26.331, artículos 18, 22 y ss; ley 25.675, artículos 11 y 12)”<sup>66</sup>.

En ese mismo sentido, en el caso “Cruz” la Corte dejó sin efecto la sentencia que había omitido el análisis de las normas aplicables al caso que, por un lado, exigían la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras y por el otro, disponían en forma expresa

63 ROSATTI, H. (2011). “Consecuencias Culturales de la Tutela del Medio Ambiente”, Daño Ambiental, Rubinzal-Culzoni 2011, pág. 31.

64 Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

65 CSJN, 329:2316

66 CSJN, 339: 201

que la administración debía aprobar o rechazar los estudios presentados, pero no incluían la postestad de admitir tales evaluaciones en forma condicionada.<sup>67</sup>

El énfasis preventivo constituye uno de los caracteres más relevantes que tiene, dados sus rasgos peculiares, el derecho ambiental. La prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos puesto que, como dijimos, los daños ocasionados en la mayor parte de los casos, son irreparables. Por lo tanto, dado el carácter colectivo del derecho ambiental, es necesario que la intervención del Estado y, en particular, los servicios de justicia, cuando así se requiera, deje de ser reparadora para ser preventiva.

En efecto, la Corte Internacional de Justicia ha determinado que “el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio (...). Un Estado está así obligado a usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente del otro Estado”.<sup>68</sup>

En sentido similar, la CSJN ha afirmado que ante la existencia de un peligro de daño irreversible y la ausencia de información relativa a tal perjuicio, dicho principio se erige como una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Su aplicación implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable<sup>69</sup>.

En el mismo sentido, tiene dicho la Corte IDH que “[...] la obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana conlleva el deber de los Estados de prevenir las violaciones a dichos derechos. [...] Este deber de prevención abarca todas las medidas, de distinto carácter, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales.”<sup>70</sup>

La Corte IDH sostuvo además que “[...] en el ámbito del derecho ambiental el principio de prevención ha implicado que los Estados tienen la “responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.<sup>71</sup> Este principio fue establecido expresamente en las Declaraciones de Estocolmo y de Río sobre el medio ambiente y está vinculado a la obligación de debida diligencia internacional de no causar o permitir que se causen daños a otros Estados.<sup>72</sup>

En virtud del deber de prevención en derecho ambiental, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al medio ambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental.

De acuerdo a la Corte IDH son cinco los ejes principales que involucra el deber de prevención de los daños ambientales:<sup>73</sup>

(i) regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente, con el

67 CSJN, 339: 142

68 Corte Internacional de Justicia (CIJ), “Planta de celulosa en el río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)”, sentencia del 20 de abril de 2010.

69 CSJN, Fallos 331:2925 y 332:663

70 Corte IDH OC-23/2017.

71 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1), principio 2, y Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, principio

72 Corte IDH, OC-23/2017.

73 Corte IDH OC-23/2017

propósito de disminuir el riesgo a los derechos humanos;

(ii) supervisar y fiscalizar actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente, para lo cual deben poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, entre los cuales se incluyan tanto medidas preventivas como medidas de sanción y reparación;

(iii) exigir la realización de un estudio de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente, independientemente que la actividad o proyecto sea realizado por un Estado o por personas privadas. Estos estudios deben realizarse de manera previa, por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, respetar las tradiciones y cultura de pueblos indígenas que podrían verse afectados y su contenido debe ser determinado y precisado mediante legislación o en el marco del proceso de autorización del proyecto, tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el medio ambiente;

(iv) establecer un plan de contingencia, a efecto de disponer de medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y

(v) mitigar el daño ambiental significativo, inclusive cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible.

Por lo tanto, el principio de prevención genera un deber de debida diligencia en cabeza del Estado y, por lo tanto, de los funcionarios públicos que le dan vida pues, el derecho ambiental, por su finalidad, es eminentemente preventivo. La obligación de garantía que tiene el Estado, que implica el deber de adoptar las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad de las personas, abarca asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. Este deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos.

### **3.4. Principio Precautorio (Artículo 4, Ley 25675)**

El principio de precaución, en materia ambiental, se refiere a las medidas que se deben adoptar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente. El artículo 4 de la LGA define este principio de la siguiente manera:

*“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”*

El principio de precaución fue enunciado inicialmente por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático, creado en 1987, por decisiones congruentes de la Organización Meteorológica Mundial y el PNUMA, lo recogió la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima, para aparecer consagrado en el inc. 3 del art. 3 del Convenio Marco sobre el Cambio Climático, negociado entre febrero de 1991 y mayo de 1992, bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

También en la Declaración de Río se plasma en el principio 15 que establece “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Asimismo, el principio o enfoque de precaución ha sido incluido en diversos tratados inter-

nacionales sobre protección del medio ambiente en distintos ámbitos.<sup>74</sup> Entre estos tratados es necesario destacar la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, todos ratificados por Argentina.

En tal escenario, cada Estado Nacional 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.

Desde luego que ni las provincias ni los municipios pueden reglamentar la actividad sometida, en forma exclusiva, a regulación federal, pero ello no quita las competencias locales en el ejercicio de su poder de policía dentro de los límites trazados por la Constitución Nacional.

En este sentido, la Corte Suprema ha tenido oportunidad de enfatizar la importancia y gravitación que reviste el principio precautorio en el precedente “Salas”.<sup>75</sup> Allí, estableció que “...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 (...) La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable”.

Por ello, 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. También, la Corte en el caso “Cruz”<sup>76</sup> ha señalado que en materia ambiental el caso debe ser analizado desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el citado artículo 4° de la Ley General del Ambiente introduce los principios de prevención del daño y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles.

Por otra parte, de este principio se desprende también que, al momento de interpretar y evaluar un caso donde puede producirse un daño al ambiente, debe tenerse en consideración el principio *in dubio pro natura*. Este principio prescribe 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”.<sup>77</sup>

En este punto, cabe recordar que el paradigma jurídico que ordena las regulaciones del medio ambiente específicas son ecocéntricas o sistémicas, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.<sup>78</sup>

74 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, entrada en vigor el 21 de marzo de 1994, art. 3.3; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, enmendado en 2009, entrada en vigor el 17 de mayo de 2004, art. 1; Convenio sobre la Diversidad Biológica, entrada en vigor el 29 de diciembre de 1993, preámbulo; Protocolo relativo al Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (con sus enmiendas de 2006), entrada en vigor el 24 de marzo de 2006, preámbulo y art. 3.1; Convenio internacional sobre el control de los sistemas antincrustantes perjudiciales en los buques, entrada en vigor el 17 de septiembre de 2008, preámbulo; Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, entrada en vigor el 11 de septiembre de 2003, preámbulo y arts. 1, 10.6 y 11.8; Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, entrada en vigor el 11 de diciembre de 2001, art. 6, y Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, entrada en vigor el 22 de septiembre de 1988, preámbulo.

75 CSJN, 332: 663

76 CSJN, 339: 142

77 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.

78 CSJN, 340:1695

En el Caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay, la Corte Internacional de Justicia señaló que el enfoque de precaución puede ser relevante en la interpretación y aplicación del tratado siendo interpretado en el caso.<sup>79</sup>

Recordemos también que el principio precautorio es parte integral de la obligación general de debida diligencia, la cual obliga al Estado a tomar todas las medidas apropiadas para prevenir el daño que pueda resultar de actividades que realice. Esta obligación aplica en situaciones donde la evidencia científica referente al alcance y potencial impacto negativo de la actividad en cuestión sea insuficiente pero existan indicadores plausibles de los riesgos potenciales.

La obligación general de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal implica que los Estados deben actuar diligentemente para prevenir afectaciones a estos derechos. Por tanto, el Estado debe actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica.

Consecuentemente, para la aplicación del principio precautorio se debe advertir también los siguientes elementos: 1. Situación de incertidumbre acerca del riesgo; 2. Evaluación científica; 3. Perspectiva de un daño grave irreparable; 4. Proporcionalidad de las medidas; 5. Transparencia de las medidas; 6. Inversión de la carga de la prueba. La invocación del principio precautorio obedece a la falta de certeza científica. A resultas de lo cual, si bien el eventual daño podrá ser actual o diferido, la amenaza es siempre inminente, y es esto lo que se pretende tutelar (Garros y Lloret 2007).<sup>80</sup>

En definitiva, el principio de prevención y el precautorio son la base sobre la que se erige el derecho ambiental, estando en cabeza del Estado y de los funcionarios públicos que le dan vida, entre ellos, quienes integran el servicio de administración de justicia, el deber de tenerlos siempre en miras al momento de tomar una decisión.

### 3.5. Principio de Responsabilidad (Artículo 4, Ley 25675)

El principio de responsabilidad se encuentra previsto en el artículo 4 de la LGA de la siguiente manera:

*“Principio de responsabilidad: 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”.*

Este principio refuerza la idea de internalización de costos ambientales, sobre todo en cabeza del generador degradante del ambiente. Ello, en consonancia con el principio 16 de la Declaración de Río que prescribe: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el contamina debería, en principio, cargar los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

El principio 16 en conjunto con el 13 de la Declaración de Río de 1992 sienta las bases para desarrollar un sistema de legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales

Este principio incorpora la doctrina nacional de Brasil de responsabilidad integral del degradador, que establece que “[...] la persona responsable, directa o indirectamente, por degradación de la calidad ambiental (persona física o jurídica) está sujeta a sanciones civil, administrativa y

79 CIJ, Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay). Sentencia de 20 de abril de 2010, párr. 164.

80 María Garros y Juan Lloret. Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la sustentabilidad. (Salta: Ediciones Universidad Católica de Salta, 2007), 368.

penales, aplicables acumulativamente”.<sup>81</sup>

La interpretación y aplicación de la LGA y “[...] de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental” a la que queda sujeta al cumplimiento de los principios de política ambiental es consistente con la totalidad del ordenamiento normativo del régimen de responsabilidad por daño ambiental, derivado de los artículos 28 y 29 de la Ley 25.675, y 10, y 40 a 43 de la Ley 25.612, puesto que ponen en cabeza del generador, la responsabilidad por los efectos degradantes del ambiente. Ello busca reforzar la idea de internalización de costos ambientales, sobre todo en cabeza del generador degradante del ambiente, tal como lo prevé el principio 16 de la Declaración de Río de 1992.

Tal como sostiene Cafferata,

*[...] se reafirma “[...] el principio “contaminador-pagador” adoptado ya por la conferencia de la ONU sobre Ambiente Humano de 1972, Estocolmo, Suecia. Esto es, hacer soportar a los responsables de la contaminación o degradación las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental, tratándose de “costos sociales”, que antes no se incluían en los cálculos costos-beneficios. [De este modo], quien crea el “riesgo” al ambiente es el que debe resarcir, sin perjuicio de que en forma concurrente y complementaria pueda aceptarse como otro factor de atribución objetivo la “solidaridad”.*<sup>82</sup>

## 4. Tipos de Responsabilidad Ambiental (Artículo 29, Ley 25675)

### 4.1. Marco Normativo

Antes de adentrarnos en los distintos tipos de responsabilidad ambiental, cabe destacar, como se viene sosteniendo, que el derecho ambiental debe ser interpretado y aplicado de manera sistémica dado que se trata de un derecho humano fundamental que además es instrumental al ejercicio de otros derechos como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.

Por lo tanto, el sistema de responsabilidad por daño ambiental también debe interpretarse e integrarse con los distintos microsistemas jurídicos que rigen en la materia a los efectos de alcanzar la solución más justa en cada caso donde se hubiesen generado daños al ambiente.

Para ello, es necesario partir del artículo 41 de la Constitución Nacional que establece que “[...] El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”, así como de los tratados internacionales que protegen estos derechos y los principios del derecho internacional que rigen en la materia.

De este artículo se desprende la obligación primaria de recomponer que es transversal a todos los regímenes específicos de responsabilidad, tanto administrativa, civil como penal.

A nivel infra constitucional, la norma que reglamenta de manera general el artículo 41 de la CN, específicamente, “la obligación de recomponer” por él previsto, es la Ley General del Ambiente 25675 que, en sus artículos 27 a 33, regula la responsabilidad por daño ambiental.

El artículo 27 define al daño ambiental como “[...] toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

El artículo 28 establece que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva, estando en cabeza del generador del daño el deber de reparación, que implica, en primer término, el “[...] restablecimiento al estado anterior a su producción”, salvo que no sea técnicamente factible, en cuyo caso deberá pagar la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente.

81 Pazzaglini Filho, Marino: “Principios constitucionales y faltas administrativas ambientales”, p. 117, Revista de Direito Ambiental, año 5, Janeiro, marzo 2000, Editora Revista Dos Tribunais.

82 Cafferata, N. Introducción al Derecho Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Instituto Nacional de Ecología. Capítulo 1 “Principios del Derecho Ambiental”, 2004, p.39.

El artículo 29, por su parte, prevé que “La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.

Ahora bien, el mismo artículo en su segundo párrafo, prescribe: “La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa”.

Este párrafo del artículo 29 es muy importante pues define el esquema de aplicación del régimen de responsabilidad ambiental. De allí se deriva entonces que: (i) existe una independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la civil o penal y (ii) que pueden existir infracciones a normas administrativas que aborden preventivamente el estadio del “pre-daño”.

Estas normas, además, deben ser siempre interpretadas a la luz de los principios que el artículo 4 de la LGA estableció como basamento del derecho ambiental argentino, tal como se desprende del artículo 5 LGA.

Dichos principios, obligan al operador jurídico —el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental—, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño (pre-daño), operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental. El énfasis “preventivo” (frente al riesgo cierto) o “precautorio” (en situaciones de peligro de daño grave o irreversible aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica), son características salientes del derecho ambiental.<sup>83</sup>

Por lo tanto, de la conjunción de la previsión constitucional y la reglamentación de la LGA, se desprende que el régimen de responsabilidad ambiental de nuestro sistema jurídico es eminentemente preventivo y precautorio –en sede administrativa- y reparatorio e indemnizatorio–en el ámbito civil- y en una medida mucho menor es sancionatorio –en sede penal-.

Por lo tanto existe una secuencialidad en el sistema de responsabilidad que se enfoca primariamente en la prevención del daño, esto es, en el pre-daño, donde los regímenes administrativos tienen la mayor intervención a través de los sistemas de habilitación y de control de impacto ambiental. También opera en este estadio la función preventiva del daño prevista por el régimen de responsabilidad civil. Ahora bien, generado ese daño, la intervención en la reparación es principalmente civil y, en una menor medida, penal pues la tutela del ambiente en ese ámbito no ha tenido gran desarrollo en nuestro derecho. Ello, sin perjuicio de que los tres regímenes deben ser integrados dado el carácter sistémico del derecho ambiental y el deber transversal constitucional de reparar.

## 4.2. Responsabilidad Administrativa

Como se ha mencionado arriba, la responsabilidad administrativa en el derecho ambiental tiene principalmente una función preventiva y precautoria interviniendo en la etapa previa a la generación del daño (pre-daño).

En efecto, el derecho ambiental con sus propias instituciones y principios que se desprenden principalmente de la Constitución Nacional y de la LGA, así como de los microsistemas jurídicos específicos, encuentra en el derecho administrativo la tutela necesaria para aplicar efectivamente todo el marco normativo propio. No obstante lo cual, el derecho administrativo se va a ver teñido por las características y principios propios del derecho ambiental, para así alcanzar sin dudas las finalidades que prescribe la Constitución Nacional en la materia.

Específicamente, la responsabilidad administrativa ambiental se deriva de la infracción de la norma ambiental administrativa, sus normas complementarias y su reglamentación y se concreta con la aplicación de una sanción administrativa por la acción u omisión infractora, y de ella nace

83 Cafferata, N. (2014). Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273. Recuperado de [https://www.academia.edu/19039144/Derecho\\_ambiental\\_en\\_el\\_Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion](https://www.academia.edu/19039144/Derecho_ambiental_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion).

la obligación de reparar la agresión ocasionada, aplicar las medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes.

Estas infracciones a las normas o faltas ambientales se presentan por incumplimientos o atentados contra recursos naturales o culturales ambientales, y son una manifestación del poder de policía ambiental. Es una expresión del *ius puniendi* del Estado y por lo tanto debe respetar las garantías del sistema coactivo público.<sup>84</sup>

Por lo tanto, cuando nos referimos la actividad administrativa debemos tener en cuenta que ella se desarrolla en dos órdenes: la protección y prevención ambiental.

Cabe resaltar que la protección del ambiente tiene por fin inmediato no sólo el cuidado de la naturaleza en sí misma, sino el cuidado del hombre y de su calidad de vida, por medio de la satisfacción de sus necesidades vitales. En efecto, una de las ocupaciones primordiales del Estado es cumplir con su obligación de tomar las medidas necesarias y oportunas para la preservación del medio ambiente, proteger al entorno y a las especies vivientes de cualquier tipo de alteración perjudicial al ambiente. De allí que los habitantes tienen derecho a exigir una conducta positiva del Estado a ese respecto (inspección, supervisión administrativa y vinculación de la Administración a las leyes).

Cuando ello no ocurre y se concreta el daño en una lesión sufrida por los propietarios en sus bienes jurídicos protegidos, los particulares, frente al deber de la administración de actuar y la obligación de resarcir de los particulares contaminantes, tienen derecho a ser indemnizados patrimonialmente por los funcionamientos anormales concretizados en ineficaces actuaciones o muy especialmente en omisiones de la administración.

Por lo tanto, las cuestiones preventivas de la regulación de los recursos naturales y su explotación racional y las de impacto ambiental son competencias propias de la administración, y será jurisdiccional la prevención –cuando la actividad preventiva administrativa no haya dado resultados–, el cese y la recomposición del daño ambiental.

Recordemos además que los Estados están obligados a cumplir con sus obligaciones bajo la Convención Americana con debida diligencia. Este deber de actuar consiste en adoptar “todas las medidas apropiadas” tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos fundamentales. Además, el deber de actuar con debida diligencia también corresponde, de manera general, a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción, debiendo adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos consagrados en la Convención, así como organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>85</sup>

En consonancia con ello, el principio de prevención<sup>86</sup> obliga a tomar las medidas necesarias para evitar que un daño ocurra, o –en caso de ser inevitable– de mitigar sus consecuencias. A diferencia del caso de la precaución (basada en la incertidumbre científica en torno a los posibles efectos dañosos de la actividad concernida) en la prevención la peligrosidad de la cosa, hecho o actividad involucrados es bien conocida.<sup>87</sup>

Ahora bien, la operativización de este principio se realiza mediante la determinación de los efectos de una acción humana sobre el ambiente. Para ello, se utiliza la “Evaluación de Impacto

84 María Garros y Juan Lloret. *Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la sustentabilidad*. (Salta: Ediciones Universidad Católica de Salta, 2007), p.35.

85 Corte IDH OC-23/2017

86 Artículo 4 LGA

87 Rossatti, H. *El Control de la Actividad Estatal II. La Tutela del Medio Ambiente en la Constitución Nacional Argentina*. Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 2016, p.821.

Ambiental” (EIA) que computa todas las incidencias posibles (positivas, negativas y neutras, directas y evidentes, indirectas y acumulativas) de un emprendimiento sobre el entorno.

De esta manera, la realización de la EIA permitirá determinar la conveniencia de autorizar o no autorizar la actividad programada, reprogramarla, rediseñarla o formular las medidas de remediación que mitiguen sus consecuencias adversas.

La EIA ha sido reconocida por la ONU en la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por la ONU en 1982, de la cual se desprende que “Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que pueden tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza en caso de llevarse a cabo; tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posible efectos perjudiciales”.

Asimismo, en la Declaración de Río, el principio 17 prevé que “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeto a la decisión de una autoridad nacional competente”.

En la Argentina el estudio de impacto ambiental está previsto en los artículos 11, 12, 13 y concordantes de la ley 25.675. Asimismo, el artículo 22 como mecanismo de operativización de la prevención incorpora la obligación de contratar un seguro ambiental.

El artículo 11 dispone: “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”.

El artículo 13 establece: “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”.

El artículo 22 obliga a toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos a contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir. Asimismo, dispone que, según el caso y las posibilidades, la integración de un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

Reiteramos entonces que el sistema de responsabilidad previa al daño -pre daño- es administrativa y tiene una función eminentemente preventiva y precautoria, la cual es regulada mediante distintas normas de presupuestos mínimos. De acuerdo al artículo 6 de la LGA “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”.

Además de la LGA 25.675, se han sancionado las siguientes normas de presupuestos mínimos: Ley 25.612 de Residuos Industriales; Ley 25.670 de Gestión de PCB; Ley 25.688 de Gestión de Aguas; Ley 25.831 de Información Ambiental; Ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios; Ley 26.331 de Protección Ambiental de los Bosques Nativos; Ley 26.562 de Control de Actividades de Quema; Ley 26.639 de protección de glaciares; y Ley 26.815 de creación del Sistema Federal de Manejo del fuego; Ley 27.279 de gestión de envases vacíos fitosanitarios.

Estas normas tienen por función la protección del medio ambiente, priorizando la prevención.

Así, por ejemplo, la Ley 25.612 de gestión de residuos establece entre sus objetivos minimizar los riesgos potenciales por los residuos en todas las etapas de la gestión integral; reducir la can-

tividad de residuos que se generan; promover la cesación de los vertidos riesgosos para el ambiente y fija distintos niveles de riesgo. Dispone además el deber de promover programas de adecuación tecnológica de los generadores para reducir la contaminación ambiental y cesar los vertidos riesgosos sobre los recursos naturales (artículos 4, 7 y 14).

La contravención de estas obligaciones de prevención genera responsabilidad administrativa. Así, la ley dispone que los infractores a la misma, su reglamentación y las normas que las complementen podrán ser reprimidos con apercibimientos, multas, clausuras, suspensión de actividades de hasta un año y cancelación definitiva de las habilitaciones e inscripciones de los registros correspondientes. Asimismo, establece la posibilidad de multiplicar las sanciones en el caso de reincidencia y establece que, en el caso de personas jurídicas, los responsables de la dirección, administración o gerencia, serán responsables solidariamente por tales sanciones.

Por lo tanto, la infracción a las normas ambientales de prevención generan responsabilidad administrativa, la que puede traer aparejado para quien comete esas faltas sanciones como apercibimientos, multas, clausuras, suspensión de actividades y cancelación de habilitación para funcionar.

### 4.3. Responsabilidad Civil

El sistema de responsabilidad civil protege al medio ambiente a través de los artículos 14, 240 y 241 del CCyCN y consagra los deberes de prevención del daño y reparación del mismo a través de la función preventiva y punición excesiva prescripta por los artículos 1710, 1711, siguientes y concordantes.

En efecto, el CCyCN prevé, en primer lugar, la prevención. Si, no obstante, ocurre el daño, lo siguiente será indemnizar (resarcir) o en el caso del daño ambiental colectivo, recomponer (o compensar ambientalmente), habiéndose previsto incluso, en el anteproyecto, el poder disuadir mediante sanciones pecuniarias, aquellas conductas con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.<sup>88</sup>

De esta manera, la responsabilidad civil ensancha fronteras, contenidos, para comprender pretensiones reparatorias, preventivas y precautorias; asimismo, cambia la naturaleza esencial del derecho de daños, que salta de patrimonial y personal individual -en escala de un episodio discreto a personal plural- a dimensiones colectivas; también se registran mudanzas en la visión de los sujetos de derecho en la naturaleza y la comunidad como objeto y al mismo tiempo titular de derechos tutelados.<sup>89</sup>

#### 4.3.1. Función Preventiva

Como se viene sosteniendo, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado a evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso, la solución tardía es insuficiente.

El artículo 1710 del CCyCN establece este deber de prevención imponiendo sobre toda persona la obligación de “a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; y c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

Este deber genérico de prevención del daño impuesto por el artículo transcrito enmarca de

88 Cafferata, N., (2014). Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273, p. 33. Recuperado de [https://www.academia.edu/19039144/Derecho\\_ambiental\\_en\\_el\\_Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion](https://www.academia.edu/19039144/Derecho_ambiental_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion).

89 Cafferata, N., (2014). Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273. P.33. Recuperado de [https://www.academia.edu/19039144/Derecho\\_ambiental\\_en\\_el\\_Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion](https://www.academia.edu/19039144/Derecho_ambiental_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion).

modo certero el principio de prevención contenido en el art. 4° de la ley 25.675 y torna exigible a toda persona, dentro del sistema de Derecho de Daños en general -y del Derecho de Daños Ambiental en particular-, una conducta consistente en la evitación de perjuicios.<sup>90</sup>

Asimismo, el artículo 1711 establece que “La acción preventiva 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”.

De este artículo más bien procesal nace “la acción preventiva” cuando existiere una acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño.

Por lo tanto, en la acción preventiva es esencial la antijuridicidad y la relación de causalidad, no siendo exigible ningún factor de atribución subjetivo u objetivo para que se dispare el mecanismo de prevención de daños.

Sin embargo, a diferencia de lo que prevé la LGA, no hay acción preventiva de daños imprevisibles, donde no haya certeza científica.

En cuanto a la antijuridicidad requerida para que se dispare esta acción preventiva, cabe destacar que, de conformidad con lo establecido en los fundamentos del proyecto del CCyCN, se entiende por cumplido el requisito de la antijuridicidad con la mera violación al deber genérico de prevención consagrado en el art. 1710.

De esta manera, ante el deber expreso de prevenir, la sola omisión de tal exigencia torna operativa la acción preventiva regulada en el art. 1711, independientemente de que la actividad o proyecto cuenten con autorización administrativa o no conculque norma alguna prevista por el resto del ordenamiento jurídico.<sup>91</sup>

Consecuentemente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la LGA, aún las actividades perfectamente lícitas y autorizadas administrativamente responden por los daños generados al medio ambiente.

Para promover este tipo de acciones, el artículo 1712 del CCyCN prevé que “Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

Asimismo, el artículo 1713 faculta al juez interviniente a disponer en la sentencia que admite la acción preventiva, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda.

En este sentido y ante el caso de duda, debiera aplicarse el “principio pro naturaleza” reconocido por la CSJN en el caso “Majul”<sup>92</sup>, dado el carácter eminentemente preventivo del derecho ambiental.

Asimismo, debe “[...] ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad” (artículo 1713 CCyCN).

Al respecto, la CSJN ha dicho que “[...] La aplicación del principio precautorio -art. 4°, ley 25.675- implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, por lo que 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”.<sup>93</sup>

Por lo tanto, conforme lo faculta el artículo 1.713, el juez privilegiará la preeminencia de la pre-

90 Lorenzetti, P. (2015) La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil, p. 6. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf>

91 Lorenzetti, P. (2015) La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil, p. 8. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf>

92 CSJN, Fallos: 342:1203.

93 CSJN, Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”. 26/03/2009. En LL 08/04/2009, 11; LL 2009-B, 683; LL 06/11/2009, 5.

vención, la cesación y la recomposición por sobre la reparación de los daños ambientales. Asimismo tendrá necesariamente presente el carácter colectivo del bien que está protegiendo. Todo ello, puede hacerlo de oficio e independientemente de lo que las partes aleguen en sus pretensiones ya que así se lo imponen los mandatos constitucionales a los que está sometido.<sup>94</sup>

#### 4.3.2. Función Resarcitoria

La función resarcitoria se encuentra prevista en los artículos 1716 a 1737 del CCyCN. Esta función sigue siendo la más importante de las funciones de la responsabilidad por daños que se desprende directamente del artículo 41 de la CN.

En el CCyCN, se sienta el principio en materia extracontractual del “*alterum non laedere*”. La CSJN tuvo la oportunidad de expresarse en tal dirección en numerosos pronunciamientos, sentenciando que “el principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.”<sup>95</sup>

En la esfera contractual manda a comportarse según mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

La responsabilidad civil contractual o extracontractual requiere de la presencia de ciertos presupuestos comunes, sin los cuales no alcanza a configurarse. Ellos son: antijuridicidad (sin perjuicio de los supuestos excepcionales de responsabilidad civil por actos lícitos), daño, factor de atribución subjetivo u objetivo y relación de causalidad. Cada uno de estos presupuestos o elementos tiene autonomía conceptual respecto de los demás. También son distintas las circunstancias eximentes idóneas para desvirtuarlos.

Los presupuestos generadores de la responsabilidad civil se encuentran regulados en el Libro III, Título V, Capítulo 1 del Código Civil y Comercial y son los siguientes:

La antijuridicidad se encuentra prevista en el art. 1717 del CCyCN en los siguientes términos: “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica”, coincidiendo con lo establecido en el art. 27 de la LGA que prescribe “El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva”.

De la conjunción de estas normas se infiere que basta con la antijuridicidad material para que se configure este requisito, es decir, no es indispensable la antijuridicidad formal, la falta o contravención a leyes o normas ambientales formales o expresas.

El daño resarcible, que se encuentra definido en el artículo 1737: “[...] Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

La indemnización comprende el perjuicio directo o indirecto que el daño ambiental es en general indirecto; y actual o futuro. Respecto a éste último, la jurisprudencia considera el daño ambiental como un daño a la salud, que provoca pérdidas de chances en lo individual, lo cual resumen en un menoscabo las aptitudes reales o potenciales de la víctima de tener una mejor calidad de vida, o de expectativas de vida.<sup>96</sup>

94 Lorenzetti, P. (2015) La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil, p. 10. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf>

95 BARBIERI, P.: Breves apuntes sobre las funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Infojus, 2015, Id SAIJ: DACF150490.

96 SCJBA, “Almada, Hugo N. y otro c/ Copetros SA y otro, y sus acumuladas, “Irazú, Margarita c/ Copetro SA y otro”, “Klaus, Juan c/ Copetro SA y otro”, del 19/05/98, publicada en JA, 1999-I-227, LLBA, 1998-940.

Para que se configure la relación de causalidad tiene que existir una correspondencia entre el daño y el hecho que lo produjo. En materia ambiental, resulta complejo acreditar esa relación dado el carácter expansivo del daño. Sin embargo, los criterios de interpretación de esta relación se han flexibilizado teniendo en consideración todos los principios que rigen el derecho ambiental.

En cuanto a los factores de atribución, pueden ser objetivos, donde no se analiza la intención de quien ejerce la acción dañosa, o subjetivos -culpa o dolo-.

En esta materia, en consonancia con lo previsto por la LGA, prevalece el riesgo como factor de atribución objetivo. Cabe destacar que el artículo 1757 del CCyCN introdujo una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva, en cuanto incluye no sólo las cosas (riesgo o vicio) sino también las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Asimismo, no son eximentes de esa responsabilidad la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Recordemos que el daño ambiental en general está ligado a actividades riesgosas o peligrosas; las cuales se encuadran en este supuesto de responsabilidad objetiva, en la que no es causal de justificación ni de exención de reproche, la autorización ni el permiso para el uso o la realización de la misma, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Como sostiene Cafferata,

*[...] la introducción por el CCyCN de los conceptos indiscutibles del deber de reparar el daño, basado en el principio constitucional de no dañar al otro (Artículo 19 CN), contenido en el Artículo 1716, y de la antijuridicidad material por el daño injusto, se adapta prima facie, a supuestos de daño ambiental colectivo (e individuales), en los que por ejemplo, la fábrica, la industria, la actividad en crisis, la conducta del polucionante, está autorizada, cuenta con los permisos, habilitaciones o certificados de aptitud ambiental requeridos por el derecho administrativo, en regla y forma, y no obstante generan una situación de daño ambiental (en ocasiones molestias), que no está justificado, no debe ser soportado por el afectado, damnificado o vecino, por resultar inaceptable o exceder los límites de la normal tolerancia.<sup>97</sup>*

Por lo tanto, en muchos casos, el daño ambiental genera daños injustificados (antijuridicidad material), a pesar que la actividad dañadora (obra o acción) está autorizada por el poder administrador, o sea lícita, desde el punto de vista formal.

Ahora bien, más allá de la responsabilidad individual, recordemos que el daño ambiental, de acuerdo al artículo 27 de la LGA es colectivo, definiéndose “[...] como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

Asimismo, de acuerdo al artículo 28 de la LGA, la responsabilidad ambiental es objetiva, estipulando que si no puede restablecerse a la situación anterior a la degradación acontecida, las indemnizaciones se hacen a un fondo a cargo del Estado. Asimismo, fija las causales de exención en el artículo 29 y la solidaridad pasiva de los daños en el artículo 31.

Dada la naturaleza colectiva de la responsabilidad ambiental, la LGA dota a los jueces de facultades amplias para disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Ello, en virtud de la calidad de custodios que tienen de las garantías constitucionales.<sup>98</sup>

97 Cafferata, N., 2014. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273, p. 36. Recuperado de [https://www.academia.edu/19039144/Derecho\\_ambiental\\_en\\_el\\_Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion](https://www.academia.edu/19039144/Derecho_ambiental_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion).

98 Artículo 32, Ley 25.675

En este cambio de paradigma, los jueces deben 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.<sup>99</sup>

### 4.3.3. Función Punitiva

El daño punitivo “[...] es una figura aplicada desde antaño en el derecho anglosajón, y existen precedentes a partir de mediados del siglo XVIII. De tal forma, las cortes inglesas articularon la aplicación de penas privadas, a los supuestos en los cuales además de la reparación del daño causado (*compensatory damages*) se buscó reprobar especialmente la conducta del agente dañador en virtud de la gravedad del hecho, y de su impacto antisocial”.<sup>100</sup>

Señala Pizarro que “los daños punitivos son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”.<sup>101</sup>

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci indica que “los daños punitivos se conceden para sancionar al demandado (sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo”.<sup>102</sup>

López Herrera, transcribiendo a Dan Dobbs, expresa que son daños punitivos “aquellas sumas otorgada en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental”.<sup>103</sup>

De la totalidad de las conceptualizaciones transcriptas puede advertirse que las funciones de la figura, a diferencia de la finalidad asignada por el magistrado actuante en su fallo, radican en la disuasión y la prevención de daños derivados de conductas gravemente reprochables.

Ello sin perjuicio del carácter sancionatorio (no indemnizatorio) del instituto, toda vez que en rigor de verdad el mismo constituye un medio para lograr las dos funciones referidas en el párrafo que antecede.

Ahora bien, el daño punitivo fue incorporado por la ley 26361 que incorporó en el artículo 52 bis de la ley 24240 el instituto, de modo tal que quedó circunscripto al derecho del consumo, dado que no fue receptado específicamente por el CCyCN.

Por lo tanto, dado el carácter colectivo y fundamental del derecho al medio ambiente, al igual que las normas que regulan los derechos de los consumidores y usuarios, debería incorporarse en la LGA los daños punitivos. Ello, teniendo en consideración que cuando se produce un daño al ambiente, se afecta de manera sustancial los derechos de las generaciones futuras.

## 4.4. Responsabilidad Penal

La tutela penal del medio ambiente como bien jurídico ha tenido poco desarrollo en nuestro

99 CSJN, 328: 1146

100 Francisco Junyent Bas en Ley de Defensa del Consumidor Comentada, anotada y concordada Ed. Errepar, Buenos Aires 2013 p.416

101 Pizarro, Daños Punitivos, en Kemelmajer de Carlucci Aída y Parellada Carlos, Derecho de daños, Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas, segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 287 a 337.

102 Kemelmajer de Carlucci, ¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino?, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, AÑO XXXVIII, Número 31, 1993, Buenos Aires, 1994, pág. 88.

103 López Herrera, Los daños punitivos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 18.

régimen jurídico. El único delito ambiental previsto específicamente es el de contaminación por utilización de Residuos Peligroso tipificado en el artículo 55 de la Ley 24.051<sup>104</sup> que remite al artículo 200 del Código Penal de la Nación.<sup>105</sup>

También existen delitos que protegen bienes como la salud pública, la propiedad o la seguridad pública que, en forma indirecta, tutelan también el medioambiente.

Por su parte, la ley 22421<sup>106</sup> de Conservación de la Fauna tipifica delitos relacionados con la caza de animales (artículos 24, 25, 26 y 28); y la ley 14346<sup>107</sup> de Protección de los Animales de 1954, fija penas ante malos tratos o actos de crueldad a los animales (artículo 1°).

Sin embargo, lo cierto es que en nuestro derecho el mayor desarrollo de la regulación de la responsabilidad ambiental se dio en el ámbito civil.

En efecto, la Ley de Gestión Integral n° 25612<sup>108</sup> pretendió introducir en el Código Penal un nuevo tipo penal que disponía prisión de 3 (tres) a 10 (diez) años, al que, utilizando residuos industriales y de actividades de servicio, adulterare o contaminare el agua, el suelo, la atmósfera, o poniendo en riesgo la calidad de vida de la población, los seres vivos en general, la diversidad biológica o los sistemas ecológicos.

Con ello modificaba el tradicional sistema de tutela penal, con raíces en los delitos contra la seguridad, en especial la salud pública, reemplazando este bien jurídico protegido por el de la calidad de vida de la población, de los seres vivos en general, de la diversidad biológica, de los sistemas ecológicos, es decir un tipo penal mucho más amplio y ambiguo que el dispuesto por la Ley de Residuos Peligrosos.

Sin embargo, esos artículos fueron vetados del Poder Ejecutivo.

Esto demuestra que la tutela ambiental en el derecho penal es muy restrictiva en nuestro ordenamiento. ■

---

104 Ley n° 24.051 de 1992 (17 de enero) de Residuos Peligrosos. Boletín Oficial n° 27307. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=450->

105 Ley n° 11179 de 1991 (3 de noviembre) que aprobó el Código Penal de la Nación. Boletín Oficial n° 8300. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=16546>.

106 Ley n° 22421 de 1981 (12 de marzo) de Conservación de la Fauna. Boletín Oficial 24626. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=38116>.

107 Ley n° 14346 de 1954 (5 de noviembre) de Protección de los Animales. Boletín Oficial n° 17767. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=153011->

108 Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales n° 25612 de 2002 (29 de julio). Boletín Oficial n° 29950. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=76349>.

# Gobernanza ambiental y su vinculación con la responsabilidad ambiental

— Por Ana Andrea Audisio

## Introducción

Desde comienzos del siglo XXI, América Latina ha experimentado un desarrollo profundo que ha cambiado la dinámica de la gobernanza ambiental<sup>1</sup>.

La palabra gobernanza es una traducción del término inglés, *governance* la cual hace referencia a la práctica democrática de ejercicio del poder. Generalmente, para que haya buena gobernanza, la participación social tiene que ser un agente fundamental en el proceso de gobierno. Por su parte la gobernabilidad es otro término que viene del inglés (*governability*) que hace referencia a la capacidad de un sistema de gobernarse a través de medios e instituciones<sup>2</sup>, o sea al estilo o forma de gobierno, a la capacidad de un gobernante de dar respuesta a los retos o concretar sus planes y políticas que presupone una aceptación y legitimidad. Bajo esta lógica la gobernabilidad es un proceso de interacciones entre el Estado, la sociedad y los actores económicos, mientras que gobernanza sería un modo de regulación de esas interacciones<sup>3</sup>.

Como lo expone Jiménez<sup>4</sup> la gobernanza comienza a ser entendida como un nuevo estilo de gobierno, distinto al modelo jerárquico, caracterizado por un mayor grado de cooperación e interacción entre el estado y actores no estatales, y como una modalidad distinta de coordinación entre acciones individuales en tanto formas primarias de construcción del orden social. Comienza a tener un nuevo uso, básicamente como principio aglutinador de las distintas realidades de los Estados que la conforman y con la existencia de una institucionalidad con múltiples niveles de

- 
- 1 Un estudio conjunto del Proyecto Justicia Mundial (WJP) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) de Gobernanza Ambiental en América Latina diseñado para medir el cumplimiento de los países con las regulaciones ambientales y evaluar la capacidad de las instituciones relevantes de diez países: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Jamaica, Perú y Uruguay, buscará cerrar la brecha de datos, midiendo conceptos de estado de derecho que crean un entorno propicio para una gobernanza ambiental sólida, la capacidad de las autoridades ambientales, así como las mejores prácticas y cumplimiento normativo en áreas clave de temas ambientales
  - 2 PEÑA CHACON Mario “Gobernanza Territorial y Principio de no Regresión del Derecho Ambiental” Proyecto de Investigación en Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica (CIEP), 5/4/2015, academia.edu., p. 29; citando a UICN, “Gobernanza de los Sistemas Nacionales de Áreas Protegidas en los Andes Tropicales”, 2006, accesible en: <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/2006-065.pdf>
  - 3 PEÑA CHACON Mario “Gobernanza Territorial y Principio de no Regresión del Derecho Ambiental” Proyecto de Investigación en Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica (CIEP), 5/4/2015, academia.edu, p. 29; citando a UICN/FLACSO, Gobernanza Ambiental en Perú y Bolivia, 2011, accesible en [http://cmsdata.iucn.org/downloads/publicacion\\_gobernanza\\_ambientalflasco.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/publicacion_gobernanza_ambientalflasco.pdf)
  - 4 JIMENEZ William, G. (2008) “El enfoque de políticas públicas y los estudios de gobierno. Propuestas de encuentro”, en revista Reforma y Democracia, CLAD, N° 41, Venezuela

decisión<sup>5</sup>.

Según el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, (PNUMA), la gobernanza ambiental se define como el conjunto de: “las reglamentaciones, prácticas, políticas e instituciones que configuran la manera en que las personas interactúan con el medio ambiente”<sup>6</sup>.

En este contexto, en América Latina, las elecciones democráticas realizadas en los diferentes países que la integran, dieron lugar –en su gran mayoría– a una serie de gobiernos de tendencias izquierdistas que prometían un desarrollo más inclusivo y una mayor participación en la toma de decisiones. Las reformas incluyeron un papel más importante del Estado en la extracción de recursos no renovables y la redistribución del ingreso. De esta forma, estos nuevos regímenes y planes políticos intentaron combinar medidas orientadas hacia la reducción de la pobreza y la exclusión social con políticas que pretendieron mejorar el control nacional sobre los recursos naturales y optimizar la protección del medio ambiente<sup>7</sup>. Simultáneamente, el aumento mundial de los commodities trajo ingresos adicionales e inversiones extranjeras y, conjuntamente, la intensificación de la extracción de recursos, produjo problemas de degradación ambiental y conflictos ambientales más intensos<sup>8</sup>.

Por ello, en el marco del derecho internacional, se viene trabajando en la construcción de una estructura global en el ámbito medioambiental que ayude a gestionar estas dificultades<sup>9</sup>.

Se crearon inicialmente organismos internacionales con el objeto de proveer algún tipo de autoridad que permitiera, a nivel global, ordenar o gestionar las cuestiones ambientales, por encima de intereses parciales<sup>10</sup>. Dentro de los organismos y las instituciones a las que nos referimos se han destacado las que pertenecen al sistema de Naciones Unidas (Asamblea General, Carta de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social), que llevan a cabo estudios y formulan recomendaciones sobre una amplia temática que incluye las cuestiones relativas al medioambiente y el desarrollo sustentable<sup>11</sup>.

Los modos que adquiere la participación en la gobernanza se institucionalizaron en años posteriores a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo y Medio Ambiente de Río de Janeiro (1992) y se fortalecieron en el World Summit on Sustainable Development (WSSD) “Cumbre de la

5 JORQUERA BEAS Daniela, “Gobernanza para el desarrollo local” en Documento de Trabajo N° 6 Proyecto Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo. Editorial Rimisp, Santiago de Chile, 2011 p.5.

6 PEÑA CHACON Mario “Gobernanza Territorial y Principio de no Regresión del Derecho Ambiental” Proyecto de Investigación en Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica (CIEP), 5/4/2015, academia.edu., p.31; citando a PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, Gobernanza Ambiental, localizable en [www.unep.org/pdf/Environmental\\_Governance:sp.pdf](http://www.unep.org/pdf/Environmental_Governance:sp.pdf) consultado el 18 de octubre de 2014.p.2

7 Fabio de CASTRO, Bárbara HOGENBOOM y Michiel BAUD (Coordinadores) “Gobernanza Ambiental en América Latina” 1ª ed. CLACSO, ENGOV, 2015. Este volumen procura analizar los rasgos, la dinámica y la dirección de la gobernanza contemporánea en América Latina. Basándose en casos locales y nacionales, se presentan las prácticas formales e informales de gestión relacionadas con los recursos naturales renovables y no renovables.

8 FERNANDEZ Jilberto, A. E y HOGENBOOM, B (eds) 2010 Latin America Facing China: South-South Relations beyond the Washington Consensus (Oxford: Berghahn Books)

9 DEVIA Leila, SIBILEAU Agnés y ULLA María Carolina “Aciertos y desaciertos en la gobernanza medioambiental internacional” CONICET\_Digital\_Nro.341f86f7-4638-4d67-942f-cfaf5ffb2103\_A.pdf

10 DEVIA Leila, SIBILEAU Agnés y ULLA María Carolina “Aciertos y desaciertos en la gobernanza medioambiental internacional” CONICET\_Digital\_Nro.341f86f7-4638-4d67-942f-cfaf5ffb2103\_A.pdf; citando a Real Ferrer, Gabriel, “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho”, Revista de Derecho Ambiental, N° 32, Octubre/Diciembre, 2012.

11 Ibid., p.233; citando a FORCADA BARONA, “El futuro de la Gobernanza Medioambiental Internacional”, en Revista de Derecho Ambiental N° 32, octubre/Diciembre, Buenos Aires, 2012,p. 149.

Tierra”, en Johannesburgo (2002)<sup>12</sup>.

En junio de 1992, en la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, Brasil,<sup>13</sup> más de 178 países adoptaron la Agenda 21<sup>14</sup>, un plan de acción integral para construir una asociación global para el desarrollo sostenible para mejorar la vida humana y proteger el medio ambiente.

Los Estados hicieron referencia a la necesidad de valorar la eficacia de los arreglos internacionales, habida cuenta de la interdependencia entre los problemas ambientales y los de desarrollo, y destacaron la necesidad de establecer “una asociación nueva y equitativa a través de la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, sectores claves de la sociedad y los pueblos”<sup>15</sup>. Como resultado del impulso de la Cumbre, en 1997, el Consejo Administrador del PNUMA adoptó la Declaración de Nairobi destinada a vigorizar el mandato del Programa. Dicho documento sostenía que el PNUMA era el cuerpo principal de las Naciones Unidas en el área del medioambiente. Añadía a ello el llamado a convertirse en la “autoridad global líder en materia de medioambiente que establezca la agenda medioambiental global, que promueva la implementación coherente del desarrollo sustentable al interior del SNU (Sistema Naciones Unidas) y que sirva como el promotor legítimo de la causa del medioambiente global”<sup>16</sup>.

Posteriormente, los Estados miembros adoptaron por unanimidad la Declaración del Milenio en la Cumbre del Milenio en septiembre de 2000 en la sede de la ONU en Nueva York<sup>17</sup>. La Cumbre condujo a la elaboración de ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) para reducir la pobreza extrema para 2015.<sup>18</sup> La Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible y el Plan de Implementación, adoptada en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en Sudáfrica en 2002<sup>19</sup> evidenciaron los compromisos de la comunidad mundial con la erradicación de la pobreza y el medio ambiente, y se basó en la Agenda 21 y la Declaración del Milenio al incluir más énfasis en asociaciones multilaterales.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río + 20) en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 2012,<sup>20</sup> los Estados Miembros adoptaron el documento final “El futuro que queremos”,<sup>21</sup> que contiene medidas claras y prácticas para la implementación del desarrollo sostenible. La conferencia se enfocó en dos temas principales: la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza y el marco institucional para el desarrollo

---

12 Juan Sebastián LLORET en “Pobreza y Riesgos Ambientales en el Contexto Urbano” refiere “En los antecedentes de la Cumbre de Johannesburgo que “Hace 30 años, en Estocolmo, nos pusimos de acuerdo sobre en que era apremiante la necesidad de abordar el problema del deterioro ambiental. Hace 10 años, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, convinimos en que la protección del medio ambiente, el desarrollo social y el desarrollo económico eran fundamentales para lograr el desarrollo sostenible basado en los principios de Río. Para alcanzar este objetivo, aprobamos un programa de alcance mundial titulado “Programa 21” y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, a los cuales reafirmamos hoy nuestra adhesión. La Conferencia de Río constituyó un hito importante que permitió establecer un nuevo plan de acción para el desarrollo sostenible. En el intervalo entre la Conferencia de Río y la de Johannesburgo, las naciones del mundo se han reunido en varias grandes conferencias bajo los auspicios de las Naciones Unidas, entre ellas la Conferencia Internacional sobre Financiación para el Desarrollo y la Conferencia Ministerial de Doha. Estas conferencias definieron para el mundo una amplia visión del futuro de la humanidad...” en “Ambiente y pobreza: Una mirada interdisciplinaria” por María Cristina Garros Silvina Borla, Ediciones Universidad Católica, p. 268, cit. 37.

13 Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/unced>

14 <https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>

15 Asamblea General de la ONU, Informe de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Anexo I: Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, A/Conf.151/26 vol 1, 12 de agosto de 1992.

16 LAGUNA CELIS, Jorge “La gobernanza ambiental internacional y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente”, en Revista Política Exterior. México, Noviembre 2009/Febrero 2010, p. 6.

17 Ver [https://www.un.org/en/events/pastevents/millennium\\_summit.shtml](https://www.un.org/en/events/pastevents/millennium_summit.shtml)

18 Ver <https://www.un.org/millenniumgoals/>

19 Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/wssd>,

20 Sitio oficial de la Cumbre Río+20: <http://www.uncsd2012.org/>.

21 Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/index.php?menu=1298>

sostenible. Entre las numerosas medidas, los Estados Miembros acordaron iniciar un proceso para desarrollar los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)<sup>22</sup> que se basarán en los Objetivos de Desarrollo del Milenio<sup>23</sup> y deberán converger con la agenda de desarrollo post-2015.

En 2013, la Asamblea General estableció un Grupo de Trabajo Abierto de 30 miembros para desarrollar una propuesta sobre los ODS<sup>24</sup> y en enero de 2015 comenzó el proceso de negociación sobre la agenda de desarrollo post-2015<sup>25</sup> que culminó con la posterior adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>26</sup> en la Cumbre de Desarrollo Sostenible la ONU en septiembre de 2015.<sup>27</sup>

Los Jefes de Estado y de Gobierno y Altos Representantes, reunidos en el marco del Septuagésimo Aniversario de la Organización, aprobaron el documento “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” que propone un conjunto de 17 objetivos y 169 metas, cuyo fin es dar continuidad a los precedentes Objetivos de Desarrollo del Milenio, asumiendo un carácter integrado e indivisible que conjuguen las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.<sup>28</sup> Ahora, el Foro político anual de alto nivel sobre desarrollo sostenible<sup>29</sup> sirve como la plataforma central de las Naciones Unidas para el seguimiento y la revisión de los ODS.

Con la adopción del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, se consagra internacionalmente la democracia ambiental reconociendo que el modo de enfrentar los desafíos ambientales es con acceso a la información, a la participación y a la justicia abordando entonces de manera conjunta estos denominados “derechos de acceso” que complementan la democracia representativa.<sup>30</sup>

El Acuerdo de Escazú adoptado en Costa Rica el 4 de marzo de 2018, bajo el auspicio de la CEPAL y ratificado por la ley 27.566 de nuestro país<sup>31</sup>, ofrece una plataforma única a los Estados para fortalecer la capacidad de protección del derecho de todas las personas de la generación actual y de las

22 Ver ideas al respecto en <https://sustainabledevelopment.un.org/index.php?menu=1300>

23 Ver <https://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>

24 Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/owg>

25 Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/negotiations>.

26 Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>

27 Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/summit>

28 La Agenda para el Desarrollo Sostenible es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad que, a su vez, promueve la paz universal dentro de un concepto más amplio de libertad. Su magnitud se demuestra en el propósito de poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, hacer frente al cambio climático, haciendo realidad los derechos humanos de todas las personas. Estos 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas estimularán, durante los próximos 15 años, la acción en esferas de importancia crítica para la humanidad y el planeta. Aquellos países que la adoptan, lo hacen considerando las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo, respetando sus políticas y prioridades nacionales. La Agenda 2030, con sus 17 Objetivos y 169 metas, son el resultado de más de dos años de un intenso proceso de consultas públicas, que incluyó no sólo a representantes de gobierno y autoridades, sino que ha sumado, en una acción sin precedentes, la opinión de toda la ciudadanía a través de un mecanismo de participación global en el cual se prestó especial atención a la opinión de los más pobres y vulnerables. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, está profundamente implicado en la adopción e implementación de la Agenda 2030, en el marco de sus actividades de cooperación técnica, apoyando la generación de capacidades nacionales, orientadas a la creación de más y mejores oportunidades para el crecimiento de las personas y sus comunidades, partiendo de un enfoque integral y de derechos, para alcanzar un desarrollo sostenible, inclusivo, con una institucionalidad sana y democrática. # Ver ideas al respecto en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/politicassociales-publicaciones-transformar-nuestro-mundo-agenda-2030-desarrollo-sostenible.pdf>

29 Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/hlpf>

30 NALEGACH ROMERO, Constance “Claves del Acuerdo de ESCAZU” en <https://farn.org.ar/iafonline2019/articulos/4-1-claves-del-acuerdo-de-escazu/>

31 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/236220/20201019?anexos=1>

generaciones futuras a vivir en un medio ambiente sano<sup>32</sup>.

El mismo tiene el objetivo de “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible” (artículo 1). El acuerdo, apoyado en el principio 10 de la Declaración de Río 1992, pretende solidificar la “doctrina de los tres accesos” (a la información, a la participación ciudadana y a la justicia) en América Latina y el Caribe.

En este sentido, no sólo es un tratado que busca asegurar los derechos de acceso y la protección de los derechos de los defensores del medio ambiente, sino que tiene entre sus fines asegurar el disfrute de todos aquellos derechos humanos que dependen directamente de un medio ambiente propicio, de lo cual se desprende una lista amplia de derechos que dependen de la salud del entorno ambiental en el que vivimos; incluso el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y asociación, a la educación, a la información, a la participación y a los recursos efectivos, asociados con la protección del medio ambiente<sup>33</sup>.

En un interesante caso conocido como Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) c/ YPF SA s/Varios, el 3 de julio de 2019, el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 8 de Argentina emitió un fallo histórico que lo convirtió en el primer tribunal en invocar el Acuerdo de Escazú para sostener la preeminencia del derecho de acceso a la información en materia ambiental<sup>34</sup>.

Adviértase que el art. 8.2, en relación al derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, revela las garantías del debido proceso precisando las particularidades del procedimiento ambiental, mediante la clásica subdivisión tripartita: (a) asegurar el acceso a la información; (b) asegurar el acceso a la participación; (c) impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, decisiones, acciones u omisiones que afecten o puedan afectar de manera adversa al ambiente; agregando una cuarta: (d) impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, decisiones, acciones u omisiones que puedan contravenir normas jurídicas relativas a este.

El poder del control ciudadano sobre la GOBERNANZA AMBIENTAL se vuelve efectivo, ya que garantiza no sólo el acceso a la justicia por denegación de información o imposibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones, sino también por “cualquier decisión, acción, u omisión que afecte o pueda afectar negativamente al medio ambiente o contravenir las normas jurídicas ambientales”.

El Acuerdo de Escazú va más allá en varios otros aspectos: mecanismos de reparación (restitución al Estado antes del daño, restauración, indemnización o pago de una sanción económica, satisfacción, garantías de no repetición, atención a personas afectadas e instrumentos financieros para apoyar la reparación).

---

32 La dependencia permanente del ser humano (y en general de todos los seres vivos) respecto del medio ambiente como fuente de sustento y prosperidad, cultural y espiritual, significa que la protección de ese entorno sostiene el disfrute de una amplia gama de derechos humanos. Muchos derechos reconocidos por el derecho nacional e internacional, como el derecho a la salud, el derecho a la vida, el derecho a un nivel de vida adecuado y a una vivienda adecuada, entre otros, son potencialmente afectados por las malas condiciones ambientales, y en este sentido un medio ambiente propicio puede ser visto como una condición previa para el pleno disfrute de los derechos humanos. Véase J. KNOX. El mandato de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente. En V. LAPORTE (coord). Derechos humanos y medio ambiente. Avances y desafíos para el desarrollo sostenible. 2016, Disponible en: <https://www.undp.org/content/dam/uruguay/docs/MAyE/undp-uy-pub-ddhh-ma-2017.pdf>

33 JIMENEZ GUANIPA Henry, “El Acuerdo de Escazú y el derecho de acceso a la información dan a luz una nueva jurisprudencia”, Revista Derecho del Estado, n° 44 Bogotá Sep./Dec. 2019

34 Ibid, p.5. El objeto de las solicitudes de FARN a YPF SA tienen que ver con las actividades que la empresa está ejecutando en el yacimiento de gas y petróleo Vaca Muerta, ubicado en la Cuenca Neuquina al sudoeste de Argentina. Sostiene FARN que la información de que se dispone sobre sus actividades solo se refiere a aspectos económicos y financieros del emprendimiento, siendo muy escasa en cuanto al impacto ambiental y social que la explotación del yacimiento puede ocasionar.

Asimismo, resulta interesante indagar cómo diferentes grupos: organizaciones de la sociedad civil (OSC), organizaciones no gubernamentales (ONG), grupos de interés, stakeholders, empresarios y ciudadanos, entre otros, participan en la toma de decisiones sobre cuestiones ambientales<sup>35</sup>.

El concepto de crecimiento verde tiene mérito estratégico y analítico. Tiene mérito estratégico al convertir un debate negativo sobre una restricción costosa (sobre las emisiones) en una narrativa sobre oportunidades potenciales atractivas. La narrativa del crecimiento verde, refuerza, en lugar de disminuir, la necesidad de una acción colectiva<sup>36</sup>.

Veinte años después de que la reunión de la comunidad internacional en Río de Janeiro acordara la tríada de la sostenibilidad ecológica, económica y social, el tema de la economía verde está ganando terreno en los debates sobre el medio ambiente y el desarrollo. La planificación efectiva del crecimiento verde requiere una comprensión profunda de esta complejidad, así como un reconocimiento de que no existe un plan único para una transición global. Lo importante es que cada país desarrolle la capacidad institucional y de gobernanza necesaria para formular e implementar las amplias reformas de políticas asociadas con el crecimiento verde. Se trata entonces, de evaluar nuevos mecanismos de participación que diversas organizaciones y ciudadanos utilizan y hacen suyos y, al mismo tiempo, de analizar cómo han ganado terreno en diferentes áreas de la gobernanza y de la sustentabilidad<sup>37</sup>.

Si bien en el nuestro existe una legislación y una normatividad sobre la materia y se han impulsado mecanismos de mercado, todavía no se ha producido un salto cualitativo para probar nuevos instrumentos de política ambiental. Son pocos y contados los ejemplos de éxito constante y duradero de acciones contra el deterioro de nuestro entorno. La urgencia y la solución inmediata prevalecen sobre un plan a mediano o largo plazo.

Por ello, hoy más que nunca, los debates en torno a la “buena gobernanza” del medio ambiente<sup>38</sup> evidencian la capacidad (o incapacidad) que poseen los gobiernos estatales o municipales, de construir un proyecto de gobernanza ambiental focalizado en el diseño, elaboración, implementación y ejecución de los procedimientos y prácticas con nuevos actores (organizaciones de la sociedad civil, organizaciones privadas nacionales o internacionales) que les permitan participar en la toma de decisiones para la construcción de un proyecto de desarrollo sustentable que garantice el uso sostenible y equitativo de los recursos naturales.

35 A título de ejemplo, el Grupo de Trabajo de Crecimiento Verde y Derecho de GGKP (Green Growth and LawWorkingGroup) se formó dada la importancia que el estado de derecho y los marcos legales juegan para permitir el crecimiento verde. El objetivo del grupo fue evaluar en colaboración y, cuando correspondiera, identificar brechas de conocimiento o datos sobre cómo el estado de derecho ambiental se relaciona con el crecimiento verde. En su documento de trabajo Estado de derecho ambiental: un análisis de la disponibilidad de datos, se proporciona una revisión exhaustiva de los conjuntos de datos disponibles actualmente que permitan la medición del estado de derecho ambiental, utilizando el modelo de presión-estado-respuesta de la OCDE para determinar los indicadores adecuados de cumplimiento y cumplimiento. La revisión encontró que los datos son limitados; los conjuntos de datos globales son casi inexistentes, aunque existen iniciativas prometedoras. Publicaciones como las Evaluaciones del Desempeño Ambiental de la CEPE y la OCDE también contienen datos útiles sobre cumplimiento y cumplimiento, pero son evidentes claras disparidades en la cobertura de datos. El documento concluye con un conjunto de recomendaciones diseñadas para mejorar tanto la disponibilidad como la recopilación de datos relevantes de cumplimiento y cumplimiento. Fuente: Plataforma de conocimiento de crecimiento verde (GGKP). Enero 2019.

36 El folleto Narrativas Green-windesarrolló a lo largo del proyecto GREEN-WIN dentro del Diálogo Global, una importante colaboración internacional de investigación transdisciplinaria apoyada por la UE. Aplica un enfoque orientado a la solución dirigido a aumentar la comprensión de los vínculos entre la acción climática, el desarrollo económico y la sostenibilidad.

37 ALFIE COHEN, Miriam “Democracia deliberativa y gobernanza ambiental: ¿conceptos transversales de una nueva democracia ecológica? Scielo.org.mx.

38 La Declaración de Río+20, El futuro que queremos reconoció la importancia de la buena gobernanza para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible. En la misma dirección se han pronunciado gran parte de los acuerdos multilaterales cuyo objetivo es acordar las mejores estrategias para tratar los asuntos ambientales, siendo la promoción de la participación a través de los espacios de gobernanza una de las fundamentales. Sitio oficial de la Cumbre Río+20: <http://www.uncsd2012.org/>.

## 1. Constitucionalización del bien colectivo ambiente (Art. 41 CN)

Enseña Carlos Bottasi que las primeras referencias ambientales de nivel constitucional aparecieron en las Cartas provinciales sancionadas una vez finalizado el período de gobierno militar 1976-1983. Así las constituciones de La Rioja y San Juan de 1986, establecieron el deber estatal de preservar el medio ambiente, mientras la Constitución de Santiago del Estero, del mismo año, colocó a cargo de las autoridades locales “la protección del ecosistema” y del “equilibrio ecológico”. Más tarde todas las provincias argentinas, al igual que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incorporaron disposiciones de este tipo a sus normas fundamentales. Recuerda el autor, que en el ámbito Nacional, la Constitución de 1853, en su redacción originaria, no poseía disposiciones ambientales, aunque era posible inferir normas tuitivas del entorno humano y de la calidad de vida de algunas de sus normas y principios fundantes. Así por ejemplo, surge del Preámbulo que los representantes provinciales a la Asamblea Constituyente de 1853 consolidaban la unión nacional con el objeto de “promover el bienestar general”, enumerándose entre las facultades del Poder Legislativo “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de las provincias”<sup>39</sup>.

Según se desprende del informe de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías de la Convención Constituyente de 1994, la necesidad de consagrar específicamente en la Ley Suprema los derechos ambientales era una cuestión que pocos discutían, ya que el estado actual del planeta requería tomar medidas y acciones adecuadas para su protección. En consecuencia, su recepción constitucional se considera un avance sustancial en la materia.<sup>40</sup>

La innovación constitucional de 1994 implicó entonces, un momento bisagra para el medio ambiente, ya que introdujo las normas que aportan el fundamento constitucional al Derecho Ambiental.

*Artículo 41° CN: Todos los habitantes gozan del derecho de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las necesidades futuras; tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos.*

Así, la Constitución Nacional adopta el concepto nuevo y globalizador como es el del ambiente, entendido como el entorno en el que se vive y en el que desarrollamos todas nuestras actividades, en el cual interactuamos con otros componentes. Se considera al ambiente como un sistema complejo en el que interactúan y se interrelacionan de manera condicionada los distintos elementos que lo componen, entre ellos los recursos naturales, el hombre que los transforma, los recursos culturales que resultan de esa transformación, y finalmente los residuos que en consecuencia se generan<sup>41</sup>.

39 BOTASSI, Carlos “El Derecho Ambiental en Argentina”, Hiléia, Revista de Direito Ambiental da Amazônia n° 3 / jul – dez / 2004, pág 103.

40 ACERBI Nicolás R. “Cláusula ambiental “Desarrollo Sostenible” en Suplemento Especial “A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994”, Noviembre 2019, Thomson Reuters, LA LEY, p. 37, citando a LOPEZ ALFONSÍN, Marcelo A., Derecho ambiental, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 2

41 NONNA Silvia, “La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina”, Revistas Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP, Año 14/ N° 47 2017. revistas.unlp.edu.ar

La OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”)<sup>42</sup> adquiere gran relevancia para todos los países de la región en tanto a requerimiento de Colombia, motivada por la degradación del espacio marítimo en la Región del Gran Caribe que pudiera resultar de construcciones en la zona, emitió opinión consultiva acerca de las obligaciones ambientales de los Estados que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en dos aspectos fundamentales: la defensa en favor de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y el ambiente, por un lado, y el carácter autónomo reconocido al derecho a un ambiente sano y su justiciabilidad, por el otro. La Corte IDH define con precisión el contenido del derecho al medio ambiente sano tanto en su faz individual como colectiva y distingue el carácter autónomo de este derecho del contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, como el derecho a la vida y a la integridad personal<sup>43</sup>.

La Corte IDH destaca: “el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”, y aclara, invocando la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza:<sup>44</sup>

*...se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos*

En ella, reconoce por primera vez como integrante del sistema de derechos humanos el derecho al ambiente. Dice el párrafo 56 de la Opinión Consultiva:

*“En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”<sup>45</sup>*

Previa y posteriormente a este párrafo –que resulta ser el holding de la O.C.– la Corte IDH re-

42 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, “Medio ambiente y derechos humanos. (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – Interpretación y alcance de los artículos 4. 1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 15 de noviembre de 2017.

43 Los comentarios sobre la Opinión Consultiva OC-23/17 elaborados por la Dirección General de Derechos Humanos (DGDH) y la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA) en el documento “Derechos humanos y medio ambiente”, Ministerio Público Fiscal, Junio 2018, con el objeto de identificar sus principales contribuciones al fortalecimiento del Ministerio Público Fiscal en la protección del derecho a un medio ambiente sano, resulta de un valor significativo para la tarea que llevan adelante los fiscales en tanto caracteriza al medio ambiente como un derecho humano fundamental.

44 Véase Corte IDH. Opinión Consultiva 23/17 del 15 de noviembre de 2017, párrs. 47 a 69. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

45 Agrega en el párrafo 57: “Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere)” y los que se derivan de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma (supra párrafo 42). La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

cuerda la tesis de la interdependencia del derecho al ambiente como prerequisite para el goce de otros derechos expresamente reconocidos por el sistema (protección indirecta).<sup>46</sup>

Desde entonces, la Corte IDH desprende una serie de obligaciones con base en instituciones de derecho ambiental vinculadas a principios de prevención y precaución, obligación de cooperación y obligaciones de procedimiento como el acceso a la información y la participación ciudadana, transformándose en una herramienta normativa de alto nivel seguimiento.<sup>47</sup>

El concepto de salud elaborado en 1947 por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en cierta medida alineado con el modelo holístico, refuerza la connotación positiva de la salud y la define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”; y en este contexto el Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador<sup>48</sup>, ha establecido que el ejercicio al medio ambiente sano debe guiarse por los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, común a otros derechos económicos, sociales y culturales.

A efectos de analizar los informes de los Estados bajo el Protocolo, en 2014 la Asamblea General de la OEA aprobó ciertos indicadores de progreso para evaluar el estado del medio ambiente en función de: a) las condiciones atmosféricas, b) la calidad y suficiencia de las fuentes hídricas; c) la calidad de aire; d) la calidad de suelo; e) la biodiversidad; f) la producción de residuos contaminantes y manejo de estos; g) los recursos energéticos, y h) el estado de los recursos forestales

De este modo la Corte enfatizó que “la degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”.<sup>49</sup>

En lo vinculado al ambiente equilibrado no es una noción que se refiere a los equilibrios naturales del ambiente intangible, aquel donde el hombre no ha tenido ninguna actividad. Por el contrario, se habla del equilibrio de los ambientes transformados por la acción del hombre.

No existen dudas, que las modificaciones a las que se somete ese ambiente se le deben buscar respuestas que sean equivalentes, en condiciones aceptables, a las que resultan de la propia actividad del hombre. Por ejemplo, una explotación forestal debería verse acompañada de un proceso de reforestación que permita restaurar rápidamente el desequilibrio; un derrame de petróleo debería ir acompañado necesariamente de un proceso de bioremediación (entendida como la metodología que intenta neutralizar el derrame del hidrocarburo empleando microorganismos que se alimentan de los componentes del petróleo transformándolo en dióxido de carbono y agua en un periodo prolongado de tiempo).

Finalmente, el ambiente debe ser apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

---

46 Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C N.º 125, párrafo 137; caso comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C N.º 146, párrafo 118; caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C N.º 172, párrafos 121 y 122; y caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, supra, párrafo 173. Cfr. caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, supra, párrafo 163 y caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, supra, párrafo 181. Cfr. caso comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, supra, párrafo 164; caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de junio de 2012, serie C N.º 245, párrafo 147 y caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2013, serie C N.º 270, párrafo 34.

47 En 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias “Almonacid Arellano” y “Trabajadores Cesados del Congreso” comienza a requerir que los propios jueces nacionales también realizaran en sus sentencias el “test de convencionalidad del derecho interno” ellos mismos (hasta esa fecha era la CIDH la que lo hacía en instancia de revisión de las sentencias de las altas cortes de los países que integran el sistema interamericano).

48 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párrafo 60.

49 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párrafo 59

Nuestra Corte Suprema de Justicia el 20/06/06, en competencia Originaria, en los autos caratulados. “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, expediente M. 15698 XL sostuvo que el derecho ambiental “tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente”, que “tutela un bien colectivo, el que por naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes”; que el papel del juez en la defensa del medio ambiente debe ser enérgica, para “hacer efectivos estos mandatos constitucionales”<sup>50</sup>.

Entonces, ¿por qué hablar del medio ambiente desde el plano de la juridicidad? Porque a lo largo de la historia, diversos factores -como el crecimiento de la población, el agotamiento de los recursos naturales y la contaminación, entre otros- llevaron a la opinión pública y a los gobiernos a preocuparse por la defensa del mismo. Son los magistrados, puntualmente, quienes deben tomar decisiones en un contexto de incertidumbre, en casos ambientales complejos y novedosos, como cuestiones vinculadas a la contaminación electromagnética, el uso de agroquímicos, etc.; adicionando a ello que en el campo científico existe una multiplicidad de opiniones y posiciones (en muchos casos contrapuesta) que a su vez suelen reflejar los intereses de los diferentes sectores involucrados en el proceso penal, civil o contencioso administrativo.<sup>51</sup> Sin perjuicio de ello, es el magistrado quien debe analizar la razonabilidad de las decisiones tomadas por la administración y resolver causas judiciales generalmente en un marco de conflictividad social que muchas veces supera los problemas ambientales.

## 2. Sistema de presupuestos mínimos de protección ambiental normativos (6, L. 25.675)

La Reforma Constitucional de 1994 contiene una fuerte reivindicación de las provincias en materia de jurisdicción y de los derechos de dominio sobre los recursos naturales<sup>52</sup> creando una categoría especial, la de las leyes de presupuestos mínimos.

*Artículo 41°, tercer párrafo CN: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.*

La Constitución le asigna a la Nación la función de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias la función de dictar las normas necesarias para complementarlas. El gobierno federal sólo puede legislar dentro de los límites y restringido a los contenidos de los mencionados presupuestos mínimos, y las provincias podrán dictar las normas complementarias que deberán establecer una protección ambiental mayor pero nunca inferior a los presupuestos mínimos federales.<sup>53</sup>

Por presupuestos mínimos se entiende normas de base, umbral, comunes -en el sentido que constituyen denominador común-, sobre las cuales se va a construir el edificio total normativo de la tutela ambiental en la Argentina, de organización federal. Constituye legislación uniforme en

50 Fallos: 326:2316

51 CSJN Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo. S. 1144. XLIV “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” (Fallos: 332:663)

52 El constituyente reformador incorporó en el último párrafo del nuevo art. 124 de la Constitución Nacional el reconocimiento a las provincias del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Gago, María Eugenia, Tristán Gómez Zavaglia, Rivas, Fernando “Federalismo Ambiental: los recursos naturales y la distribución de competencias legislativas en la Constitución Nacional Argentina”, Diciembre 2016, saij.gob.ar

53 Ibid.

sus condiciones de línea. Se trata de normas de aplicación en todo el territorio de la Nación, básicas, de un umbral, de un “piso inderogable”<sup>54</sup>.

Por su parte, y como manifestación concreta de la opinión de las provincias, el Consejo Federal de Medio Ambiente<sup>55</sup> se ha expedido al respecto:

*Resolución N° 92/04<sup>56</sup> artículo 1°*“(…) Se entiende por presupuesto mínimo al umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima más allá del sitio en que se encuentre. Incluye aquellos conceptos y principios rectores de protección ambiental y las normas técnicas que fijen valores que aseguren niveles mínimos de calidad. La regulación del aprovechamiento y uso de los recursos naturales, constituyen potestades reservadas por las Provincias y por ello no delegadas a la Nación. En consecuencia el objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección mínima ambiental del recurso y no el de su gestión, potestad privativa de las provincias (…)

Dentro de este umbral básico de protección ambiental, se encuentra la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental N° 25675<sup>57</sup>

*Artículo 1° LGA:* “La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”.

Sus disposiciones son de orden público (por lo cual las convenciones particulares no podrán dejar sin efecto la aplicación de sus normas) y de alcance nacional; regula distintos aspectos que hacen a la gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la biodiversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable, definiendo los objetivos de la política ambiental nacional.

*Artículo 3° LGA:* La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica en la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”

La norma bajo estudio precisa el concepto de presupuesto mínimo estableciendo lo siguiente:

*Artículo 6° LGA:* “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

54 “La postura de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental”. Dr. Atilio A. Savino, Dra. Silvia C. Nonna. Dr. Esteban Rosa Alves. La Ley Suplemento de Derecho Ambiental. Año XI N° 3. SIN 0024-1636.

55 COFEMA es un organismo de derecho público destinado a coordinar a escala regional y nacional la elaboración de la política ambiental entre sus miembros, integrado por la Nación, las Provincias y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Se expide a través de acuerdos y normas como Resoluciones y Recomendaciones, consensuadas, acordadas y suscriptas en el marco de Asambleas Ordinarias y Extraordinarias. Se encuentra dividido en 6 regiones: NOA ( Catamarca, Jujuy, Salta, Santiago del Estero y Tucumán); NEA (Chaco, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Misiones y Santa Fe); CENTRO (Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Córdoba); CUYO (Mendoza, San Juan, La Rioja y San Luis); PATAGONIA NORTE (La Pampa, Neuquén y Río Negro) y PATAGONIA SUR (Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur) Sitio Oficial cofema.ambiente.gob.ar

56 Resolución COFEMA N° 92/04. Ushuaia 17/09/2004

57 Ley 25675 (publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 28 de noviembre de 2002)

*para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.”*

En ese orden de ideas, nos encontramos con un nuevo ámbito competencial, de reparto de poderes, que avanza sobre temas antes reservados por las provincias, en ámbitos que antes de la reforma, eran propios de su jurisdicción.

Según lo dispuesto por la Constitución Nacional, será el Congreso de la Nación el órgano que determinará cuáles son las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, dejando a las provincias el dictado de las normas complementarias. Esas normas nacionales deberán contener principios y directrices para la regulación de la relación ambiental, que se consideren fundamentales para garantizar una base jurídica en todo el territorio nacional.

Las autoridades provinciales toman como base mandatoria las leyes nacionales de presupuestos mínimos, teniendo por su parte, facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución tanto de las leyes nacionales de presupuestos mínimos como de las respectivas normas complementarias. Para el caso que existan normas locales menos restrictivas que una ley de presupuestos mínimos, aquéllas deberán adecuarse a ésta<sup>58</sup>.

Desde julio del año 2002 hasta el momento, se han promulgado ocho leyes de presupuestos mínimo para la protección ambiental. En orden cronológico, se enuncian las siguientes: Ley 25.612 Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio; Ley 25.670 Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de PCBs; Ley 25.675 Presupuestos Mínimos para la Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente; Ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas; Ley 25.831 Información Pública Ambiental; Ley 25.916 Gestión de Residuos Domiciliarios; Ley 26.331 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos; Ley 26.562 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Control de las Actividades de Quema; Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

En el capítulo relativo a Principios de la Política Ambiental establece,

*Artículo 4º LGA “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...)”*

Estos principios representan directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental, con la característica de que no son el resultado de construcciones teóricas sino que nacen a partir de necesidades prácticas, que a su vez, han ido modificándose con el tiempo, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente<sup>59</sup>.

Sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico y constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste su verdadera significación. La primera función que cumplen es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o el intérprete. Los principios generales, y en especial los principios generales de una rama especial del derecho, sirven de filtro o purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse a la

58 NONNA Silvia, “La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina”, *Revistas Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP, Año 14/ N° 47 2017. revistas.unlp.edu.ar, p.51

59 MALM GREEN Guillermo y SPENSLEY James W. “Aproximación a una teoría de los principios del derecho ambiental”; *LA LEY*, 1994 – D, 986.

rama específica.<sup>60</sup>

### Principio de progresividad (4, L. 25.675)

*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.*

El principio de progresividad ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>61</sup>, artículos 1° y 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo no reconoce ningún antecedente a nivel nacional.

De acuerdo con este principio, 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.<sup>62</sup>

Su aplicación implica una serie de obligaciones estatales dentro de las que se encuentran: adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales aprobadas idealmente tras un proceso que permita una participación pública informada y considere las normas nacionales e internacionales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; garantizar el disfrute de los derechos ambientales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos ambientales; vigilar la situación de los derechos ambientales y contar con información detallada al respecto; no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivas y cerciorarse de que las medidas adoptadas sean cumplidas.<sup>63</sup>

Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares.

Ahora bien, la obligación de progresividad ambiental no es absoluta, ilimitada y mucho menos irrestricta, encontrándose condicionada por el margen de discreción con el que cuenta el Estado en la selección de los mecanismos para hacerlas efectivas, así como por la totalidad del elenco de derechos fundamentales, con los que los derechos ambientales deben coexistir en justo equilibrio. El Estado deberá proceder lo más expedita y eficazmente posible, comprometiéndose hasta el máximo de recursos de los que disponga, procurando una participación pública informada y teniendo

60 CAFFERATTA, Néstor A. "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada", DJ2002-3, 1133 – Antecedentes Parlamentarios 2003 – A, 01/01/2003, 673

61 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado por la Asamblea General de NN.UU. en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

62 PEÑA CHACON, Mario "El ABC del principio de progresividad del Derecho Ambiental", 14/08/2017, <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/principio-de-progresividad-del-derecho-ambiental/>

63 PEÑA CHACON, Mario "El ABC del principio de progresividad del Derecho Ambiental", 14/08/2017, citando a Observación General 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)", Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (1990) <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/principio-de-progresividad-del-derecho-ambiental/>

en cuenta las normas nacional e internacional; a escoger aquella medida que mejor potencie el fin ambiental propuesto, y que a la vez, sea la menos sacrificante en relación con otros derechos humanos.<sup>64</sup>

Respecto de su fundamentación, una doctrina interesante la expresan Juan Sebastián Lloret y Natalia Giacossa.<sup>65</sup> Según los autores la progresividad no puede utilizarse como causa de justificación de la negligencia u omisión estatal en su obligación de proteger el ambiente. El Estado no puede acudir a este principio para justificar su accionar negligente ni su responsabilidad omisiva. Sostienen que el principio de progresividad está destinado a permitir la adaptación de los sistemas y las actividades productivas a la normativa ambiental, evitando que su aplicación intempestiva afecte derechos patrimoniales individuales o impida el desarrollo. Entienden que el principio actúa como “armonizador” entre el derecho colectivo ambiental y los derechos individuales patrimoniales en conflicto con aquel.

En materia medioambiental, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció por primera vez una obligación positiva a partir del artículo 8 CEDH en el caso *Powell y Rayner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990. Se reconoció entonces el deber que pesa sobre el Estado de proteger a los ciudadanos frente a las inmisiones contaminantes, concretamente frente a las inmisiones acústicas. No obstante, la demanda fue desestimada debido a que, desde el punto de vista del Tribunal, las autoridades públicas habían ponderado correctamente los intereses en liza y no habían rebasado su legítimo margen de apreciación. Cuatro años más tarde, recayó Sentencia estimatoria sobre el conocido asunto *López Ostra c. España*<sup>66</sup>, de 9 de diciembre de 1994, acerca de la pasividad del Ayuntamiento de Lorca en la protección de la demandante frente a las emanaciones pestilentes procedentes de una depuradora de residuos próxima a su vivienda.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en Acuerdo del día 16 de julio de 2020 en el marco de la causa CSJ 243/2014 (50-L)/CS1 caratulada “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas” decidió fijar como meta interina un caudal mínimo permanente del Río Atuel de 3,2 m<sup>3</sup>/s en el límite entre La Pampa y Mendoza. El Tribunal precisó que ese es el caudal recomendado por el Instituto Nacional de Agua (INA) como instrumento de posible cese del daño ambiental ocasionado por la falta de escurrimiento del río en territorio pampeano.

En este complejo marco resaltó la importancia de arribar a una solución del conflicto de modo gradual, en los términos del principio de progresividad, especialmente aplicable al caso en la medida en 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.

### Principio de no regresión

Del principio de progresividad se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. Se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces.

En nuestro país, el principio cuenta con un fundamento constitucional que viene dado por la

64 CAFFERATTA, Néstor A. “Introducción al derecho ambiental”, Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para Medio Ambiente p. 36.

65 LLORET, Juan Sebastián y GIACOSSA, Natalia “El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación” en JA 2011- IV; IJ-LXVI-422).

66 SSTEDH *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre 1994; vid. también, de carácter desestimatorio, *Kyrtatos c. Grecia*, de 22 mayo 2003. 26 Vid. entre otros pronunciamientos.

protección de las generaciones futuras que contiene el artículo 41 de la Constitución Nacional, a las cuales las generaciones presentes debemos traspasar un volumen de bienes.

Son ejemplos de regresiones de la regulación ambiental o de la política pública ambiental: autorizar la reducción de la extensión de un área natural protegida; desclasificar una industria como altamente contaminante; introducir mínimos de tolerancia más elevados; reducir los presupuestos y estructuras administrativas encargadas de la aplicación, control y sanción de normas ambientales; dar marcha atrás en la decisión de ratificación de un tratado internacional en materia ambiental.

El principio de no regresión en materia ambiental ha sido reconocido en el Documento Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible realizada en Río de Janeiro en el año 2012<sup>67</sup>, el mismo fue adoptado bajo la idea de “not back track” que es equivalente al concepto de no regresión o no retroceso en idioma español y se han verificado aplicaciones jurisdiccionales en distintos países.

En su punto 20 plantea:

*“Reconocemos que desde 1992 los progresos han sido insuficientes y se han registrado contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas, que han puesto en peligro la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, para lograr el desarrollo sostenible. A este respecto, es esencial que no demos marcha atrás a nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.”*

Desde entonces, existe un amplio consenso respecto a la importancia de este principio para garantizar que no se retroceda en los niveles o estándares de protección ambiental alcanzados. Recientemente, el principio de no regresión fue incluido en el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.<sup>68</sup>

*Artículo 3°: Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: (...) c) principio de no regresión y principio de progresividad.*

La protección del ambiente es una obligación y una responsabilidad que se nos impone ante la realidad que vivimos. La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Tenemos por delante la tarea de continuar generando propuestas y soluciones antes los problemas que afrontamos, pero también la de garantizar que el piso mínimo de protección alcanzado no pueda ser disminuido.

## **La integración de la variable ambiental en la actuación gubernamental (5, L. 25.675)**

*Artículo 5°: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los prin-*

67 [https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-1-1\\_spanish.pdf](https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-1-1_spanish.pdf)

68 Adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018. Apertura a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, el 27 de septiembre de 2018. Este tratado fue firmado por Argentina en septiembre de 2018, pero a la fecha aún no ha sido ratificado. - cepal.org

*cipios enunciados en la presente ley.*

La integración en la actuación gubernamental, comprende la creación o fortalecimiento de estructuras institucionales y de procedimientos, a los fines de integrar las cuestiones de desarrollo y medioambiente, mediante la coordinación de actuaciones y adopción de medidas coherentes en los distintos niveles de gobierno que tengan como objetivo el desarrollo sostenible.

El principio de integración, entendido como la necesidad de incorporar el componente medioambiental en todas aquellas políticas que tienen efectos negativos sobre el entorno con el objetivo de mejorar los resultados de la política de medio ambiente (o de reducir su déficit de implementación), ha tenido una larga e importante presencia dentro de la Unión Europea.

Una de las modalidades de integración interinstitucional, es el Fondo para el Medio Ambiente Mundial, que financia los costos incrementales de actividades y proyectos que tengan como objetivo el desarrollo sostenible en cuatro ámbitos: el cambio climático, la reducción de la capa de ozono, la conservación de la biodiversidad y la contaminación de las aguas internacionales.<sup>69</sup>

El aspecto ambiental debe ser considerado en la toma de decisiones, convirtiéndose en una regla de gobernanza ambiental para la ejecución de proyectos, desarrollados tanto por el Estado, como por las empresas y la población en general.

### **El principio de congruencia (4, L. 25.675)**

*Artículo 4.º: 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.*

El principio de congruencia tiende a armonizar la normativa ambiental estableciendo la adecuación de la legislación ambiental de los diferentes niveles de gobierno. Exige al legislador, y al intérprete, tener una perspectiva integradora, es decir, que la legislación provincial y municipal sea adecuada a los principios y normas fijadas en la Ley General del Ambiente y, en caso de que eso no suceda, el principio general prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Guarda familiaridad, analogía o similitud con el denominado principio de regulación jurídica integral, que en síntesis exigen del legislador en primer término y del intérprete en la fase de aplicación, tener una perspectiva macroscópica e integradora. Este principio se inserta en la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales, y con especial atención ha sido declarado en el Primer Programa de Acción Comunitaria en materia de ambiente, así como igualmente en la Reco-

69 HERNANDEZ, Ángel J. Rodrigo "El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible" citando: El Fondo para el Medio Ambiente Mundial fue instituido por decisión el 14 de mayo de 1991 del Directorio Ejecutivo del Banco Mundial [véase la resolución 91-5, de 14 de mayo de 1991 de creación del Fondo para el Medio Ambiente Mundial, en castellano reproducida como anejo a la Ley 7/1994, de 11 de mayo, sobre participación de España en el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (BOE, 12 de mayo de 1994, núm. 113)] y reestructurado el 16 de marzo de 1994 para permitir la participación de todos los Estados del mundo y lograr una mayor transparencia y democracia en su gestión [véase, en castellano, la Resolución 94-2 de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, que aprueba la reestructuración, reproducida como anexo a la Ley 9/1997, de 24 de abril, por la que se autoriza la participación de España en el Fondo para el Medio Ambiente Mundial Reestructurado y la contribución correspondiente a la primera reposición de recursos (BOE, 25 de abril de 1997, núm. 99). Sin embargo, no han sido objeto de publicación ni el Instrumento Constitutivo del Fondo para el Medio Ambiente Mundial ni las resoluciones del PNUD y del PNUMA que lo aprueban. El texto en inglés de estos documentos pueden verse en 33 ILM 1273 (1994)]. Las características fundamentales de este fondo, que comparte también con otros, son la adicionalidad de los recursos, esto es, que los recursos aportados por los Estados donantes no sean detraídos de los destinados a ayudas al desarrollo, y la financiación de los costos incrementales, puesto que cubre la diferencia o incremento económico que supone la ejecución de un proyecto conforme a los criterios ecológicos respecto a otro que no los tuviere en cuenta. Un examen más detallado y actual de su estructura y funcionamiento puede verse en Pons Ràfols, X., «Desarrollo sostenible y financiación del desarrollo», Agenda ONU, 2002, núm. 5, pp. 156-164 en Revista Española de Derecho Internacional Sección ESTUDIOS © 2012 Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales ISSN: 0034-9380, vol. LXIV/2 Madrid, julio-diciembre 2012 págs. 133-161

mendación n° 70 del Plan de Acción adoptado en la Conferencia de Estocolmo.<sup>70</sup>

Ahora bien, la índole de los derechos en juego imponen una amplitud de criterio en el tratamiento de los temas del derecho ambiental, que requiere justamente de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.

En efecto, en los procesos donde se debate la cuestión ambiental, en razón del bien protegido, los derechos en juego y la particularidad del daño, es necesario que las reglas procesales tradicionales (principio de congruencia) se redefinan desde la perspectiva ambiental y de derechos humanos. El juez adquiere un rol preventivo y un protagonismo activo en pos de la protección efectiva del interés general, pudiendo adoptar para ello las diligencias y medidas necesarias (Art. 32 L.G.A). En tal rol, el juez debe obrar en favor de la protección del interés general ambiental, el cual adquiere un valor preeminente, modificando las reglas tradicionales del proceso civil, a los fines de prevenir el daño ambiental, sin caer en la quietud de permitir la contaminación y consolidar de tal modo un daño ambiental irreparable. Bajo esta preeminencia, el principio de congruencia cede en favor de la protección ambiental.

Las cuestiones relacionadas con el ambiente sano y la salud de las personas deben ser apreciadas con un criterio amplio al momento de su concesión siempre que, prima facie, aparezca como posible su existencia.

### **Principio de unidad de actuación fiscal (L. 27.148)**

*Art. 9° Principios funcionales. El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios: a) Unidad de actuación: El Ministerio Público Fiscal de la Nación es una organización jerárquica cuya máxima autoridad es el Procurador General de la Nación. En su actuación es único e indivisible y estará plenamente representado en la actuación de cada uno de sus funcionarios. Cada funcionario controlará el desempeño de quienes lo asistan y será responsable por la gestión de los funcionarios a su cargo. Estos actuarán según las instrucciones impartidas por sus superiores y conforme a lo previsto en esta ley.*

Se abre una interesante perspectiva en torno a la indivisibilidad y unidad de acción, por cuanto se refiere no sólo al carácter impersonal de la función, sino también a la coherencia de actuación que debe existir en las distintas etapas de su intervención procesal.<sup>71</sup>

Recordemos que el art. 120 de la Constitución Nacional caracteriza al Ministerio Público como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

El accionar del Ministerio Público se asienta también en los principios de unidad de actuación y organización jerárquica. Siempre se impone el criterio del fiscal superior por sobre el de algún miembro inferior; pero ello no descarta per se la discrecionalidad técnica y autonomía de sus integrantes (v.gr. ley n° 27.148, Orgánica del Ministerio Público de la Nación Argentina, art. 9° incisos a y c). Cuando la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal resuelve unificar criterios en una

70 CAFFERATTA, Néstor A. "Introducción al derecho ambiental", Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para Medio Ambiente p. 36.

71 BONGIANINO, Mario Oscar y AUDISIO, Ana Andrea "Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público de La Pampa. Hacia un Ministerio Público que asegure transparencia, confiabilidad, acceso a la justicia y credibilidad en el sistema judicial". Revista del Ministerio Público. Procuración General de la Provincia de Buenos Aires. Año 6, N° 9, Marzo 2009, p.16

cuestión determinada, hace uso de su facultad de dictar instrucciones generales, como manifestación de esa estructura jerárquica.

En razón de lo expuesto, la autonomía que posee cada magistrado del Ministerio Público Fiscal para interpretar el derecho cede cuando el Procurador General de la Nación, como máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal, ejerce la facultad de unificar criterios de actuación en la persecución penal por medio de una instrucción general (Art. 12, inciso h, Ley n° 27.148).

Las instrucciones generales establecen la interpretación que debemos asignarle a determinadas normas, con relación a los supuestos de hecho sobre los que esas normas operan, pero no nos obligan a actuar de igual manera en todos los casos, dado que tal extremo debe ser sopesado por el fiscal en orden a las circunstancias fácticas, particulares y distintivas del caso particular; lo que no puede ser reemplazado de manera alguna ni en ninguna hipótesis por las ponderaciones que en abstracto efectúa el Procurador General al emitir tales instrucciones generales.

### Principio fiscal de gestión de los conflictos (L. 27.148)

*Art. 9° Principios funcionales. El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios:...e) Gestión de los conflictos: procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.*

Para el mejor cumplimiento de sus funciones, la actuación del Ministerio Público estará orientada al intento de solucionar los conflictos y la conciliación de los diversos intereses en juego, procurando la preservación de la paz social mediante la equidad, la seguridad y la eficiencia.<sup>72</sup>

Los conflictos ambientales<sup>73</sup> se caracterizan generalmente porque:

- Son interdisciplinarios; más que meras disputas por impactos ambientales, son conflictos de carácter político, en los que su constitución y resolución depende básicamente de la relación de fuerzas entre las partes o actores involucrados, y no sólo de los factores técnicos o científicos presentes en una situación determinada o requerida para solucionar un problema ambiental.<sup>74</sup>

- Su grado de complejidad está determinado por la combinación de violencia potencial o real, de una escasa capacidad de diálogo y de compromiso, por la heterogeneidad de los actores y por la importancia económica y militar de la zona donde se desarrollan.<sup>75</sup>

- Generalmente los principales actores implicados en los conflictos ambientales son el Estado y la sociedad civil, ya que mientras el Estado defiende que el desarrollo debe estar centrado en la globalización económica orientada por una voluntad política centralizada, para la sociedad civil significa ante todo una lucha contra la pobreza con miras a satisfacer las necesidades de las poblaciones nacionales.

Ahora bien, el acceso a la justicia ambiental refiere a la posibilidad de obtener una solución

72 AUDISIO, Ana Andrea "Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público de la Provincia de La Pampa. Diseño institucional de una nueva herramienta procesal y organizacional". Revista DALMACIO, N° 76, octubre/08, Colegio de Abogados y Procuradores de la Pampa, disponible en [www.caplp.org.ar](http://www.caplp.org.ar) p.20

73 QUINTANA RAMIREZ, Ana Patricia "El conflicto socioambiental y estrategias de manejo" [https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Conflictos\\_socioecologicos/conflicto\\_socioambiental\\_estrategias%20\\_manejo.pdf](https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Conflictos_socioecologicos/conflicto_socioambiental_estrategias%20_manejo.pdf)

74 QUINTANA RAMIREZ, Ana Patricia "El conflicto socioambiental y estrategias de manejo" [https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Conflictos\\_socioecologicos/conflicto\\_socioambiental\\_estrategias%20\\_manejo.pdf](https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Conflictos_socioecologicos/conflicto_socioambiental_estrategias%20_manejo.pdf) citando a SABATINI, Francisco y SEPULVEDA L., Claudia. Conflictos Ambientales, entre la globalización y la sociedad civil. Publicaciones CIPMA. Santiago de Chile, 2002. Pág. 15

75 QUINTANA RAMIREZ, Ana Patriocia "El conflicto socioambiental y estrategias de manejo" [https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Conflictos\\_socioecologicos/conflicto\\_socioambiental\\_estrategias%20\\_manejo.pdf](https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Conflictos_socioecologicos/conflicto_socioambiental_estrategias%20_manejo.pdf) citando a ISAZA RAMOS, Marisol y otros. Medio Ambiente y Paz. Asociación Reserva Natural Suma-paz. Corporación Ecofondo. Bogotá, 1998. Págs 25-26.

judicial completa y expedita de un conflicto jurídico que tiene naturaleza ambiental. Existe una percepción a nivel mundial en orden a que la legislación ambiental tiene un bajo nivel de aplicación, lo que se explica habitualmente por razones de orden fáctico, principalmente por la falta de voluntad de las autoridades políticas y administrativas llamadas a ponerla en práctica. Este punto, sin embargo, nunca ha sido explorado suficientemente; menos aún en lo que hace a la aplicación de la legislación ambiental por los órganos jurisdiccionales del Estado, cuyos niveles también son percibidos como bajos.<sup>76</sup>

El derecho ambiental “aún no ha uniformado los procedimientos para el conocimiento de conflictos de esta naturaleza tan singular. Ello puede significar que eventualmente, una vez planteado un problema de naturaleza jurídico-ambiental, la autoridad jurisdiccional competente tenga que resolver el conflicto sometido a su decisión en ausencia de normas ambientales específicas, o bien mediante normas que no sean totalmente idóneas para el tratamiento del caso concreto”.<sup>77</sup>

Burdyslaw añade que los tribunales ambientales han sido concebidos como una solución justa y transparente para avanzar en la búsqueda del equilibrio armónico entre la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo.<sup>78</sup>

A nivel federal mediante Resolución N° 123/06 de la Procuración General de la Nación se creó la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente (UFIMA), que tiene como misión generar investigaciones preliminares y apoyar las investigaciones en curso, que se vinculen con delitos contra el medio ambiente y, en particular, las relativas a hechos en infracción a la ley de residuos peligrosos, a aquellos delitos que protegen la salud pública vinculados con la protección del medio ambiente, a las infracciones a la ley 22.421 de Protección de la Fauna Silvestre, así como aquellos delitos conexos con la materia.

En su ámbito federal de actuación, sin perjuicio de su radicación en la Ciudad de Buenos Aires, se dispuso también la designación de magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, para que actúen como punto de enlace y cooperación en las tareas de coordinación de la Unidad en el interior del país, previéndose: uno para las provincias de Misiones, Corrientes, Entre Ríos, Santa Fe, Chaco y Formosa; otro para las provincias de Tucumán, Catamarca, Salta, Santiago del Estero y Jujuy; otro para las provincias de Mendoza, San Luis, La Rioja, San Juan y Córdoba y otro para las provincias de Tierra del Fuego, Santa Cruz, del Chubut, Río Negro y del Neuquén.

Destaca en sus fundamentos el Procurador General de la Nación que “el medio ambiente constituye uno de los objetos más valiosos a los que brindar protección desde las distintas esferas estatales, en tanto de él depende la subsistencia misma de la especie humana y su sano desarrollo (...) Por ello, una eficaz regulación jurídica sobre la materia y el accionar eficiente de las autoridades se constituyen en ejes fundamentales de dicha misión, en tanto es crucial detener y contener dentro de lo tolerable los riesgos de naturaleza ambiental generados, así como reparar los daños en la medida en que resulte posible”.<sup>79</sup>

Augusto Ángel Maya, manifestaba: “Superando las visiones restringidas que interpretan lo ambiental como un problema ecológico o exclusivamente tecnológico, este debe ser un objeto de estudio de todas las disciplinas científicas, desde las ciencias naturales y tecnológicas, hasta las ciencias que estudian el comportamiento humano. El problema ambiental es un problema de to-

76 FERNANDEZ, M. Martha, LOPEZ PEREIRA, M. Eugenia “Métodos alternativos para el abordaje de conflictos en materia ambiental” [aldiaargentina.microjuris.com/2017/05/23/métodos-alternativos-para-el-abordaje-de-conflictos-en-materia-ambiental/](http://aldiaargentina.microjuris.com/2017/05/23/métodos-alternativos-para-el-abordaje-de-conflictos-en-materia-ambiental/)

77 MINAVERRY, Clara M., “El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina”, *Gestión y Ambiente*, vol. 18 (2): 95-108 diciembre de 2015 ISSN 0124.177X.

78 BURDYSHAW, Cassandra, “¿Qué puede aprender Chile de la experiencia de otros tribunales ambientales en el mundo?”, *Justicia Ambiental*, Año IV – Diciembre 2012.

79 Ob, cit.

dos”.<sup>80</sup>

### Principio de oportunidad fiscal (L. 27.148)

La reforma introducida por la Ley 27.147 al Código Penal, modifica –entre otros– el artículo 59 que regula las causales de extinción de la acción penal. Especial referencia merece dos de sus incisos:

*“Art. 59: la acción penal se extinguirá: ... 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondiente.”*

La referencia a “reglas de disponibilidad de la acción penal” resulta de reconocer el principio de oportunidad, que antes de la sanción de la Ley 27.147 ya estaba presente en normas de carácter internacional.<sup>81</sup>

El Código Procesal Penal de la Nación trata esta temática en sus diferentes normas:

*Art. 30: “Disponibilidad de la acción. El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a) Criterios de oportunidad; b) Conversión de la acción; c) Conciliación; d) Suspensión del juicio a prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y si le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resultan incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal”*

La norma contempla la disponibilidad de la acción por parte del Ministerio Público Fiscal y que luego lo regula en los siguientes artículos: el criterio de oportunidad (art. 31), conversión de la acción (art. 33), conciliación (art. 34) y suspensión del proceso a prueba (art. 35). Todos estos institutos figuran ahora en el código sustantivo en los artículos 59 inc. 5), 6) y 7) y art. 73 párr. 2º, que se incluyeron con posterioridad a la sanción del catálogo procesal nacional.

Concretamente el art. 31 determina en qué casos el Ministerio Público Fiscal puede aplicar el criterio de oportunidad.

*Art. 31: “Criterios de oportunidad. Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a) Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional, c) Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornare innecesario y desproporcionada la aplicación de una pena; d) Si la pena que pudiera imponerse por el hecho que le hiciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le im-*

80 MAYA, Augusto Angel “El reto de la vida – Ecosistema y Cultura – Una introducción al estudio del medio ambiente, Bogotá, Ecofondo, 1996.

81 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) La Carta de Las Naciones Unidas. Resolución 1999/26 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Resolución 2000/11 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas,” Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal”

*pondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”.*

Se define así al principio de oportunidad “como la posibilidad que la ley acuerda a los órganos encargados de la investigación penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la investigación o suspender provisoriamente la ya iniciada, limitarla objetiva o subjetivamente, hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aplicar penas inferiores a la escala penal fijada legalmente para el delito, o eximir a los responsables de ella”.<sup>82</sup>

Se lo describe también como la facultad otorgada al titular de la acción penal para, bajo determinadas condiciones, disponer de su ejercicio con independencia de que se tenga probada la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.<sup>83</sup>

Como dice Hassemer<sup>84</sup>: “A corto plazo –desde el punto de vista económico, - y a largo plazo desde el punto de vista político- es poco inteligente obligar de la misma manera e intensidad a las autoridades instructoras al esclarecimiento de todos los delitos. Los recursos materiales y personales de dichas autoridades siempre serán insuficientes. Por ello las autoridades concentran su actividad instructora de manera selectiva, por lo cual, por otro lado, también ordena el legislador, en efecto, así se perseguirán intensamente unas conductas, indulgentemente otras, y otras simplemente no se perseguirán. Si el legislador no se aferra estrictamente al principio de legalidad, siempre tiene la posibilidad de aportar a las autoridades instructoras los criterios para una actividad selectiva, como limitar la persecución penal cuando se trate de bagatelas o cuando pueda prescindirse de la persecución penal por determinadas razones”.

En nuestro sistema legal el principio de oportunidad es en realidad una excepción al principio de legalidad, pues el Estado se encuentra obligado a ejercer la acción penal y a llevar adelante la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o por denuncia.

Por medio de su aplicación, el Estado finalmente renuncia a investigar una conducta con características de delito, a la imputación o a la acusación de los presuntos responsables, a pesar de que existan suficientes motivos para hacerlo, solo por razones trascendentes de política criminal, por lo que no existe ninguna obligación legal de su aplicación. Es una facultad del titular de la acción penal pública. Por regla general, la renuncia de la acción penal opera cuando el Fiscal encuentra cumplidas las exigencias fácticas, jurídicas y de política criminal pertinentes, adoptando la decisión.

En materia ambiental, no siempre debe prevalecer el criterio de oportunidad por la insignificancia del hecho, de ahí que, en algunas ocasiones, puede resultar oportuna la persecución (v. gr. la corta de un solo árbol o bien la acción aislada de pescadores o extracción de recursos para alimento) dependiendo de la ubicación del recurso, el daño causado, la reiteración delictiva y el mensaje que se le puede enviar a la sociedad. ■

---

82 BUTELER, JOSÉ A. (1988). “Los problemas constitucionales y procesales que plantea el principio de oportunidad en el Derecho Argentino”, en “12 Jornadas Nacionales de Derecho Penal”. Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, Mendoza.

83 D’Albora, Francisco y MorelloAgusto, en J.A. 1993- IV-733, citado por Cornejo Abel, Teoría de la Insignificancia, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág 68.

84 15 HassemerWinfried, La Persecución penal: legalidad y oportunidad, cita online [https://www.researchgate.net/publication/28213364\\_La\\_persecucion\\_penal\\_legalidad\\_y\\_oportunidad](https://www.researchgate.net/publication/28213364_La_persecucion_penal_legalidad_y_oportunidad), pág. 9.

# Herramientas administrativas para la protección ambiental

— Por Florencia Cheruse | Revisión Guillermo H. Marchesi

## 1. Introducción

El objetivo principal del derecho ambiental es la regulación –de manera preventiva y precautoria– de las conductas humanas para evitar que estas afecten de manera significativa y negativa el entorno<sup>1</sup>. Una muestra de ello es el artículo 2.g de la Ley 25.675 de Política Ambiental Nacional, conocida como Ley General del Ambiente (LGA en adelante), que enumera como uno de los objetivos de la política ambiental nacional el de “prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las *actividades antrópicas* generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo” (el destacado nos pertenece).

A esos efectos, la disciplina cuenta con varias herramientas de política y gestión ambiental con un amplio catálogo de instrumentos y mecanismos que contribuyen a aquel objetivo. Al respecto se ha dicho que “la mejor manera de atender los problemas ambientales es mediante la implementación de los diversos instrumentos de gestión y política ambiental que se encuentran presentes en la mayoría de los cuerpos normativos”<sup>2</sup>. Intentaremos en este capítulo ordenar y describir algunos de ellos, analizando sus características principales y su función en base a la protección ambiental.

Cabe aclarar de forma previa que, sin perjuicio de que existen mecanismos de autogestión tales como el autocontrol o el monitoreo privado, abordaremos aquí solamente aquellas herramientas que posee la administración pública –ambiental– atento que, tomando las palabras de Martín Mateo, la “conservación del equilibrio ambiental es... una responsabilidad intransmisible de los poderes públicos”<sup>3</sup>. Ello se fundamenta en nuestro país en el mandato establecido en el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional que pone en cabeza de las “autoridades” la obligación de “proveer” a la protección del derecho a un ambiente sano, equilibrado en el marco del desarrollo sostenible, así como también “a la utilización racional de los recursos naturales, a

1 En este sentido, recordamos la definición de Derecho Ambiental que dan Cafferatta y Morello, cuando dicen que es un “conjunto de normas regulatorias de relaciones de Derecho Público o Privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural...” (el destacado nos pertenece) en MORELLO, Augusto M. y CAFFERRATTA, Néstor A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 21. En línea similar, ESAIN ha definido la disciplina como un “conjunto de normas que tienen por objeto regular de manera preventiva, precautoria, integrada, concertada y progresiva la protección del bien jurídico ambiente de las conductas humanas que pueden generar alteraciones inhibitorias relevantes sobre la totalidad del sistema...” (el destacado nos pertenece) en ESAIN, José A., *Competencias ambientales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 93/94.

2 MARCHESI, Guillermo y RINALDI, Gustavo, “Evaluación ambiental estratégica: el rol del poder judicial en su implementación”, publicado en *RD Amb* 44, 79, Cita Online: AR/DOC/5515/2015.

3 MARTÍN MATEO, Ramon, “El monopolio público de la tutela ambiental”, JA 1998-IV-1002 y en CAFFERRATTA, Néstor A. (Dir.), *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo II, p. 856 y ss.

la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

Dentro de las herramientas administrativas encontraremos una vitral que va desde el monitoreo, pasando por el licenciamiento y la inspección y fiscalización, hasta llegar a los sistemas de sanciones administrativas ambientales todos. Como veremos, el ejercicio de estas potestades se puede considerar en cuanto a su temporalidad desde las que se dan de forma previa, concomitante o bien *a posteriori* del desarrollo de las acciones antrópicas y, en cuanto a su intensidad también podemos encontrar aquellas que se ejercitan por única vez o las que se dan de forma sucesiva. Veamos algunas de ellas.

## 2. Monitoreo ambiental

### A. Concepto

Es preciso comenzar este análisis conceptualizando esta herramienta para la luego pasar al análisis de su importancia en la protección del entorno. En términos generales podemos decir que monitoreo es el “seguimiento continuado en el tiempo del comportamiento de una especie, población, comunidad o ecosistema, sea bajo explotación o en condiciones naturales, mediante la recolección de información técnica o científica”<sup>4</sup>.

Atento que en nuestro país esta actividad administrativa será llevada adelante principalmente por las provincias, dado el sistema descentralizado de legislación complementaria ambiental, creemos relevante citar algunas definiciones que se dan para este instituto en normas ambientales locales. Cabe aclarar que, si bien prácticamente la totalidad de las normas complementarias provinciales refieren al monitoreo, en esta oportunidad solo mencionaremos algunos ejemplos con el objeto de tener un panorama general acerca de su concepto en la legislación argentina.

Así, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 123 de Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, en su Anexo A – Glosario de términos y abreviaturas, conceptualiza al monitoreo ambiental como un “proceso de observación repetitiva, con objetivos bien definidos relacionados con uno o más elementos del ambiente, de acuerdo con un plan temporal”.

Otra norma interesante, resulta ser en la Provincia de Buenos Aires, la Resolución 538/1999 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS), que aprueba reglas aplicables a los Proyectos de Obras o Actividades sometidas al Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental en el ámbito municipal, conforme lo dispuesto en la Ley 11.723 Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales provincial. Allí, en una Separata en la que se dan definiciones de conceptos básicos, respecto del monitoreo ambiental se expresa que es un “sistema continuo de observación, evaluación y control para verificar el cumplimiento de normas y reglamentaciones, o verificar predicciones y adoptar medidas correctivas o mitigatorias sobre la base del que se produce la Declaración o Estimación de Impacto Ambiental”.

Por su parte, en la Provincia de Santa Fe, mediante el Decreto 101/2003, reglamentario de los artículos 12, 18, 19, 20, 21 y 26 de la Ley 11.717 de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, en el artículo 2° de su Anexo, establece que por monitoreo debe entenderse al “muestreo metódico y sistemático que forma parte del Plan de Vigilancia Ambiental e implica la realización de análisis, estudios y registro de variables”.

Por último, encontramos la Ley 2658 de Evaluación de Impacto Ambiental de la Provincia de Santa Cruz, que en su Anexo I – Glosario Técnico, bajo el concepto de monitoreo refiere a las “técnicas referentes a la observación, muestreo sistemático, realización de análisis o estudio y registro de las variables consideradas críticas en la Declaración de Impacto Ambiental, a fin de verificar su

4 DEL GIUDICE, Fernando J., Guía Ambiental de la Argentina, Espacio Editorial, Buenos Aires 1994, citado en CAFFERATTA, Néstor A., “Vocabulario medioambiental (con especial referencia a la legislación bonaerense)”, Publicado en: LLBA 2001-579, 2001, Cita Online: AR/DOC/5260/2001.

cumplimiento”.

Como vemos, la mayoría de las normas transcritas refieren al monitoreo en relación a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental (EIA en adelante), en los que, tiene un papel de relevancia, sin embargo, su ámbito de aplicación excede el de dicho procedimiento administrativo, siendo una herramienta fundamental a la hora de decidir y planificar políticas ambientales.

## B. Caracteres

De las definiciones citadas es posible extraer notas comunes que nos permitirán enumerar los caracteres de este instituto. En este sentido, diremos que el monitoreo ambiental es:

- **Sistemático:** ello entendido en un doble sentido, es decir, debe ser ordenado y ajustado a un conjunto de normas y procedimientos, así como también, debe realizarse de modo continuo y regular en el tiempo, de forma repetitiva;
- **Finalidad de información:** su finalidad directa es la recopilación y registro de información técnica y/o científica acerca del estado del ambiente o de sus componentes, mediante la observación, evaluación, muestreo, realización de análisis, etc.;
- **Técnico:** la información que se busca debe ser información técnica o científica, obtenida por profesionales con incumbencias en la materia de que se trate;
- **Contempla el carácter complejo del ambiente:** Puede referirse al ambiente considerado en sentido amplio entendido como macro-bien o bien a los micro-bienes<sup>5</sup> que lo componen (agua, suelo, aire, biodiversidad, flora y fauna, patrimonio cultural), o incluso simplemente atender a una especie o actividad en particular;
- **Dinámico:** puede hacerse sobre ambientes o bienes en estado natural o bien, durante y/o después de la explotación de alguna actividad antrópica sobre los mismos, asimismo, puede abarcar tanto actividades proyectadas como en curso de ejecución.

## C. Importancia

Ahora que ya tenemos definido y caracterizado al monitoreo ambiental, cabe una breve referencia a la importancia de esta herramienta en la protección del ambiente. Como dijimos, la finalidad u objetivo principal del monitoreo es la recopilación de información acerca del estado del ambiente -en general o de alguno de sus componentes-. Poder contar con esta información completa, cierta, actualizada y periódica es lo que va a permitir poder encarar la gestión del medio de con eficacia y de forma adecuada.

En relación a ello, Martín Mateo ha dicho que “la información constituye un prius para cualquier proceso de toma de decisiones... sobre todo para las de carácter racional en situaciones de incertidumbre. Es, por lo tanto, evidente que antes de definir una política ambiental y escoger entre una panoplia de medidas utilizables las adecuadas para conseguir unos objetivos determinados, se requerirá conocer fácticamente la situación de partida y las posibilidades técnicas y económicas de su modificación, lo que supone manejar datos y disponer de conocimientos”<sup>6</sup>.

En este sentido, contar con información sobre el entorno se torna indispensable a la hora no solo de definir políticas ambientales generales, sino también para encarar los procedimientos de planificación u ordenamiento ambiental del territorio, para llevar adelante la evaluación de impacto ambiental y la evaluación ambiental estratégica, para el ejercicio de la actividad de control de actividades antrópicas, para la aplicación de sanciones administrativas, etc. Esta información

5 LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría general del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 13/14.

6 MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Editorial Trivium SA, Madrid, 1991, Tomo I, p. 122.

ambiental, que como dijimos debe ser periódica, permitirá evaluar constantemente la pertinencia de las políticas generales o las licencias o autorizaciones particulares, para poder adaptarlas al entorno, que es dinámico, o bien para dar marcha atrás con algunas decisiones que no resultaron como se esperaba.

Agrega Martín Mateo que esta cuestión puede ser analizada desde dos facetas. Por un lado, en referencia al “sistema público informativo” que es que desarrollaremos en el presente trabajo y, por el otro, en relación a los “derechos individuales advirtiéndole a la par que la información es también un componente imprescindible de la educación ambiental”<sup>7</sup>, lo que a su vez permitirá una correcta participación ciudadana en las tomas de decisiones ambientales.

Al respecto, recordemos que el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en el año 1992 reza: “...En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. Este principio tuvo recepción normativa en nuestro país con la ley 25.831 que establece los presupuestos mínimos para el libre acceso a la información pública ambiental<sup>8</sup>.

El recorrido se completa con la aprobación por la Argentina del 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, adoptado el 4 de marzo de 2018, en Escazú (Costa Rica) y ratificado por nuestro país mediante Ley Nacional 27.566. Este instrumento que pasa a ser fuente normativa con jerarquía superior a las leyes (artículo 75.22 CN) informará nuestro sistema interno de modo obligatorio y prevalente en varios aspectos, pero en lo que nos interesa, relacionado a la información ambiental, la define como “por “información ambiental” como “cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales”. El acuerdo eleva los estándares de acceso a la información previstos por la legislación interna, inclusive los de las leyes 25.675 y 25.831. Para considerar esto, invitamos a la lectura de los artículos 6 y 7.

#### **D. Recepción normativa y jurisprudencial**

En primer término, cabe mencionar el segundo párrafo del artículo 41 CN, que pone en cabeza de “las autoridades” la obligación de proveer, entre otros, a “la información y educación ambientales”.

En segundo término, analizaremos la Ley 25675, General del Ambiente que, si bien no nombra expresamente al monitoreo ambiental, contiene varias normas que refieren a la obligación/potestad de las autoridades de recopilar información acerca del estado del ambiente.

Hallamos el artículo 2º, que establece los objetivos que debe perseguir la política ambiental. Allí, el inciso i) dispone el de “organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre

7 Ídem.

8 No nos explayaremos sobre este tema que excede la propuesta del presente capítulo, pero para ampliar se puede consultar TERZI, Silvana - IRIBARREN, Federico, “El acceso a la información pública ambiental”, JA, 2007-IV-1245; FALBO, Aníbal J., “La información ambiental, como principio rector de la protección del ambiente”, JA, 2003-III-246; DÍAZ ARAUJO, María M., “Los derechos de acceso a la información y a la educación ambiental”, JA, 2001-I-1113.

acceso de la población a la misma”. Este precepto se relaciona directamente con el artículo 8, que enumera los instrumentos de política y gestión ambiental y con los artículos 17 y 18 LGA<sup>9</sup>, veamos que dice cada uno de ellos.

El artículo 8°, recepta en el inciso 5, como uno de los instrumentos de política y gestión ambiental al “sistema de diagnóstico e información ambiental”.

El artículo 17 establece la obligación para la autoridad de aplicación de “desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible; asimismo, deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)”.

Por su parte, el artículo 18 reza “las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional”.

Para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas citadas, la administración debe necesariamente contar con información acerca del estado del ambiente, de las actividades que se desarrollan sobre él y de los posibles efectos que estas pudieren provocar, para luego proceder a su publicación o entrega a quienes lo soliciten. Como vimos, una de las formas más comunes y eficaces para la obtención de dicha información es a través de la actividad de monitoreo ambiental que venimos describiendo.

Ahora bien, en virtud del reparto de competencias que en la materia dispone el tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional –a la Nación le corresponde el dictado de los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las normas necesarias para complementarla- es posible encontrar en los órdenes locales numerosas referencias al monitoreo. Algunas referencias ya fueron mencionadas más arriba. Aquí, brevemente expondremos aleatoriamente dos ejemplos más. Sin perjuicio de ello, no debe dejar de tenerse en cuenta la realidad variopinta que existe en nuestro país atento la multiplicidad de normas ambientales provinciales y municipales.

En este sentido, podemos mencionar a la Ley 7070 de Protección del Medio Ambiente de la Provincia de Salta, que menciona la actividad de monitoreo en varias oportunidades. En primer lugar, al enumerar las funciones de la autoridad de aplicación, dispone que esta “monitoreará... todos los aspectos relacionados con la aplicación de esta ley” (art. 19) y, además, podrá “...monitorear la efectividad de las medidas de protección, mejoramiento o recuperación ambiental establecidas por entidades públicas o privadas” (art. 20 inc. h). Más adelante, exige como contenido mínimo del estudio de impacto ambiental y social, entre otros, el de contar con un “plan de seguimiento y monitoreo” (art. 44 inc. 8). Asimismo, en el capítulo dedicado a los recursos hídricos pone en cabeza de la autoridad competente el deber de “implementar un sistema de monitoreo de la calidad del agua de los cuerpos acuáticos de la Provincia” (art. 69). Por último, respecto de los residuos dispone para los proyectos de relleno sanitario, que estos “deberán constituir garantía o fianza suficiente para cubrir las erogaciones necesarias para su monitoreo y control” uno vez concluidos los mismos (art. 109).

Otra norma interesante para citar resulta ser la Ley 55 de Ambiente y Recursos Naturales, Preservación, Conservación, Mejoramiento y Defensa de la Provincia de la Provincia de Tierra del

9 ESAIN, José Alberto, “La Ley 25675 General del Ambiente”, en PALACIO DE CAEIRO SILVIA (Dir.), *Tratado de derecho federal, La Ley*, Buenos Aires, 2013, Tomo I, p. 575/576.

Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. En ella también encontramos, al igual que en la LGA, que el programa de política y gestión ambiente deberá comprender, como mínimo, un sistema de información ambiental (art. 24 inc. f). Además, entre las atribuciones de la autoridad de aplicación, incluye la de “conducir y mantener actualizado un sistema provincial de informática ambiental” (art. 98 inc. e). Asimismo, es posible encontrar la aplicación específica de este instituto en relación a las aguas, los suelos y la atmosfera. Para los dos primeros sistemas, con textos prácticamente idénticos, fija como uno de los criterios para su protección y mejora el de “la definición de responsabilidades en materia de monitoreo y vigilancia” (art. 28 inc. d para las aguas y art. 40 inc. d para los suelos). Y agrega, para la autoridad de aplicación la obligación de coordinar “...con los restantes organismos competentes de la Provincia, mecanismos de control y sistemas de monitoreo o vigilancia ambiental...” (art. 37 para las aguas; art. 50 para los suelos y art. 57 para las masas de aire). Por último, en el capítulo referido a la atmosfera se incluyen además dos normas muy detalladas en las que se refiere directamente al monitoreo. Así, se ordena a la autoridad de aplicación la estructuración de una “red instrumental de monitoreo de la intensidad de la radiación ultravioleta que se recibe en la superficie del territorio provincial penetrando a través del «agujero de ozono»” y se agrega que “El monitoreo deberá ser, por lo menos, trimestral y diario durante la época de mayor deterioro de la capa de ozono” (art. 59). Finalmente, se dispone que “la contaminación atmosférica por radón deberá ser monitoreada” debiendo la autoridad de aplicación proporcionar “los medios para monitoreo y control de los niveles de contaminación por radón” (art. 61).

En ambos ejemplos seleccionados es posible advertir que a nivel provincial encontramos un grado de desarrollo interesante de este instrumento, siempre con los matices y particularidades de cada uno de los órdenes que lo regulan.

Ahora bien, la legislación no es la única que ha dado recepción al monitoreo ambiental. Es posible encontrar también algunos fallos en los que se ha analizado u ordenado su ejercicio.

En primer lugar, debemos citar el fallo “Procurador General de la Provincia de Salta Dr. Pablo López Viñals c. Secretaría de la Planificación y Desarrollo de la Municipalidad de la Ciudad de Salta”<sup>10</sup> dictado por la Sala III de la Cámara Civil y Comercial de Salta que, si bien gira en torno al acceso a la información pública ambiental (ley 25.831), contiene importantes referencias respecto de lo tratado en el presente capítulo, esto es la contracara de dicho derecho, es decir, la obligación del Estado de recopilar dicha información. Concretamente dice: “Explica Bidart Campos (*Manual de la Constitución Reformada*”, t. II, 1998, Ed. Ediar, pág. 88) que la alusión a la información ambiental queda atrapada por la igual obligación de las autoridades para proveer a su protección; el Estado asume dos deberes: uno *recolectarla y procesarla debidamente; es decir, debe informarse él mismo*, lo cual presupone una vigilancia y un control para conocer debidamente todas las situaciones real o potencialmente riesgosas o dañina; la otra carga consiste en suministrar y difundir públicamente a la sociedad la información acumulada y actualizada, todo ello de modo permanente y eficaz” (el destacado nos pertenece).

Y más adelante agrega: “...es del caso traer a colación lo señalado por el art. 2° de la Ley General de Ambiente (n° 25.675) que establece entre los objetivos que la política ambiental nacional debe cumplir, el de *organizar e integrar la información ambiental* y asegurar el libre acceso de la población a la misma (inc. i). Sostengo que este deber se extiende a las autoridades que en el marco de sus competencias requieren para el cumplimiento de sus funciones la *recolección, administración y sistematización de la información ambiental*. Y en su art. 8° enumera entre los instrumentos de política y gestión ambiental el sistema de diagnóstico e información (inc. 5) ...” (el destacado nos pertenece).

10 En CAFFERATTA, Néstor A. (Dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo I, ps. 386/387.

Por último, no podemos dejar de mencionar el caso “Mendoza, Beatriz”<sup>11</sup>, *leading case* del derecho ambiental argentino, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con motivo del histórico problema de contaminación en la cuenta del río Matanza-Riachuelo. Nos referimos concretamente a la resolución del 08.07.2008, en donde el tribunal, tras considerar insuficiente el plan integral de saneamiento presentado por la parte demandada<sup>12</sup> (considerando 15), opta por otorgar ella misma los lineamientos que necesariamente debía contener dicho programa. Así, en el Considerando 17, luego de establecer los tres objetivos que debían perseguirse, respecto del tema en análisis, la Corte dijo: “Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Autoridad de Cuenca deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles...”

Luego, respecto de la contaminación de origen industrial (punto III del considerando 17) añade: “8) la presentación en forma pública, actualizada trimestralmente, del estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire de la cuenca”.

En las transcripciones realizadas es posible apreciar la importancia de contar con información ambiental, no solo para dar cumplimiento al derecho de acceso a la misma en materia ambiental, que a su vez permitirá activar el deber de protección del ambiente (ya que no se puede proteger lo que no se conoce), sino también para poder evaluar la pertinencia y eficacia de las medidas y decisiones adoptadas sobre el entorno. A partir de ello se puede avanzar hacia el manejo adaptativo del medio, adecuando las intervenciones cuando de ellas no resulten los resultados planteados, siempre en miras a avanzar en la protección ambiental. Concluimos diciendo que, para toda esta actividad, la herramienta de monitoreo ambiental aparece como primordial para el logro acabado de la manda constitucional del artículo 41.

## E. Red Federal de Monitoreo Ambiental

Un instrumento de suma importancia en la generación de información para poder llevar a cabo el monitoreo ambiental, es la Red Federal de Monitoreo Ambiental.

La misma es una herramienta de gestión que permite el seguimiento, control y monitoreo de los recursos naturales a través de una plataforma digital, accesible desde diversos dispositivos y actualizada de manera automática.

De acuerdo a la información suministrada por el sitio web oficial, la Red FEMA se construye en el marco del proyecto AR/002 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y tiene por objetivo integrar estaciones de monitoreo de agua, aire y suelo, de carácter público o privado, para constituir un sistema organizado, dinámico e integral de medición, almacenamiento, transmisión, y procesamiento de datos, que permitan monitorear de manera continua la calidad de los cuerpos de agua, el aire y suelo de las distintas regiones de la República Argentina.

Como mencionamos, la Red agrupa información sobre Aire, Agua, Suelos, Seguros Ambientales, Inspecciones, Residuos Peligrosos, Bosques y Suelos y Sustancias y Productos Químicos.

---

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación - M. 1569. XL - ORIGINARIO - Autos “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

12 Recordemos que en el resolutorio del 20.06.2006, en el punto V del resolutorio, la Corte había ordenado 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 debía contener, entre otros: “5. Un *programa de información ambiental pública* a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: “Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.” (art. 18: “Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional” (el destacado nos pertenece).

En la actualidad participan variados organismos vinculados a la protección del ambiente y los recursos naturales de cada una de las provincias y del Estado Nacional, generando así un orden y procesamiento de datos sobre las distintas temáticas ambientales, que se constituye en una herramienta sumamente importante sobre todo para las provincias, que les permite mejorar su gestión y monitorear de manera holística la calidad de los cuerpos de agua, el aire y suelo.

Toda la información disponible se puede consultar en <https://redfema.ambiente.gob.ar>

### 3. Control de actividades antrópicas

Otra de las herramientas con las que cuenta la administración para el cumplimiento del objetivo principal del derecho ambiental que, como dijimos, no es otro que el de la regulación de las conductas humanas para evitar que estas puedan afectar o perjudicar el ambiente, es la potestad de control de las actividades antrópicas. Desde hace tiempo, los avances científicos nos han demostrado que estas intervenciones sobre el entorno han provocado niveles importantes de afectación, realidad que genera la necesidad de que el estado intervenga activamente, controlando las mismas, para prevenir sus consecuencias negativas.

A los efectos de delimitar esta potestad, tomamos las palabras de Marienhoff quien nos explica que “no toda la actividad de la administración es de igual naturaleza, ni se expresa o traduce en igual forma. Ello da lugar a diversos tipos de administración, que permite clasificar a ésta en mérito a la naturaleza de la función ejercida o en mérito a la estructura del respectivo órgano”<sup>13</sup>. Según el primer criterio, nos encontramos, entre otras, con la administración de “contralor”, es decir, aquella que se ejerce “sobre los actos de la Administración, o sobre los actos de los administrados vinculados a ella, con el objeto de verificar la legitimidad e incluso la oportunidad o conveniencia de dichos actos”<sup>14</sup>.

Este accionar puede igualmente subdividirse en diferentes tipos. De esta forma podemos encontrar actos de control interno –sobre sus propios órganos–, o bien, de control externo –sobre los administrados–<sup>15</sup>. Asimismo, el control puede llevarse a cabo antes de la emisión del acto que se controla, dándole el carácter de *preventivo*, o puede darse *a posteriori*, es decir, practicado luego de la emanación del acto. También, como veremos más adelante, podemos encontrarnos con un control de tipo represivo o controles referidos a la legitimidad de los actos o a su oportunidad, mérito o conveniencia<sup>16</sup>.

BRAÑES define a los “instrumentos de control” como aquellos “mecanismos que tienen por objeto asegurar la aplicación de la política ambiental y sus instrumentos, mediante la imposición, incluso por la fuerza, de las disposiciones jurídicas que los establecen, en el caso de desviaciones de las conductas humanas a las prescripciones jurídicas, es decir, en caso de conflicto jurídicos”<sup>17</sup>.

Ahora bien, dentro del derecho ambiental argentino, encontramos esta potestad incluida en el artículo 8 LGA que dentro de los instrumentos de política y gestión ambiental menciona expresamente en el inciso 3 al “sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas”.

Al respecto se ha dicho que “el sistema de control y la fiscalización está ligado con las actividades de inspección, verificación, monitoreo, ejercicio efectivo del poder de policía ambiental, derecho de faltas, régimen de autorizaciones y permisos, por parte del Estado (normas de comando y control) ...”<sup>18</sup>.

13 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, Tomo I, p. 93.

14 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado... cit.*, Tomo I, p. 112.

15 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado... cit.*, Tomo I, p. 113.

16 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado... cit.*, Tomo I, p. 115.

17 BRAÑES, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, México, 2000, p. 252.

18 CAFFERATTA, Néstor A. (Dir), *Tratado jurisprudencial... cit.*, Tomo I, p. 330.

Por su parte, Hutchinson y Falbo, al desarrollar los instrumentos y técnicas utilizadas por la administración para obtener el cumplimiento de las normas ambientales, dicen que “el cumplimiento de los condicionamientos que a las actividades humanas impone el Estado para la prevención del ambiente no siempre es espontáneo. Por eso se “prevén controles previos, concomitantes y sucesivos a fin de verificar el cumplimiento de aquéllas”<sup>19</sup>.

Y agregan los autores: “las herramientas, técnicas o medios empleados por el Estado son diversos. Los hay de *incentivación*, de *ordenación*, de *desaliento*, etc. Existen también instrumentos *contractuales* (como los acuerdos por ramas, que son generalmente negociados entre los grupos industriales y los poderes públicos y las denominadas *acciones voluntarias*. También pueden incluirse entre los medios voluntarios el *estampillado* (o utilización de etiquetas), pues en cierta manera reposan en la aceptación voluntaria, en este caso de parte de los consumidores”<sup>20</sup>.

En un sentido similar, DIAZ ARAUJO, al analizar las diferentes técnicas de intervención administrativa enumera medidas preventivas, represivas, compensatorias, estimuladoras, a las que añade instrumentos económicos, acuerdos y medidas consensuales<sup>21</sup>.

En las citas expuestas, rápidamente se advierte que la potestad de control que realiza el Estado puede tomar formas variadas, las que, a su vez, van a ejecutarse en diferentes momentos en relación al desarrollo de las actividades antrópicas. Analizaremos a continuación brevemente cómo funciona cada una de las formas de control.

## A. Formas de control administrativo

### 1. Control previo

En primer lugar, nos referiremos al control previo, que es aquel que se ejerce de forma anticipada, antes del inicio de las actividades u obras. Esta actuación anterior es de enorme relevancia en el marco de la disciplina ambiental, ya que, por imperio del principio de prevención del art. 4° LGA, debe atenderse prioritariamente las causas y fuentes de los problemas ambientales, con el objeto de prevenir los efectos negativos que sobre este se pueden producir. En otras palabras, el derecho ambiental siempre debe intentar adelantarse a las consecuencias negativas de las actividades antrópicas para evitar la generación de daños sobre el ambiente que luego será de imposible o muy difícil remediación. En este sentido, el control previo será fundamental.

Una de las formas características en las que se manifiesta este tipo de control, resulta ser, tal como detalladamente lo exponen HUTCHINSON y FALBO, la habilitación ambiental, la que es definida como “autorización –en sentido amplio del término– de una obra o actividad sujeta al cumplimiento por el beneficiario de aquello de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra, emprendimiento o actividad”<sup>22</sup>. Más adelante, enumeran los autores las diferentes figuras en que se materializan las técnicas habilitantes, refiriendo específicamente a la *autorización*<sup>23</sup>; el

---

19 HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p. 126.

20 Ídem, p. 127.

21 DIAZ ARAUJO, Mercedes, “La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora”, *Doctrina JA 2002-III-939* y en CAFFERATTA, Néstor A. (Dir.), *Summa...* Tomo I, p. 479 y ss.

22 HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 128. En relación al uso de la expresión “habilitación ambiental”, los autores aclaran que se debe a la falta de acuerdo entre el derecho administrativo y ambiental para referirse al “acto con que el interesado accede a la posibilidad de realizar la obra, emprendimiento o actividad oportunamente solicitada a la Administración”.

23 La autorización es “un acto administrativo que otorga un derecho al ejercicio de una actividad, porque aquel no nace con dicho otorgamiento; presupone una prohibición el ejercicio de actividad, consistiendo el acto autorizante en la remoción de dicho obstáculo” HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 135.

permiso<sup>24</sup>; la licencia<sup>25</sup>; y, por último, a la concesión<sup>26</sup>.

En una línea similar, MARTIN MATEO, al analizar los instrumentos públicos de los que se vale el Derecho Ambiental, incluye dentro de las medidas preventivas a la *autorización*. Al respecto dice: “La prevención de la contaminación se realiza sustancialmente mediante la adopción inicial de cautelas a través de las vías autorizatorias o concesionales, perfectamente acomodables al logro de las metas planteadas al Derecho Ambiental cuando se trata de iniciar nuevas actividades”<sup>27</sup>. Sin embargo, agrega, existen dificultades cuando se pretende abarcar industrias o actividades ya instaladas, motivo por el cual, la “autorización en su versión clásica ha tenido que ser complementada y remodelada, dando entrada a soluciones innovadoras”<sup>28</sup>.

Así, dentro de las modulaciones de la autorización, el catedrático enumera: el *establecimiento de estándares*, herramienta que implica “la determinación de límites máximos de vertidos para cada actividad en función de los distintos componentes transmitidos y a la vez el establecimiento de estándares en cuanto a la inmisión resultante de vertidos aislados”<sup>29</sup>; la *regulación de las características de las materias primas*, que “se dirige a los factores empleados en la actividad y concretamente a los materiales utilizados, como es el caso de determinadas materias primas sobre las que opera el proceso de transformación y sobre todo de los combustibles”<sup>30</sup>; las *homologaciones*, que refieren a la “previa comprobación por la Administración de las características de ciertos procesos o dispositivos que puede producir emisiones no deseables. Ante la imposibilidad de contrastar caso por caso y unidad por unidad si los equipos en cuestión son admisibles en términos de defensa del medio, se procede por la Administración en primer lugar a la determinación de los requisitos que debe cumplir, y a continuación se comprueba si los prototipos autorizados corresponden a los componentes que son objeto de fabricación que responden a la reproducción del prototipo homologado”<sup>31</sup>; y, por último, la *imposición de niveles tecnológicos* que supone la imposición, por parte de la Administración, para algunas actividades, de la utilización de la mejor tecnología existente en el momento, con el objeto de disminuir o eliminar la contaminación producida por dichas actividades<sup>32</sup>.

En nuestro ordenamiento, el ejemplo típico del este tipo de control previo es la evaluación de impacto ambiental, que resulta ser el “procedimiento por excelencia que determina la realización o no de una obra o actividad, tanto que ésta sea llevada cabo por un privado como por el Estado mismo. Y es que al observarse la materialización del principio de prevención ambiental, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental supone un requisito indispensable al momento de aprobar, o no, cualquier tipo de actividad que pueda llegar a generar un impacto negativo en el

24 El permiso es “un acto administrativo unilateral, en cierta forma discrecional y precario, regulable en su otorgamiento según la conveniencias y oportunidad públicas y que puede ser revocado, mediante el cual la Administración faculta al particular a ejecutar servicios de interés colectivo o al uso especial de bienes públicos, a título gratuito o remunerado en las condiciones que aquélla establece” HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 138.

25 La licencia “para algunos, es un acto por el cual la Administración atribuye a alguien el derecho a ejercer una actividad que por ley está relativamente prohibida (lo que para otros es un permiso)” HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 140.

26 La concesión es el “acto por el cual la Administración, en virtud de facultados o atribuciones derivadas del ordenamiento jurídico, confiere a una persona un derecho o poder que antes no poseía” HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 140.

27 MARTIN MATEO, Ramón, *Tratado...* cit. Tomo I, p. 113.

28 Ídem, p. 114.

29 Ídem.

30 Ídem, p. 115.

31 Ídem.

32 Ídem, p. 116.

ambiente, los recursos naturales y culturales”<sup>33</sup>.

## 2. Control concomitante

El ejercicio de la potestad administrativa de control no se agota con la intervención previa o anticipada, sino que, es necesario que se mantenga durante todo el tiempo de ejecución de las obras o actividades. Retomando nuevamente las ideas de HUTCHINSON y FALBO arriba citadas, llamaremos a esta modalidad *control concomitante* ya que se desarrollará a la par del accionar antrópico.

Uno de los motivos por los cuales es importante mantener este tipo de control, radica en carácter dinámico que posee el bien ambiente. Al no ser un bien estático, sino que muda constantemente, su capacidad de adaptación a las intervenciones antrópicas va variando. Esto significa que una actividad que en un momento determinado resultaba inocua o de bajo impacto para el medio, luego de un tiempo, puede dejar de serlo, debiendo readecuarse su ejercicio o bien directamente suprimirse, lo que sucederá frente a daños o impactos irreversibles. Por ello es necesario mantener un control constante sobre el accionar antrópico, a los fines de evitar efectos no deseados sobre el medio.

Al igual que en el control previo, también es posible encontrar en este caso un preventivo, ya que mediante los controles periódicos se evita que se generen daños durante la vida de los proyectos que intervienen en el medio. No es necesario esperar la producción de un daño para controlar, de hecho, si ello sucediere y fuera comprobado por la administración mediante el ejercicio de esta potestad, se dará lugar a otro tipo de accionar administrativo, el sancionador, que analizaremos más adelante.

Este control concomitante puede manifestarse de variadas formas. En primer lugar, debemos mencionar también aquí al sistema de habilitaciones ambientales que, como dicen HUTCHINSON y FALBO, “normalmente no persiguen controlar las actividades potencialmente agresoras sólo ab initio, sino que extienden ese control al ejercicio sucesivo de la actividad habilitada de que se trate”<sup>34</sup>. Esto se da en los casos de *habilitaciones operativas*<sup>35</sup> que aparecen de forma preponderante en Derecho Ambiental. Este tipo de habilitaciones, “sin renunciar a la función primaria de control, pretenden ir más allá, encauzando y orientando positivamente la actividad de su titular en la dirección previamente definida por los planes o programas sectoriales o bien, aunque de forma esquemática, por la propia norma en cada caso aplicable”<sup>36</sup>.

Asimismo, los autores clasifican a las habilitaciones como de *tracto único*, aquellas que se dan con anterioridad a las actividades, o de *tracto continuo*, mediante las que el control no solo se ejerce de forma previa, sino también posteriormente, durante el desarrollo de la actividad. “En este último tipo de habilitaciones, la Administración desempeña una labor de control y verificación del cumplimiento de las condiciones ambientales establecidas. A través del desarrollo de la actividad inspectora y del establecimiento de redes de vigilancia y control de las actividades industriales, la Administración podrá imponer a tal actividad la necesidad de aplicar determinadas medidas protectoras e incluso, en casos extremos, podrá proceder a revocar la habilitación concedida”<sup>37</sup>.

Como otras formas que puede tomar este tipo de control podemos mencionar la obligación de presentar declaraciones juradas durante la ejecución de la actividad, o bien, la de renovar las ha-

33 MARCHESI, Guillermo, “Instrumentos de política y gestión ambiental: algunas reflexiones a diez años de la sanción de la ley 25.675”, publicado en: RDamb 31, 111, Cita Online: AR/DOC/8663/2012. Al respecto, también se puede consultar MARCHESI, Guillermo, “La difícil misión de poner en marcha un procedimiento: la evaluación de impacto ambiental”, publicado en RDamb 38, 153, cita online: AR/DOC/5079/2014.

34 HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 140

35 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2006, Tomo II, p. 124 citado en HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 149.

36 HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 149.

37 Ídem, p. 150.

bilitaciones o autorizaciones ambientales cada cierto tiempo. Como ejemplo concreto de ello podemos mencionar la Ley 11.459 de Radicación Industrial de la Provincia de Buenos Aires, que en su artículo 11 prescribe la validez del Certificado de Aptitud Ambiental por un plazo de dos años. Consecuentemente, el decreto 531/19 reglamentario de la ley dispone el procedimiento para la renovación del mismo.

Otra modalidad en que se ejerce este tipo de control podemos hallarla en la realización de *inspecciones* por parte de la Administración. Esta potestad implica “una actividad material y ejecutiva de la Administración, de carácter técnico e instrumental, que tiene por finalidad comprobar que los derechos y obligaciones ejercidos por los particulares se ajustan al ordenamiento jurídico y los actos administrativos que los rigen, mediante la utilización de diversas técnicas de levantamiento de información”<sup>38</sup>.

Por último, también podemos incluir como forma de control concomitante a la actividad de *monitoreo continuo* que realiza la administración. Remitimos a lo expuesto anteriormente respecto de esta herramienta.

### 3. Control a posteriori

Finalmente, hallamos una última forma de ejercer esta potestad, que es el *control a posteriori*. Este se activa al momento del cierre o la finalización de las actividades antrópicas, es decir una vez que están han terminado.

Este tipo de intervención tiene relación directa con las particularidades con las que a veces se manifiesta el daño ambiental<sup>39</sup>, cuyas consecuencias pueden aparecer visibles mucho tiempo después de la terminación de la actividad u obra. Ello puede darse en el caso de daños sobrevenidos, que son aquellos que surgen cuando “se da una conducta dañosa, que produce ciertos daños; pero al cabo de un tiempo surgen, de esa misma conducta, unos daños distintos”<sup>40</sup>; o bien, en el caso de daños continuados, que son lo que “se presentan de un modo sucesivo a lo largo del tiempo, bien porque, siendo consecuencia de un ato definido en el tiempo, se prolongan en su desarrollo, o bien porque son consecuencia de una seria sucesiva de hechos dañosos”<sup>41</sup>. Por todo ello, decimos que es importante que la administración también ejerza este control posterior aquellos casos de actividades antrópicas cuyos efectos puedan aparecer como perjudiciales de forma ulterior en el tiempo.

Ello ocurre por ejemplo para el caso del cierre de minas. Concretamente el artículo 249 del Título XIII, Sección II del Código de Minería, incluye dentro de las actividades comprendidas en las disposiciones ambientales, entre otras, a las “actividades destinadas al cierre de la mina” (inc. a).

Asimismo, este tipo de control va a ser importante no solo en el caso de cierre de actividades, sino también, para los casos en que se quiere remediar o recomponer un ambiente contaminado. En estos supuestos, también será fundamental la intervención de la administración, quien no solo debe controlar el procedimiento desde su inicio, sino también debe aprobar su finalización, cuando se alcancen los niveles deseados. Como ejemplo, podemos mencionar la Ley 6117 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que regula gestión ambiental de sitios contaminados y establece el procedimiento a seguir para su recomposición ambiental, mediante la implementación de un Plan de Recomposición Ambiental. Allí, el artículo 17 prescribe que una vez alcanzados los objetivos del

38 LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, *La potestad de inspección de la administración del Estado*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, n° 56, año 2015, Chile, 2015, p. 63.

39 CAFFERATTA, Néstor A. *Introducción al derecho ambiental*, Instituto Nacional de Ecología, México, 2004, p. 55 y ss.

40 DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Editorial Civitas SA, 1997, p. 341/342. El autor cita como ejemplo de este tipo de daño el caso en que se “produce la contaminación de un cauce de agua que provoca la muerte del ganado que de ella abrevaba; sin embargo, al cao de un tiempo, el dueño del ganado, que también tiene una pequeña plantación, descubre que el agua contaminada se ha filtrado en el subsuelo, produciendo el deterioro irreversible de su terreno”.

41 Ídem, p. 343.

plan la autoridad emitirá una “Declaración de Sitio Recompuesto”.

## B. Autoridades administrativas ambientales competentes para el control

En primer lugar, debemos puntualizar que, al ser la potestad de control una actividad que lleva a delante la Administración, la distribución de competencias en la materia va a seguir las reglas competenciales generales del derecho ambiental. En otras palabras, en principio, la competencia será local, y, solo excepcionalmente se disparará la posibilidad de actuación para la autoridad nacional<sup>42</sup>.

Asimismo, dentro de cada uno de los órdenes, el ejercicio del control de la actividad antrópica a su vez puede variar según la preponderancia del principio de concentración o dispersión que se dé en cada uno de ellos. Al respecto tiene dicho Esain que “el entrecruzamiento de la cuestión del *desarrollo sostenible* con el resto de las carteras de gestión es lo que obligará a que llevemos adelante un primer análisis sobre cómo dividir la gestión y a qué tipo de agencia ambiental darle esa competencia, para luego verificar sus características. Será letra a verificar en este páramo la *concertación*, la *coordinación*, la *sectorialización*, llámase *partición* o *atomización* de funciones”<sup>43</sup>.

En desarrollo sobre esta problemática, Díaz Araujo, analiza diferentes modelos que puede asumir la organización administrativa ambiental, entre los que enumera sistemas de *concentración de competencias* en un solo órgano; *agrupación parcial de competencias o potenciación de un área departamental*, mediante la creación de un organismo especial, con un carácter coordinador e impulsor, y con posibilidad de asumir algunas potestades de ejecución y control; *concentración de controles* en una agencia ambiental con competencia en cuestiones determinadas como calidad de las aguas, control de contaminación atmosférica y gestión de residuos; *dispersión de competencias* ambientales en diferentes carteras, con creación de organismos interministeriales de coordinación; y, por último, *hipersectorialización* que implica que cada organismo estatal tenga entre sus competencias las ambientales<sup>44</sup>.

Concluye la autora su análisis diciendo que “independientemente de la fórmula organizacional de la administración ambiental que un país elija, la que también deberá ser planeada en concordancia con el régimen constitucional federal o centralizado vigente, y que por supuesto, resultará vital sobre todo en la elaboración de la programación de la política ambiental, el objetivo ambiental nos obliga a pensar en una planificación o actuación transversal en toda la acción administrativa. Ya no se trata de una Administración especial que actúa a espaldas del resto del accionar administrativo, sino que, por el contrario, es toda la administración quien debe incorporar como criterio jurídico de validez la ponderación ambiental de sus decisiones”<sup>45</sup>.

Como vemos, las posibilidades de organización administrativa ambiental son muy variadas, lo cual se complejiza aun más en nuestro país, atento el sistema federal que adopta nuestra Constitución Nacional. Cada provincia podrá internamente decidir la forma o el sistema conforme su propia realidad. Así encontraremos provincias como San Luis, por ejemplo, que posee una Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Parques, que concentra la totalidad de la competencia ambiental provincial, sin perjuicio de que existen referencias generales al ambiente dentro de la enumeración de competencias de otras carteras<sup>46</sup>.

Por otro lado, existen provincias que si bien poseen una autoridad general en la materia comparten algunas competencias ambientales con otros organismos. En general ello sucede en algu-

42 ESAIN, José Alberto, *Competencias...* cit. p. 399 y ss.

43 Ídem, p. 404.

44 DIAZ ARAUJO, Mercedes, “La regulación...” cit.

45 Ídem.

46 Ley 1026 de Ministerios de la Provincia de San Luis.

nos casos de organismos (ministerios o secretarías) que se encargan de la gestión de algún recurso natural, competencia a la que añaden la de la gestión ambiental de ese recurso en particular. Recordemos que en virtud del artículo 124 de la Constitución Nacional son las provincias quienes corresponde el dominio originario de estos.

Ello es lo que ocurre por ejemplo en la Provincia de San Juan. Dentro de su estructura administrativa es posible encontrar una Secretaría Estado de Ambiente y Desarrollo Sustentable, con competencia general en materia ambiental. Sin embargo, no posee competencia ambiental específica respecto de los recursos minerales provinciales, ya que esta pertenece al Ministerio de Minería. Este organismo le compete no solo la potestad de “ejercer la supervisión medioambiental” de la actividad minera que se desarrolle en territorio provincial, sino que incluso es responsable también del dictado de la Declaración de Impacto Ambiental para emprendimientos mineros (artículo 23 inc. 8 de la Ley 1398-A de Ministerios de la Provincia de San Juan).

Un caso similar se da en la Provincia de Buenos Aires en la que hallamos al Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible, cómo órgano concentrador de la política y gestión ambiental. La Ley 15.164 de Ministerios provincial lo instaure como “autoridad de aplicación en materia ambiental en el ámbito de la provincia” (artículo 42) y como autoridad de aplicación de la Ley 11.723 Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (artículo 43). Sin embargo, la competencia para la protección y conservación del recurso hídrico provincial corresponde a la Autoridad del Agua, creada por el Código de Aguas provincial, Ley 12.257, artículo 3<sup>o</sup><sup>47</sup>.

Por su parte, en el orden nacional, sin perjuicio de que la temática ambiental esta mencionada entre las competencias de muchos ministerios (Relaciones Exteriores, Salud, Educación, Trabajo, Desarrollo Territorial y Hábitat), tenemos como autoridad general, con concentración de las competencias ambientales, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. De acuerdo a la Ley de Ministerios del Poder Ejecutivo Nacional, entre sus competencias hallamos la de “Entender en el control y fiscalización ambiental y en la prevención de la contaminación” (art. 23 octies, inc. 11), atribución que es llevada adelante por medio de la Secretaría de Control y Monitoreo Ambiental, quien desempeña, entre otras, la tarea de “formulación e implementación de políticas, programas y proyectos vinculados a la preservación, prevención, monitoreo, fiscalización, control y recomposición ambiental”<sup>48</sup>.

Como ejemplo concreto de la tarea de control que lleva adelante este organismo, podemos mencionar la reciente Resolución 306/2020 que crea la Brigada de Control Ambiental en el ámbito de la Dirección de Inspecciones, dependiente de la Subsecretaría de Fiscalización y Recomposición de la Secretaría mencionada. El objetivo de la Brigada es “la protección del ambiente y los recursos naturales, a través del ejercicio del poder de policía ambiental federal” (art. 3<sup>o</sup>). Algunas de sus funciones son: implementar las políticas de fiscalización y control; ejercer el control efectivo y permanente de los establecimientos y actividades que puedan ocasionar algún riesgo o daño para el ambiente, con amplias facultades de fiscalización, pudiendo realizar tareas investigativas, procedimientos de toma de muestras, monitoreos periódicos y permanentes, inspecciones, elaborar informes técnicos, patrullajes, control de vertido de efluentes; detectar infracciones y labrar actas; aplicar medidas preventivas; investigar las denuncias que reciba; llevar los registros de las inspecciones, actas, informes y medidas preventivas efectuadas, etc. (art. 5.1).

Para todo ello, la resolución le otorga las facultades de organizar grupos especializados y realizar capacitaciones de fiscalización e inspección; ingresar a los establecimientos y actividades, que se encuentren regidos por normas cuya autoridad de aplicación sea el Ministerio de Ambiente

47 Para un análisis completo de los órganos con competencia ambiental en la Provincia de Buenos Aires, con especial referencia al Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) y la Autoridad del Agua (ADA) se puede consultar HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., *Derecho...* cit., p. 183.

48 Conf. Decreto 958/2018.

y Desarrollo Sostenible con el fin de fiscalizar o monitorear; verificar instalaciones, maquinarias y procesos, pudiendo controlar actividades, procedimientos, procesos, instalaciones y equipamiento y constatar condiciones de funcionamiento; exigir la exhibición de información y documentación necesaria; tomar muestras de suelo, efluentes, agua, aire, especies vegetales o animales; requerir el auxilio de la fuerza pública; ordenar, en caso de detectarse un incumplimiento a la normativa ambiental, la inmediata interrupción de la actividad, procediendo a tomar las medidas preventivas necesarias; labrar actas; realizar requerimientos para el efectivo cumplimiento de la normativa ambiental; elaborar informes de las actividades desarrolladas (art. 5.2).

También es posible encontrar en nuestro ordenamiento, organismos *interjurisdiccionales* con competencia para el control antrópico para casos de recursos o bienes ambientales compartidos entre dos o más jurisdicciones. Es el caso de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) creada por la Ley 26.168, cuyo artículo 1° la denomina como “ente de derecho público interjurisdiccional”. La conforman representantes de tres ordenes diferentes: Nación, Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires y posee facultades expresas de “regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca...”.

#### 4. Sanciones administrativas ambientales

Como resultado de las actividades de monitoreo ambiental y de control de actividades antrópicas, es posible que la administración detecte irregularidades e incumplimientos a la normativa protectora ambiental. Por lo que resulta necesario que cuente con algún tipo de herramienta que le permita exigir el acatamiento a las normas y órdenes administrativas. Es por ello que, dentro de los diferentes medios jurídicos con que cuenta la administración para el cumplimiento de sus fines, encontramos la potestad sancionadora, que en nuestra disciplina se transformará en una *potestad sancionadora ambiental*.

Esta no está enumerada en el art. 8 de la LGA como si lo están las herramientas anteriormente descriptas, sin embargo, la potestad de imponer sanciones administrativas aparece como una consecuencia necesaria de aquellas. De nada sirve que la administración pueda monitorear el estado del ambiente, recopilar información, controlar y fiscalizar las actividades antrópicas, si luego no va a contar con algún mecanismo que le permita sancionar ante la constatación de irregularidades o incumplimientos a las normas protectoras ambientales.

Pasemos entonces a precisar este concepto. Tomando nuevamente las palabras de Marienhoff, podemos definir a esta potestad como aquella atribución de la Administración “para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acción de estos, contraria a lo ordenado por la administración, y sanciones disciplinarias a los funcionarios o empleados por faltas cometidos en el ejercicio de su cargo, todo ello sin perjuicio de la acción de los tribunales judiciales”<sup>49</sup>. Haremos referencia únicamente al primero de los supuestos, omitiendo la potestad disciplinaria, por corresponder ella a la actividad interna de la administración y a su relación con sus funcionarios o empleados.

Por su parte, García De Enterría y Fernández, concretando el concepto de *sanción* expresan que ella consiste en un “mal infringido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”<sup>50</sup>. La instrumentación de esta potestad sancionadora de la administración se realiza a través de la instauración de contravenciones, faltas o infracciones, las que podríamos definir como aquella “situación de hecho en cuyo mérito una persona aparece en contradicción

49 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado...* cit., Tomo I, p. 628.

50 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás R. *Curso de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2006, Tomo II, p. 163.

con lo dispuesto en una norma de policía”<sup>51</sup>.

Ahora bien, es necesario trasladar estos conceptos al derecho ambiental. Leme Machado define la *infracción administrativa ambiental* como “toda acción u omisión que viole las reglas jurídicas de uso, goce, promoción, protección y recuperación del medio ambiente” y agrega que dichas reglas jurídicas deben surgir del texto de las normas, las que a su vez deben estar debidamente publicadas”<sup>52</sup>.

Ampliando un poco el espectro, no podemos dejar de referirnos a Postoglione, quien, citado por Passos de Freitas, define al *ilícito ambiental* como “el hecho antijurídico, previsto por el derecho positivo, lesivo del derecho al ambiente, o sea, de los aspectos esenciales de la personalidad humana, individual y social, ya sea en su relación vital con la integridad y el equilibrio del ambiente...”<sup>53</sup>. Esain, tomando esta idea, nos habla de la teoría de la “*unidad del ilícito ambiental*” y expresa que el ilícito puede ser tanto civil o penal, como administrativo<sup>54</sup>.

Tomando como base los conceptos citados, podemos decir que la *falta o contravención ambiental* puede ser definida como “toda infracción o incumplimiento, por parte de los particulares o administrados, a las normas y disposiciones, dictadas por la administración, en ejercicio de su poder de policía, destinadas a proteger el ambiente en general, alguno de sus componentes en particular o bien dirigidas al logro de la sostenibilidad de los mismos”<sup>55</sup>.

Como consecuencia de estas faltas aparece, como dijimos, la *potestad sancionadora ambiental*, consistente en la facultad de la Administración de aplicar, frente a los quebrantamientos de los preceptos ambientales, castigos o correcciones a los particulares o administrados, con la finalidad no solo de reprimirlos por su accionar, sino también –y primordialmente– de prevenir futuras infracciones que puedan derivar en graves daños o riesgos al ambiente en general, a alguno de sus componentes en particular o a la sostenibilidad de los mismos.

### A. Función e importancia

Lo primero que viene a la mente al hablar de la función de las infracciones administrativas es que esta se centra en reprimir o castigar a quienes se encuentre en las situaciones de infracción a los mandatos dictados por la propia administración. En esta línea, García De Enterría y Fernández, al analizar la diferencia entre la sanción penal y la administrativa, exponen que las primeras “están orientadas hacia la reeducación y reinserción social, en tanto que las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática...”<sup>56</sup>.

Sin embargo, en el análisis se debe ahondar un poco más, ya que esta finalidad coercitiva no es la única que posee la sanción. García Pulles nos ilustra en este sentido cuando explica que ésta “siempre tiene la íntima finalidad de lograr el cumplimiento de los preceptos normativos: sea por el poder disuasorio contenido en la privación de efectos a los actos que violan el ordenamiento; por la amenaza de un mal para su autor que actúa como reasegurador del sometimiento voluntario a las leyes (de cara a las demás personas –prevención general–, o para lograrla en el propio sancionado –prevención especial–), o aun por la aplicación de penas destinadas a la “reinserción social”

51 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado...* cit., Tomo IV, p. 597.

52 LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Dereito ambiental brasileiro*, Malheiros Editores LTDA, Brasil, 2010, p. 329 (traducción propia).

53 POSTIGLIONE, Amadeo. *Il diritto all'ambiente*, Jovene Editore, Napoli, 1982, p. 77, citado por PASSOS DE FREITAS, Vladimir, *Dereito administrativo e meio ambiente*, Juruá Editora, Curitiba, Brasil, 2010, p. 125 (traducción propia).

54 ESAIN, José A. y GARCÍA MINELA, Gabriela, *Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013. Tomo II, p. 1470.

55 CHERUSE, Florencia, “Derecho ambiental sancionador: aproximación a una caracterización de las faltas ambientales, sus problemas y desafíos”, *Revista de Derecho Ambiental* n° 58, Abeledo Perrot, 2019 – Cita Online: AR/DOC/1009/2019.

56 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramon. *Curso...* cit., Tomo II, p. 166.

del contraventor, aspecto paradigmático de las penas que la realidad ha desvirtuado”<sup>57</sup>.

Asimismo, saliendo de esta mirada pragmática de la cuestión, es posible encontrar otro tipo de función en la potestad sancionadora ambiental, con un carácter más esencial en cuanto a las funciones estatales. La posibilidad de la Administración de aplicar sanciones responde también a la necesidad de dotarla de algún tipo de herramienta que permitiera darle efectividad a su accionar, así como también asegurar su independencia y autonomía funcional. Ello nos permite identificar otro tipo de función que podríamos denominar como de tipo *institucional o política*. Ello va a adquirir especial importancia en el derecho ambiental ya que aparece dotada de una herramienta potente para poder lograr un ejercicio adecuado de la política ambiental.

Ahora bien, como dijimos, la función represiva mencionada, que supone un castigo al infractor, trae aparejada también una función preventiva, es decir, la imposición de la pena con un propósito disuasorio, con el objeto de lograr el cumplimiento voluntario de la normativa para no sufrir el “mal”, impuesto por la Administración. En la disciplina ambiental este cariz ocupa un papel preponderante, máxime cuando este principio constituye un de las notas más características de esta disciplina<sup>58</sup>.

En esta línea se ha expresado que “la represión lleva implícita siempre una vocación de prevención en cuanto que, lo que se pretende es precisamente, por vía de la amenaza y admonición, evitar que se produzcan los supuestos que dan lugar a la sanción”<sup>59</sup>. De aquí se desprende que “la sanción administrativa ambiental posee... la potencialidad, tanto de evitar el agravio ambiental aún no consumado, como paralizarlo o hacerlo cesar cuando ya ha comenzado a ocurrir o no se ha producido en su totalidad” a lo que debe agregarse que la existencia de dichas sanciones y su correcta implementación “podrá disuadir al posible infractor con lo que se lograría evitar el daño al entorno”<sup>60</sup>.

Con lo dicho hasta aquí, advertimos que la sanción administrativa *ambiental* tiene como principal función la de prevención. La función represiva, que también se encuentra presente -por constituir la esencia del instituto en estudio- aparece solo con un papel accesorio o subsidiario ya que, lo que se busca, mediante sanciones que deben ser ejemplificadoras es, no solo el castigo del infractor, sino también la conciencia de cumplimiento voluntario frente al miedo de sufrir penas muy fuertes.

Esta mentada función preventiva de la sanción puede aparecer de dos formas diferentes, pero complementarias. En primer lugar, podemos hablar de una prevención que denominamos de tipo “formal” que apunta a eliminar futuras violaciones a los preceptos administrativos, ya sea por el infractor mismo o por los terceros. En segundo lugar, nos encontramos con una prevención de tipo “material”, a la que también podríamos denominar “protectoria”, dirigida, ya no al acatamiento normativo, sino a evitar los posibles daños y perjuicios que materialmente puedan producirse sobre el ambiente o alguno de sus componentes.

En relación a lo expuesto, resultan interesantes las palabras de Lozano Cutanda, quien expresa que “las sanciones administrativas constituyen actualmente uno de los principales instrumentos de que se vale nuestro ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de la normativa

57 GARCÍA PULLÉS, Fernando. “La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte” en JA 2006-III-1206 – SJA 6/9/2006.

58 BUTELER, Alfonso. “Las sanciones administrativas ambientales” en RD Amb n° 55, Abeledo Perrot, p.111.

59 MARTÍN MATEO, Ramón. *Derecho ambiental*, Madrid, 1977, p. 85 citado en FALBO, Aníbal, “La sanción administrativa ambiental” (RD Amb, 2-39) en CAFFERATTA, Néstor A. (dir.), *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*, Abeledo Perrot (1° ed.), Buenos Aires, 2011, Tomo II, p. 903 y en FALBO, Aníbal J. y HUTCHINSON, Tomás. *El derecho...* cit., p. 385.

60 FALBO, Aníbal, “La sanción...” , citado en SALERNO, Ana y MARCHESI, Guillermo, “El procedimiento sancionatorio ambiental en la Provincia de Buenos Aires”, RD Amb. 25-263, en CAFFERATTA, Néstor A. (dir.), *Summa...* cit, Tomo II, p. 916 y ss.

ambiental”<sup>61</sup>. Agrega, “en una política eficaz del medio ambiente deben primar las medidas preventivas... dado que las medidas punitivas operan cuando la lesión al medio ambiente ya se ha consumado y su reparación resulta con frecuencia difícil o imposible. Ello no debe llevar a pensar, sin embargo, que las medidas represivas han de suponer únicamente una aportación excepcional o anecdótica a la disciplina ambiental, pues *ejercen un papel fundamental en la garantía del cumplimiento de las normas y medidas de protección ambiental*, hasta el punto de que podemos afirmar que cumplen también una destacada función preventiva ... Esta función de prevención que cumplen las medidas represivas resulta especialmente importante en ámbitos como el de la protección del medio ambiente, donde la aplicación de normas o medidas de interés general encuentra con frecuencia una gran resistencia por parte de particulares –e incluso de los propios órganos administrativos–, llevados por otro tipo de intereses de carácter económico o social, y donde no siempre existen perjudicados directos que puedan instar los procedimientos de tutela de derechos o intereses que ofrece nuestro ordenamiento jurídico”<sup>62</sup> (cursiva original).

Para concluir este acápite, no podemos dejar de reafirmar “el papel preponderante... que la sanción administrativa juega a la hora de hacer efectivamente operativa esta rama del Derecho”<sup>63</sup> con el fin de poder lograr una real protección del ambiente. De los tres tipos de funciones que hemos identificado –represiva, preventiva e institucional–, creemos que las dos últimas son la clave para identificar a la potestad sancionadora ambiental como algo diferente a la facultad tradicional, que reseñáramos más arriba. Estas notas convierten a este instituto en una poderosa herramienta de evitación de daños, que de producirse pueden llegar a ser irreversibles, y en un refuerzo fundamental para la consecución de una política ambiental efectiva<sup>64</sup>.

## B. Competencia legislativa en materia de faltas administrativas ambientales

La competencia para decidir qué tipos de conductas van a ser consideradas faltas administrativas –en materia general– corresponde, como regla, a las provincias. En algunas provincias esta facultad puede incluso estar asignada a los municipios, dependiente de la organización interna de cada una de ellas, por imperio del artículo 5 CN. El fundamento surge de la noción de que todo aquello que no esté específica y expresamente asignado en el texto constitucional como competencia del poder nacional, resulta facultad de los órdenes locales (conforme artículo 121 CN).

Por su parte, al gobierno federal le corresponderá –excepcionalmente– establecer contravenciones en aquellos ámbitos o materias privativas del ámbito federal. Tal es el caso de los territorios propios o bajo su exclusiva jurisdicción, aduanas, ríos y vías de navegación interprovinciales, navegación mar territorial o en mar libre, correos y telégrafos, rentas de la Nación, etc.<sup>65</sup>.

En resumen, nos encontramos ante una facultad o potestad originaria de los poderes locales. Sin embargo, la doctrina ha realizado algunas aclaraciones al respecto. Así, Marienhoff ha dicho que “en nuestro país, dados los recíprocos poderes de la Nación y las provincias, puede afirmarse, que si la Nación a través del Código Penal o de las leyes penales especiales, crea una figura ‘*delictiva*’, las provincias no podrán considerar a esta figura como ‘*falta*’ o ‘*contravención*’, y por lo tanto no podrán reprimirla con su legislación... Las provincias pueden considerar como ‘*contravención*’ o ‘*falta*’, dentro de sus jurisdicciones, a cualquier situación, hecho o conducta que, no habiendo sido

61 LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*, España, 2009, Capítulo VIII disponible en <http://vlex.com/vid/248993250>.

62 LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho... cit.*

63 FALBO, Aníbal J. y HUTCHINSON, Tomás. *El derecho... cit.*, p. 384.

64 CHERUSE, Florencia, “Derecho...” cit.

65 MAIER, Julio B. J. “El derecho contravencional como derecho administrativo sancionatorio” disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28017-derecho-contravencional-derecho-administrativo-sancionatorio> (último ingreso el 29.09.2020)

considerado *'delito'* por el legislador nacional, implique una alteración efectiva del orden jurídico o de las reglas de convivencia dentro de sus respectivos ámbitos, pudiendo asimismo establecer las pertinentes *penalidades* o *sanciones*, respetando al efecto las reglas de razonabilidad o del buen sentido..."<sup>66</sup> (cursiva original).

Ahora bien, esta estructura divisoria de competencias no pudo ser trasladada de forma directa a la disciplina ambiental. Son necesarias algunas precisiones, ya que en la materia existe, por mandato constitucional, un particular sistema de organización competencial que complejiza el análisis.

El artículo 41 CN en su párrafo tercero dice: "...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...". Como vemos, ambos órdenes confluyen en la materia "protección ambiental", ya que, según nuestra ley suprema, esta potestad pertenece tanto a la Nación como a las provincias. Con lo expuesto hasta aquí, podemos decir, a priori, que nos encontramos ante un caso de concurrencia legislativa<sup>67</sup>.

Si estuviéramos ante un supuesto "típico" de concurrencia legislativa, encontraríamos sin mayores dificultades respuesta al interrogante acerca de cómo funciona esta competencia en materia de sanciones administrativas ambientales. Es decir que, por aplicación de principios generales en el tema, la provincia puede tipificar conductas -susceptibles de sanciones administrativas ambientales- siempre que con ello "no interfiera" con intereses federales contenidos en la normativa nacional, por lo que puede concluirse que, la legislación federal tendría primacía sobre la local<sup>68</sup>.

Al respecto explica García Pulles que "ante la existencia de *facultades concurrentes la legislación local deberá someterse a la federal*, pues [...] la descripción de tipos infraccionales supone también la admisión de ámbitos de libertad, que hacen igualmente al 'progreso' y no podrían ser restringidos por una legislación local, sin mengua de los criterios que hubieran impulsado la regulación federal, salvo autorización constitucional o legal en contrario, de modo que la ley 'contravencional' federal se transformaría en 'piso' y 'techo' de la protección del interés de que se trate y de la libertad del ciudadano, que resultará normalmente su contrapartida"<sup>69</sup>.

Sin embargo, en la disciplina ambiental no nos encontramos ante un caso de concurrencia legislativa clásica "en la que el Estado federal y el provincial confluyen sobre una misma materia y dirimen sus conflictos solo a través del principio de supremacía del orden federal" sino que nos hallamos ante una modalidad novedosa: la de concurrencia *complementaria*<sup>70</sup>. Ella implica que tanto el orden federal como los locales regulan la misma materia -protección ambiental- pero cada uno de ellos en la proporción que la norma constitucional les asigna, la Nación solo los mínimos y las provincias su complemento<sup>71</sup>.

Como dice Esain, "el esquema de complemento deriva del denominado *federalismo de concertación o federalismo cooperativo*, por oposición al federalismo cásico de oposición. Con este nuevo esquema la forma en que se vinculan las competencias concurrentes ya no será como en las doctrinas de antaño, bajo el prisma de la *no interferencia*, con la lisa y llana supresión de las facultades locales, frente a normas federales de superior jerarquía"<sup>72</sup>. "Una de las características de las competencias reguladas en el tercer párrafo [del art. 41 CN] a favor de la Nación y de las provincias es

66 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado...* cit., Tomo IV, p. 603.

67 ESAIN, José Alberto, § cit., 216 y ss.

68 Para profundizar el modo de resolver los conflictos en materia de concurrencias típicas se puede verificar el *leading case* de la Corte "Boto" (CSJN, 1997, Fallos 320:786).

69 GARCÍA PULLÉS, Fernando. "La distinción..." cit.

70 ESAIN, José Alberto. *Competencias...* cit., p. 235.

71 ESAIN, José Alberto. *Competencias...* cit., p. 217 yss.

72 ESAIN, José Alberto. *Competencias...* cit., p. 237.

que, en la medida en que el constituyente las ha atribuido, ellas son exclusivas y desplazan de ese círculo funcional al resto de las actuaciones que se le superpongan. En otras palabras -y esto por imperio del principio del principio de exclusividad-: en la esfera funcional de cada orden llamado a concurrir a la formación de la regulación final, cada uno elimina al resto” (cursiva original)<sup>73</sup>.

Este tipo de distribución en la reglamentación protectora ambiental llevó al citado autor a hablar de un *sistema de legalidad ambiental*, que reúne normativa diversa: por un lado, federal, que regula los presupuestos mínimos de *protección ambiental*, con imperio en todo el territorio nacional; y por el otro, provincial, que establece la *normativa complementaria sustantiva*, solo aplicable dentro de los límites provinciales. A este esquema podríamos adicionarle también las regulaciones municipales, que vendrían a funcionar como un complemento de segundo grado, de mayor protección<sup>74</sup>.

De lo expuesto advertimos que, este tipo novedoso de concurrencia competencial genera que no se puedan aplicar a la sanción administrativa ambiental las reglas generales expuestas en primer término. Para decirlo de otro modo, al encontrarse estructuradas las sub-funciones de protección ambiental entre la Nación y las provincias de forma exclusiva pero concurrente, no es posible aplicar el principio de *no interferencia* para dilucidar cuál va a ser el orden facultado para establecer las faltas e infracciones provocadoras de sanciones administrativas ambientales. Es necesario pensar de qué manera van a influir los dos tipos de normas establecidos en el artículo 41 CN -de presupuestos mínimos y complementarias- en el poder sancionador de la Administración.

Con este panorama en mente, analizaremos ahora el modo de funcionamiento del sistema legislativo aplicado a las sanciones ambientales. Así, lo primero que debemos advertir, antes de adentrarnos en el tema, es que al respecto no existe un “estado de debate” afianzado, no se encuentra el tema consolidado por las opiniones de los expertos. Los más altos avances se detectan a nivel legislativo, aunque ni a nivel jurisprudencial ni doctrinario exista acuerdo sobre los alcances de las figuras. Por este motivo, de nuestra parte solo intentaremos ensayar posibles y potenciales soluciones, para aportar a un debate que entendemos seguirá dándose en el futuro.

Como primera respuesta al interrogante relacionado a la aplicación de las competencias asignadas en el tercer párrafo del artículo 41 CN al sistema de faltas podríamos decir que, le corresponderá a la Nación, como protectora de los presupuestos mínimos, establecer qué conductas violatorias de los mismos considera pasibles de sanciones administrativas; y a las provincias lo mismo, pero con la finalidad de proteger las normas de complemento. Aparentemente la solución es simple: cada orden conserva dentro de su esfera competencial, la respectiva potestad sancionadora. Sin embargo, a esta posibilidad se le pueden oponer algunas críticas.

Por un lado, que las normas de presupuestos mínimos no pueden ser interpretadas de forma aislada, ya que el sistema normativo ambiental debe necesariamente completarse con los complementos provinciales, lo que tornaría incorrecta la imposición de una sanción administrativa por la violación de un mínimo, desconociendo la debida integración del complemento respectivo. Por otro lado, y derivado de lo anterior, podrían presentarse problemas en la implementación de las sanciones, siendo dificultoso imaginar a la Nación imponiendo un castigo a nivel local a un particular por la violación de un mínimo, invadiendo las facultades provinciales y desconociendo también las normas de complemento vigentes en el lugar.

Frente a esto igualmente podría oponerse el siguiente argumento: puede haber casos en donde las normas complementarias no existan, o bien, no sean realmente complementarias, es decir, no mejoren la protección establecida por los mínimos nacionales. A ello puede responderse que el procedimiento administrativo no es el apto para evaluar si las disposiciones complementarias son

---

73 ESAIN, José Alberto. *Competencias... cit.*, p. 237.

74 ESAIN, José Alberto. *Competencias... cit.*, p. 263.

adecuadas o no, siendo este un control que deberían realizar los jueces mediante resoluciones en casos concretos.

Otra alternativa posible podría ser que la Nación, haciendo uso de su competencia constitucional establezca, en las normas protectorias ambientales, aquellos presupuestos mínimos que considere pertinentes referidos a las faltas administrativas ambientales, y luego las provincias, también en cumplimiento de los mismos preceptos constitucionales, establezca los complementos maximizadores al respecto. Esta opción resulta tanto o más reprochable que la anterior, ya que, mediante este mecanismo, en el que necesariamente habría que realizar una interpretación integral de las normas respectivas, se podría caer en graves violaciones al principio de tipicidad, tan caro entre las garantías individuales. Recordemos que la exigencia de tipicidad obliga a que, tanto las penas como las conductas susceptibles de ellas se encuentren concretamente descriptas y delimitadas por una norma legal.

Como posibilidad diferente, podríamos plantear un sistema combinado de supletoriedad y complementariedad, mediante el cual, ante la ausencia de normas provinciales, o su bajo nivel de protección, la Nación tendría la posibilidad de dictar normas subsidiarias. Precisemos esta idea: la Nación, al dictar el presupuesto mínimo, podría establecer qué infracciones considera como de necesaria existencia, no obstante, dicha tipificación sería solo a título supletorio, es decir, se aplicaría hasta tanto las provincias dicten sus propias disposiciones al respecto. Sin embargo, no nos encontraríamos ante un caso “puro” de supletoriedad, ya que la norma federal no quedaría desactivada mediante la mera sanción de una ley local en la materia<sup>75</sup>, sino que sería necesario además que esta última disponga un sistema de protección más estricto. Tampoco estaríamos ante un caso “típico” de complementariedad. Si así fuera las contravenciones establecidas por el orden federal en carácter de piso mínimo deberían maximizarse por las provincias, conformando ambas normas -la nacional y la local- un sistema compuesto, sin anulaciones mutuas. El supuesto que comentamos no funciona de la misma manera, ya que, establecidas las reglas provinciales con una protección mayor a la federal, la norma local desplaza a la nacional en su totalidad, por ser esta supletoria.

Esta alternativa, al igual que las anteriores, no se encuentra exenta de críticas y discusiones. Mencionaremos a continuación solo algunos de los que podrían surgir, pero no nos cabe duda de que podrían hacerse más.

Uno de los primeros problemas que advertimos se relaciona con la legislación de la provincia, que debería ser aplicable por sobre la nacional en la medida que tuviera una tipificación más protectoria. Sin embargo ¿qué significa “más protectoria”? ¿un simple agravamiento de las penas sería suficiente?, o ¿sería necesaria una mejora cualitativa de los tipos infraccionales?

Otro grupo de incertidumbres podría darse en el caso de que la Nación, por ejemplo, establezca en una ley sectorial diez tipos de infracciones, y la provincia, en su norma local, solo replique, agravando sus penas, cinco de ellas, omitiendo referencia al resto. Emergen las siguientes preguntas: ¿tendría validez la norma provincial que parcialmente regule la cuestión? ¿cómo funcionaría el sistema en este caso? ¿se aplicarían ambas disposiciones -la local y la federal- cada una en su porción pertinente, funcionando ambas en paralelo? Si así fuera ¿de qué manera se ejecutaría el sistema sin causar graves violaciones a los administrados? Si no fuese viable la aplicación paralela ¿cuál de las normas tendría preeminencia, la local o la federal?

Asimismo, podrían surgir problemas relativos a la autoridad de aplicación de las sanciones. Si la provincia tuviera sus propias normas contravencionales, en consonancia con lo dispuesto por la

75 Recordemos que el sistema de supletoriedad se encuentra reglado en el artículo 126 CN para el dictado de los Códigos de fondo por las provincias hasta tanto la Nación ejercitara dicha competencia. La diferencia es que con el ejercicio de la función nacional queda *totalmente anulado* el ejercicio competencial local, sea o no de mayor nivel de protección, cuestión ajena al reparto complementario que estamos citando. Para profundizar la mecánica de esta competencia se puede ver BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, Tomo I-A, p. 655.

Nación, es decir, mejorando su protección, no parecería haber mayores dificultades: sería a autoridad local la encargada hacer efectivo el procediendo sancionador. Sin embargo, ante la ausencia de disposiciones locales o su inadecuación ¿Quién sería la autoridad competente para llevar adelante este procedimiento? ¿La Nación o la provincia? Si se optara por la primera posibilidad debería pensarse en mecanismos que le permitan a la autoridad federal -en custodia de lo que ella considera como parámetro mínimo de protección ambiental- estar presente en los territorios de cada provincia con capacidad suficiente para llevar adelante un efectivo contralor del cumplimiento de sus disposiciones, razonamiento que generaría igualmente discusión, fundada principalmente en la autonomía de la que gozan los órdenes locales. Sin embargo, también habría dificultades si se optara por la segunda opción, ya que nos encontraríamos ante órganos locales que deberían perseguir dentro de sus competencias acciones tipificadas por un orden jurídico que les es ajeno, el nacional.

Con lo expuesto, ha quedado evidenciada la dificultad que existe para un efectivo reparto de competencias en materia de sanciones administrativas ambientales. La novedosa distribución que realiza el art. 41 CN complejiza el sistema, y ante la ausencia de normas o jurisprudencia que lo resuelva de modo unívoco, se vuelve necesaria la búsqueda de nuevas formas para lograr un normal y óptimo funcionamiento del sistema sancionador ambiental.

## 5. Actividad interna de la administración: dictámenes técnicos ambientales

### Concepto e importancia

Hasta aquí hemos desarrollado herramientas que podríamos incluir dentro de la modalidad de actuación externa de la administración, en la relación de esta con los administrados. Sin embargo, esta también desarrolla un accionar interno de relevancia para el derecho ambiental. Nos referimos en este caso a los dictámenes ambientales administrativos. Como veremos estos tienen un alto componente técnico, lo que en derecho ambiental resulta de gran importancia atento a la complejidad del objeto de la disciplina. Precisaremos a continuación esta figura.

Siguiendo a Luqui, podemos definir al dictamen como una “opinión fundada en ciencia o arte emitida por un especialista; si versa sobre cuestión jurídica debe apoyarse en derecho”<sup>76</sup>.

Bezzi expresa que el dictamen “consiste en un juicio fundado en una ciencia determinada, que emiten organismos técnicamente calificados a fin de colaborar en el encuadre y comprensión del asunto bajo análisis, para permitir así que el órgano de la Administración activa efectúe una decisión ajustada al ordenamiento jurídico, tendiendo a satisfacer de mejor manera los principios de justicia y legalidad”<sup>77</sup>.

Por su parte, Esain, citando a Gordillo nos explica que los dictámenes son *actos de la administración* (“son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de juicio”) *no hechos* que son las actuaciones materiales; *no jurídicos* (“se trata de decisiones, declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho”)<sup>78</sup>.

Agrega el autor citado que, no debe confundirse al dictamen con los *informes* administrativos. Estos son aquellos que surgen de oficinas técnicas o no técnicas, mediante los que se “relatan *hechos ocurridos* y de conocimiento de la oficina, o se *verifican hechos* expresándose los resultados, o se realizan *averiguaciones*, informándose de ellas. En cambio, en los dictámenes, ‘el funcionario

76 LUQUI, Juan Carlos, “El dictamen jurídico”, en JA, 1954-IV-44, p. 44 y ss.

77 BEZZI, Osvaldo Héctor, “Los Actos de Administración: la Figura del Dictamen Jurídico” en Revista Derechos en Acción, Año 3/N.º 9, Primavera 2018, 148-166.

78 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general*, 1º ed. 1º reimpresión, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, X-4 citado en ESAIN, José Alberto, *Ley general del ambiente comentada concordada y anotada*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, Tomo II, p. 631 y ss.

pertinente emite una *opinión, juicio, consulta, destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir*. Los *dictámenes* forman parte de la actividad llamada *consultiva* de la Administración y se clasifican en *dictámenes facultativos* (que pueden o no solicitarse al órgano consultivo) y *obligatorios* (que son condición de validez del acto). A su vez, los *dictámenes obligatorios* se subdividen en *vinculantes* (cuando es también necesario proceder según lo aconsejado por el órgano consultivo), *semivinculantes* (cuando puede no adoptarse la decisión recomendada, pero no puede adoptarse la solución contraria a la recomendada, o no puede adoptarse la solución observada por el órgano consultivo) y *no vinculantes* (cuando puede adoptarse libremente cualquier decisión, coincida o no con la opinión del órgano consultivo)”<sup>79</sup>.

### La importancia del Dictamen en relación al proceso ambiental: el artículo 33 de la Ley General del Ambiente.

La importancia de la figura en análisis no se limita únicamente al derecho administrativo dándole razonabilidad “técnica” a su actuación, sino que también resulta relevante en el marco del proceso judicial ambiental.

Decimos esto ya que el artículo 33 de la Ley General del Ambiente refiere directamente a ellos y les asigna un valor predeterminado en el proceso. Dice el primer párrafo del precepto: “Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación”.

En un clarísimo comentario a la norma nos dice Esain que esta “se refiere a ‘dictámenes’ sin calificarlos por lo que ingresan en esta norma tanto los facultativos, los obligatorios, los vinculantes, semivinculantes, o no vinculantes. Pero deben ser dictámenes, no meros informes de oficinas técnicas o no técnicas, en que se relatan hechos ocurridos o se verifican hechos expresándose los resultados, o se realizan averiguaciones, informándose de ellas. Debe estar presente lo que distingue el dictamen: la opinión. Y deben tratar sobre daño ambiental. No pueden ser de otro tema. Hasta aquí los aspectos objetivos. Pero no sólo esto. Deben ser “emitidos por *organismos del Estado*”, siguiendo un criterio subjetivo. No puede aplicar a una Universidad, un centro de Estudios, porque la norma dispone que deben provenir de este ámbito. Debe ser emitido por un funcionario en su ámbito competencia. Finalmente, la especificidad por la materia: debe tratar “sobre daño ambiental”. No puede ser una opinión cualquiera sino referida a la materia que ocupa este capítulo de la LGA, la alteración relevante de los sistemas ambientales”<sup>80</sup>.

“Podríamos hacer una disquisición más: dictámenes que *directamente* reseñan aspectos técnicos del daño, como podrían ser sobre el estado de conservación de una especie de flora o fauna, o la contaminación de un río por efluentes, etc. o que *indirectamente* se refieren a estos temas, es decir, una opinión contenida en un dictamen por un experto en un dictamen sobre un tema que no se vincula a daño ambiental, pero que abona sobre tal aspecto parcial emparentado. Por ejemplo, un economista, que podría informar la valoración monetaria o de compensación de una alteración el entorno, en el presupuesto de una obra pública. Por este motivo, el término daño ambiental debe interpretarse en términos amplios, por ejemplo no sólo relacionado al daño colectivo, sino también al daño individual derivado del mismo, a los valores culturales”<sup>81</sup>.

Agrega el autor que la consecuencia de la norma es la de “subir la cotización” del dictamen cuando es agregado a un proceso judicial, en relación a la forma en que se analizan las pruebas documentales. “Así se da un fenómeno de transformación, donde el documento, que era agregado

79 GORDILLO, Agustín, Tratado... cit. citado en ESAIN, José Alberto, *Ley general...* cit., p. 631/632

80 ESAIN, José Alberto, *Ley general...* cit., p. 633.

81 Ídem, p. 633.

en copia o en original (si se solicita el expediente) deja de ser un indicio, elevándose a la categoría de pericia. Recordemos que el dictamen contiene una opinión sobre temas sometidos al escrutinio de un experto que forma parte del Estado. Este especialista en una ciencia, recomienda una o varias posibles trazas para desandar por el funcionario político. El efecto del artículo 33 LGA es que esa opinión es equiparable a la que pueda emitir un experto de la misma ciencia, desinsaculado de la lista oficial siguiendo los procedimientos ordinarios del proceso civil”<sup>82</sup>.

También se han referido a este tema Sabsay y Di Paola diciendo que “la Ley General del Ambiente categoriza a los dictámenes de organismos gubernamentales con la misma fuerza probatoria de los informes periciales. Este artículo constituye una importante contribución a la coordinación de esfuerzos entre los poderes judicial y ejecutivo en aras de la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental. También contribuye a afrontar con los recursos del estado, las medidas probatorias que resultan muchas veces inaccesibles para el común de la población y que se plantean en el marco de un proceso cuyo desenvolvimiento y alcances poseen un claro impacto en la comunidad. Asimismo, en ciertas circunstancias, y mediante el acceso a la información ambiental, consagrado explícitamente en la misma LGA los particulares podrán solicitar al Estado información que ya se encuentra generada por el mismo y que podrá servir como elemento probatorio para el proceso. En otros supuestos, los particulares podrán solicitar al Estado que genere la información para el caso particular si el mismo se encontrara obligado a hacerlo”<sup>83</sup>.

### Recepción jurisprudencial

Por último, haremos referencia en este apartado a algunos fallos judiciales en los que se ha tratado la cuestión de los dictámenes administrativos.

En primer término, nos referiremos al precedente “Longarini”<sup>84</sup>, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que contiene un interesante desarrollo del tema en estudio. El caso llega al Tribunal provincial en virtud de un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la actora frente al rechazo de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata del recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia que rechazó la acción de amparo interpuesta contra el Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción y la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires. La demanda estaba fundada en las omisiones en el control por parte de la autoridad pública respecto del establecimiento industrial propiedad de empresa Atanor, ubicado en la localidad de Munro. Asimismo, solicitaron se ordene la clausura inmediata por no contar con certificado de aptitud ambiental.

En la sentencia dijo la Suprema Corte:

“los jueces de la Cámara acordaron hacer propios los argumentos expuestos por la magistrada de primera instancia -que concluyó en que en la tramitación de la causa no se logró acreditar que la empresa genere un daño ambiental al entorno en que desenvuelve su actividad industrial- razón por la cual el agravio bajo análisis debe abordarse desde la óptica del juicio efectuado en aquella instancia en relación a los elementos probatorios colectados (punto 6° y 7° de la sentencia). Tal tarea se sustentó, fundamentalmente, en el confronte con las demás constancias de la causa del informe producido con fecha 24-III-2004 por la doctora Vallejo que arrojó altas concentraciones de talio en los análisis de sangre y orina de

82 Ídem, p. 634.

83 SABSAY, Daniel Alberto y DI PAOLA, María Eugenia, “Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental, recomendaciones para su reglamentación”, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Unión Mundial para la Naturaleza, Buenos Aires, 2003, p. 40.

84 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires - A. 70.082, “Longarini, Cristian Ezequiel y otros c/Ministerio de la Producción y otros s/amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”

vecinos de la zona (v. fs. 7/9). En tal sentido, la jueza verificó que los informes del Centro de Toxicología, Asesoramiento y Servicios de la ciudad de Rosario y el Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas y del Servicio de Toxicología del Hospital ‘Sor María Ludovica’ descalificaron aquella opinión por considerarla incompleta y carente de rigurosidad científica (v. fs. 946/964, 991/995 y 1010/1012 del expte. adm. 2145-3437/97).

También puso de relieve que obran en el expediente administrativo las constancias de la realización de un muestreo de suelo a tres profundidades en la zona aledaña a la empresa Atanor, identificada como la zona de mayor conflictividad respecto del talio. Expresó que los muestreos fueron realizados por personal del laboratorio de la Secretaría de Política Ambiental entre los días 30-VII-2004 y 9-VIII-2004. Indicó que las muestras fueron numeradas en forma correlativa y procesadas por el Centro de Investigaciones del Medio Ambiente (CIMA) de la Universidad Nacional de La Plata. De los análisis efectuados por la Comisión de Energía Atómica (CNEA) y el Instituto de Tecnología Minera (INTERMIN) surge que no se detectó presencia de talio en ninguna de ellas.

La jueza adunó asimismo que con motivo del informe de la doctora Vallejo, el apoderado de la Municipalidad de Vicente López efectuó una denuncia ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 1 de San Isidro, por posible contaminación con talio de un grupo de vecinos de las localidades de Munro-Carapachay, bajo la presunción que era derivación del uso de productos químicos en el proceso industrial de la firma Atanor. En la citada causa penal el Juzgado Federal de San Isidro ordenó la extracción de muestras del suelo de la Plaza Sarmiento de la localidad de Carapachay, en tres sectores diferentes a los fines de determinar si contienen la sustancia denominada talio (res. de 28-II-2006, v. fs. 1814/1822) diligencia que se llevó a cabo con la intervención del Departamento Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, en presencia de los peritos químicos del Laboratorio de Toxicología y Química Legal del Cuerpo Médico Forense de la Justicia nacional. La jueza meritó que tanto el Cuerpo Médico Forense, como el perito de parte doctor Carlos Gotelli, arribaron a la conclusión de que los valores de talio registrado en las muestras demostraba que las tierras analizadas no se encontraban contaminadas con talio y las cantidades halladas no resultaban peligrosas para la salud de las personas (v. fs. 1818 vta. de autos).

A su vez hizo referencia a los análisis realizados por la Secretaria de Política Ambiental, el Centro de Investigaciones del Medio Ambiente (CIMA) de la Universidad Nacional de La Plata, la Comisión de Energía Atómica (CNEA) y el Instituto de Tecnología Minera (INTERMIN), a partir de la muestra de referencia de suelo provista por el National Water Research Institute de Canadá, concuerdan en señalar que los valores del elemento talio en la zona del conflicto se encuentran por debajo de los límites de cuantificación.

*A estos dictámenes les asignó mayor fuerza y valor probatorio que al informe presentado por los actores con la demanda. Esta ponderación la sustentó en el art. 33 de la ley 25.675 destacando que tales dictámenes, producidos por organismos estatales en materia ambiental, pasan de tener un valor documental a constituirse como prueba pericial, con las implicancias que de ello deriva, al momento de apreciar su valor probatorio. En definitiva, por su coherencia y base de sustentación les asignó una fuerza y valor probatorio prevalente respecto del informe acompañado por los actores con la demanda a fs. 7/9” (el destacado nos pertenece)*

Más adelante agrega la Suprema Corte:

“En la especie, los jueces de la causa abordaron el análisis de los informes en cuestión desde la óptica del art. 33 de la ley 25.675, que atribuye naturaleza de prueba pericial a los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental. En este contexto, no se advierte que los agravios desarrollados por el recurrente a fs. 2126/2128 alcancen a poner

en evidencia que los jueces cometieron un error grave al apreciar el material probatorio en tanto surgiría de su análisis que la actividad cuestionada ocasiona graves daños al entorno”

Como vemos, resulta patente la relevancia que adquieren los dictámenes administrativos dentro del proceso. Concretamente, los dictámenes científicos que fueron presentados en autos fueron considerado por sobre el informe médico de los actores con mención expresa al artículo 33 LGA.

Otros fallos importantes resultan ser “Majul”<sup>85</sup> del 11.07.2019 y “Nordi Ameris”<sup>86</sup> del 29.8.2019, ambos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, analizaremos cada uno de ellos.

El caso “Majul” se originó por problemas en la Provincia de Entre Ríos por un emprendimiento inmobiliario en una zona de humedales. El caso llegó al más alto Tribunal en virtud de un recurso de queja extraordinaria interpuesto por la parte actora frente al rechazo de la acción de amparo por parte del Superior Tribunal provincial.

Respecto del tema en análisis, sobre el final del considerando 7°) dijo la Corte:

“Por otra parte, 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. En efecto, sin perjuicio de las denuncias de los vecinos ante la Secretaría de Ambiente de la provincia –y demás organismos– en los que solicitaban la interrupción de la obra por violación a normas ambientales (fs. 322/323 vta.; 378; 391/392; 400 y 875), resulta que la empresa realizaba movimientos de suelo pues lo constató la propia Secretaría (fs. 334) en algunos casos durante períodos en donde se encontraba suspendido el proyecto (conf. resolución 586/2013 –fs. 362/365–). Cabe agregar que el Director de la Dirección de Desarrollo Sustentable de la Municipalidad de Gualeguaychú envió a la Secretaría de Ambiente Sustentable de la provincia un acta de constatación y fotografías informando la ejecución de obras y movimientos de suelo a gran escala (fs. 652/656).

Asimismo, el Informe de la Secretaría de Desarrollo de la Municipalidad de Gualeguaychú (original incorporado al “Legajo Documental Municipalidad de Gualeguaychú”, n° 5916, fs. 46/54) evidencia las graves transformaciones en el área en el transcurso del tiempo y cómo se desarrolló un impacto negativo en el ambiente. En efecto, 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” (fs. 752), en las últimas cuatro imágenes fotográficas (fs. 754/756) aflora que el relleno del emprendimiento “aumentará la mancha de inundación sobre el área urbana de la ciudad de Gualeguaychú”. En resumen, del informe citado se pueden constatar las graves transformaciones en el área durante el transcurso del tiempo y la alteración negativa al ambiente en el valle de inundación.

En ese contexto, el Director de la Dirección de Hidráulica de la Provincia de Entre Ríos, Ingeniero Gietz, envió dos oficios –septiembre de 2014– (fs. 620/623, uno dirigido a la Secretaría de Ambiente de la provincia y el otro a la Secretaría de Estado de la Producción) en donde compartió el informe del Ingeniero en Recursos Hídricos José Luis Romero, del cual surgía que existe una afectación en el valle de inundación –humedal–. Del informe del Ingeniero Romero (fs. 623/628, informe original a fs. 613/618 del expediente administrativo 1416477 del Gobierno de Entre Ríos) surge, en síntesis, que “la construcción de la obra implicaría una sobreelevación del nivel del río en el tramo de aguas arriba de la obra [... que] en

85 CSJ 714/2016/RH1 autos “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental, resolución del 11.07.2019.

86 CSJ 180/2010 (46-N)/CS1 ORIGINARIO autos “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental”, resolución del 29.8.2019.

zona de desarrollo urbano, pueden ser en algún momento la diferencia entre inundarse y no inundarse” (fs. 624).

*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).”(el destacado nos pertenece)*

Nuevamente vemos cómo el precepto del artículo 33 es usado para darle preminencia a cierta prueba dentro del expediente. Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que en caso citado no se refiere expresamente a dictámenes, sino que enumera actas de constatación e informes de algunos organismos. Recordemos la diferencia que habíamos mencionado al respecto. Habría que analizar si los informes mencionados, más allá del nombre que reciben, importan una opinión técnica, ya que este es el núcleo central de los dictámenes a los que se refiere el primer párrafo del artículo 33 LGA.

Por último, haremos referencia al fallo “Nordi Ameris”. La causa llega a la instancia extraordinaria por una medida cautelar donde se pide se “...ordene a las demandadas llevar adelante las obras indispensables para garantizar un mínimo de circulación de agua que mantenga vivo el Arroyo y que permita el tránsito de embarcaciones pequeñas para el acceso a las propiedades de los vecinos del Arroyo Tarariras...”. Para analizar el caso, la Corte como medida para mejor proveer solicitó remisión de copias certificadas de los expedientes administrativos vinculados con la situación que motiva esta causa.

Al respecto, dice la resolución:

“4°) Que del cotejo de los expedientes administrativos instruidos en el ámbito provincial se desprende la existencia de numerosas denuncias de vecinos y navegantes que han identificado una embarcación afectada al dragado del canal Emilio Mitre, que estaría volcando el material refulado en el sector comprendido entre los kilómetros 58 y 62 del río Paraná de las Palmas. Como consecuencia de ello, de acuerdo al informe técnico realizado por la Dirección Provincial de Hidráulica, los ríos y arroyos de la margen derecha, aguas abajo, que desembocan en el río Paraná, han incrementado notablemente en las bocas y cursos interiores el embancamiento existente desde que la draga comenzó con las tareas señaladas (fs. 10 del expediente 2406-11066).

5°) Que reviste particular importancia el informe realizado por la consultoría técnica de la Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas, en cuanto señala que, del pliego de bases y condiciones para la concesión de obra pública relativa a las tareas de dragado y mantenimiento de la vía navegable troncal del río Paraná, no surge que el producto del dragado podía ser depositado en la traza correspondiente al cauce del río Paraná de las Palmas, entre los kilómetros 58 y 62. Asimismo, ese informe refiere que: (i) de continuar con el sistema de depósito del material proveniente de las tareas de dragado, la totalidad de las vías secundarias de navegación constituida por ríos, arroyos y pequeños canales, se verán -en un lapso relativamente breve- totalmente embancados; (ii) las corrientes hídricas en los cursos secundarios tienen una velocidad de escurrimiento varias veces menor al observado en el curso del río Paraná de las Palmas, al tiempo que la acción de flujo y reflujo de los cursos secundarios produce que los materiales terrosos entrados al curso por arrastre y en suspensión, precipiten y se depositen -en la mayoría de los casos- en lugares próximos al encuentro de las vías principal y secundaria; (iii) en función de lo anterior, el organismo provincial considera que los materiales resultantes del dragado deberían ser depositados sobre tierra firme o -en su defecto- producir su vuelco en ‘zona extradelta’ (fs. 204/204 vta, del expediente 2406-11066).

El informe citado concluye con una recomendación dirigida al Estado Nacional, para que

‘...disponga las medidas conducentes a restablecer la situación existente con anterioridad a las obras y a cesar con la metodología de trabajo que condujo a la situación actual’ (fs. 204 vta).

6°) Que, posteriormente, el Departamento de Asuntos Legales y Judiciales de la Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas produjo un informe que, en forma asertiva, señala que ‘...efectuadas las inspecciones de rigor, se constató que el dragado de la vía navegable en cuestión, incrementó el embancamiento de ciertas bocas de ríos y arroyos, debido a que el material extraído es volcado dentro de los kilómetros 58/62 del Río Paraná de las Palmas, cuya corriente transporta el sedimento aguas abajo...’ (fs. 319/320 del expediente 5100-47370/2014).

7°) Que adicionalmente a lo señalado, obra en la causa un informe técnico suscripto por peritos navales, agregado por la actora como prueba documental a fs. 145/156, en el cual concluyen que ‘...existe un grado de probabilidad muy alto de que, de los dos componentes de sedimentación en el área de interés (el natural y el antrópico producido por la resuspensión -poner nuevamente en suspensión las partículas depositadas en el fondo- derivada del re dragado y descarga del material de Hidrovía S.A.), el que hoy perjudica a los vecinos es exclusivamente el antrópico atribuible al dragado y la disposición del material de dragado’. Los expertos también coincidieron en que ‘...no debe efectuarse la disposición de material dragado sobre el mismo curso de agua... (...)...sin antes verificar la incidencia del nivel de poluentes que posee el material extraído...’ (fs. 156).

(...) 9°) Que en causas que revisten naturaleza ambiental, como ocurre en el caso sub examine, *resulta de plena aplicación la previsión del artículo 33 de la Ley General del Ambiente, 25.675, en cuanto dispone que ‘Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación...’.*” (el destacado nos pertenece).

Aquí, nuevamente vemos que se refiere expresamente a “informes” y no ha dictámenes, sin perjuicio de ello hace plena aplicación del artículo 33 LGA al momento de meritar dicha prueba incorporada al expediente para ordenar con “carácter de medida cautelar a Hidrovía S.A. que realice las obras de dragado y despeje que resulten necesarias e indispensables para garantizar un mínimo de circulación de agua en el arroyo Tarariras” ■

# La reparación de daños ambientales

— Por Juan Sebastián Lloret

## 1. Daño ambiental colectivo contra la sociedad.

La importancia del daño ambiental, en la Argentina, es un hecho indiscutible y basta para afirmar su recepción en el texto constitucional: es la única vez que aparece la voz “daño” en toda la carta magna.

Como expuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental afecta el goce efectivo de los derechos humanos (párr. 47). Por ello, huelga aclarar que los casos de responsabilidad ambiental deben ser resueltos conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (art. 1 CCyCN).

Solo para ilustrar algunas bases del sistema constitucional ambiental, establezcamos que el derecho fundamental al ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y las obligaciones estatales con el poder de policía que de este derivan, se encuentran establecidos fundamentalmente en el artículo 41 de la Constitución Argentina. Que las competencias legislativas de este artículo, se integran con las previsiones sobre dominio y jurisdicción provincial del artículo 124 2do. párr., el reaseguro de la autonomía municipal del artículo 123 y las atribuciones exclusivas del Congreso del artículo 75, incisos 12, 13, 30 y 32 de nuestra Ley Fundamental. Y que, finalmente, la garantía jurisdiccional en clave constitucional se encuentra en el artículo 43 complementando el 18 de la Constitución Nacional.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible<sup>1</sup> está consagrado expresamente en el artículo 11 del “Protocolo de San Salvador”, estableciendo que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos y los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (párr. 56, OC-23/17, Corte IDH)<sup>2</sup>. Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, socia-

1 Cfr. Consejo de Derechos Humanos, Resolución N° 19/10, titulada “Los derechos humanos y el medio ambiente”, aprobada el 22 de marzo de 2012, Doc. ONU A/HRC/RES/19/10, y Consejo de Derechos Humanos, Resolución 28/11 titulada “Los derechos humanos y el medio ambiente”, aprobada el 26 de marzo de 2015, Doc. ONU A/HRC/RES/28/11.

2 Cfr. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999. Los siguientes Estados miembros de la OEA han ratificado el Protocolo de San Salvador hasta la fecha de emisión de la OC-23/17-CorteIDH: (1) Argentina, (2) Bolivia, (3) Brasil, (4) Colombia, (5) Costa Rica, (6) Ecuador, (7) El Salvador, (8) Guatemala, (9) Honduras, (10) México, (11) Nicaragua, (12) Panamá, (13) Paraguay, (14) Perú, (15) Surinam y (16) Uruguay.

les y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana (*conf.* párr. 57, OC-23/17, Corte IDH).

Sentado esto, centremos nuestra mirada en el artículo 41 CN, que expresa que el *daño ambiental* generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

La legislación específica (*conf.* art. 1709 del Código Civil y Comercial de la Nación -CCyCN-), a su turno, dispone el reproche del *daño ambiental* mediante la responsabilidad *civil* y la *penal* (art. 29, Ley 25.675 de Política Ambiental Nacional -en adelante LGA-).

Además, este mismo artículo cita la responsabilidad *administrativa* como independiente de aquellas otras dos. Su diferenciación en el texto, gana coherencia si rápidamente la entendemos dirigida al estadio del *pre-daño*, permitiendo el ejercicio del poder de policía ambiental a las administraciones con un énfasis claramente preventivo, ordenado a la gestión de los impactos para el uso racionalizado de los recursos ambientales.

Y es que el principio de responsabilidad ambiental, sin perjuicio de las particularidades de estos tres sistemas de responsabilidad vigentes, ata a la calidad de generador de efectos degradantes contra el ambiente, actuales o futuros, con la obligación de asumir los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición (art. 4, Ley 25.675). Es decir que dentro de la figura del *generador-degradador*, podemos ubicar las especies del *generador-impactador*, cuya actividad se controla y sanciona mediante la actividad administrativa, y el *generador-dañador* cuya responsabilidad preventiva, recompositiva y/o criminal se ventila en sede judicial.

El enfoque de imputación del *daño ambiental* atiende, entonces, tanto a las consecuencias civiles extracontractuales sobre el ambiente y ecosistemas derivadas de hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, acontecidas por acción u omisión (art. 27, Ley 25.675), como también al reproche penal derivado de la contaminación con riesgo a la salud del ambiente en general, mediante el uso de residuos peligrosos (art. 55, Ley 24.051, en función del art. 200 del Código Penal -C.P.-). Esto es lo que la jurisprudencia nacional denomina “Macro Bien” (CSJN; Fallos: 340:1695).<sup>3</sup>

Asimismo, estos ámbitos de responsabilidad asumen los daños sobre los elementos o “Micro-Bienes”. En este sentido son delitos con resultados dañosos que pueden alcanzar bienes ambientales la contaminación con residuos del suelo, el agua o la atmósfera de un modo peligroso para la salud (arts. 55, 56 y 57, Ley 24.051), el envenenamiento de aguas potables (art. 200 C.P.), el estrago sobre bosques (arts. 186.2.c y 189 C.P.), la caza de animales de la fauna silvestre de especies prohibidas o vedadas, utilizando armas, artes o medios prohibidos, y su transporte, comercio o industrialización de piezas (arts. 25 a 27, Ley 22.421), la violación de normas sanitarias animales (art. 206 C.P.), infligir malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales (art. 1, Ley 14.346), las tareas de prospección, remoción o excavación en yacimientos arqueológicos y paleontológicos con deterioro, y su transporte, comercio o industrialización de piezas y tentativa de tráfico (arts. 46 al 49, Ley 25.743), los daños al patrimonio natural o cultural agravados (art. 184.5 C.P.) y el tráfico ilícito de Bienes Culturales (arts. 863 y 864 y el agravante del 865 inc. g en función de la prohibición del 610 inc. f), todos del Código Aduanero). En general, también las conductas típicas del delito de daños (arts. 183 y 184 C.P.) y de la violación y omisión de deberes ambientales funcionales -deberes de la buena gobernanza ambiental- (art. 248 C.P.), pueden tener la potencialidad de dañar micro bienes ambientales.

Pues bien, concentrándonos ya en el aspecto no penal del daño ambiental, denominado de incidencia colectiva (art. 27, Ley 25.675), podemos definir normativamente su campo como el abarcado por toda:

3 Gonzalo Sozzo entiende que los macrobienes en el Código reformado son el ambiente y la cultura. Al respecto, el patrimonio cultural reporta como un *micro-bien* cultural. Para un estudio profundizado de la teoría de los bienes ambientales: Sozzo, G.; *El giro ecológico del derecho privado* -1ª ed. revisada - Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2019; sobre todo el Capítulo VI, págs. 371-524.

- *Alteración relevante negativa del medio ambiente;*
- *Alteración relevante negativa de los recursos ambientales;*
- *Alteración relevante negativa del equilibrio de los ecosistemas;*
- *Alteración relevante negativa de los bienes colectivos; y*
- *Alteración relevante negativa de los valores colectivos.*

Ahora bien, la comisión del daño ambiental colectivo desencadena la obligación del o los autores de *repararlo frente a la sociedad*, no frente al Estado o particulares (*conf.* art. 31, Ley 25.675). El Estado o particulares pueden reclamar su recomposición judicialmente como gestores interesados en el bien colectivo (*conf.* art. 30, Ley 25.675). Su reparación involucra el interés general de la sociedad y por lo tanto las normas que rigen el sistema son de orden público (art. 3, Ley 25.675), podrán conformar normativa sobre presupuestos mínimos (art. 241 CCyCN y art. 6, Ley 25.675) o bien resultan normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público (art. 240 CCyCN) y por tanto son imperativas frente a las convenciones particulares (art. 12 CCyCN).

Falta una breve distinción. El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas (párr. 59, OC-23/17, Corte IDH). En este sentido, nuestro derecho privado reconoce ambas expresiones (art. 14 CCyCN), resultando los derechos de incidencia colectiva un límite al ejercicio abusivo de los individuales.

En la *dimensión colectiva*, de la sociedad en su conjunto, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras (párr. 59, OC-23/17, Corte IDH). Como *derecho autónomo* protege los componentes del medioambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos (párr. 62, OC-23/17, Corte IDH).

Esto ha sido reflejado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos: 326:2316 (“Mendoza, Silvia Beatriz”), explicando que se “tutela un bien colectivo, el que por naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes” y que “La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo”.

Esta dimensión colectiva, es la que trataremos en este capítulo, en tanto, los daños que inciden colectivamente en la sociedad son también claramente un cometido del Ministerio Fiscal.

Queda claro que el derecho al medio ambiente sano también tiene una *dimensión individual*, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos (párr. 59, OC-23/17, Corte IDH). De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al *contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos*, derechos humanos de dimensión individual, incluyendo el de propiedad (párr. 63, OC-23/17, Corte IDH). Estos últimos legitiman para reclamar al damnificado la reparación plena del daño restituyéndole la situación al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie (art. 1740 CCyCN), y también al damnificado directo o a sus deudos para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741 CCyCN).

La Corte Argentina sostuvo que “Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener

una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera” de incidencia colectiva (Fallos: 332:111).

Cerramos el punto ratificando que hay un interés general de la sociedad que esta innegablemente ínsito en la degradación del medio ambiente, en tanto puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para *la existencia de la humanidad* (párr. 59, OC-23/17, Corte IDH). Por ello, al abordar exclusivamente la tutela del bien colectivo, la Corte Nacional desarrolla el modo de abordaje, donde “tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro [ya que -según se alega- ese caso 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” (Fallos 326:2316). Y en esa secuencia gradual debe dedicarse el Ministerio Público Fiscal.

### Intereses generales ambientales de la sociedad

El preámbulo constitucional denuncia como una de las razones para celebrar el histórico Congreso General Constituyente de representantes del pueblo de la Nación Argentina de 1853, el objeto de *promover el bienestar general* para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino. La sociedad (“nosotros”), las generaciones futuras (“nuestra posteridad”) y la humanidad (“los hombres del mundo”) solo encontrarían *mal-estar general* sin la protección del medio ambiente.

En la relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, surgen múltiples puntos de conexión por los cuales todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio (párr. 54, OC-23/17, Corte IDH).

“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” (CSJN; Fallos 326:2316).

Recuerda la Corte Interamericana que la “Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano” de 1972 estableció que “[e]l desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida”, afirmándose la necesidad de balancear el desarrollo con la protección del medio humano. Posteriormente, en la “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” de 1992, los Estados reconocieron que “[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible” y, a la vez, destacaron que “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo”. En seguimiento de lo anterior, en la “Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible” de 2002 se establecieron los tres pilares del desarrollo sostenible: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental (párr. 52, OC-23/17, Corte IDH). Además, al adoptar la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” en 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que el alcance de los derechos humanos de todas las personas depende de la consecución de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, social y ambiental (párr. 53, OC-23/17, Corte IDH).

No propugna el Derecho de los derechos humanos una protección al ambiente autónoma y universal *sin* el hombre, ni *para* el hombre, sino *con* el ser humano situado en él.

La técnica de la protección del medio ambiente regulando las conductas humanas es, una protección por *vía refleja*, desarrollada a partir de la idea de que, en el marco del actual derecho inter-

nacional del medio ambiente, la protección de la biósfera es eficaz a través de la *indirecta* y necesaria protección de los *seres humanos*<sup>4</sup>.

En palabras de la Corte Suprema “El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. 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 infra constitucional 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” (Fallos: 340:1695).

Esto nos lleva a recordar –y glosando a Cao– que existen en nuestra Constitución Nacional un grupo de derechos preponderantemente económicos que giran alrededor de la esfera de la libertad con relación a la producción y el intercambio de bienes y/o servicios con valor agregado, y que a su vez presuponen la existencia del derecho de propiedad privada y que conforman el *bloque de derechos económicos de producción*<sup>5</sup>: (i) el derecho de ejercer industria lícita (art. 14 C.N.); (ii) el derecho de comerciar en mercados transparentes (arts. 14 y 42 C.N.); (iii) el derecho de ejercer una profesión autónoma o trabajo, o bien desarrollar un emprendimiento económico por cuenta propia (art. 20 C.N.); (iv) el derecho al uso racional de los recursos naturales (art. 41 C.N.) y (v) el derecho de asociarse con fines útiles (art. 14 C.N.), cuyos ejercicios de buena fe (art. 9 CCyCN) y regulares, como un derecho propio o cumpliendo una obligación legal, no puede constituirlos como actos ilícitos (art. 10 CCyCN).

Explica la Corte Nacional que “...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 1º, 2º y 4º de la Ley General del Ambiente 25.675). Todo ello en consideración de los objetivos generales de bien común, como aquel que la comunidad internacional ha trazado para garantizar ‘modalidades de consumo y producción sostenibles’ en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, objetivo 12)” (Fallos: 342:917).

El conflicto ambiental acontece entonces con el ejercicio de forma lesiva contra los derechos ambientales, contrariando instrumentos de la gestión y la política ambiental<sup>6</sup> o los fines del or-

---

4 KISS, Alexandre y SHELTON, Dinah. Judicial Handbook on Environmental. 2005. Nairobi: United Nations Environment Programme, págs. 30/31.

5 CAO, Christian; Constitución socioeconómica y derechos fundamentales. Estudio comparado entre los casos de España y Argentina, Tesis doctoral - Servicio de Registro, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, págs. 303 y ss. En formato digital: <http://cisne.sim.ucm.es/>

6 Art. 8 LGA.- Los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes: 1. El ordenamiento ambiental del territorio; 2. La evaluación de impacto ambiental; 3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas; 4. La educación ambiental; 5. El sistema de diagnóstico e información ambiental; 6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable.

denamiento jurídico ecológico<sup>7</sup> o ejercitando actos con afectación dañosa al sistema de ambiente y abriendo la obligación jurisdiccional de ordenar lo que sea necesario para evitar los efectos abusivos colectivos y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización (conf. arts. 14 *in fine*, 240 y 10 CCyCN).

La obligación constitucional dirigida las autoridades de promover el cuidado ambiental frente al abuso en los derechos económicos de producción se aborda mediante las *obligaciones estatales de “respetar”* y *“garantizar”* los derechos a la vida y a la integridad personal frente a posibles daños al medio ambiente -art 1.1 de la Convención Americana-, porque además del derecho a un medio ambiente sano autónomo -incluso compartido con todas las especies y seres vivos-, como se mencionó previamente *los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos*, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio (párrs. 47 a 55, OC-23/17, Corte IDH).

Estos derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como *derechos sustantivos* -por ejemplo, los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad, el derecho a no ser desplazado forzosamente y el derecho a la paz, puesto que los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que se desplaza-, y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como *derechos de procedimiento o de acceso* -tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo- (párrs. 64 y 66, OC-23/17, Corte IDH).

La Corte Interamericana sostiene que la *primera obligación de “respetar”* comprende necesariamente la noción de restricción al ejercicio del poder estatal: (i) abstenerse de cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo son, en general y entre otros, los derechos sustantivos antes identificados; y (ii) abstenerse de contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas estatales afectando la calidad o el acceso al agua potable y/o a fuentes de alimentación (párr. 117, OC-23/17, Corte IDH).

La *segunda obligación, de “garantía”*, implica que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad. En este sentido, se proyecta en: (i) el deber de prevenir, más allá de los agentes estatales y abarcando asimismo la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos mediante medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que mejoran los procedimientos para ejercer un control democrático de su gestión; y (ii) asegurando que las eventuales violaciones a las medidas y los bienes sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es suscep-

7 Art. 2 LGA. - La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: a) 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; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión; d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal; i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma; j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional; k) 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.

tible de acarrear sanciones para quien las cometa [en Argentina, mediante las responsabilidades administrativa y penal], así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales [mediante nuestra responsabilidad civil] (párr. 118, OC-23/17, Corte IDH).

En el derecho ambiental nacional encontramos cuatro directrices que organizan el sentido previsor y reparador que aglutina tanto a la gobernanza ambiental, como al poder de policía ambiental y al reproche reparativo ambiental, contenidas en el artículo 41 constitucional: el principio de congruencia<sup>8</sup>, el principio preventivo<sup>9</sup>, el principio de precaución<sup>10</sup> y el principio de responsabilidad<sup>11</sup> (art. 4, Ley 25.6745). Estos cuatro principios organizan y dotan de sentido a la tarea aplicativa de las normas de regulación de las actividades humanas sobre el ambiente en el sistema argentino.

Entre los principios, el criterio precautorio es el estadio más enérgico de la obligación de garantía estatal, llevando una carga de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público y en cuya aplicación lo obliga a suspender las autorizaciones y sus ejecuciones de los procesos productivos ante la ausencia de información o certeza científica. Como sostuvo la Corte Federal “... 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, pues la aplicación de aquél principio [precautorio] implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (Fallos: 332:663).

Bajo esta óptica, resultan obligatorios, reclamables y justiciables los incumplimientos a los preceptos obligatorios de las leyes administrativas ambientales de orden público, tales como la evaluación de los impactos ambientales previos a obras o actividades<sup>12</sup>, el brindar la información ambiental requerida<sup>13</sup> y participar en los tramites ambientales<sup>14</sup>, como también son ejercitables acciones de amparo para hacer cesar actividades ambientalmente dañosas<sup>15</sup>, acciones para prevenir un daño ambiental<sup>16</sup>, y finalmente, acciones colectivas para recomponer un daño ambiental ya

8 Art. 4 LGA.- La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: [...] Principio de congruencia: 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.

9 Art. 4 LGA.- La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: [...] 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.

10 Art. 4 LGA.- La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: [...] 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.

11 Art. 4 LGA.- La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: [...] Principio de responsabilidad: 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.

12 Art. 11 LGA.- 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.

13 Art. 16 LGA.- Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.

14 Art. 19 LGA.- Toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.

15 Art. 30 LGA.- ... Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

16 Art. 1711 CCyCN.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

causado<sup>17</sup>.

Este estándar de posibilitar una justiciabilidad amplia se ve en la Corte Argentina en el caso “A.C. Protección Ambiental del Río Paraná”<sup>18</sup> cuando declara procedente el recurso extraordinario contra una sentencia apelada por arbitrariedad, en tanto el tribunal inferior no había realizado el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, por omitir toda referencia a la prueba colectada en primera instancia.

## 2. Macro y micro bienes ambientales alterados negativamente.

Corresponde enfocar ahora la definición del daño ambiental de incidencia colectiva, cuya noción permite articular eventuales acciones de prevención, de cese, de recomposición e indemnización (y hasta de penalización criminal), ante la justicia ordinaria competente.

Recordemos que la conducta dañosa puede consistir en hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, tanto por acción u omisión (art. 27, Ley 25.675), que violen los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre bienes colectivos ambientales:

- impuestos por las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público ambiental (art. 240 CCyCN) o la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable (art. 241 CCyCN), y/o

- que llegan a afectar el funcionamiento de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley ambiental especial (art. 240 CCyCN), y/o

- que contraríen los fines de sustentabilidad del ordenamiento jurídico ambiental, según los criterios previstos en la ley ambiental especial (arts. 240 y 10 CCyCN).

Tornan, por consiguiente, en lesiva (art. 1749 CCyCN) y/o abusiva la conducta individual (art. 10 CCyCN), y hacen responder objetivamente por la recomposición al estado anterior a su producción quien lo causa, conforme el artículo 28 LGA.

Vamos a reiterar por razones pedagógicas que define el artículo 27 de la Ley 25.675, como *daño ambiental de incidencia colectiva* toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos (en infracción normativa, o en desequilibrio funcional o insustentabilidad, abusivamente).

Ese conjunto de bienes colectivos protegidos, pueden ser caracterizados como una relación de continente y contenido, de conjunto y de elementos, todos susceptibles de ser dañados con incidencia social. Así, dijo la Corte Suprema 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 de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible” (Fallos: 340:1695). Analicémoslos desde la óptica de las conductas que los alteran.

17 Art. 28 LGA.- El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

18 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” – Expte. N° CSJ 03570/2015/1/1/RH001, sentencia del 02/07/2020. Se revoca la sentencia que dejaba sin efecto una medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada ante posibles emanaciones de efluentes gaseosos y líquidos vertidos sobre el río Paraná, así como por el enterramiento de residuos peligrosos. En el caso había un informe del Instituto Nacional de Tecnología, un informe del Centro Nacional de Intoxicaciones – Servicio de Toxicología del Hospital Nacional Alejandro Posadas, un informe de laboratorio elaborado por el Centro de Investigaciones del Medio Ambiente del Departamento de Química de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de La Plata, prueba testimonial e informes técnicos elaborados por el Departamento de Delitos Ambientales – División Operaciones de la Policía Federal Argentina con muestras de residuos sólidos y líquidos oportunamente obtenidas del predio industrial y de los lindantes examinadas por el Centro de Investigaciones Medio Ambientales (CIMA) de la Universidad de La Plata que confirmó la presencia en ellas de residuos que podrían resultar peligrosos.

### Alteración relevante negativa del medio ambiente:

Todo indica que el problema central del abordaje del sistema de ambiente como bien jurídico dañado es dimensionarlo, darle una escala como sistema-objeto de estudio y establecer las condiciones dinámicas asumidas como estables (sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano actual y futuro) que pudieran haber sido alteradas de forma relevante y negativa.

Definitivamente tratar el problema como un sistema complejo compuesto de relaciones entre distintos elementos y factores (biofísicoquímicos o naturales y los sociales, económicos y culturales), deriva en una necesidad de establecer límites espaciales y temporales “del ambiente” que será base del análisis de alteración<sup>19</sup>. Por supuesto que estos criterios técnico-forenses se desarrollarán en el capítulo pertinente a los peritos.

Pero para fijar una idea de dimensión e importancia, diremos que dentro la *ecósfera* -que es la capa de unos 10 kilómetros medidos por sobre la tierra y por debajo, también incluyendo el área de las profundidades del mar-, en nuestro ambiente, acontecen interacciones *dinámicas* y *ciclos biogeoquímicos* -del carbono, nitrógeno, fósforo, azufre, oxígeno, y del agua o hidrológico-<sup>20</sup>. Estos fenómenos *biosféricos*, son impulsados por la energía solar y la gravitatoria. Como resultado, los nutrientes circulan principalmente entre la atmósfera y los organismos vivos y hacen posible nuestra existencia<sup>21</sup>. Esta realidad es la que el derecho refleja al concebir como un *prius existencial* al ambiente y su protección. Veamos algunos de los conceptos jurídicos involucrados. Comencemos observando los problemas ambientales de gran escala, incluso planetaria o global, descendiendo a otras menores.

### El sistema climático:

La Ley 24.295, que aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, lo define como un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que *altera la composición de la atmósfera mundial* y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables (art. 1.2; en el mismo sentido el art. 3 inc. a, Ley 27.520). Es decir que los límites espaciales en este caso son asimilables a lo que se denomina “sistema climático” entendido como *la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geósfera, y sus interacciones* (art. 1.3, Ley 24.295)<sup>22</sup>.

Sus alteraciones relevantes son aquellos “efectos adversos del cambio climático” sobre el medio ambiente físico o la biota con efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos (art. 1.1, Ley 24.295).

Al respecto la Corte Suprema analiza “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. 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

19 Al respecto ver ALSINA, Griselda; en *Ecología de la Ciudad*, dir. María Di Pace, 1ra. Ed., Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2004; “Lo que nos rodea”, pag. 35-47.

20 Este último muy usado como recurso pedagógico en los grados escolares inferiores, lo que hace muy posible que el lector recuerde haber estudiado el ciclo del agua.

21 Al respecto ver DI PACE, M; CROJETHOVICH Martín, A.; HERRERO, A. C.; en *Ecología de la Ciudad*, dir. María Di Pace, 1ra. Ed., Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2004; “Ecología y Ambiente”, pag. 113-130.

22 Completan el sistema de protección climática vigente la Ley 25.438 que aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Ley 27270 que aprueba el Acuerdo de París y la Ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global.

ecosistemas y la biodiversidad” (Fallos: 342:917).

### Ecorregiones, biomas, ecosistemas:

La escala “ecosistémica” está receptada en la Ley 24.375 que aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El “ecosistema” es entendido como un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente, que interactúan como una unidad funcional (art. 2)<sup>23</sup>.

En el tercer documento mundial de la Secretaría que implementa el Convenio<sup>24</sup>, se expone la existencia de múltiples indicios de la continua pérdida de los tres componentes principales de la biodiversidad (genes, especies y ecosistemas). La huella ecológica de la humanidad supera la capacidad biológica de la Tierra por un margen muy superior a los acordados internacionalmente.

La pérdida de la biodiversidad en sí es un problema que causa profunda preocupación por cuanto ésta sustenta el funcionamiento de los ecosistemas, que a su vez prestan una amplia gama de servicios a las sociedades humanas. Tiene graves repercusiones para el bienestar presente y futuro de la humanidad. El suministro de alimentos, fibras, medicamentos y agua dulce; la polinización de los cultivos; la filtración de contaminantes y la protección frente a los desastres naturales, son algunos de los servicios ecosistémicos (*conf. art. 5, Ley 26.331*<sup>25</sup>) que pueden verse amenazados por la disminución y los cambios que se producen en la biodiversidad<sup>26</sup>.

También están en crisis los servicios culturales, como los valores espirituales y religiosos, las oportunidades para adquirir conocimiento y educación así como los valores estéticos y recreativos<sup>27</sup>.

La amplia fragmentación y degradación de los bosques, ríos y otros ecosistemas también ha causado la pérdida de biodiversidad y de servicios ecosistémicos. Las cinco presiones principales que impulsan directamente la pérdida de la biodiversidad son: el cambio del hábitat, la sobreexplotación, la contaminación, las especies exóticas invasoras y el cambio climático<sup>28</sup>.

También en los sistemas agrícolas continúa disminuyendo la diversidad genética de los diferentes tipos de cultivo y ganado<sup>29</sup>. La Convención internacional que aborda una arista de este problema<sup>30</sup>, usa el concepto de *tierra*, para envolver al sistema bioproductivo terrestre que comprende el suelo, la vegetación, otros componentes de la biota y los procesos ecológicos e hidrológicos que se desarrollan dentro del sistema (art. 1.e, Ley 24.701). La razón de ser del documento es abordar el flagelo de la desertificación.

Otro documento internacional de Naciones Unidas alerta que el 16% de los *grandes ecosistemas*

23 Otras normas que protegen la biodiversidad son la Ley 24.701 que aprueba la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, la Ley 22.344 que aprueba la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre -CITES-, el Protocolo de Bioseguridad de Cartagena (firmado por Argentina pero no ratificado aún) y el Protocolo de Acceso a los Recursos Genéticos (firmado por Argentina no ratificado aún)

24 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. La Perspectiva Mundial sobre la Diversidad Biológica 3, de la Montreal, 2010. 94 páginas; <http://www.oei.es/decada/2010PDF.pdf>

25 Art. 5, Ley 26.331.- Considéranse Servicios Ambientales a 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. Entre otros, los principales servicios ambientales que los bosques nativos brindan a la sociedad son: Regulación hídrica; Conservación de la biodiversidad; Conservación del suelo y de calidad del agua; Fijación de emisiones de gases con efecto invernadero; Contribución a la diversificación y belleza del paisaje; Defensa de la identidad cultural.

26 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Perspectiva Mundial. *ob. cit.*

27 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Perspectiva Mundial. *ob. cit.*

28 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Perspectiva Mundial. *ob. cit.*

29 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Perspectiva Mundial. *ob. cit.*

30 Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, aprobada por la Ley 24.701.

*marinos* se encuentran en situación de alto riesgo de contaminación por nutrientes de las aguas residuales y la agricultura, los cuales son transportados por los ríos al mar y pueden ocasionar la aparición de floraciones de algas nocivas. Todos los océanos del mundo están afectados por los desechos plásticos flotantes, lo que es perjudicial para la vida marina<sup>31</sup>.

Los muy diversos factores de perturbación naturales y humanos (contaminación, sobrepesca, explotación de otros recursos, cambio climático, entre otros) que afectan a los *ecosistemas marinos* y *costeros* se traducen en efectos ambientales interactivos y acumulativos, con consecuencias potencialmente graves para los seres humanos. Varios millones de personas de todo el mundo dependen de los recursos biológicos de los grandes ecosistemas marinos como fuente de alimentos e ingresos, para sus actividades recreativas y otros beneficios menos tangibles, como la espiritualidad y la inspiración<sup>32</sup>.

### **Residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos:**

El daño ambiental derivado de la incorrecta gestión de residuos es, en términos generales, el eje del capítulo del *daño ambiental por contaminación*, y conforme la legislación argentina resulta muy probable que ponga en movimiento los sistemas de responsabilidad civil y penal de manera conjunta (art. 29 *seg. párr.*, Ley 25.675).

Del Anexo I del Decreto N° 831/93, reglamentario la Ley 24.051, podemos interpretar que la “descarga” o “emisión” indican situaciones voluntarias en la que sustancias o residuos (sólidos, líquidos o gaseosos), cumpliendo con las condiciones límites de descarga, puedan ingresar directamente al ambiente dado que por sus características y/o composición no implican un riesgo de contaminación (en el mismo sentido el art. 2.c de la Ley 25. 279 que aprueba la Convención sobre Gestión de Desechos Radiactivos). Esta condición se alcanza mediante el cumplimiento de un “estándar de calidad ambiental”, que representa un valor numérico o enunciado narrativo que se ha establecido como límite a los vertidos y emisiones a un cuerpo receptor en un lugar determinado, calculado en función de los objetivos de calidad ambiental y de las características particulares del cuerpo receptor en el referido lugar (*conf. num. 13, Anexo I, Decreto N° 831/93*).

Por el contrario, el “vertido” o “volcado” indican situaciones intencionales en las cuales sustancias o residuos peligrosos son puestos directamente en contacto con el medio, pudiendo derivar en una afectación a la salud y/o al ambiente. Asimismo, la “fuga”, “escape” o “derrame” indican situaciones accidentales en las cuales una sustancia o residuo, peligroso o no, tiene posibilidad de ingresar directamente al ambiente (*conf. Anexo I, Decreto N° 831/93*).

Respecto al espacio o lugar sometido a “descarga” o “emisión” no contaminante (sustancias o residuos no peligrosos o previamente tratados), o a “vertido”, “volcado” “fuga”, “escape” o “derrame” contaminante, es en los términos de la legislación un “cuerpo receptor”, definido como el *ecosistema*, donde tienen o pueden tener destino final los residuos peligrosos, como ser las aguas dulces superficiales, la atmósfera, los suelos, las estructuras geológicas estables y confinadas (*conf. num. 7, Anexo I, Decreto N° 831/93*).

Este “cuerpo receptor” puede ser incluso destino final de residuos peligrosos ya tratados como resultado de operaciones de eliminación. Pero se transforma en “cuerpo receptor sujeto a saneamiento y recuperación” cuando sus condiciones naturales han sido modificadas, haciéndolo inapto para la preservación y desarrollo de los organismos, debido a la contaminación antropogenética [sic]. A los fines de la Ley 24.051, los cuerpos receptores no se consideran plantas de tratamiento ni de disposición final (*conf. nums. 7 y 8, Anexo I, Decreto N° 831/93*).

Dentro de los ecosistemas, en menor escala encontramos los *sitios contaminados*. La Resolución

31 IOC-UNESCO y PNUMA (2016). Grandes ecosistemas marinos: situación y tendencias, resumen para los encargados de formular políticas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Nairobi.

32 IOC-UNESCO y PNUMA, *ob. cit.*

SAyDS N° 515/2006 crea el Programa Nacional para su gestión ambiental, con los objetivos generales de identificar, sistematizar, calificar y cuantificar los procesos de degradación por contaminación de sitios contaminados y definir las estrategias de prevención, control y recuperación, de manera conjunta y coordinada entre todas las jurisdicciones locales y el Estado Nacional (art. 2).

El Decreto N° 674/89 define *contaminación hídrica* como la acción y el efecto de introducir materias o formas de energía o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto, implique una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos asignados al recurso. El concepto incluye alteraciones perjudiciales del entorno vinculado a dicho recurso. Y al “vertido” como el efluente residual evacuado fuera de las instalaciones de los establecimientos industriales y/o especiales, con destino directo o indirecto a colectoras, colectores, cloacas máximas, conductos pluviales, cursos de agua y el suelo, ya sea mediante evacuación o depósito (art. 4). A este régimen deben ajustarse los establecimientos industriales y/o especiales que produzcan en forma continua o discontinua vertidos industriales o barros originados por la depuración de aquéllos a conductos cloacales, pluviales o a un curso de agua.

Es interesante recordar la posterior Resolución SRNyAH N° 315/1994 que [con pretensiones de transitoriedad] definió los *standards* de calidad para los vertidos líquidos directos a cuerpos de agua, aceptando los que surgen de cumplir con las exigencias contenidas en la Clase 9 de Naciones Unidas Código H 12, Ley 24.051 -ECOTÓXICOS- (art. 1)<sup>33</sup>.

La Ley 22.190 establece un régimen de prevención de la *contaminación de las aguas* de jurisdicción nacional u otros elementos del medio ambiente por agentes contaminantes provenientes de los buques y artefactos navales (art. 1). Les prohíbe la descarga de hidrocarburos y sus mezclas fuera del régimen que autorice la reglamentación y, en general, incurrir en cualquier acción u omisión contaminante, incluso a los buques de bandera nacional en alta mar (art. 2). La Administración General de Puertos tendrá a su cargo la limpieza de las aguas de los puertos sometidos a su jurisdicción (art. 5) y la Prefectura Naval Argentina tendrá a su cargo la ejecución de las medidas para combatir la contaminación y efectuar la limpieza de las aguas en jurisdicción nacional (art. 6) siendo responsables, en forma solidaria y objetiva, los propietarios y armadores de los buques o artefactos navales que hubieren ocasionado la contaminación, del pago de los gastos por la limpieza (art. 14).

Ley 24.543 Aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en cuyo artículo 192 determina la obligación general de los Estados de proteger y preservar el medio marino. Entre las medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino tomarán todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente (art. 194.1).

Por *contaminación del medio marino* se entiende la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento (art. 1.4, Ley 24.543).

La contaminación del medio marino puede proceder de fuentes terrestres, incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe. También puede resultar de actividades relativas a los fondos marinos sujetos a la jurisdicción nacional. Asimismo, de “vertimiento”, es decir la evacuación deliberada de desechos u otras materias desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, salvo los resultantes directa o indirectamente de las operaciones normales

33 En particular, dichas descargas no deberán presentar toxicidad aguda para la biota acuática empleando al menos los siguientes bioensayos de toxicidad acuática: -Normas ISO 6341, 1989 (E), -Normas ISO 8692, 1989 (E) y -Normas CETES B SP, BRASIL LS 228/1988. Se exceptúan los casos de descargas a redes mixtas cloacales industriales y pluvial industrial.

(art. 1.5.a.i y 1.5.b.i, Ley 24.543). Ante estos casos, los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlarlas (art. 207.1, 208.1 y 210.1, Ley 24.543).

En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tiene jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Convención, para la protección y preservación del medio marino (art. 56.1.b.iii, Ley 24.543).

La Convención asegura que ninguna de sus disposiciones afecte a la iniciación de un procedimiento civil respecto de cualquier acción por daños y perjuicios resultantes de la contaminación del medio marino (art. 229, Ley 24.543) y responsabiliza a los Estados a asegurar que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción (art. 235.2, Ley 24.543).

La Ley 20.284 define la *contaminación atmosférica* a la presencia en la atmósfera de cualquier agente físico, químico o biológico, o de combinaciones de los mismos en lugares, formas y concentraciones tales que sean o puedan ser nocivos para la salud, seguridad o bienestar de la población, o perjudiciales para la vida animal y vegetal o impidan el uso y goce de las propiedades y lugares de recreación. El acto de contaminar es la *emisión* entendida como cualquier contaminante que pase a la atmósfera como consecuencia de procesos físicos, químicos o biológicos. Cuando los contaminantes pasen a un recinto no diseñado específicamente como parte de un equipo de control de contaminación del aire, serán considerados como una emisión a la atmósfera (Anexo III).

Dentro de las *sustancias* que requieren máxima atención por su poder *contaminante*, se encuentran las utilizadas como productos químicos como los contaminantes orgánicos persistentes (COP's), de propiedades tóxicas, resistentes a la degradación, bioacumulables y transportables por el aire, el agua y por las especies migratorias a través de las fronteras internacionales y depositados lejos del lugar de su liberación, acumulándose en ecosistemas terrestres y acuáticos (como los "bifenilos policlorados", "dibenzoparadioxinas" y "policloradas" y "dibenzofuranos policlorados"). Se encuentran alcanzadas por el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, ratificado por la Ley 26.011.

Al respecto, la Ley 25.670 sistematiza la gestión y eliminación de los policlorobifenilos (Bifenilos Policlorados), los policloroterfenilos (PCT), el monometiltetraclorodifenilmetano, el monometildiclorodifenilmetano, el monometildibromodifenilmetano (PCBs) en todo el territorio de la Nación, prohíbe la instalación de equipos que los contengan y la importación y el ingreso al territorio nacional.

Por su parte, pasando a la gestión de los *residuos* pasibles de propiciar la contaminación, cabe comenzar con los de presunto menor riesgo, los *domiciliarios*. Regulados por la Ley 25.916, son aquellos elementos, objetos o sustancias que, como consecuencia de los procesos de consumo y desarrollo de actividades humanas, son desechados y/o abandonados (art. 2), sean éstos de origen residencial, urbano, comercial, asistencial, sanitario, industrial o institucional, con excepción de aquellos que se encuentren regulados por normas específicas (art. 1).

Por otra parte, la Ley 25.612 regula la gestión integral de *residuos de origen industrial y de actividades de servicio*, generados en todo el territorio nacional por dichos procesos económicos<sup>34</sup>. Son cosas peligrosas reguladas por la responsabilidad civil de esta ley especial (arts. 40 a 43) y el Código unificado (art. 6, Ley 26.994).

Sin perjuicio de la normativa del párrafo anterior, subsiste la categorización de *residuo peligroso -que venimos analizando-* que engloba todo residuo que pueda causar daño, directa o indirecta-

34 El sistema de la Ley 25.612 prevé identificar a los generadores, caracterizar los residuos que producen y clasificarlos, como mínimo, en tres categorías según sus niveles de riesgo bajo, medio y alto (art. 8). Esto debe hacerse en forma coordinada por la autoridad de aplicación nacional, con las autoridades con competencia ambiental de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), no habiéndose cumplido ni instrumentado el Plan respectivo a la fecha (arts. 8 y 57).

mente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general (art. 2, Ley 24.051). Su gestión y control estará a cargo de la legislación local (art. 67, Ley 24.051). Completa su regulación en lo atinente al transporte transfronterizo la Convención de Basilea, ratificada por la Ley 23.922.

Un apartado a los residuos peligrosos en estado gaseoso (por ejemplo los de la Clase 9, Código H10, Anexo II, Ley 24.051), lo conforman hoy los *Gases de Efecto Invernadero* (GEI) que integran la atmósfera, de origen natural y antropogénico, que absorben y emiten radiación de determinadas longitudes de ondas del espectro de radiación infrarroja emitido por la superficie de la Tierra, la atmósfera y las nubes (art. 3.e, Ley 27.520).

Por supuesto que el Código de Minería, texto ordenado por el Decreto N° 456/97 (en adelante -C.M. -), también regula para la actividad minera alguna normativa especial dirigida a la gestión de los *residuos mineros*. En la sección destinada a la protección ambiental enumera como actividades comprendidas a la disposición de residuos cualquiera sea su naturaleza (art. 249.b). Todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de lo establecido en la Sección con la actividad conlleva la responsabilidad que causa el riesgo o vicio de la cosa (art. 248).

En los yacimientos minas que contengan minerales nucleares, sus explotadores quedan obligados a presentar ante la autoridad minera un plan de restauración del espacio natural afectado por los *residuos mineros* y a neutralizar, conservar o preservar los relevés o colas líquidas o sólidas y otros productos de procesamiento que posean elementos radioactivos o ácidos, cumpliendo las normas aplicables según la legislación vigente (art. 207 C.M.).

La Ley 25.018 establece el régimen de gestión de *residuos radiactivos*, que busca aislarlos de la biósfera el tiempo necesario para que su radiactividad haya decaído a un nivel tal, que su eventual reingreso a la misma no implique riesgos para el hombre y su ambiente (art. 2). La responsabilidad de la gestión es asumida por el Estado nacional y los generadores deberán proveer los recursos necesarios, para llevarla a cabo en tiempo y forma. Se transfieren a la Comisión Nacional de Energía Atómica, debiendo notificar en forma inmediata a la Autoridad Regulatoria Nuclear sobre cualquier situación que pudiera derivar en incidente, accidente o falla de operación (art. 6).

La Ley 25.279 que aprueba la Convención de Viena de 1997, tiene el mismo objetivo de asegurar que en todas las etapas de la gestión del combustible gastado y de desechos radiactivos de uso civil haya medidas eficaces contra los riesgos radiológicos potenciales, a fin de proteger a las personas, a la sociedad y al medio ambiente de los efectos nocivos de la *radiación ionizante*, actualmente y en el futuro, de manera que se satisfagan las necesidades y aspiraciones de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades y aspiraciones (art. 1).

Aparte de la actividad industrial, minera y nuclear, la *actividad agropecuaria* ha acrecentado cada vez más su paquete tecnológico incluyendo el uso de sustancias químicas, con lo que ha dado lugar a la generación de *residuos* de mayor toxicidad. Por ejemplo, ya en 1969 la Ley 18.073 prohibió el uso de ciertas sustancias en el tratamiento de praderas naturales o artificiales con Dieldrin, Endrin, Heptacloro, Hexaclorociclohexano (H.C.H.) y sus sinónimos (art. 1.a), inhabilitando el uso o tenencia de las sustancias mencionadas en los establecimientos que elaboren o que tengan en depósito productos de origen animal o vegetal destinados a la alimentación, bajo pena de clausura

y comiso (art. 3)<sup>35</sup>.

Por su parte la gestión diferenciada y condicionada de los envases vacíos de fitosanitarios para asegurar la protección ambiental en virtud de la toxicidad del producto que contuvieron, esta alcanzada por la Ley 27.279 de Presupuestos Mínimos y comprende todos los envases vacíos de fitosanitarios utilizados en el territorio nacional (art. 1 y 2). El *fitosanitario remanente* en el envase una vez vaciado el contenido del mismo es considerado por la norma un *residuo* (art. 4) y por tanto queda prohibida toda acción que implique abandono, vertido, quema y/o enterramiento, comercialización y/o entrega de envases a personas físicas o jurídicas por fuera del sistema autorizado (art. 8) y valorizado o reciclado que, por su utilización o naturaleza, puedan implicar riesgos para la salud humana o animal, o tener efectos negativos sobre el ambiente (art. 9).

Por otra parte, el Convenio de Rotterdam aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto del comercio internacional (Ley 25.278), se aplica a los productos químicos prohibidos o rigurosamente restringidos y a las formulaciones plaguicidas extremadamente peligrosas (art. 3), estableciendo un procedimiento de consentimiento fundado previo relativo a la importación-exportación entre Estados partes.

La Ley 20.418 regula los parámetros sobre tolerancia y límites administrativos de *residuos de plaguicidas* en productos y subproductos comercializables para la agricultura y de la ganadería. La Ley 20.466 de fiscalización de fertilizantes prohíbe que los productos contengan elementos que por su presencia o concentración puedan causar daño a los vegetales, salud humana o animal, cuando se apliquen de acuerdo a las instrucciones del marbete o impresión (art. 8.3).

La Resolución SENASA N° 934/2010, establece las tolerancias o límites máximos de residuos de plaguicidas en productos y subproductos agropecuarios más utilizados en la actividad. El uso habilitado del controversial y difundido herbicida Glifosato se encuentra regulado en el Anexo I (art. 4).

### **Alteración relevante negativa del equilibrio de los ecosistemas:**

El concepto de *ecosistema* -ya dado-, describe la existencia de un sistema ecológico, que integra elementos bióticos y abióticos interrelacionados, y que funciona como un todo bajo un equilibrio dinámico que es asumido como estable. Su funcionalidad (dinámica) y sustentabilidad (prolongación de la estabilidad), entonces, es lo que busca garantizarse jurídicamente (*conf.* art. 240 CCyCN).

Si nos enfocamos a nivel nacional, vemos que el instrumento del ordenamiento ambiental del territorio (art. 9 LGA), que desarrolla la estructura de su funcionamiento global y que tiene en cuenta múltiples aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos, considera esta escala espacial del *ecosistema*, la cual, como referenciamos antes, resulta pasible de ser dañada por los problemas como la transformación del hábitat, la sobreexplotación y la contaminación (art. 10.e, Ley 25.675).

La Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica (Resolución SAyDS N° 91/2003) identifica también una *escala regional* de abordaje, refiriéndose a zonas del país, que comprenden a dos o más provincias y que comparten ciertas características, en particular relacionadas con los recursos

35 La Resolución del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria N° 934/2010 determina la prohibición total de los siguientes productos agropecuarios: ALDRIN (Decreto N° 2121/90); ARSENICO (Decreto N° 2121/90); ARSENIATO DE PLOMO (Decreto N° 2121/90); CANFECLOR (Resolución SAGPYA N° 750/00); CAPTAFOL (Decreto N° 2121/90); CLORDANO (Resolución SAGPYA N° 513/98); CLOROBENCILATO (Decreto N° 2121/90); D.D.T. (Decreto N° 2121/90); DINOCA (Resolución SAGPYA N° 750/00); 2,4,5-T (Decreto N° 2121/90); DIELDRIN (Ley N° 22.289); DIBROMURO DE ETILENO (Decreto N° 2121/90); DISULFOTON (Resolución SENASA N° 245/10); DODECACLORO (Resolución SAGPYA N° 627/99); ENDRIN (Decreto N° 2121/90); FENIL ACETATO DE MERCURIO (Resolución SAGPYA N° 750/00); H.C.B.: (HEXACLORO CICLO BENCENO) (Resolución SAGPYA N° 750/00); HEPTACLORO (Resolución SAGYP N° 1030/92); H.C.H.: (HEXACLORO CICLO HEXANO) (Ley N° 22.289); LINDANO (Resolución SAGPYA N° 513/98); METOXICLORO (Resolución SAGPYA N° 750/00); MONOCROTOFOS (Resolución SENASA N° 182/99); PARATION (ETIL) (Resolución SAGYP N° 606/93); PARATION (METIL) (Resolución SAGYP N° 606/93); PENTAFLOROFENOL Y SUS DERIVADOS (Resolución SAGPYA N° 750/00); SULFATO DE ESTRICNINA (Decreto N° 2121/90); TALIO (Resolución SAGPYA N° 750/00)

naturales y las economías. Las toma usando criterios ecológicos (de ecorregiones [sic], unidades de cuenca, cuencas hidrográficas, biomas, hábitats, etc.). Puntualmente respecto a la evaluación y monitoreo del estado de degradación, propone un enfoque de *ecoregiones* y *cuencas*.

La autoridad ambiental nacional ha caracterizado las *ecoregiones naturales* en el país, mediante una cartografía preliminar<sup>36</sup>. Argentina hospeda 18 regiones naturales o ecorregiones: Altos Andes, Puna, Monte de Sierras y Bolsones, Selva de las Yungas, Chaco Seco, Chaco Húmedo, Bosques Patagónicos, Campos y Malezales, Delta e Islas del Paraná, Espinal, Pampa, Monte de llanuras y mesetas, Estepa Patagónica, Mar Argentino, Selva Paranaense, Islas del Atlántico Sur, Antártica y Esteros del Iberá. 5 de ellas son exclusivas o semi exclusivas. Esto la convierte en uno de los países con mayor diversidad biogeográfica del mundo<sup>37</sup>.

La reglamentación de bosques nativos utiliza la categoría de *ecoregiones* como un elemento de intervención de la Autoridad Nacional de Aplicación y el Consejo Federal de Medio Ambiente (CO-FEMA), para promover un nivel de coherencia entre las categorías de conservación entre jurisdicciones que la comparten (art. 6, Decreto N° 91/09). Este elemento ha sido oportunamente considerado por el Tribunal Superior del país (Fallos: 334:1754). Veremos luego las cuencas hídricas.

También identifica como escala de planificación el *paisaje* (incluyendo valles, quebradas, humedales, etc.). Volveremos sobre el concepto al tratar este micro-bien.

### Ecosistemas Florísticos

En la normativa argentina, los bosques nativos son 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, Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos).

La definición no solo comprende los bosques nativos de origen primario, donde no intervino el hombre, sino también aquellos de origen secundario formados luego de un desmonte, así como aquellos resultantes de una recomposición o restauración voluntarias (art. 2, Ley 26.331). La vocación protectora del régimen normativo rechaza la idea del cambio de uso de suelo como “hecho consumado”. Prevé que en los casos de bosques nativos que hayan sido afectados por incendios o por otros eventos naturales o antrópicos que los hubieren degradado, corresponde a la autoridad de aplicación de la jurisdicción respectiva la realización de tareas para su recuperación y restauración, manteniendo la categoría de clasificación que se hubiere definido en el ordenamiento territorial (art. 40, Ley 26.331).

La Ley 13.273 clasifica los bosques en protectores, permanentes, experimentales, montes especiales y de producción (art. 5). Los *protectores* por su ubicación sirven para objetivos de protección de suelo y prevenir la erosión y desertificación, proteger y regularizar el régimen de las aguas, riberas fluviales y orillas, asegurar condiciones de salubridad pública (epizootias) y albergue y protección de especies de la flora y fauna (art. 6, Ley 13.273). *Permanentes* son todos aquellos que, por

36 Ecoregiones de la Argentina. Mapa preliminar de las regiones naturales del país con su descripción correspondiente. Capa de Ecoregiones desarrollada a partir de trabajar en 2 talleres interdisciplinarios coordinados por Rodolfo Burkart y Daniel Aldo Gómez ambos por la Administración de Parques Nacionales, y Néstor Bárbaro por la entonces Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable, en el marco del Programa de Desarrollo Institucional Ambiental (PRODIA) durante los años 1996-1999. Utilizó como límite internacional los generados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos publicado en el año 1995 en el Atlas estadístico de la República Argentina. Ecoregiones de la Argentina (2019): <http://geo.ambiente.gov.ar/geonetwork/srv/api/records/bcfb2c06-e52e-4416-a6fo-ab35d3c2fd20>

37 <https://www.argentina.gov.ar/parquesnacionales/educacionambiental/ecorregiones>

su destino, constitución de su arboleda y/o formación de su suelo deban mantenerse, como por ejemplo parques y reservas (art. 7, Ley 13.273).

Ya hemos tratado en el apartado sobre biodiversidad los problemas que afectan a los ecosistemas naturales.<sup>38</sup>

Los restantes bosques se hallan alcanzados por el régimen forestal común, no obstante, está prohibida la devastación de bosques y tierras forestales y la utilización irracional de productos forestales (art. 11, Ley 13.273) y prohibida toda actividad de quema que no cuente con la debida autorización expedida por la autoridad local competente (art. 3, Ley 26.562<sup>39</sup>).<sup>40</sup>

### Ecosistemas Faunísticos

La Ley 22.421 de Conservación de la Fauna enfoca los ecosistemas acentuando la importancia de las especies que allí perviven. En este sentido, prohíbe las maniobras que impliquen destruir o disminuir la protección natural del *hábitat* de que se trate, como así también desalojar los animales de su refugio mediante incendio, explosión, inundación, u otros eventos similares. Las armas, artes y medios a emplear en la caza comercial serán humanitarios y no deberán presentar riesgo para otras especies de la fauna, el ganado, la flora, el suelo y los seres humanos (art. 48).

Asimismo, en caso de que una especie de la fauna silvestre autóctona se halle en peligro de extinción o en grave retroceso numérico, el Poder Ejecutivo Nacional deberá adoptar medidas de emergencia a fin de asegurar su repoblación y perpetuación. Las provincias prestarán su colaboración y la autoridad de aplicación nacional aportará los recursos pertinentes, pudiendo disponer también la prohibición de la caza del comercio interprovincial y de la exportación de los ejemplares y productos de la especie amenazada (art. 20, Ley 22.421).

En el punto siguiente veremos el *hábitat* de las especies acuáticas (Ley 23.919).

### Ecosistemas Hídricos

Ley 25.688 que establece el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas consagra los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Define a la *cuenca hídrica superficial*, como la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas (art. 2). Las cuencas hídricas son la unidad ambiental de gestión del recurso y se consideran indivisibles (art. 3). Para utilizar las aguas se deberá contar con el permiso de la autoridad competente (art. 6).

En el caso “Río Atuel”, la Corte Federal sentó que “... es preciso recordar que la Corte se ha pronunciado sobre la trascendencia del concepto de cuenca hídrica, entendiéndola como la unidad que comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua (Fallos: 342:1203)”<sup>41</sup>. En este orden avanzó fijando el caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema.

La Ley 23.919 aprueba la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, considerando sus funciones ecológicas fundamentales a operar como reguladores de los regímenes hidrológicos y como *hábitat* de una fauna y flora características especialmente de aves acuá-

38 Podemos agregar a lo ya visto la Ley 24.701, que plantea un régimen de lucha contra la desertificación.

39 Ley 26.562 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema en todo el Territorio Nacional

40 El Plan Nacional del Manejo del Fuego implementado por la Ley 26.815 alcanza a bosques nativos e implantados, áreas naturales protegidas, zonas agrícolas, praderas, pastizales, matorrales y humedales y en áreas donde las estructuras edilicias se entremezclan con la vegetación fuera del ambiente estrictamente urbano o estructural (art. 2).

41 CSJN, autos “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, Expte. N° FAL CSJ 243/2014, sentencia del 16/07/2020.

ticas. Son *humedales* las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros (art. 1).

Por otra parte, existen zonas de glaciares y periglaciares. Es *glaciar* 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. Asimismo, se entiende por *periglacial* en alta montaña, al 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, Ley 26.639).

El Decreto reglamentario N° 207/2011 organiza geográficamente el Inventario Nacional de Glaciares por “grandes regiones”, que agrupan cuerpos de hielo con características morfológicas y medioambientales relativamente similares, a cuyo fin se incluye la siguiente clasificación: Andes Desérticos, Andes Centrales, Andes del Norte de la Patagonia, Andes del Sur de la Patagonia y Andes de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur. Dentro de estas regiones y cuencas principales, se focaliza en las subcuencas hídricas que posean aporte de cuerpos de hielo permanentes.

La Corte Suprema ha delineado criterios de “justicia hídrica”, esencialmente explicando 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. Esta visión, [...], 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 estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente” (Fallos: 340:1695). “En efecto, al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio” (Fallos: 342:1203).

### **Ecosistemas marinos**

La Convención de la ONU sobre Derechos del Mar, aprobada por Ley 24.543, contiene un sinnúmero de previsiones de protección del medio marítimo. Fundamentalmente, el artículo 192 establece la obligación general de los Estados de proteger y preservar el medio marino y en el artículo siguiente, limita su derecho soberano de explotar sus recursos naturales exigiendo se haga con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino. Resalta la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezmadadas, amenazadas o en peligro (art. 193.5). Ya hemos aludido a los problemas de degradación de los *ecosistemas marinos*.

### **Alteración relevante negativa de los recursos ambientales**

El dominio originario de los *recursos naturales* existentes corresponde a cada provincia conforme estén ubicados en su territorio (art. 124 *seg. párr.* C.N.) y por tanto son estas las principales responsables de asegurar su utilización racional (art. 41 *seg. párr.* C.N.).

Particularmente la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 28 *seg. párr.* sostiene que la Provincia ejerce el *dominio eminente* sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada.

En referencia a un parque nacional, la Corte Nacional explica que “Que el hecho de que el in-

mueble pertenezca al dominio de la provincia -hecho no controvertido en el caso, tal como ha quedado expuesto-, no obsta a la aplicación de la ley 22.351. El ejercicio de la jurisdicción que le compete a las autoridades nacionales se sustenta en el hecho de que el bien, se encuentra emplazado en la Reserva Nacional Iguazú, y aquél no se ve limitado porque el bien está en cabeza de otras personas, pues *dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes y correlativos* (Fallos: 154:312); a tal punto que el Gobierno de la Nación puede tener absoluta y exclusiva jurisdicción, sin necesidad de que los lugares le pertenezcan en propiedad (Fallos: 21:491 y 321:1052)” (Fallos: 338:362).

Asimismo, en Fallos: 342:1061, la Corte Federal dijo que “...en el marco del federalismo y el *reconocimiento de la competencia local*, las atribuciones nacionales y locales no se excluyen, sino que son concurrentes, en tanto estas no desvirtúen los objetivos federales o impidan el comercio interjurisdiccional. Que estas competencias concurrentes se armonizan de distinto modo en diferentes aspectos legislativos. Como regla general, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (artículo 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (artículo 75) (Fallos: 304:1186, entre muchos otros). Dentro de ese contexto, cabe entender que las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (artículos 5 y 123). Que las provincias, y por lo tanto, los municipios, han delegado la regulación de presupuestos mínimos [...] en la legislación ambiental [...] Por lo tanto, hay *competencias ambientales concurrentes* que la Constitución Nacional consagra en los artículos 41, 42, 75, incisos 17, 18, 19 y 30 y 125, entre otros, y ello importa `la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la protección del medioambiente, sin perjuicio del poder de policía que, en primer término, está en cabeza de las provincias´ (Fallos: 338:1183)”.

En la sistemática del Código, la regulación de los bienes sobre los que se ejercen jurisdicción y competencia, se resuelve atendiendo su relación con los derechos y las personas (Título III, CCyCN).

Los *bienes* de los particulares, definidos en el artículo 238 CCyCN, son aquellos no pertenecientes al Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, e integran su patrimonio -*dominio privado particular*- (art. 15 CCyCN). El dominio de una *cosa* se extiende a los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios y el de una *cosa inmueble* al subsuelo y al espacio aéreo en la medida en que su aprovechamiento sea posible, y las construcciones, siembras o plantaciones existentes, excepto lo dispuesto por normas especiales (art. 1945 CCyCN).

Son *bienes del dominio privado del Estado*, entre otros los inmuebles que carecen de dueño; las minas, según lo normado por el Código de Minería; los lagos no navegables sin dueño; y los bienes adquiridos por el Estado (art. 236 CCyCN).

Son *bienes comunitarios indígenas* las tierras que tradicionalmente ocupan y aquellas otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, sobre las que estos pueblos ejercen derechos de posesión y propiedad (art. 18 CCyCN).

Finalmente, son *bienes* pertenecientes al *dominio público*, en general, el mar territorial sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Las aguas interiores y las playas marítimas, ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas; el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales; calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos (art. 235 CCyCN).

La existencia del bien ambiental -macro y micro bienes comunes- operan limitando el ejercicio de derechos individuales para hacer su uso compatible con los derechos de incidencia colectiva

(art. 240 CCyCN). Las limitaciones impuestas al aprovechamiento y uso del derecho de dominio privado sobre las cosas en el interés público están regidas por el derecho administrativo de cada jurisdicción (arts. 240, 1970 y cc. CCyCN).

### Recurso hídrico continental

Enfocamos aquí las *aguas*, como el conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas (art. 2, Ley 25.688) sobre suelo continental nacional.

Se entiende por *utilización de las aguas* en general hacer tomas y desviarla, estancarla o modificar su flujo, tomarle sustancias sólidas, verterle sustancias, introducir sustancias en aguas costeras desde tierra firme, la toma y elevación e introducción de sustancias en aguas subterráneas, el estancamiento, la profundización y la desviación de aguas subterráneas, y las acciones en aptas para provocarles permanentemente o en una medida significativa alteraciones de las propiedades físicas, químicas o biológicas y modificar artificialmente la fase atmosférica del ciclo hidrológico (art. 5, Ley 25.688).

Son *aguas de los particulares* las que surgen en sus terrenos siempre que no formen cauce natural, y sus dueños pueden usarlas libremente en la medida de su derecho, sujetas al control y a las restricciones que en interés público y sin perjuicio de terceros. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno (art. 239 CCyCN).

Las *aguas* que constituyen cursos por cauces naturales pertenecen al *dominio público*. Los particulares no deben alterarlos. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles (art. 239 CCyCN).

El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre un camino de sirga, consistente en una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios (art. 1974 CCyCN).

Para utilizar las aguas objeto de esta Ley, se deberá contar con el permiso de la autoridad competente (art. 6, Ley 25.688). Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público (arts. 239, 1970 y 1975 CCyCN), en términos generales se encuentran en los Códigos de Aguas o leyes hídricas provinciales.

### Recurso suelo

El suelo es inmueble por su naturaleza, junto a las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre (art. 225 CCyCN), y su dominio se extiende al subsuelo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible (art. 1945 CCyCN).

Dejaremos para el punto siguiente los recursos mineros porque, no obstante el subsuelo se rige por los mismos principios que la propiedad común, las minas forman una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran, regida por las disposiciones especiales del Código de Minería (art. 11 C.M.).

El proceso de degradación de las *tierras* (art. 1.e, Ley 24.701), lleva a la reducción o la pérdida de la productividad biológica y/o económica en zonas áridas, semiáridas y sub-húmedas secas. Debido a los sistemas de utilización de la tierra o por procesos o combinación de procesos, incluidos los resultantes de actividades humanas y pautas de poblamiento como: (i) la erosión del *suelo* causada por el viento o el agua, (ii) el deterioro de las propiedades físicas, químicas y biológicas o de las propiedades económicas del *suelo*, y (iii) la pérdida duradera de vegetación natural de las tierras, se termina alterando la complejidad de las tierras agrícolas de secano, de cultivo de regadío, los

pastizales, los bosques y las tierras arboladas (art. 1.f, Ley 24.701).

Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público (art. 1970 CCyCN), en términos generales se encuentran en los Códigos o leyes rurales provinciales, los Códigos, Planes o leyes Urbanísticas y el Código y leyes de Minería.

Por su parte, la Ley 22.428 crea un régimen legal para el fomento de la acción privada y pública tendiente a la conservación y recuperación de la capacidad productiva de los suelos, invitando a las Provincias que se adhieran (art. 2). Posibilita declarar Distrito de Conservación de Suelos a toda zona donde sea necesario o conveniente emprender programas con esta finalidad (art. 3) e integrar Consorcios de Conservación (art. 8), para recibir estímulos, créditos y subsidios (art. 9)<sup>42, 43</sup>

### Recursos minerales

Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería, son bienes del dominio privado del Estado (art. 236.b CCyCN).

Según el Código de Minería (t.o. Decreto N° 456/97), las minas son inmuebles (art. 12), bienes privados de la Nación o de las Provincias según el territorio en que se encuentren (art. 7), quienes no pueden explotar ni disponer de ellas (art. 9), sino conceder a los particulares la facultad de buscarlas, de aprovecharlas y disponerlas como dueños (art. 8), manteniéndose el dominio originario reconocido del Estado y solo estableciendo la propiedad particular de las minas por concesión legal (art. 10).

La exploración y explotación de las minas, su concesión y demás actos consiguientes, revisten el carácter de utilidad pública (art. 13 C.M.) y los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin sujeción a otras reglas que las de su seguridad, policía y conservación del ambiente (art. 233 C.M., arts. 240 y 1970 CCyCN), siendo responsables de todo daño ambiental que se produzca, ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentran (art. 248).

### Recurso Atmosférico

El ejercicio dominial del inmueble se extiende al espacio aéreo en la medida en que su aprovechamiento sea posible y conforme lo dispuesto por normas especiales (art. 1945 CCyCN). Más allá, el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, son bienes pertenecientes al dominio público de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial (art. 235.e CCyCN).

Las molestias que ocasionan inmisiones como el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Para disponer la remoción de la molestia los jueces deben ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción (art. 1973 CCyCN).

Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público (art. 1970 CCyCN), en términos generales se encuentran en las normas de protección atmosféricas y los Códigos, Planes o leyes Urbanísticas.

42 Resolución N° 232/18 del Ministerio de Agroindustria (RESOL-2018-232-APN-MA) crea el PLAN NACIONAL DE SUELOS AGROPECUARIOS.

43 Por otro lado, desde la perspectiva de los bienes ambientales estratégicos, la Ley 26.737 aborda el suelo con capacidad productiva respecto a las titularidades. En este sentido ordena que en ningún caso las personas físicas o jurídicas, de una misma nacionalidad extranjera, podrán superar el treinta por ciento (30%) de titularidad o posesión de tierras rurales (art. 9), de mil hectáreas (1.000 ha) en la zona núcleo, o superficie equivalente en otra ubicación territorial, y no podrán titularizar los inmuebles que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura y permanentes o ubicados en zonas de seguridad de frontera (art. 10) creando un Registro Nacional de Tierras Rurales para su control y gestión (art. 14).

La Ley 20.284 faculta a la autoridad sanitaria nacional a fijar las normas de calidad de aire (art. 6) y atribuye a las autoridades sanitarias locales el fijar para cada zona los niveles máximos de emisión de los distintos tipos de fuentes fijas y declarar la existencia de situaciones críticas de contaminación atmosférica y fiscalizar el cumplimiento del plan de prevención (art. 7). En su Anexo II establece distintos contaminantes atmosféricos que al ser superados en los valores de concentración establecidos, faculta a las autoridades locales delimitar la zona afectada en la que deberán aplicarse medidas de un plan de prevención bajo tres criterios de riesgo: los estados de alerta alarma y emergencia (arts. 11 y 12).<sup>44</sup>

La Ley 27.520 prevé acciones orientadas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero responsables del cambio climático así como medidas destinadas a potenciar, mantener, crear y mejorar sumideros de carbono. En su marco ordena instrumentar un “Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático” que tiene entre otras finalidades la incorporación del concepto de los riesgos climáticos futuros, su monitoreo y el manejo de riesgos en los planes de formulación de políticas, la reevaluación de los planes actuales para aumentar la solidez de los diseños de infraestructuras y las inversiones a largo plazo, incluyendo en la misma las proyecciones de crecimiento poblacional y de posibles migrantes ambientales y la determinación de los sectores responsables de las emisiones de gases de efecto invernadero y cuantificación de las mismas<sup>45</sup>.

### Recurso florístico

Las cosas incorporadas al suelo de una manera orgánica y que se encuentran abajo sin el hecho del hombre, son inmuebles por su naturaleza (art. 225 CCyCN). Sobre estas se ejerce dominio perfecto (art. 1941 CCyCN) e imperfecto (art. 1964 CCyCN). También sobre un inmueble ajeno puede ejercerse un derecho real y temporario de plantar y forestar o sobre lo ya plantado y forestado, denominado de superficie (art. 2114 CCyCN).

Los propietarios, arrendatarios, usufructuarios o poseedores a cualquier título de bosques naturales podrán iniciar trabajos de explotación de los mismos con la conformidad de la autoridad forestal competente (art. 12, Ley 13.273), solicitada para realizar manejo sostenible de bosques nativos clasificados en las categorías II (amarillo - sectores de mediano valor de conservación) y III (verde - sectores de bajo valor de conservación) y sujeto a un Plan de Manejo Sostenible de Bosques Nativos (art. 16, Ley 26.331).

También pueden aprovecharse con fines principalmente comerciales o industriales los recursos forestales de los bosques implantados o cultivados, obtenidos mediante siembra o plantación de especies maderables nativas y/o exóticas adaptadas ecológicamente al sitio, en tierras que, por sus condiciones naturales, ubicación y aptitud sean susceptibles de forestación o reforestación (art. 4 Ley 25.080). Debe desarrollarse mediante el uso de prácticas enmarcadas en criterios de sustentabilidad de los recursos naturales renovables (art. 5 Ley 25.080).

Solo puede autorizarse *desmontes* de bosques nativos en la Categoría III (verde) (art. 14 Ley 26.331), a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sujeten su actividad a un Plan de aprovechamiento del *cambio de uso del suelo*, el cual deberá contemplar condiciones mínimas de producción sostenida a corto, mediano y largo plazo y el uso de tecnologías disponibles que permitan el rendimiento eficiente de la actividad que se proponga desarrollar (art. 17; Ley 26.331).

### Recurso faunístico

Son fauna silvestre los animales que viven libres e independientes del hombre, en ambien-

44 También rige la atmósfera distintos documentos internacionales: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (Ley 24.295), el Protocolo de Kyoto (Ley 25.438), la Convención para la protección de la capa estratosférica de Ozono (Ley 23.724) y el Protocolo de Montreal (Ley 23.778)

45 <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27520-333515/texto>

tes naturales o artificiales, los bravíos o salvajes en cautividad o semicautividad y los domésticos vueltos al estado salvaje (art. 3, Ley 22.421).

Los animales que son el objeto de la caza (art. 1948 CCyCN), la pesca (art. 1948 CCyCN), de posesión en enjambres (art. 1950 CCyCN) y la hacienda orejana (art. 10, Ley 22.939), son bienes caracterizados como cosas muebles no registrables, sin dueño y apropiables (art. 1947.a.ii CCyCN).

El Título III de la Ley 22.939, regula la propiedad del ganado mayor marcado, el ganado menor señalado, el ganado porcino identificado y los ejemplares de pura raza con signos individuales registrados, presumiendo, salvo prueba en contrario, que pertenecen a quien tiene registrado a su nombre el diseño de la marca, señal, identificación o signo aplicado al animal. Presume igualmente, salvo prueba en contrario, que las crías no marcadas o señaladas pertenecen al propietario de la madre si se encuentran al pie (arts. 9 y 11). Son jurídicamente cosas registrables, susceptibles de derechos reales -usar, gozar y disponer- y fungibles (*conf.* arts. 1890, 1892, 1941, 2331.c y 2341 CCyCN).

Aparte del ganado, ajustándose a las disposiciones legales y reglamentarias nacionales y provinciales, el propietario del campo podrá aprovechar también la fauna silvestre que lo habita transitoria o permanentemente, debiendo protegerla y limitar racionalmente su utilización para asegurar la conservación de la misma (art. 8 Ley 22.421).

Pueden autorizarse actividades de aprovechamiento de la fauna silvestre como cotos de caza, jardines zoológicos y reservas faunísticas con fines deportivos, culturales y/o recreativos turísticos, que podrán tener propósito de lucro y criaderos en cautividad de especies silvestres con fines de explotación económica, pero será preferente el establecimiento de reservas, santuarios o criaderos de la fauna silvestre autóctona con fines conservacionistas (art. 19 Ley 22.421).

Respecto a la explotación de fauna marina, la Convención del Mar establece que el Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante medidas adecuadas de conservación y administración, que la preservación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva no se vea amenazada (art. 61.2 Ley 24.543).

### **Recursos energéticos**

Jurídicamente, la energía y las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre son para el Código Civil y Comercial bienes susceptibles de valor económico y apropiables (art. 15), y se le aplican las disposiciones referentes a las cosas -bienes materiales- (art. 16). Podemos caracterizarlas, en general, como divisibles (art. 228), consumibles (art. 231), fungibles (art. 232), no registrables (art. 392), determinables por su especie y cantidad (arts. 762 y 1005) y riesgosas (arts. 755 y 1757).

La Ley 17.319 del año 1967, definió que conforman la actividad hidrocarburífera las tareas relativas a *exploración* (art. 4), *explotación*, *industrialización*, *transporte* y la *comercialización*, pudiendo estar a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas, conforme a las disposiciones de la ley y las reglamentaciones (art. 2). En el mismo sentido, la Ley 26.741 declara de interés público nacional y como objetivo prioritario de la república el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como su exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización (art. 1).

Para ello hay que obtener permisos de exploración y concesiones temporales de explotación y transporte (art. 4, Ley 17.319), debiendo poseerse la solvencia financiera y la capacidad técnica adecuadas para ejecutar las tareas inherentes al derecho otorgado y asumiendo por exclusiva cuenta los riesgos propios de la actividad minera (art. 5, Ley 17.319). Con ello se adquiere el dominio sobre los hidrocarburos que se extraigan y, consecuentemente, el poder transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados (art. 6 Ley 17.319).

La autoridad de aplicación fiscalizará el ejercicio de las actividades hidrocarburíferas, a fin de asegurar la observancia de las normas legales y reglamentarias correspondientes (art. 75, Ley

17.319), sin obstar autorizar inspecciones o controles oficiales en ejercicio de las atribuciones conferidas al Estado por otras leyes (art. 76, Ley 17.319)<sup>46</sup>.

Hoy, las fuentes de energía son tanto no renovables como renovables, siendo estas últimas las no fósiles que sean idóneas para ser aprovechadas de forma sustentable en el corto, mediano y largo plazo (art. 4, Ley 26.190). La norma enumera distintas fuentes: eólica, solar térmica, solar fotovoltaica, geotérmica, mareomotriz, undimotriz, de corrientes marinas, hidráulica, de biomasa, de gases de vertedero, de gases de plantas de depuración, biogás y biocombustibles para electricidad (art. 4, Ley 26.190) y biocombustibles como bioetanol, biodiesel y biogás, que se produzcan a partir de materias primas de origen agropecuario, agroindustrial o desechos orgánicos (art. 5, Ley 26.093).

La Ley 27.424 ha venido a resignificar el concepto concesional tradicional, dirigido a la gran solvencia y capacidad productiva de grandes productores, estableciendo condiciones jurídicas y contractuales para la generación de energía eléctrica de origen renovable por parte de usuarios de la red de distribución, para su autoconsumo, con eventual inyección de excedentes a la red, y establecer la obligación de los prestadores del servicio público de distribución de facilitar dicha inyección, asegurando el libre acceso a la red de distribución (art. 1). Esta figura se denomina del usuario-generador (art. 5).

### Alteración relevante negativa de los bienes colectivos

Las autoridades deben proveer a la preservación del *patrimonio natural* (art. 41 C.N.). Dijimos que el sistema del Código Civil y Comercial enfoca los bienes, en relación a las personas y los derechos individuales y colectivos de que son pasibles. La noción de bienes patrimonializables como los susceptibles de valor económico, sobre los cuales sus titulares ejercen derechos individuales (arts. 15 y 16), puede traer algún equívoco.

En la concepción ambiental, integran el *patrimonio natural estatal* los bienes situados en el territorio (art. 3, Ley 21.836) como -monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones, -las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, y -los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas. Esto requiere que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural (art. 2, Ley 21.836) y sean identificados y delimitados por el Estado (art. 3, Ley 21.836). Sobre estos lugares se conciben derechos de incidencia colectiva (art. 14 CCyCN) tendientes a evitar la afectación de su funcionamiento y de su sustentabilidad (art. 240 CCyCN).

Mediante el sistema de la Ley 22.351 pueden crearse Parques, Monumentos Naturales o Reservas Nacionales en áreas que por sus extraordinarias bellezas o riquezas en flora y fauna autóctona o en razón de un interés científico determinado, deban ser protegidas y conservadas para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones, declaradas por ley (art. 1). Son del dominio público nacional (art. 2) y el Estado Nacional ejerce el dominio y jurisdicción sobre el área respectiva (art. 3). Las provincias y municipios pueden conformar sus propios mecanismos de protección.

También las autoridades deben proveer a la preservación del *patrimonio cultural* (art. 41 C.N.). Puede referirse a factores tangibles -como lugares y objetos-, como intangibles, que configuran valores culturales colectivos.

Son *bienes culturales*, todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá

<sup>46</sup> La Resolución N° 105/92 de la Secretaría de Energía de la Nación aprueba las normas y procedimientos para proteger el medio ambiente durante la etapa de exploración y explotación de hidrocarburos.

el *patrimonio cultural argentino* (art. 2, Ley 25.197). Otra vez, sobre estos se conciben derechos de incidencia colectiva (art. 14 CCyCN) tendientes a evitar sean afectados negativamente (art. 240 CCyCN).

Normativamente se consideran *patrimonio cultural estatal* bienes (art. 3, Ley 21.836) como -los documentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, -los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, por su arquitectura, unidad e integración en el paisaje, y -los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como zonas como lugares arqueológicos. Deben tener un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, histórico, estético, etnológico o antropológico (art. 1, Ley 21.836) y ser identificados y delimitados por el Estado (art. 3, Ley 21.836).

La Ley 25.743 preserva, protege y tutela el *Patrimonio Cultural* de la Nación (art. 1). Lo conforman el *Patrimonio Arqueológico*, compuesto de cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes. También el *Patrimonio Paleontológico*, que recoge organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales (art. 2). Estas universalidades se inscriben, respectivamente, en el Registro Nacional de Yacimientos, Colecciones y Objetos Arqueológicos y el Registro Nacional de Yacimientos, Colecciones y Restos Paleontológicos (art. 5). Son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal, según el ámbito territorial en que se encuentren (art. 9, Ley 27.543).

También integran el patrimonio cultural los *bienes culturales histórico-artísticos* como las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico y paleontológico, materiales de interés antropológico y etnológico, bienes que se refieren a la historia, bienes inmuebles del patrimonio arquitectónico de la Nación, bienes de interés artístico, manuscritos raros e incunables, códices, libros, documentos y publicaciones de interés especial, sueltos o en colecciones, objetos de interés numismático, filatélico, documentos de archivos, entre otros (art. 2, Ley 25.197).

La Ley 25.568 que aprueba la Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas, incluye como *categorías de bienes culturales* a: a) monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y flora, relacionados con las mismas; b) monumentos, edificios, objetos artísticos, utilitarios, etnológicos, íntegros o desmembrados, de la época colonial, así como los correspondientes al siglo XIX; c) bibliotecas y archivos; incunables y manuscritos; libros y otras publicaciones, iconografías, mapas y documentos editados hasta el año de 1850; d) todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados Partes tengan registrados como bienes culturales, siempre que hayan notificado tal registro a las demás Partes del tratado; e) todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados Partes declaren o manifiesten expresamente incluir dentro de los alcances de esta Convención.

Todos estos bienes culturales deben integrarse en el Registro Único de Bienes Culturales informatizado (art. 5, Ley 25.197).

### Alteración relevante negativa de los valores colectivos

Son valores colectivos las manifestaciones culturales, elementos intangibles que integran nuestro *Patrimonio Cultural Inmaterial*. Debe ser compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible (art. 2 Ley 26.118).

Refieren a los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana (art. 2, Ley 26.118).

Se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales (art. 2, Ley 26.118). Incluso algunos usos, prácticas y costumbres pueden convertirse en vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1 CCyCN).

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos con conciencia de su identidad indígena o tribal interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos incluyendo medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (art. 2.b, Ley 24.071 que aprueba el Convenio 169 – OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes).

Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o *territorios* que cubren la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los *aspectos colectivos* de esa relación (art. 13, Ley 24.071).

Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (art. 15, Ley 24.071).

La Ley 27.246 que aprueba el Protocolo de Nagoya, aborda los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales. Obliga al Estado a adoptar medidas con miras a asegurar el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de comunidades indígenas y locales y el establecimiento de condiciones contractuales mutuamente acordadas con la participación justa y equitativa en los beneficios (art. 7).

### Paisaje

El paisaje es tanto un *bien* como un *valor colectivo*. Incluso, es una escala de abordaje político-te-

territorial que integra conceptos naturales de la ecósfera (ecosistema, hábitat, cuenca, por ejemplo), con conceptos culturales de lo construido en la tecnosfera (región, distrito, ciudad, pueblo, por ejemplo) o, incluso, de espacios o relaciones de interfaz entre ellos. Esto, bajo instrumentos del ordenamiento territorial y de la protección patrimonial socio ambiental, atendiendo a connotaciones propias que le asignan un valor colectivo trascendente (unidades de paisaje, por ejemplo).<sup>47</sup>

El Convenio Europeo del Paisaje (Florenia - Italia, 20/10/2000) define que *paisaje* se entenderá cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos (art. 1).

### 3. Legitimación Fiscal para exigir la reparación e indemnización colectiva

El artículo 120 C.N. concibe al Ministerio Público como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que *tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad*, en coordinación con las demás autoridades de la República.

La concepción más actual y consustancial con esa misión general que le corresponde está establecida en el artículo 1 de la Ley 27.148 Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Antes que cualquier otro deber, el órgano tiene por misión especial velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes. Se hacen patentes las obligaciones fiscales de relacionarse con la comunidad (art. 36, Ley 27.148).

Consecuentemente, se lo faculta a intervenir según las circunstancias e importancia del asunto, en conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos, el interés general de la sociedad o una política pública trascendente y/o afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas (art. 2, Ley 27.148). Finalmente, en orden normativo posterior o derivado, tiene a su cargo ejercer la acción penal pública (art. 3, Ley 27.148).

En la actuación que le compete al Ministerio Público -antes y después de la reforma de 1994- se encuentra el asumir el rol de parte legitimada en defensa del ambiente, lo que puede verse plasmado en el criterio del Procurador General de la Nación Juan Octavio Gauna en la causa "Colombo Murúa", solicitando del Poder Ejecutivo la derogación del Decreto N° 2125/1978 que consagraba el principio pagar por contaminar, introduciendo la noción de intereses difusos.<sup>48</sup> Quiroga Lavié destaca ese mismo dictamen de 1987, recordando que en esa oportunidad la Corte lo hizo suyo, pero terminó anulando todas las actuaciones (Fallos: 310:2342)<sup>49</sup>.

Otro hito en la construcción de la legitimación ambiental fiscal, en este caso referido a la consolidación de las líneas de políticas requirentes federales, es la DECLARACIÓN DE PARANÁ, rubricada en la VII Reunión de Procuradores y Fiscales Generales de la República Argentina, celebrada

47 Ver al respecto el Proyecto de Ley de Presupuestos Mínimos para la Planificación, Protección, Preservación, Conservación, Restauración, Gestión, Ordenamiento y Creación de Paisajes; Expte. N° 1952-D-2019 de la Cámara de Diputados de la Nación. Art. 1. Objeto: La presente ley establece los presupuestos mínimos para la planificación, protección, preservación, conservación, restauración, gestión, ordenamiento y creación de paisajes, a fin de preservar sus valores naturales, patrimoniales, culturales, sociales, históricos y económicos, en un marco de desarrollo sostenible, impulsando la plena integración del paisaje en el planeamiento y en el desarrollo de las políticas de ordenamiento territorial, así como en las demás políticas que incidan en el mismo de forma directa o indirecta. Entendiendo al *paisaje* como el espacio territorial, vital, percibido en forma colectiva o individual por su población, donde la sociedad actúa en él, con connotaciones sociales, culturales, económicas, históricas y políticas.

48 Caso promovido por dos vecinos ribereños de los ríos Tigre y Reconquista, afirmando que el decreto 2125/78, en tanto permitía arrojar efluentes contaminantes a esos cauces de agua a cambio del pago de un canon recaudado por O.S.N., comprometía la salud pública. Citado en dictamen de Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Dra. Gabriela Fernanda Boquín, en la causa W 31698/09 caratulada "Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/ GCBA s/ proceso de conocimiento", Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I.

49 QUIROGA LAVIÉ, Humberto y otros; Derecho Constitucional Argentino Segunda Edición Actualizada. Tomo I - 2a ed. - Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, págs. 333-334

el 10 de junio de 1995.<sup>50</sup> En esta reunión se decidió intensificar el accionar que tienen los órganos correspondientes del Ministerio Público -en el marco de las competencias que derecho público provincial les asigna- a fin de que no se torne ilusorio el derecho a un ambiente sano consagrado por el art. 41 de la Constitución Nacional (numeral 3).

En el *leading case* “Mendoza, Beatriz Silvia”, en resolución de fecha 23/07/2008 (Fallos: 331:1676), el reconocimiento de la atribución que la Corte Federal ya había asumido en 1987 se hace mas expreso al sentar que “El Ministerio Público Fiscal cuenta con ingentes atribuciones en causas concernientes a la prevención y remediación de *daños al medio ambiente*, al punto que se le autoriza para hacerse parte en dichos procesos (art. 41, inc. a, ley 24.946), atribución de la que no hizo uso la Procuración General en oportunidad de dictaminar acerca de la competencia ni solicitó ejercer ulteriormente, a pesar de haber sido notificado del trámite conferido al asunto y de la excepcional difusión pública con que contó el proceso”. Era un proceso atinente a reclamos por prevención y recomposición del ambiente por la vía del amparo, no uno penal.

Por otro lado, el Máximo Tribunal establece allí la importancia de la participación Fiscal en los procesos ambientales y en las audiencias que se celebran: “En el trámite procesal que concluyó [...] con la sentencia dictada por la Corte, *se ha dado* a la Procuración General de la Nación *la participación que corresponde* con arreglo a los *textos normativos aplicables* y a la *actuación que voluntariamente tomó* dicho órgano si, tras dictaminar acerca de la competencia para radicar el proceso -en todas sus pretensiones- ante la instancia originaria (ley 24.946, art. 33, inc. a, ap. 1°), fue debidamente notificado del pronunciamiento que admitió conocer sólo en las reclamaciones concernientes a la prevención, recomposición y reparación del daño colectivo e invitado a participar en la audiencia pública fijada, como medida preliminar, para recibir de las partes la información recabada”.

Finalmente, también en Fallos: 331:1676, la Corte Suprema completa el análisis de la *participación* Fiscal necesaria respecto de la *etapa de ejecución de sentencia ambiental*, en tanto “Corresponde hacer saber al juez federal al que se atribuyó competencia para la ejecución del fallo, que la participación del Ministerio Público Fiscal en el trámite encomendado está reglada por los supuestos que contemplan los arts. 25, 39 y 41 de la ley 24.946 y, que de corresponder, la intervención será otorgada al representante que corresponda por razón del grado, materia y territorio”.

Este proceso de reconocimiento legitimatorio, termina de consolidarse -como dijimos- en el año 2015 en el texto de la Ley 27.148 que reemplazó a la orgánica anterior, y que respecto a la actuación fiscal hace expresa la función de *peticionar* en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos e *intervenir* en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan (arts. 31.b y 31.d).

### Principio de Objetividad Fiscal

La cuestión ambiental, como otras vertientes de la discusión de los grandes temas sociales, está atravesada por pasiones, intereses coyunturales y argumentos retóricos. El Ministerio Público Fiscal debe, en su *quicio*, obedecer en su función el principio de objetividad (por ejemplo en el art. 9.d, Ley federal 27.148). Este, expresamente requiere la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado. Este actuar objetivo, en nuestra materia, debe respetarse también en el ámbito civil, dado el carácter de orden público de su normativa (*conf.* art. 3, Ley 25.675 y art. 1644 CCyCN).

50 [http://www.consejompra.org//images/files/Declaraciones/1995/1995\\_declaracin\\_parana.pdf](http://www.consejompra.org//images/files/Declaraciones/1995/1995_declaracin_parana.pdf)

El conflicto ambiental, o mejor expuesto aquí como socio-ambiental, tiene como génesis la tensión entre los derechos que conforman el *bloque de derechos económicos de producción* –que hemos analizado antes– y el *bloque de derechos sociales de la sustentabilidad*, conformado en general por (i) el derecho al ambiente sano y equilibrado (art. 41 C.N.), (ii) el derecho al desarrollo humano sostenible (art. 41 C.N.), (iii) el derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica (art. 41 C.N.), (iv) el derecho al progreso económico con justicia social (art. 75 inc. 19 C.N.), (v) el derecho al consumo sustentable (art. 42 C.N.) y (vi) los derechos de acceso a la educación, información, participación y justicia ambiental (arts. 41, 43 y 75 incs. 17, 19 y 23 C.N. y Acuerdo de Escazú, Ley 27.566).

En este sentido, existen guías para sostener la tarea ponderativa por parte del operador jurídico. Así, junto a los principios de prevención y precaución de la ley ambiental –ya vistos–, también se prevé el principio de progresividad (art. 4, Ley 25.675)<sup>51</sup> y su contracara, la no regresividad en afectación a derechos humanos ambientales<sup>52</sup>, además del principio fiscal de actuación mediante la *gestión de los conflictos*, procurando la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social (art. 9.e, Ley 27.148).

Por otra parte, los instrumentos ineludibles de la gestión del conflicto son la premisa de publicidad de la información ambiental (*conf.* art. 16, Ley 25.675)<sup>53</sup>, la apertura participativa de los procedimientos ambientales (*conf.* art. 19, Ley 25.675)<sup>54</sup> y el irrestricto acceso a justicia ambiental (*conf.* art. 31, Ley 25.675)<sup>55</sup>, protección de las víctimas (art. 9.g, Ley 27.148) y de los grupos vulnerables y defensores de derechos humanos ambientales (Ley 27.566).

El ejercicio abusivo de los derechos de producción sobre los de la sustentabilidad, que generalmente abren el conflicto socio-ambiental (*conf.* art. 10 CCyCN), colocan al juez en un camino de marcha procedimental –que es donde va a tener lugar la tarea de sopeso a la luz de los principios antedichos– que entronca (volvemos a repasar): ordenar lo necesario para *evitar los efectos* del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva (prevenir) y, si correspondiere, *procurar la reposición* al estado de hecho anterior (recomponer) y/o fijar una *indemnización* (reparar). Esto, y en ese orden, es lo que concurre a excitar el Fiscal ante la jurisdicción.

A esta altura del punto, resulta esencial verificar primero las posibilidades de arribar a acuerdos en la *gestión de casos* mediante las salidas alternativas al proceso penal (*conf.* por ejemplo en arts. 9.d y 21.e, Ley 27.148) y la transacción de la obligación litigiosa colectiva de obtener la recomposición civil del ambiente dañado (*conf.* art. 30, Ley 25.675 y art. 1641 CCyCN).

Pues es que, el orden público ínsito en el reproche penal está llamado a prohibir las acciones perjudiciales más graves contra la sociedad reestableciendo la paz social (*conf.* art. 22 C.P.P.F.)<sup>56</sup> y el reproche ambiental se dirige a responsabilizar la reparación frente a la sociedad restableciendo

51 Art. 4 LGA. – La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: .... 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.

52 En materia laboral, la Corte Suprema con voto de tres de sus miembros, Lorenzetti, Fayt y Maqueda, y disidencia de Highton de Nolasco, expresa que “el *principio de progresividad o no regresividad* que veda al legislador la posibilidad de adoptar injustificadamente medidas regresivas, no sólo es principio arquitectónico del Derecho Internacional de Derechos Humanos sino también una regla que emerge de nuestro propio texto constitucional en la materia” (Fallos: 338:1347).

53 Art. 16 LGA. – Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.

54 Art. 19 LGA. – Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.

55 Art. 31 LGA. – El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie.

56 Art. 22 – Ley Nº 27.063 (DECTO-2019-118-APN-PTE).– *Solución de conflictos*. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

la sustentabilidad ecosistémica (art. 240 CCyCN y art. 31, Ley 25.675). Claramente el primer reproche dirigido a los bienes jurídicos protegidos como *ultima ratio*, tiene una intensidad *publicística* de máximo grado en el sistema de responsabilidad y, aún así, se consiente legalmente los acuerdos.

Es consabido que ambos derechos procesales (derechos públicos al fin y al cabo), llevan hace tiempo trayectorias reformadoras en sentidos inversos<sup>57</sup>. En tanto el derecho penal integró reglas procesales hacia la *disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal* (art. 71 C.P., sustituido por art. 2 de la Ley 27.147; art. 30 C.P.P.F.), el derecho civil ha fortalecido procesalmente la *limitación al ejercicio de disponibilidad sobre los bienes individuales* basándose en el derecho público que salvaguarda derechos colectivos como los ambientales (art. 240 CCyCN), integrando reglas con atribuciones para el juez de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso aún sin pedido de partes, a fin de proteger efectivamente el interés general (art. 32, Ley 25.675).

Lo cierto es que en sede penal, el acusado y su defensa, como cuestión preliminar, podrán en la audiencia de control de la acusación proponer la reparación o conciliación (art. 279.d C.P.P.F.). La posible oferta reparativa, se debería ajustar a la determinación precisa del daño cuya reparación se reclama en la acusación fiscal (art. 274.e C.P.P.F.). Sujeta a ciertas condiciones, ambas importan causales del sobreseimiento (art. 269.g C.P.P.F.).

La posibilidad del ejercicio conciliatorio en sede penal (por ejemplo, en el marco del art. 34 C.P.P.F.) debiera explorarse, atendiendo los casos en que el Estado nacional, provincial o municipal resulta legitimado (*conf.* art. 30, Ley 25.675), y estuviera habilitado procesalmente para ser admitido como querellante (*conf.* art. 317 C.P.P.F.), pudiendo concurrir a la audiencia y celebrar acuerdos, incluso, con personas jurídicas (art. 343 C.P.P.F.). Esto puede resultar sometido a algunas críticas legitimatorias (ver art. 40 C.P.P.F.).

Respecto a la responsabilidad ambiental, no puede transigirse acordando la exoneración de la reparación del daño ambiental colectivo causado, en tanto es una obligación constitucional y social (art. 41 C.N.). Si esta no es técnicamente factible, entonces se transforma en una indemnización sustitutiva que determina la justicia ordinaria interviniente al Fondo de Compensación Ambiental público (art. 28 Ley 25.675).

Al respecto, el artículo 1644 CCyCN prohíbe transigir sobre derechos en los que está comprometido el orden público. Por lo tanto, para sostener un acuerdo sobre la obligación reparativa, resulta exigible que trate exclusivamente sobre las pautas de la obligación de hacer el restablecimiento al estado anterior, que es la única e insustituiblemente habilitada por la Ley. O sustitutivamente, sobre la obligación de dar la indemnización exigible ante la imposibilidad fáctica de volver las cosas atrás, lo cual debe ser acreditado en sede judicial (art. 28, Ley 25.675).

El viejo artículo 841 del Código Civil derogado impedía realizar transacciones a los agentes del Ministerio Público, tanto nacionales como provinciales, ni a los procuradores de las Municipalidades (*conf.* inciso 1), lo cual ha sido expresamente modificado por el nuevo Código, excluyéndolos de estas prohibiciones expresas (*conf. contrario sensu* art. 1646 CCyCN).

Esto último hace necesario atender cinco elementos de acreditación probatoria de base en la tarea fiscal ambiental, que por motivos de pertinencia serán motivo de otra parte del texto de este libro. Primero, la determinación de la existencia del daño ambiental colectivo para exigir su reparación. En segundo lugar, proyectar las tareas y/u objetivos requeribles para realizar la reparación y su posibilidad en los hechos. Tercero, estimar los costos que requeriría esta tarea, en tanto se hallan emparentados con el valor de la reparación plena civil (art. 1740 CCyCN). Cuarto, establecer el lucro cesante, pérdida de chances y las consecuencias de la interferencia con derechos personísimos -plusvalía ambiental- para reclamar las afecciones no restituibles al estado anterior (art.

57 En varios puntos se utiliza el Código Procesal Penal Federal como recurso ejemplificador de lo que se quiere mostrar, sin perjuicio de las diferencias que pudiera haber con los códigos procesales provinciales.

1738 CCyCN). Finalmente, estimar el valor de la indemnización sustitutiva integral, para el caso de la imposibilidad reparativa como obligación de hacer.

#### 4. Legitimación Pasiva ambiental

La responsabilidad ambiental se califica por el daño causado, por el riesgo creado. Así, el causar mediante acción u omisión un daño ambiental, hace responsable de restablecer al estado anterior a su producción al autor, haya querido o no su resultado, haya realizado el acto lícito o ilícitamente (art. 28, Ley 25.675).

Incluso, realizado por el dependiente en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas, responde objetivamente el principal, que es quien las encomendó (art. 1753 CCyCN). Por ejemplo, las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, los entes centralizados o descentralizados y las Empresas del Estado Nacional, Provincial y Municipal que desarrollen actividades mineras deben responder por todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de lo establecido para la protección ambiental en la actividad, aunque lo ejecuten sus dependientes, contratistas o subcontratistas (arts. 247, 248 y 249 C.M.).

La persona jurídica responde por quienes las dirigen o administran en ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 1763 CCyCN; art. 58, Ley 19.550). En el caso de que el daño sea producido por sus autoridades y profesionales puede hacerles extensiva la responsabilidad en la medida de su participación (art. 31, Ley 25.675; arts. 54 y 59, Ley 19.550).

Las obligaciones de profesionales liberales (abogados, contadores, geólogos, ingenieros, licenciados, etc.) están sujetas a las reglas de las obligaciones de hacer y, por tanto, su responsabilidad es subjetiva y no está comprendida en la derivada de actividades riesgosas (arts. 1768 y 1757 CCyCN). Se les debe probar la imprudencia, la negligencia o la impericia en la profesión, o la conducta intencional o manifiestamente indiferente que produjo el daño ajeno (arts. 1724 y 1734 CCyCN).

El Estado, a su turno, debe responder por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, de manera objetiva y directa (art. 1, Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado Nacional).

El Código unificado no rige el ámbito estatal extracontractual (*conf.* art. 1765 CCyCN), pero debemos acudir a él para interpretar que es una responsabilidad directa, y sobre ello nos dice que atañe al incumplimiento de una obligación u ocasionar un daño injustificado por acción u omisión (art. 1749 CCyCN).

Para encasillar esta órbita de responsabilidad pública, si recurrimos a la lectura integrada de los artículos 121, 122, 123 y 5 de la Constitución Nacional, nos permiten interpretar que las provincias conservan la potestad de establecer su propio sistema de responsabilidad por actos de la administración. En consecuencia, el artículo 11 de la Ley 26.944 se limita solo a invitar a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para su regulación.

En nuestro caso, pensamos que ante la trascendencia de la cuestión ambiental, debe ceder el principio de exorbitancia estatal por el de máxima protección de los bienes comunes de la sociedad. El actuar ambientalmente lesivo o la tolerancia ante el daño ambiental por parte del Estado, al fin de cuenta son conductas inconstitucionales (*conf.* art. 41 C.N.). Muestra de ello es la cantidad de acciones de amparo que dominan la escena judicial argentina.

La Ley 25.675 es reglamentación directa del artículo 41 de la misma Carta Magna, y en su especificidad no distingue para el capítulo de daños ambientales entre los particulares y el Estado, ni tampoco entre la acción y la omisión, ni la licitud o ilicitud de las conductas reprochables, por lo que pensamos que, en la materia rige una responsabilidad objetiva plena para demandados públicos o privados (*conf.* art. 27, Ley 25.675). Las normas provinciales que flexibilicen las exigencias y perforen el piso obligatorio de indemnidad ambiental para la sociedad, resultan inconstitucionales.

les, e incongruentes e inaplicables (*conf. art. 4, Ley 25.675*)<sup>58</sup>.

La legislación ambiental facilita la promoción del reproche ambiental permitiendo responsabilizar solidariamente de la reparación frente a la sociedad a dos o más personas que hubieren participado en la comisión del daño ambiental colectivo, aunque no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada uno (art. 31, Ley 25.675). También vale aquí recordar que si el daño proviene de un autor anónimo o no identificado de un grupo determinado, responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción (art. 1761 CCyCN).

Finalmente, cerremos el punto de la legitimación pasiva con la actividad ambientalmente peligrosa de un grupo, sobre la que todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros y de la que sólo se libera quien demuestra que no lo integraba (art. 1762 CCyCN).

## **5. Responsabilidad ambiental colectiva objetiva (elementos de atribución, eximentes y trámite)**

La jurisprudencia ambiental argentina que prevalece proviene de la acción de amparo, por lo que no se caracteriza por la robustez probatoria sino de revisión de actos autoritativos. Más que un reproche de daños, refleja, por lo general, uno de mala gobernanza ambiental que deriva en alteraciones.

Hemos sentando antes en este trabajo que la responsabilidad del causante público o privado directo de un daño ambiental colectivo apela al factor de atribución objetivo y dirige su finalidad a que se restablezca el estado anterior a su producción (art. 28, Ley 25.675). La culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuirle responsabilidad (art. 1722 CCyCN).

El eje del sistema, por consiguiente, ronda en la prueba del daño ambiental, las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles de su relación causal (art. 1726 CCyCN) y la identificación y atribución a su causante. El desafío, para quien lo invoca, es acreditarlo (art. 1744 CCyCN). No obstante las normas brindan tres atajos o facilidades ante la complejidad del objetivo: dos procesales (arts. 32 y 33, Ley 25.675) y otro mediante presunciones legales que favorecen su confirmación (art. 1744 CCyCN).

En el primer caso, el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (art. 32, Ley 25.675). Así, puede ejercitar entre otras facultades judiciales el distribuir la carga de la prueba, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla (art. 1735 CCyCN).

También agreguemos que el legislador ha revalorizado en el proceso judicial la actividad de policía administrativa ambiental, otorgando valor acreditante a los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, concediéndoles la fuerza probatoria de los informes periciales (art. 33, Ley 25.675). Es decir que, sin perjuicio del derecho de las partes a su posibilidad de impugnación, la demanda ambiental podrá valerse de los informes, auditorías, inspecciones, muestreos y demás actos llevados a cabo en ejercicio de control que contengan opiniones técnicas y que conformen el sustento de un informe de daño en sede administrativa.

La otra circunstancia facilitadora de la dificultosa carga de acreditar el daño ambiental, es echando mano a que la ley impute o presuma el daño, o que surja notorio de los propios hechos (art. 1744 CCyCN). Generalmente, en la acción de amparo, se asienta la plataforma fáctica en la ostensibilidad del daño. En este contexto, pueden jugar un importante rol de interpretación y apli-

58 Art. 4 LGA.- La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio de congruencia: 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.

cación los principios de responsabilidad ambiental, de prevención ambiental y precaución ambiental, determinando la calidad de generador-responsable de la actividad y los riesgos ciertos y/o inciertos que encierra su actividad (art. 4, Ley 25.675).

Ya esta dicho antes que un factor de facilitación de imputabilidad legal al que debemos hacer referencia es *al hecho de las cosas y actividades riesgosas*. En términos del Código unificado, toda persona responde objetivamente por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (art. 1757 CCyCN).

Corresponde entonces revisar las responsabilidades por actividades ambientalmente riesgosas y la concerniente al uso de cosas ambientalmente peligrosas.

### Actividad ambientalmente riesgosa

Remontemonos al antecedente del 1 de mayo de 1887, cuando comenzó a regir el Código de Minería de la República Argentina, cuyo original artículo 58 (Ley 1919; actual art. 161, conforme Decreto N° 456/97) ya preveía la responsabilidad del minero por el *riesgo creado*, por más incierto que sea, ubicándolo en la naturaleza misma de la empresa que además resulta de su exclusiva conveniencia, por lo que debe pagar los perjuicios causados a la propiedad ajena<sup>59</sup>.

Mas acá del antecedente histórico, en caso de una actividad riesgosa o peligrosa genérica, responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial (art. 1758 CCyCN). Habrá acción siempre que el responsabilizado ejerza un poder de control sobre lo actuado. Lo gravitante es la atribución, no la voluntariedad<sup>60</sup>.

Ante ello, la ley general prevé que toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice *actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos*, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación (art. 22, Ley 25.675).

Es decir, que así como realizan actividad ambientalmente riesgosa los que realizan la actividad minera (art. 249 C.M.) conforme se lo imputa la propia ley al minero (art. 248 C.M.), quienes resulten *per se* obligados a contratar un seguro ambiental (art. 22, Ley 25.675) también reciben la imputación agravada u objetiva.

Revisemos someramente las normas que generan la obligación de aseguramiento ambiental. Al respecto, la Resolución N° 177/07 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable *considera actividades riesgosas para el ambiente* en los términos del artículo 22 LGA a aquellas actividades listadas en su Anexo I (sustituido por el art. 2 de la Resolución SAyDS N° 1639/07), que verifiquen los niveles de complejidad ambiental identificados como categorías 2 -mediana complejidad ambiental- ó 3 -alta complejidad ambiental- del Anexo II (art. 2).

De acuerdo con los valores del Nivel de Complejidad Ambiental que le arrojen al impacto empresarial o estatal por las combinaciones de variables establecidas, las industrias y actividades de servicio, se clasifican con respecto a su *riesgo ambiental*, en: 1. Primera Categoría -hasta 14,0 puntos inclusive-; 2. Segunda Categoría -14, 5 a 25 puntos inclusive-; y 3. Tercera Categoría -mayor de 25 puntos- (nral. A.2, sustituido por art. 2 Res. SAyDS N° 481/11).

La autoridad determina la agrupación de las diferentes actividades en función del rubro de la actividad y los términos y valores de una fórmula polinómica prevista en el Anexo II (art. 2, *seg.*

59 Ver Código de Minería de la República Argentina, con las notas del Dr. Enrique Rodríguez. Ed. AZ 1982, 2da. ed. Actualizada, p. 86, citado en IACOMINI, Héctor L.; Factores de imputación en la responsabilidad minera; UNLP 2008-38, 01/01/2008, 302 - LA LEY 02/10/2008, 02/10/2008, 1 - LA LEY 2008-E, 1365

60 IACOMINI, Héctor L.; *ob. cit.*

*parr.* sustituido por Res. SAyDS N° 303/07). Dicha ecuación polinómica de cinco (5) términos, define en un valor final resultante el Nivel de Complejidad Ambiental de un establecimiento industrial o de servicios, o sea, su grado de potencialidad riesgosa.

El primer elemento para medir es entonces el *Rubro -Ru-* (a), conforme clasificación internacional de actividades [-CIU Revisión 3-]. Entre los más significativos podemos enunciar la explotación de petróleo crudo y gas -CIU 11-, de minas y canteras -CIU 14-, extracción de minerales metalíferos -CIU 13-, de uranio y torio -CIU 12-, fabricación de sustancias y productos químicos -CIU 24-, de maquinaria y equipo -CIU 29-, de vehículos automotores, remolques y semirremolques -CIU 34-, de equipo de transporte -CIU 35-, reciclamiento -CIU 37-, generación, transporte y distribución de electricidad, gas, vapor y agua caliente -CIU 40-, captación, depuración y distribución de aguas -CIU 41-, y otras actividades como depósitos de hidrocarburos y químicos, construcción de grandes obras de infraestructura y actividad que elabore o manipule sustancias peligrosas -CIU 28-.

Los restantes cuatro elementos evaluables son: (b) *Efluentes y Residuos -ER-* que se clasifican según la calidad o cantidad de los efluentes y residuos que genere el establecimiento; (c) *Riesgo -Ri-* específicos de la actividad que puedan afectar a la población o al medio ambiente circundante, asignando 1 punto por cada uno, a saber: -Riesgo por aparatos sometidos a presión; -Riesgo acústico; -Riesgo por sustancias químicas; -Riesgo de explosión; -Riesgo de incendio; (d) *Dimensionamiento -Di-* teniendo en cuenta la dotación de personal, la potencia instalada y la superficie ocupada; (e) *Localización -Lo-* que tiene en cuenta la zonificación municipal y la infraestructura de servicios que posee -Parque industrial, Industrial Exclusiva y Rural y la carencia infraestructura de servicios como Agua, Cloaca, Luz, Gas- (art. A.1, Anexo II, Res. SAyDS N° 177/07 y Res. SAyDS N° 1639/07).

Otra actividad riesgosa, en este caso vinculada a cosas peligrosas que veremos seguidamente, es el transporte de residuos peligrosos, que lo hace responsable, en calidad de guardián de los mismos, de todo daño producido por estos (art. 31, Ley 24.051). De hecho, el Anexo de la Resolución SAyDS N° 1639/07 comprende al rubro genérico “Transporte de sustancias y/o residuos peligrosos” directamente en la tercera categoría de mayor riesgo asegurable.

### **Cosa ambientalmente peligrosa:**

Adelantamos ya que el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas peligrosas por su naturaleza, también es imputado directa y objetivamente por la ley a su responsable, sin permitir eximirse por su autorización y despliegue preventivo (art. 1757 CCyCN). Así, existe la expresa presunción *iuris tantum* de que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 45, Ley 24.051; art. 6, Ley 26.994).

En este orden, la Ley 24.051 considera peligroso todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general, aunque pudieren constituirse en insumos para otros procesos industriales. En particular los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley (art. 2).

Quedan excluidos de los alcances de la Ley 24.051 los residuos domiciliarios, los radiactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques, los que se regirán por leyes especiales y convenios internacionales vigentes en la materia (art. 2). En párrafos anteriores hemos revisado someramente sus regulaciones normativas.

El Anexo I aborda “Categorías Sometidas a Control”, como corrientes de desechos, entre otros, clínicos humanos y animales -Y1-, de la producción, la preparación y utilización de biocidas y productos fitosanitarios -Y4-, de la fabricación, preparación y utilización de productos químicos para la preservación de la madera -Y5-, de mezclas y emulsiones de desecho de aceite y agua o de

hidrocarburos y agua -Y9-, que contengan o estén contaminados por bifenilos policlorados (PCB), trifenilos policlorados (PCT) o bifenilos polibromados (PBB) -Y10-<sup>61</sup> y resultantes de las operaciones de eliminación de desechos industriales -Y18-, entre varias otras corrientes (Ley 24.051).

También aborda “Categorías Sometidas a Control”, como por ejemplo desechos que tengan como constituyente compuestos de cromo hexavalente -Y21-, de cobre -Y22-, de zinc -Y23-, de arsénico -Y24-, de mercurio -Y29-, de plomo -Y31-, de cianuros inorgánicos -Y33-, polvo y fibras de asbestos -Y36-, entre otros compuestos (Anexo I, Ley 24.051).

Por su parte, el Anexo II desarrolla la “Lista de Características Peligrosas”, entre las cuales se puede citar explosivos -H1-, líquidos inflamables -H3-, sólidos inflamables -H4.1-, sustancias o desechos susceptibles de combustión espontánea -H4.2-, sustancias o desechos que, en contacto con el agua, emiten gases inflamables -H4.3-, tóxicos (venenosos) agudos -H6.1-, sustancias infecciosas -H6.2-, corrosivos -H8-, liberación de gases tóxicos en contacto con el aire o el agua -H10- y sustancias tóxicas (con efectos retardados o crónicos) -H11- (Ley 24.051).

Dos características peligrosas en las que cabe hacer hincapié, por su generalidad son: los Ecotóxicos -H12-<sup>62</sup> y las sustancias que pueden, por algún medio, después de su eliminación, dar origen a otra sustancia, por ejemplo, un producto de lixiviación, que posee alguna de las características expuestas en el Anexo II -H13- (Ley 24.051).

El Anexo I incluye en una suerte de categoría genérica -Y48- a todos los materiales y/o elementos diversos contaminados con alguno o algunos de los residuos peligrosos identificados en el Anexo I o que presenten alguna o algunas de las características peligrosas enumeradas en el Anexo II cuyo destino sea o deba ser una “Operación de Eliminación” según el Anexo III (Ley 24.051). También incluye materiales y/o elementos diversos contaminados como los envases, contenedores y/o recipientes en general, tanques, silos, trapos, tierras, filtros, artículos y/o prendas de vestir de uso sanitario y/o industrial (art. 1, Res. SAyDS N° 897/02).

Son residuos patológicos y por tanto cosas peligrosas: (a) Residuos provenientes de cultivos de laboratorio; (b) Restos de sangre y de sus derivados; (c) Residuos orgánicos provenientes del quirófano; (d) Restos de animales producto de la investigación médica; (e) Algodones, gasas, vendas usadas, ampollas, jeringas, objetos cortantes o punzantes, materiales descartables, elementos impregnados con sangre u otras sustancias putrescibles que no se esterilizan; (f) Agentes quimioterápicos (art. 19, Ley 24.051).

Por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas peligrosas por su naturaleza como las enumeradas, responden en forma concurrente el dueño y el guardián (arts. 1757 y 1758 CCyCN).

En calidad de *dueño*, responde todo generador de residuos peligrosos por todo daño producido por éstos (art. 22, Ley 24.051). Es considerado *generador* toda persona física o jurídica que, como resultado de sus actos o de cualquier proceso, operación o actividad, produzca residuos calificados como peligrosos en los términos del artículo 2 de la Ley 24.051 (art. 14). Su responsabilidad no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o su tratamiento (art. 48, Ley 24.051).

Se considera *guardián* a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella (art. 1758 CCyCN). En su calidad de guardianes de residuos peligrosos, los *titulares* de toda planta de tratamiento y/o disposición final serán responsables de todo daño producido por estos (art. 44, Ley 24.051). Las *plantas de tratamiento* son aquellas

61 Los residuos de PCB's para la legislación son los policlorobifenilos -Bifenilos Policlorados-, los policloroterfenilos -PCT-, el monometiltetraclorodifenilmetano, el monometildiclorodifenilmetano, el monometildibromodifenilmetano, y a cualquier mezcla cuyo contenido total de cualquiera de las sustancias anteriormente mencionadas sea superior al 0,005% en peso -50ppm- (art. 3 Ley 25.670). Independientemente a esta ley, los PCBs usados y residuos conteniendo PCBs siguen alcanzados por la normativa específica de residuos peligrosos (art. 24 Ley 25.670).

62 Al respecto ver Resolución SRNyAH N° 315/1994 sobre *Standards de calidad para los vertidos líquidos directos a cuerpos de agua*

en las que se modifican las características física, la composición química o la actividad biológica de cualquier residuo peligroso, de modo tal que se eliminen sus propiedades nocivas, o se recupere energía y/o recursos materiales, o se obtenga un residuo menos peligroso, o se lo haga susceptible de recuperación, o más seguro para su transporte o disposición final. Las *plantas de disposición final* son los lugares especialmente acondicionados para el depósito permanente de residuos peligrosos en condiciones exigibles de seguridad ambiental. En particular quedan comprendidas en este artículo todas aquellas instalaciones en las que se realicen las operaciones indicadas en el Anexo III (art. 33, Ley 24.051).

### **Eximentes del factor objetivo de atribución ambiental:**

Pasando a las eximentes del factor objetivo de atribución, en términos generales, el responsable se libera demostrando *la causa ajena*, excepto disposición legal en contrario (art. 1722 CCyCN). Nos referimos al particular por su acción y/u omisión y a la acción degradante del Estado en forma directa. El punto es que, en materia ambiental, en la ley especial la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (art. 29, Ley 25.675).

Comencemos separando hipótesis que descartan algunas de esas formas exculporias del daño ambiental colectivo citadas.

En primer orden, *a priori* se excluye al realizador de actividades degradantes en forma clandestina. Al requerirse haber desplegado las medidas de prevención del daño, quien no tramitó la evaluación de impacto ambiental, no previó la identificación de las consecuencias sobre el ambiente de su proyecto y, por tanto, no determinó las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos (*conf.* arts. 11, 12 y 13, Ley 25.675). Es muy complejo que pueda configurarse esta hipótesis del artículo 29 LGA en tanto se exige adoptar medidas de evitación.

En segunda medida, no resulta posible que los daños se produzcan por culpa exclusiva de la víctima. La alteración relevante y negativa del ambiente por *propia acción de la naturaleza*, es un hecho jurídico (art. 257 CCyCN) pasible de conformar un caso de fuerza mayor –terremotos, presencia natural de sustancias peligrosas, incendios, maremotos, inundaciones, etc.–. La fuerza mayor que no ha podido ser prevista o que, habiendo sido prevista no ha podido ser evitada, opera eximiendo de responsabilidad excepto disposición en contrario, siempre que no exista culpa (art. 1730 CCyCN).

En tercer lugar, no tratamos aquí, ni con una pluralidad indeterminada de personas ni una comunidad determinada (*conf.* CSJN; Fallos 332:111), sino que es la sociedad toda, la derecho-habiente exponencial del daño colectivo (*conf.* art. 31 Ley 25.675). Por esto, no resulta coherente suponer la existencia de la sociedad como una víctima con capacidad de dañar de manera organizada o pasible de atribuírsele una concurrencia causal (art. 1729 CCyCN). Antes ya hemos resaltado que es un bien de naturaleza colectiva, de pertenencia a la esfera social, indivisible, transindividual, para las actuales y futuras generaciones (*conf.* CSJN; Fallos: 329:2316).

Como cuarto punto, recordemos que si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí (art. 31 Ley 25.675). Por ello, solo resulta pasible de eximir la responsabilidad ambiental, total o parcialmente, con el hecho de un tercero por quien no se debe responder y no por un co-responsable solidario (art. 29, Ley 25.675; art. 1731 CCyCN).

La carga de la prueba de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega (art. 1734 CCyCN). El juez puede ejercitar la facultad judicial de distribuir la carga de probar el haber actuado

con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla (art. 1735 CCyCN).

En los casos de responsabilidad imputable por el uso de cosas peligrosas y realización de actividades riesgosas, no son eximentes la autorización administrativa ni el cumplimiento de las técnicas de prevención (art. 1757 CCyCN).

En este ámbito de responsabilidad extracontractual agravada, el dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no se debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso (art. 47, Ley 24.051). Por tanto, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos (art. 46, Ley 24.051) y solo terminarían no respondiendo si prueban que la cosa peligrosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta (art. 1758 CCyCN).

Los generadores-dueños si podrán limitar parcialmente su responsabilidad respecto de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final (art. 48 Ley 24.051).

### **Cuestiones procesales esenciales:**

Pasando al trámite judicial, ya habíamos adelantado que el juez ambiental posee amplias facultades de conducción del proceso. Además, en cualquier estado del mismo, 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 (art. 32, Ley 25.675).

La sentencia por daño ambiental colectivo que se dicte, hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias (art. 33, Ley 25.675).

La Corte Nacional en Fallos: 342:1203 sostuvo como criterio que “..., 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)” [...] “Especialmente el principio *In Dubio Pro Agua*, 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)”.

La sentencia debe propender a la reparación del daño plena, restableciendo el estado anterior a la producción del hecho dañoso, en especie (art. 28, Ley 25.675; art. 1740 CCyCN). El código minero completa esta misma idea en tanto que, todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere (art. 263 C.M.). El énfasis del codificador es arreglar lo que se va descomponiendo, que superviva el sostén vital.

La Resolución Conjunta N° 2/19 de la Superintendencia de Seguros y la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, que regula las pautas básicas para las condiciones contractuales de las pólizas de seguro por daño ambiental de incidencia colectiva define al alcance de la *recomposición*, obviamente de manera limitada hasta el máximo de la suma asegu-

rada, como el procedimiento originado como consecuencia de una alteración negativa y relevante ocasionada sobre el ambiente y cuya finalidad consiste en restablecer las condiciones del ambiente afectado, hasta alcanzar niveles de riesgo aceptables para la salud humana y para el ecosistema, de modo que la alteración negativa deje de ser relevante (arts. 3.4 y 11, Anexo).

Por otra parte, la *remediación* es la tarea o conjunto de tareas que tienen como finalidad la recomposición del daño ambiental ocasionado, ya sea a través de la reducción de las concentraciones de una o más sustancias contaminantes en los medios físicos que componen el sitio, como por medio del establecimiento de controles físicos de carácter permanente o restricciones respecto del uso del sitio que reduzcan o eliminen el potencial de exposición a una o más sustancias contaminantes y la *refuncionalización* son tareas adicionales a la remediación, que están orientadas a otorgar un aprovechamiento productivo o de interés social a un sitio (art. 11, Anexo, Res. Conj. N° 2/2019).

Con lo visto, resulta elocuente que la idea indemnizatoria esta mucho más alejada, reservada para el caso de que no sea técnicamente factible recomponerlo, mitigarlo, rehabilitarlo o restaurarlo. Opera en sustitución. La determina la justicia ordinaria interviniente y se deposita en el Fondo de Compensación Ambiental administrado por la autoridad de aplicación. Esto sin perjuicio de otras sanciones administrativas, acciones judiciales y penales que establezcan las normas vigentes que pudieran corresponder (art. 28, Ley 25.675 y art. 263 C.M.).

En el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, Sala Segunda, en autos “Brasilit Industria e Comercio Ltda. y Otro c. Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro”, del 12/09/2013 (publicado en La Ley LXXVII-233, 12/12/2013, 4), se explica que ante “una apelación interpuesta por el actor -Ministerio Público- impetrando indemnización por daños irreparables (especie de daño moral ambiental) entiendo que en este particular aspecto, [...], se equivocó el *a quo* en la sentencia recurrida al denegar el resarcimiento peticionado” (del voto del Ministro Humberto Martins).

En la relatoría del Ministro Herman Benjamín del precedente, explica que “Al responsabilizarse civilmente al infractor ambiental, no debe confundirse la prioridad de recuperación *in natura* del bien degradado con una imposibilidad de acumulación simultánea de los deberes de re-pristinización natural (obligación de hacer), compensación ambiental e indemnización en dinero (obligación de dar) y abstención de uso y de nueva lesión (obligación de no hacer)”. Más adelante expone que “En las demandas ambientales, por fuerza de los principios del contaminador-pagador y de la reparación *in integrum*, se admite la condena del demandado simultánea y acumulativamente, como obligación de hacer, no hacer e indemnizar” (La Ley LXXVII-233, 12/12/2013, 4).

Finalmente, cabe hacer notar de este fallo del vecino país que “En la vasta y compleja categoría de la degradación permanente o refleja, se incluye tanto la que media temporalmente entre la conducta dañosa y el pleno restablecimiento o recomposición de la biota, vale decir, la *privación temporaria* de la fruición del bien de uso común del pueblo (= daño interino, intermedio, momentáneo, transitorio o de interregno), cuanto el *daño residual* (= deterioro ambiental irreversible, que subsiste o perdura, no obstante todos los esfuerzos de restauración) y el *daño moral colectivo*. También debe restituirse al patrimonio público el provecho económico del agente con la actividad o emprendimiento degradador, la *plusvalía ecológica* que indebidamente ocasionó (p. ej. madera o minerales retirados contra la ley del inmueble degradado o incluso, el beneficio por el uso ilícito del área para el fin agrosilvestre-pastoril, turístico, comercial)”.

En la jurisprudencia del país, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, en autos “Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S. A. y Otro”, fallo del 22/10/1996 (publicado en LLBA, 1997-273, DJBA 152, 411 – ED), admite el daño moral colectivo extrapatrimonial sufrido por la comunidad de Tandil -incluidos sus ocasionales visitantes- por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público, sosteniendo que “A esa opinión se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un

bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extra patrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos -los habitantes de Tandil- que disfrutaban de la escultura por la afectación a una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional (arts. 20, inc. 2º y 28, Constitución Provincial; arts. 41 y 43, Constitución Nacional)”.

## 6. Responsabilidad ambiental del Estado

El Código unificado sienta que la responsabilidad del Estado *se rige* por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Y es que una de las notas particulares del derecho administrativo, desde la óptica de nuestro derecho positivo, es su carácter local (art. 1765 CCyCN). El fundamento de esta afirmación se desprende de la preexistencia de las provincias respecto de la Nación, y de las disposiciones de nuestra Carta Magna (art. 121, 122, 123 y 5 C.N.)<sup>63</sup>.

El carácter local del derecho administrativo en nuestro sistema federal conlleva, entonces, la existencia de regímenes provinciales de responsabilidad, ante lo cual el artículo 11 de la Ley 26.944 se limita a invitarlas junto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse, para la misma regule la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.

En su voto en Fallos: 342:1061, el Ministro Lorenzetti explica que “En materia ambiental, existe un claro reconocimiento del federalismo, de la propiedad de las provincias sobre los recursos naturales, pero es necesario el reconocimiento de presupuestos mínimos. Si no existiera este límite, podría ocurrir, como se dice en considerandos anteriores, que un municipio decidiera legislar contra la protección ambiental, lo que no sería admisible (*confr.* doctrina de Fallos: 335:1213)”.

En otras sentencias de la Corte Federal, se explica 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, máxime si no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción” (Fallos: 331:699). Y cabe agregar que “Los estados provinciales y el Estado Nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental; y el ejercicio de ambos poderes de policía, en tanto potestad reguladora de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, para asumir validez constitucional debe reconocer el principio de razonabilidad, que relacione los medios legales con los propósitos perseguidos y de acuerdo a los principios especiales que rigen la materia ambiental” (Fallos: 338:1183).

Se completa el razonamiento del Máximo Tribunal atendiendo “Que a los efectos de articular estos principios referidos al alcance de las atribuciones de la autoridad federal en materia de regulación de servicios de competencia nacional con el poder de policía local (provincial o municipal) -aún después de la reforma constitucional de 1994 que reconoció de manera explícita en el artículo 123 de la Constitución Nacional la autonomía de los municipios- este Tribunal ha utilizado el criterio de no interferencia u obstaculización a la hora de resolver casos en los que se cuestionaban normas locales con fundamento en que se inmiscuían en aspectos de competencia federal (Fallos: 192:350; 198:438; 332:66; 335:1739, entre otros)” (CSJN; Fallos 331:699).

La Ley 26.944 se ha concebido para regir la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, en forma objetiva y directa. Para reforzar la separación con el ámbito extracontractual del derecho privado, el régimen determina que las disposiciones del Código unificado no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria y que la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra

63 GAITÁN, Romina; La responsabilidad del Estado desde el derecho administrativo; en Ávila, Santiago Matías; Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944 / Santiago Matías Ávila. - 1a ed. adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015; pág. 63-64

el Estado, sus agentes y funcionarios (art. 1).

No obstante, hemos analizado antes en este papel que los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva rigen por las normas que conforman el capítulo de “Daño Ambiental” de la Ley 25.675 (art. 27). Por lo tanto, si el Estado en cualquiera de sus manifestaciones y organismos concentrados y desconcentrados, produce la afectación ambiental en forma decisiva, responde objetivamente recomponiendo, aún solidariamente junto a otros.

Así las cosas, porque al igual que los particulares, debe el poder público adoptar todas las medidas destinadas a evitar el daño y solo podría eximirse acreditando que los daños se produjeron por culpa exclusiva de un tercero por quien no debe responder y que no tiene culpa concurrente (art. 29, Ley 25.675).

Los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, responden también objetivamente por el restablecimiento ambiental, aún cuando la acción sea imputable a la función encomendada por el Estado, que no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados (art. 6, Ley 26.944).

Vayamos por pasos aquí. El caso complejo, que altera en alguna medida el sistema de responsabilidad antes visto para los particulares, no es la responsabilidad ambiental del Estado por actividad ilegítima (*conf.* art. 3, Ley 26.944).

El supuesto problemático es la responsabilidad del Estado por inactividad ilegítima.

Los requisitos en la norma para responder por la inactividad en el ámbito nacional son (a) un daño cierto debidamente acreditado; (b) una imputabilidad material a la inactividad a un órgano estatal; (c) una relación de causalidad adecuada entre la inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; (d) la falta de servicio consistente en una omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado (art. 3, Ley 26.944). Su falta de servicio debe ser escrutada al rasero del párrafo segundo del artículo 41 de la Constitución y las normas que desarrollan el poder de policía ambiental, que se ve en detalle al revisar la gobernanza ambiental (previsto en el art. 8.2. inciso c, *segundo supuesto*, del Acuerdo de Escazú).

En este sentido, la Corte Suprema manifestó en Fallos: 330:563 que “En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.” [...] “Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insosteniblemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger.”

La Corte Interamericana concluye en la OC-23/17 que cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal, los Estados deben tomar medidas para prevenir el daño significativo al medio ambiente, dentro o fuera de su territorio (párr. 140). Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado (párr. 118). Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que: (i) al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar

ese riesgo, y (ii) que existe una relación de causalidad entre la afectación a la vida o a la integridad y el daño significativo causado al medio ambiente (párr. 120).

A efectos de cumplir con esta obligación los Estados deben: (i) regular las actividades; (ii) supervisar y fiscalizar actividades con mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, entre los cuales se incluyan tanto medidas preventivas como medidas de sanción y reparación; (iii) exigir la realización de un estudio de impacto ambiental; (iv) establecer un plan de contingencia para grandes accidentes ambientales; y (v) mitigar el daño ambiental significativo, utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible (párr. 174, OC-23/17, Corte IDH).

La misma Corte regional en el caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina”, en la sentencia del 6/02/2020, dejó en claro que a fin de examinar la responsabilidad estatal, es preciso dejar establecido que, sin perjuicio de la obligación de adoptar providencias para, “progresivamente”, lograr la “plena efectividad” de los derechos incluidos en el artículo 26 de la Convención, el contenido de tales derechos incluye aspectos que son de inmediata exigibilidad (párr. 272).

En el marco de la protección del medio ambiente, la responsabilidad internacional del Estado derivada de la conducta de terceros puede resultar de la falta de regulación, supervisión o fiscalización de las actividades de estos terceros que causen un daño al medio ambiente (párr. 119, OC-23/17, Corte IDH). La Corte establece que los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas previamente en esta Opinión. En este sentido, los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información y la participación pública, y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental (párr. 237, OC-23/17, Corte IDH).

Cerramos el punto recordando en palabras de la Corte Nacional respecto que “El ejercicio a un deficiente del poder de policía de salubridad o medio ambiente que corresponde al Estado -o, en su caso, a las provincias-, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad respecto de los daños individuales en virtud de un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa” -voto del Dr. Carlos S. Fayt- (Fallos: 329:2316).

## 7. Independencia de la acción penal y civil ambiental

El dictado de la sentencia civil definitiva no debe suspenderse a la espera de la conclusión del proceso penal, en tanto está fundada en un factor objetivo de responsabilidad (art. 1775.c CCyCN). Existe la plena facultad de ejercer independientemente la acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho (art. 1774 CCyCN).

La acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones procesales (art. 1774 CCyCN). En la órbita federal, la acción civil por la *pretensión resarcitoria* podrá ser ejercida sólo por el titular de aquélla y sus representantes legales o mandatarios (art. 14 C.P.P.F.).

En primer lugar la norma ambiental legitima tanto para la acción de recomposición colectiva o la indemnización pertinente, al igual que en los delitos de repercusión personal en la víctima, a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso (art. 30, Ley 25.675).

Pero, tratándose de bienes colectivos, se agregan otras legitimaciones para obtener la recomposición, como la del Estado nacional, provincial o municipal (art. 30, Ley 25.675). Al respecto, si

el objeto del delito son bienes culturales o naturales declarados bajo protección, se configura -casi seguramente- todos casos en que el Estado estará damnificado, y el artículo 15 C.P.P.F. autoriza a ejercitar la acción civil a los representantes del Cuerpo de Abogados del Estado.

Asimismo, para el caso de las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental (art. 30, Ley 25.675), debe tenerse presente que el artículo 82 bis C.P.P.F. recoge los intereses colectivos como fundamento para habilitar la constitución en parte querellante en procesos en los que se investiguen graves violaciones a los derechos humanos, bajo el requisito de vincular su defensa a su objeto estatutario<sup>64</sup>.

La figura ambientalmente legitimada, más alejada de la idea del “particularmente” ofendido por el delito del artículo 14 C.P.P.F. es el *afectado* (art. 30, Ley 25.675), miembro del colectivo que no expone un derecho subjetivo que contiene un interés individual (que puede tenerlo) sino un derecho colectivo que contiene un interés transindividual de incidencia colectiva (*conf.* CSJN; Fallos: 329:2316).

Una comprensión más amplia hacia esta habilitación procesal, la expuso la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en la causa caratulada “Yane”, donde dijo que “En efecto, los posibles ofendidos o afectados por esta clase de delitos se dan de manera expandida e indeterminada, lo que no quiere decir que no existan. Estamos *a priori* ante ofendidos de carácter difuso, pero que pueden establecerse concretamente en cada caso particular. Es por eso que lejos de negar la posibilidad de constituirse en parte querellante a persona alguna, como lo hace el *a quo*, esta debe ampliarse a todos aquellos que resultan afectados como consecuencia de la lesión a esos bienes colectivos”.

Con base en lo analizado ya en el capítulo sobre la legitimación Fiscal para exigir la reparación e indemnización colectiva, cabe recordar que el sistema federal, entre los objetos que conforman la finalidad de la instrucción penal se enumera la comprobación de la extensión del daño causado por el delito, aunque el damnificado no se hubiera constituido en actor civil (art. 193.5 C.P.P.F.).

Dictada la sentencia penal condenatoria, esta produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado (art. 1776 CCyCN), y en caso que se decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil (art. 1777 CCyCN).

Finalmente, la sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella. La salvedad a este principio lo constituyen dos casos en que la revisión de la condena civil colectiva ambiental pudiera proceder a petición de parte interesada: el supuesto de revisión de la sentencia penal declarando la inexistencia del hecho o la falta de autoría, sobre lo cual la sentencia civil había asignado alcances de cosa juzgada, o la absolución posterior a una condena por responsabilidad objetiva ambiental, por cualquiera de estos dos mismos motivos (art. 1780 CCyCN). ■

---

64 Al respecto fallo de la Cámara Federal de General Roca - Río Negro - en autos caratulados “N.N. s/ leyes especiales (ley 24.051)”; Expte. N° P26110/12, registrada N° 274/12 PSI en la Secretaría Penal del Tribunal

# Delitos contra el medioambiente

— Por **Nadia S. Espina**

## 1. Introducción

La reforma constitucional de 1994 introdujo como derecho de tercera generación, el derecho humano a un ambiente sano en el artículo 41 de la Constitución Nacional<sup>1</sup>. Así, la protección constitucional del medio ambiente mantiene una estrecha relación de dependencia con los humanos, pues lo que importa es la preservación de las generaciones humanas actuales y futuras.

Esa visión antropocéntrica sobre el medio ambiente, implica una discusión en la dogmática jurídico penal acerca del bien jurídico en los delitos contra el ambiente, en tanto los bienes jurídicos puestos en peligro suelen distanciarse ampliamente de la postura que mantiene una visión ecocéntrica, lo que lleva a encontrar en las figuras penales distintos bienes jurídicos, pero diferentes al medio ambiente.

## 2. Tipos de delitos ambientales

Hasta el momento, nuestro Código Penal no cuenta con un Título o Capítulo que agrupe los delitos contra el medio ambiente, sino que los tipos penales se encuentran dispersos en la Parte Especial del Código Penal y en las distintas leyes penales especiales.

Nuestro trabajo, se limitará al análisis de algunas de esas figuras, tales como: el envenenamiento, la adulteración o la falsificación de aguas potables (artículo 200 del CP); la contaminación, el envenenamiento o la adulteración mediante residuos peligrosos (artículos 55 y 56 de la ley 24.051); los estragos sobre bosques (artículos 186, inciso 2º “b”, y 189 del CP); el maltrato y la crueldad animal (artículos 2 y 3 de la ley 14.346); la violación de las normas sanitarias animales (artículo 206 del CP); los daños al patrimonio cultural agravado (artículo 184, inciso 5º, del CP); el tráfico ilícito de bienes culturales (artículo 865, inciso “g”, del Código Aduanero), y la violación y omisión de los deberes ambientales funcionales (artículos 248 y 249 del CP).

### 1. Envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables.

El Código Penal, en el Título VII bajo el rubro de los *Delitos contra la seguridad pública*, encuadra

---

1 El artículo 41 de la C.N. expresa: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

en el artículo 200 del Capítulo IV de los *Delitos contra la salud pública*, los tipos penales de envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales.

La figura básica del artículo 200 dice: *Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años y multa de pesos diez mil a pesos doscientos mil, el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas*<sup>2</sup>.

La agravante se encuentra prevista en el artículo 201 bis: *Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.*

Las conductas de envenenamiento, adulteración o falsificación pueden recaer sobre otros objetos materiales, distintos a las aguas potables, como las sustancias alimenticias o medicinales. Sin embargo, nuestro análisis se limitará a las acciones cometidas sobre los elementos que componen el medio ambiente, para trazar un camino lógico que nos permita considerar en estos delitos la afectación de nuestro entorno, aunque el bien jurídico puesto en peligro sea la salud pública.

#### a) Bien jurídico

En efecto, la doctrina entiende que en el Capítulo IV del Título VII de la Parte Especial de nuestro CP, se tipifican ciertas conductas que atentan contra la salud pública<sup>3</sup>, entendida en la faz colectiva de las personas o individual de los integrantes de un grupo de personas lo suficientemente amplio<sup>4</sup>, o considerada como un valor comunitario, con sentido de dimensión social, que apunta al conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas en general e indeterminadamente<sup>5</sup>. Otros autores entienden que el Capítulo comprende la sanidad animal y vegetal, pero siempre teniendo presente la incidencia con que ese menoscabo puede repercutir sobre la salud de una comunidad en general o respecto de sectores de ella<sup>6</sup>.

De ese modo, puede decirse que los delitos previstos en éste Capítulo tienen como bien jurídico a la salud de todos y cada uno de los ciudadanos en sentido universal<sup>7</sup>, razón por la cual, quedarán fuera del alcance típico las acciones que adulteren, envenenen o falsifiquen las aguas potables sin poner en peligro la salud pública<sup>8</sup>, o cuando los sujetos pasivos sean particulares determinados y no se trate de la generalidad de las personas<sup>9</sup>. Este último supuesto podrá calificarse en algunas de las figuras de los delitos contra las personas, pero no en el tipo penal de envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables<sup>10</sup>.

2 Según ley 26.524, sancionada el 14 de octubre de 2009 y publicada en el B.O. el 4 de noviembre de ese mismo año. Con anterioridad a la reforma introducida por la mencionada ley, los verbos típicos eran “envenenar”, “adulterar” o “contaminar”. Con la modificación, se eliminó el verbo típico “contaminar” y se introdujo el de “falsificar”.

3 Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Manuel A. Bayala Basombrio (actualizador) Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p.554; Creus, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, T. II, 2ª ed. Actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 67.

4 Garavano, Germán C.; Arnaudo, Luis, en E. Raúl Zaffaroni; David Baigún (Dir.), Marco A. Terragni (coord.) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. IX, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 80.

5 D’Alessio, Andrés J. (Dir.), Divito, Mauro A. (Coord.), *Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, Artículos 79 a 306*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 638.

6 Creus, *op. cit.*, p. 67.

7 Carrara, Francisco, *Programa de derecho criminal, Parte Especial*, VI, Temis, Bogotá, 1962, p.3207.

8 Cfr. Soler, *op. cit.*, p. 653

9 Garavano; Arnaudo, pp. 80-81

10 Creus, *op. cit.*, p. 69.

## b) Tipo objetivo

Conforme los distintos pasos analíticos, comenzaremos el análisis con los distintos elementos del aspecto objetivo de éste tipo activo doloso, con sus dispositivos ampliatorios, para luego seguir con su aspecto subjetivo.

### **Conductas típicas**

El tipo penal del artículo 200 contiene tres verbos típicos: adulterar, envenenar y falsificar. Es importante señalar que este delito se comete alternativamente con cualquiera de las conductas descriptas, es decir, cuando se adulteren, envenenen o falsifiquen, de un modo peligroso para la salud de las personas, aguas potables destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de individuos<sup>11</sup>.

Adultera quien cambia las cualidades de una sustancia, mediante la modificación de la composición química<sup>12</sup>, sea a través de la alteración de la materia con la agregación de otras distintas, o quitándole alguno de sus elementos o someténdola a algún proceso de descomposición<sup>13</sup>. Soler decía que adulterar significa *toda alteración de la sustancia de una cosa, que sin ser la directa agregación de un tóxico, altera sus propiedades alimenticias o medicinales volviéndose peligrosa para la vida o la salud de las personas*<sup>14</sup>. Sin embargo, agrega que no cualquier incorporación es suficiente para la comisión del delito, sino que es necesario que la sustancia siga siendo considerada la misma y librada al servicio como tal<sup>15</sup>. Un ejemplo típico de adulteración lo constituye la afectación del pH del agua<sup>16</sup>.

Envenena quien agrega a las aguas potables sustancias tóxicas o que las vuelven tóxicas al mezclarse con aquellas<sup>17</sup>. La doctrina sostiene que no es necesario que el veneno se adicione a las sustancias, sino que estas se tornen venenosas. La consecuencia de esa afirmación, resulta la configuración del tipo penal aun cuando se agreguen sustancias que, por sí, resulten inocuas para la salud de las personas, pero que agregadas a cierto tipo de aguas las tornen venenosas para las personas<sup>18</sup>.

Por otra parte, falsifica quien genera un producto sin serlo<sup>19</sup>. Esta acción comprende no sólo el etiquetamiento fraudulento de las aguas -calidad, fuente, composición, dosis o suministro-, sino también su adulteración o fraccionamiento<sup>20</sup>.

### **Medios comisivos**

La figura no establece como requisito que las conductas descriptas se realicen a través de un medio determinado, es decir, mediante el uso de algún instrumento u objeto en particular. En consecuencia, cualquier medio que emplee el sujeto activo para perpetrar la adulteración, falsificación o envenenamiento típico, resultará apto para consumir el delito si se reúnen los restantes elementos típicos.

### **Objeto de las conductas**

Las conductas de envenenamiento, adulteración o falsificación deben recaer, en lo que aquí interesa, sobre las aguas potables destinadas al consumo humano. Según señala la doctrina, debe

11 Nuñez, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte especial, 4ª ed. actualizada, Lerner, Córdoba, 2009, p. 417.

12 Cfr. Garavano; Arnaudo, *op. cit.*, p.83.

13 Nuñez, *Derecho penal argentino, Parte Especial*, t. VI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1971, p. 115.

14 Soler, *op. cit.*, pp. 652-653.

15 *Ídem*.

16 Cfr. Aboso, Gustavo E., *Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado con jurisprudencia*, BdeF, Buenos Aires/Montevidéo, 2012, p. 1092.

17 Nuñez, *Derecho Penal Argentino cit...*, p.115; Creus, *op. cit.*, p. 68; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, T.VI, 2ª ed. actualizada por Guillermo Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 381.

18 Garavano-Arnaudo, *op. cit.*, 82.

19 *Ibidem*, p. 84.

20 Cfr. Aboso, *Código Penal de la República Argentina cit.*, p. 1092.

entenderse por agua potable aquella que puede ser utilizada para beber por las personas, pues no debe olvidarse el requisito típico en punto a que las aguas estén destinadas al uso público o consumo de una colectividad de personas.

Las aguas potables son las aptas para consumo humano, sea por su suministro natural –ríos, arroyos, vertientes o agua subterránea– o por resultar sometidas a procesos de potabilización, captación, floculación, coagulación, filtración mediante filtros de arena o desinfección. Pueden ser de dominio público o privado, pero siempre deben estar destinadas al consumo general de la población para configurar la tipicidad de la figura<sup>21</sup>. En la doctrina, se discute la expresión “potable”, pues algunos autores sostienen que basta con el agua sea apta para la salud, independientemente de si es naturalmente potable o si ha atravesado un proceso técnico para serlo<sup>22</sup>.

#### ***Peligro para la salud***

La norma del artículo 200 contiene dos enunciados: que se envenenen, adulteren o falsifiquen las aguas potables y demás sustancias de modo peligroso para la salud, y que ellas estén destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. Fontán Balestra decía que: *De lo primero resulta un peligro de daño para la salud; de lo segundo, un peligro común*<sup>23</sup>. Desde esa perspectiva, se afirma mayoritariamente en la doctrina que este tipo penal constituye un delito de peligro concreto<sup>24</sup>. Así, se ha dicho que nuestra disposición coincide con el sistema italiano y se separa del alemán, con respecto al cual prevalece la opinión de que basta el peligro abstracto<sup>25</sup>. No obstante, el sector minoritario de la doctrina se inclina por esta segunda opción<sup>26</sup>, al considerar esta figura como presunción de peligro o como peligro de peligro de lesión. En ese sentido, se ha sostenido que este delito *no demanda daño efectivo para la salud general, ni un peligro concreto de que éste se produzca, y ni siquiera requiere que en la situación concreta personas determinadas o alguna persona haya usado el agua*<sup>27</sup>.

Desde la posición contraria, la jurisprudencia señala que basta que el agua sea idónea para causar daño con posibles resultados concretos en la parte física o fisiológica de las personas<sup>28</sup>, es decir, que el agua destinada al consumo público, adulterada, envenenada o falsificada, sea peligrosa para la salud de un conjunto de personas de forma indeterminada<sup>29</sup>. También se ha indicado que al tratarse de un delito de peligro concreto, es necesario demostrar la existencia de una relación entre la conducta del autor y el peligro concreto a la salud pública<sup>30</sup>. Este último aspecto resulta el más problemático en estos supuestos.

#### ***Tentativa y consumación***

Creus decía que el hecho se consuma con las acciones de envenenar, adulterar o falsificar, pues no es necesario que la acción haya creado efectivamente peligro concreto para la salud, ni tampoco

21 *Ibidem*, p. 1093.

22 Garavano; Arnaudo, *op. cit.*, p. 85; Asimismo, se dice que la expresión “potable” no tiene relación con la idea de agua perfecta o pura, véase, Soler, *op. cit.*, p. 654; Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 384. Sin embargo, la jurisprudencia ha opinado que las aguas deben ser potables para la configuración típica de la figura. Así, se sostuvo que las aguas del Río Paraná no constituían el objeto del tipo penal, véase Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala II, “Fiscalía s/Denuncia: art. 200 del CP”, JA, 1992-IV-466.

23 Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 382.

24 *Ibidem*, pp. 381 y 383; Soler, *op. cit.*, p. 653, Buompadre, *op. cit.*, pp. 530-31; Aboso, *Código Penal de la República Argentina cit.*, p. 1094.

25 Soler, *op. cit.*, p. 655.

26 Nuñez, Ricardo, *Derecho penal argentino cit.*, p. 117.

27 CFCP, Sala II, “Solís Colucci, Juan E.”, 23 de noviembre de 2003.

28 CCC, Sala I, “V., O. G.”, 22 de noviembre de 2000.

29 CSJN, Fallos: 317:1022.

30 CCC Fed. San Martín, “Edenor s/inf. Ley 24.051”, diciembre de 2005.

que produzca un resultado<sup>31</sup>.

La tentativa será posible según se considere que se trata de un delito de peligro abstracto o concreto. La opinión se encuentra dividida entre quienes sostienen que la tentativa es posible<sup>32</sup>, cuando el agente realiza alguna de las conductas y los objetos destinados al consumo masivo son retenidos por haberse detectado la alteración y el peligro, o en caso de idoneidad del medio empleado<sup>33</sup>; y quienes plantean que frente a la retención de los objetos, la conducta igualmente se encuentra consumada<sup>34</sup>.

### c) Tipo subjetivo

El aspecto subjetivo supone el conocimiento del carácter y destino del objeto, así como de la naturaleza de lo agregado o extraído y la voluntad de envenenar, adulterar o falsificar, pero no es imprescindible el dolo directo, el tipo es compatible con el dolo eventual<sup>35</sup>. De cualquier manera, hay quienes admiten únicamente el dolo directo, pues entienden que la naturaleza de las acciones típicas y la condición de peligro concreto que debe realizarse excluyen toda posibilidad de admitir dolo eventual<sup>36</sup>.

### d) Agravante

El hecho se agrava en el artículo 201 bis si resultare la muerte o lesión grave de alguna persona. La muerte o las lesiones graves deben ser resultado directo o inmediato del uso del agua o del consumo de las sustancias por la víctima, lo que significa que entre ambos debe mediar un nexo de causación y la posibilidad de atribuir al sujeto activo la obra como propia a través de los distintos criterios de imputación objetiva o asemejables. Se trata de una figura preterintencional<sup>37</sup>.

## 2. Contaminación, envenenamiento o adulteración mediante residuos peligrosos

La ley 24.051<sup>38</sup>, conocida como Ley de Residuos Peligrosos, contempla en los artículos 55 y 56, los tipos penales de contaminación, adulteración o envenenamiento del suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general, mediante la utilización de residuos peligrosos, en sus formas de responsabilidad dolosa e imprudente, respectivamente.

El artículo 55 de la ley dispone: *Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art.200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión.*

Por su parte, el artículo 56 expresa: *Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años. Si resultare*

31 Creus, *op. cit.*, p.70. Según Nuñez, no demanda daño efectivo para la salud general, ni un peligro concreto de que éste se produzca, y ni siquiera requiere que, en la situación concreta, personas determinadas o alguna persona haya usado el agua o consumido las sustancias alimenticias o medicinales, *Derecho Penal Argentino cit.*, p. 117.

32 Buompadre, *op. cit.*, p. 531. En sentido contrario, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de tentativa, véase CFCP, Sala II, "Solís Colucci, J.E. y otro" de 12 de noviembre de 2003, LL, 2004-C-1003.

33 Soler, *op. cit.*, p. 654.

34 Creus, *op. cit.*, p. 70.

35 Ídem. En el mismo sentido, sobre la posibilidad de dolo eventual, véase Buompadre, *op. cit.*, p. 531; Nuñez, *Derecho Penal Argentino cit.*, p. 118.

36 Aboso, *Código Penal de la República Argentina cit.*, p. 1094.

37 Cfr. Nuñez, *Derecho Penal Argentino cit.*, p. 118.

38 Ley N° 24.051, sancionada el 17 de diciembre de 1991 y promulgada el 8 de enero de 1992. Dicha ley ha sido parcialmente derogada por la Ley N° 25.612, sancionada el 3 de julio de 2002. Sin embargo, el Poder Ejecutivo vetó parcialmente las disposiciones de la Ley N° 25.612 y su artículo 60, motivo por el cual, aún tiene vigencia la Ley N° 24.051.

*enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años.*

#### a) Bien jurídico

En la doctrina nacional se discute cuál es el bien jurídico en esta figura. Un sector sostiene que se trata de un delito contra la salud pública y el medio ambiente, puesto que las acciones deben afectar primeramente el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general, pero el delito solo se configura en la medida en que exista un peligro concreto para la salud pública<sup>39</sup>. Ello es así porque se admite, desde un punto de vista antropocéntrico que, la preservación del medio ambiente es uno de los elementos condicionantes del futuro de la vida humana<sup>40</sup>. Sin embargo, esto no significa en nuestra legislación que el agua, el aire, la atmósfera o el ambiente en general, constituyan el bien jurídico por sí mismos. Para otro sector, el bien jurídico de la figura es únicamente la salud pública, diferenciándose así entre el bien jurídico y los objetos materiales sobre los que pueden recaer las distintas conductas.

#### b) Aspecto objetivo del tipo activo doloso

El artículo 55 de la ley 24.051 castiga con las mismas penas que el artículo 200 del Código Penal a quien, utilizando los residuos a los que se refiere la ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

##### *Acciones típicas*

Las acciones de envenenar y adulterar son las mismas que configuran el artículo 200 del Código Penal, mientras que, contaminar significa corromper los objetos, sin agregarles otras materias, exponiéndolos a la acción de sustancias dañosas para la salud, como son las radioactivas o nucleares y otras que actúan por procesos de irradiación o infección<sup>41</sup>.

##### *Medios comisivos*

A diferencia del artículo 200 del Código Penal que no exige un medio comisivo, este tipo requiere la utilización de los residuos peligrosos previstos en los anexos I y II de la ley 24.051. Según el artículo 2 de la ley, se considera peligroso todo residuo que pueda causar daño directa o indirectamente a seres vivos, contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Son residuos peligrosos, los elementos o compuestos químicos peligrosos en sí mismos (metales carbonilos, berilio, compuestos del cromo hexavalente, entre otros) o los que tengan su origen en actividades industriales y/o procesos con alta posibilidad de producirlos (desechos resultantes de la producción, preparación y utilización de biocidas y productos fitosanitarios; desechos que contengan cianuros, resultantes del tratamiento térmico y las operaciones de temple, entre otros)<sup>42</sup>.

Cuando las sustancias o elementos no estuviesen incluidos en el anexo I de la ley 24.051 no podrán ser considerados medios comisivos aptos para la producción del peligro que exige la norma penal<sup>43</sup>. Sin embargo, como se trata de una *ley penal en blanco propia*, existe la posibilidad de que nuevos elementos o sustancias, productos o desechos adquieran la condición de residuos peligrosos. Dicha circunstancia, introduce a la discusión acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las figuras penales que afectan el principio de legalidad, cuando la autoridad administrativa es quien define el contorno prohibitivo de los tipos penales<sup>44</sup>.

39 Aboso, *Derecho penal ambiental cit.*, p. 486.

40 Creus, *op. cit.*, p. 423

41 Nuñez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial cit.*, p. 423.

42 Cesano, José Daniel, "El delito de contaminación, adulteración o envenenamiento doloso mediante la utilización de residuos peligrosos (artículo 55, primer párrafo, de la ley 24.051): Anatomía de una figura de peligro", en *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*.

43 Aboso, *Derecho Penal Ambiental cit.*, p. 495.

44 Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

### **Objetos de las conductas típicas**

Las acciones de envenenar, adulterar y contaminar deben recaer sobre el agua, el suelo, el aire, la atmósfera o el ambiente en general.

### **Peligro para la salud pública**

Se discute si se trata de un delito de peligro concreto<sup>45</sup> o abstracto, cuya consumación, en este último supuesto, no demanda daño efectivo para la salud de las personas ni siquiera que alguna persona determinada haya tenido contacto directo con el lugar contaminado<sup>46</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia ha dicho que es necesario comprobar la aptitud del poder contaminante para el medio ambiente<sup>47</sup>, a lo que se suma la necesidad de determinar un peligro concreto para la salud de las personas.

### **Causalidad e imputación objetiva**

Las dificultades no son pocas al momento de determinar el nexo de causación que desemboca en la contaminación, el envenenamiento o la adulteración peligrosa para la salud de las personas<sup>48</sup>. Ello es así, pues el concepto de *daño ambiental* en materia penal, también incluye la puesta en peligro de la integridad psicofísica de las personas, mediante la afectación de los componentes del medio ambiente.

Tratándose de un delito de peligro concreto, las cuestiones más problemáticas transitan por la verificación del nexo de causación entre la conducta y el resultado<sup>49</sup>, y la atribución del hecho como obra propia al agente, a través de los distintos criterios actuales de imputación objetiva o aseme- jables, las que siempre deberán verificarse para sostener la responsabilidad penal de los sujetos activos.

Estos problemas se profundizan, cuando una o varias conductas analizadas de modo aislado, resultan no contaminantes por sí solas, pero realizadas por un período largo de tiempo o con la intervención de distintos agentes, se transforman en un comportamiento contaminante que pone en peligro la integridad de las personas. Estos procesos causales cumulativos, donde el efecto con- taminante peligroso para la salud es resultado de una multiplicidad de conductas jurídicas, plan- tean como cuestión central la determinación de la responsabilidad penal de cada uno de los sujetos contaminantes<sup>50</sup>.

En ese sentido, si la conducta no es o no son aptas para crear un peligro concreto para la salud mediante contaminación ambiental, corresponde rechazar cualquier atribución de responsabi- lidad penal. Por el contrario, si el agente contaminante sabe que otros sujetos actúan del mismo modo y la acumulación de vertidos alcanza el peligro concreto para el medio ambiente y la salud de las personas se afirmará la responsabilidad penal<sup>51</sup>.

---

45 Aboso, *Derecho Penal Ambiental cit.* p. 479. Véase también, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, causa “Munici- palidad de Concepción”, 2007.

46 Nuñez, *Derecho Penal Argentino cit.*, p. 117. Asimismo, véase, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, causa 29.184, 20 de noviembre de 1997.

47 CCyCF, Sala II, “Aisemberg, Daniel”, 2002; Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, 2018, IUSJU034477E; Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “Azucarera J. M. Terán S.A., Ing. Santa Bárbara, José Agustín Colombres y Julio José Colombres s/ recurso de casación”, 2016.

48 Cfr. Pérez Barberá, Gabriel, “Derecho penal y medio ambiente. El supuesto problema causal”, *Pensamiento penal y crimi- nológico*, año IV, N° 7, Mediterránea, Córdoba, 2003, pp. 177-200. El mismo, *Causalidad, resultado y determinación*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

49 Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, “Sucari, Carlos y Otros”, 4 de junio de 1993, en donde se expresó “cuando se investiga la contaminación por sustancias peligrosas, el resultado del análisis pericial debe estar asociado a una indubi- table relación causal que fundamente con solidez la atribución de responsabilidades”.

50 Aboso, Gustavo E, *Derecho penal ambiental*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 253-267.

51 Cfr. *Ídem*, p. 265.

**Aspecto subjetivo**

Solo es imputable a título de dolo, incluso eventual<sup>52</sup>.

**Agravante**

El inciso 2º del artículo 55 dispone que si el hecho fuera seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

**c) El tipo culposo básico y el calificado**

El primer párrafo del artículo 56 de la ley 24.051 establece que cuando alguno de los hechos fuera cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un mes a dos años. En el segundo párrafo se expresa que, si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis meses a tres años.

Cobra importancia la referida a la inobservancia de los reglamentos u ordenanzas puesto que no siendo posible prohibir toda actividad que pueda resultar contaminante, deben admitirse conductas peligrosas, pero dentro de ciertos límites que corresponde fijar a la autoridad competente mediante reglamentos u ordenanzas de modo razonable<sup>53</sup>.

Se contempla como resultado preterintencional agravante el mismo previsto para el delito anterior, es decir, la muerte de una persona y, además, una enfermedad, cuyo concepto se toma del artículo 91 del CP.

**d) Responsabilidad penal de los miembros de la persona jurídica que tomó la decisión que produjo delitos dolosos o culposos.**

El artículo 57 de la ley 24.051 regula la responsabilidad penal de los directivos de una empresa y demás responsabilidades de la sociedad: *Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o, representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.*

**3. Estragos sobre bosques**

Nuestro Código Penal, en el Título VII bajo el rubro de los *Delitos contra la seguridad pública*, encuadra en los artículos 186, inciso 2º “b” y 189, del Capítulo I, los tipos de estragos sobre bosques, en sus formas dolosa y culposa, respectivamente.

El artículo 186 en su inciso 2º, en lo que aquí interesa, expresa que será reprimido: (...) 2º *Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio: ( ) b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados ( )*.

La figura culposa se encuentra prevista en el artículo 189 y establece: *Será reprimido con prisión de un mes a un año el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos. Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.*

**a) Bien jurídico**

El bien jurídico de los tipos penales del Capítulo I, se considera es la seguridad pública frente a

52 Nuñez, *Manual de Derecho Penal* cit. p. 424; Aboso, *Derecho penal ambiental* cit., p. 498.

53 *Ibidem*.

las conductas estragosas que crean un peligro común. Sin embargo, se afirma que en la figura de estrago rural, la delictuosidad de los hechos no reside en el efecto peligroso para los bienes indeterminados, sino en la naturaleza de lo quemado o destruido, puesto que se trata del resguardo de la riqueza rural<sup>54</sup>.

#### b) Aspecto objetivo del tipo doloso

##### *Acciones típicas y objetos de la conducta*

La acción típica consiste en causar un incendio o una destrucción, por cualquier medio, sobre los distintos objetos que pueden constituir los bosques, las viñas, los olivares, los cañaverales, los algodones, los yerbatales o cualquier otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados.

##### *Tentativa y consumación*

Se trata de un delito de daño efectivo que sólo se perfecciona en la medida en que el accionar del agente haya destruido algunos de los objetos sobre los que puede recaer la acción<sup>55</sup>. La figura se consuma con la destrucción de dichos objetos, pudiendo quedar el hecho en grado de tentativa si no se diera la destrucción efectiva de los mismos<sup>56</sup>.

##### *Tipo subjetivo*

El aspecto subjetivo del tipo se compone de los aspectos volitivos y cognoscitivos del dolo, siendo suficiente para configurar la figura, el dolo eventual<sup>57</sup>.

#### c) Tipo culposo y calificado

El primer párrafo del artículo 189 del CP contempla una figura culposa básica. La acción típica es la de provocar un estrago por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas por parte del sujeto activo. Esa conducta debe generar como resultado un incendio o un estrago que implique un peligro común. También deberá existir un nexo de determinación entre la violación al deber de cuidado y el resultado de incendio o estrago<sup>58</sup>.

Por su parte, el segundo párrafo del mismo artículo prevé como agravantes de la figura culposa al peligro de muerte o muerte de alguna persona.

## 4. Maltrato y Crueldad Animal

La ley 14.346 tipifica en los artículos segundo y tercero las distintas conductas de maltrato y crueldad animal.

#### a) Bien jurídico<sup>59</sup>

El debate por el titular del bien jurídico lesionado en estos delitos puede sintetizarse en la pregunta acerca de si sujetos de una vida distinta pueden ser titulares de bienes jurídicos. Esa cuestión fue abordada en sentido negativo por el proyecto originario, pues su autor entendía que el maltrato y la crueldad animal eran delitos contra la moral y las buenas costumbres<sup>60</sup>. Sin embargo, el texto

---

54 Nuñez, *Manual de Derecho Penal cit.*, p. 385.

55 Buompadre, *op. cit.*, p. 468.

56 Garavano-Arnaudo, *op. cit.*, p. 585.

57 *Ídem*; Buompadre, *op. cit.*, p.469.

58 Cfr. D'Alessio, *op. cit.*, p. 592.

59 Un abordaje más extenso sobre el tema, puede verse en Espina, Nadia, *Derecho Animal. El bien jurídico en los delitos de maltrato*, Ediar, Buenos Aires, 2020.

60 *Ibidem*, p.1742.

de la ley sancionada y actualmente vigente<sup>61</sup>, termina por consagrar expresamente, en el artículo primero, que los animales no humanos son las verdaderas víctimas del delito<sup>62</sup>.

En la dogmática jurídico penal, el sector mayoritario sostiene que la tipificación de las conductas de maltrato o crueldad animal constituye un delito contra el humano, mientras que, el sector minoritario señala que el animal no humano es el titular. En su libro *La pachamama y el humano*, Zaffaroni señala que para entender al maltrato animal como un delito contra los humanos, se considera que el bien jurídico es: 1) La moral pública o las buenas costumbres, 2) El interés moral de la comunidad y 3) La lesión al medio ambiente<sup>63</sup>.

En nuestro país, la discusión solo ha transitado entre quienes sostienen que constituye un delito contra la moral y las buenas costumbres o bien contra el animal no humano, pero nunca contra el medio ambiente, incluso es minoritaria la doctrina que lo sostiene y es rechazada por quienes consideran que en estos casos lo que importa son las conductas de maltrato y crueldad individualmente consideradas.

El camino hacia el nuevo estatus jurídico de los animales no humanos como titulares de ciertos derechos subjetivos, lleva a la doctrina<sup>64</sup> y la jurisprudencia<sup>65</sup> a considerar que el bien jurídico no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de crueldad humana, lo que implica reconocerlos como sujeto de derechos.

#### b) Aspecto objetivo del tipo activo doloso

Si bien la ley no distingue entre los animales no humanos que pueden resultar víctimas de los delitos de la Ley contra los Malos tratos y Actos de Crueldad, lo cierto es que, al tipificar las conductas de maltrato y crueldad, se establecen algunas diferencias entre los animales domésticos y silvestres en cautiverio.

Si se parte entonces de la idea de que los animales no humanos son las víctimas, lo que no es unánime en la doctrina, los mismos son tanto objetos materiales como sujetos pasivos del delito.

#### **Conductas de maltrato animal**

Entre los malos tratos se encuentran tipificadas en el artículo segundo distintas acciones<sup>66</sup>. El primer inciso sanciona el no alimentar en la cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos. La característica común en estos supuestos viene dada por la domesticación pues los humanos somos responsables por la falta o deficiente alimentación o hidratación de los ani-

61 Ley N° 14.346, sancionada el 27 de septiembre de 1954, promulgada el 27 de octubre y publicada en el Boletín Oficial el 5 de noviembre de ese mismo año.

62 Artículo 1.- Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales.

63 Zaffaroni, Eugenio R, *La Pachamama y el humano*, Colihue, Buenos Aires, 2011, pp.51 y ss; también Guzmán Dalbora, José L., "El delito de maltrato de animales", en *Estudios y defensas penales*, segunda edición aumentada, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, pp.199 y ss.

64 Cfr. Zaffaroni, *La Pachamama y el humano cit.*, pp. 54 y ss; Zaffaroni, Alagia, Slokar, *op. cit.*; p. 489; Roxin, Claus, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?", en *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Hefendehl, Roland (Coord.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 446, el mismo, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil Band I, 4ª ed., Verlag C.H Beck, München, 2006, §2, nm. 55 y 56; Espina, *cit.*

65 Cfr. CFCEP, Sala II, "Orangutana Sandra s/recurso de casación s/habeas corpus", causa N°CCC 68831/2014/CFCE1, sentencia del 18 de diciembre de 2014; Juzgado de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N°4, "Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) y otros c/ GCBA y el Jardín Zoológico de la CABA s/ Amparo", sentencia del 21 de octubre del año 2015; Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza, "Presentación efectuada por AFADA respecto del Chimpancé Cecilia- sujeto no humano", sentencia del 3 de noviembre de 2016; Juzgado de Instrucción y Correccional de Santa Rosa, "T.J.A. s/ infracción ley 14.346", expediente N° C51/11, sentencia del 24 de abril de 2012; Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza, "F.C/S.R.M.R. P/Maltrato y Crueldad Animal", sentencia del 20 de abril del 2015, entre otros.

66 Artículo 2.- I. No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos; II. Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas; III. Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas; IV. Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado; V. Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos, y VI. Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas.

males no humanos, dada la especial relación de dependencia de los segundos hacia los primeros.

Los animales domesticados son vulnerables porque las características de su cuerpo y comportamiento fueron históricamente condicionadas por el humano cuando los tomó a su cuidado mediante la domesticación para valerse de ellos según los destinos que les quiso dar cada cultura. Perros, gatos, caballos, así como elefantes y osos encerrados en acuarios o zoológicos, viven en un medio creado y condicionado por los humanos. Primero los arrancamos de su hábitat, luego los modificamos por efecto de la domesticación y después los usamos. Por eso, somos responsables de su condición de vulnerabilidad fuera y dentro del medio artificial en que los hemos introducido<sup>67</sup>. No llama entonces la atención, la prohibición de aquellas conductas lesivas para la vida o integridad de los animales por parte de sus tenedores, como así de quien se encuentre al cuidado del animal no humano.

Los incisos dos, tres, cuatro y seis, respectivamente, prohíben malos tratos a los animales no humanos empleados como medios de transporte o instrumentos de trabajo: azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas; hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas; emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado; emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas; y en el inciso quinto, se establece la prohibición de estimular con drogas a los animales cuando se persigan fines distintos a los terapéuticos.

#### ***Conductas de crueldad animal***

La ley también tipifica las distintas conductas de crueldad hacia los animales en el artículo tercero<sup>68</sup>. Mediante aquellos incisos se prohíbe mutilar animales; intervenirlos quirúrgicamente sin título veterinario y sin anestesia cuando los fines no fueran terapéuticos; experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica; abandonar a los animales utilizados en experimentos; lastimar, torturar o matar animales, y realizar corridas de toros o espectáculos con animales, entre otras acciones.

En estos supuestos, la norma no distingue entre las distintas clases de animales, por lo que, se entienden comprendidos los animales domésticos, domesticados y silvestres.

#### ***Núcleos conflictivos***

Los núcleos conflictivos de estos tipos penales se presentan, por ejemplo, cuando disposiciones locales de las provincias promueven actividades deportivas que a simple vista configuran actos de crueldad animal, pero forman parte de nuestra tradición. A poco que se repara en leyes como la N° 8952 de Córdoba que declara de interés y como deporte a las jineteadas en esa Provincia, se advierte que los límites a la tipicidad objetiva de la crueldad se encuentran en disposiciones del orden local.

Desde la dogmática jurídico penal, la consideración de las distintas conductas de maltrato o crueldad con los animales no humanos como delitos, requerirá la verificación de cada uno de los estratos de la teoría del delito, es decir, desde el carácter general de la conducta hasta los caracte-

67 Conferencia de E. Raúl Zaffaroni en la I Jornada Internacional de Derechos Animales, titulada "El animal y el colonialismo: a propósito de nuestra responsabilidad", Paraná, Entre Ríos, 10 de noviembre de 2016.

68 Artículo 3.- I. Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello; II. Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad; III. Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada; IV. Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia; V. Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones; VI. Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato; VII. Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causándoles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por el solo espíritu de perversidad, y VIII. Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias en que se mate, hiera u hostilice a los animales.

res especiales de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

En particular, en el plano de la tipicidad, deberán reunirse los distintos elementos de los aspectos objetivo y subjetivo del tipo activo doloso pues no existen en la Ley contra los Malos Tratos y Actos de Crueldad figuras culposas de esos delitos.

### 5. Violación a las normas sanitarias animales

En el Capítulo IV de los *Delitos contra la salud pública*, el artículo 206 contiene el tipo de violación a las normas sanitarias animales: *Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria nacional.*

#### *Bien jurídico*

La figura del artículo 206 del Código Penal constituye un delito contra la salud de los animales no humanos, pero teniendo en cuenta la salud de la población en general, puesto que el legislador ha considerado la influencia que las epizootias “epidemias de los animales no humanos vivos” pueden tener sobre el equilibrio natural necesario para la preservación de la salud pública<sup>69</sup>.

En suma, sin perjuicio de la salud de los animales no humanos, la violación de las reglas de policía sanitaria animal debe estar relacionada con algún tipo de perjuicio para la salud de las personas.

#### *Ley penal en blanco impropia*

La acción típica es la de *violar* las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal, pero la norma no efectúa ningún tipo de descripción de la conducta prohibida, sino que se remite a otras leyes para establecerla<sup>70</sup>. Las medidas a las que refiere el tipo penal, deben tener por finalidad impedir la producción o extensión de una epizootia, es decir, de una epidemia de los animales<sup>71</sup>.

#### *Tentativa y consumación*

Se trata de la mera desobediencia de un mandato en donde la consumación del delito se produce con la sola violación, sin necesidad de efecto o resultado alguno<sup>72</sup>.

No resulta admisible la tentativa.

#### *Aspecto subjetivo del tipo*

El delito sólo es imputable a título de dolo. Este requiere el conocimiento de la naturaleza, alcance y vigencia de las reglas.

### 6. Daños al patrimonio cultural agravado

Bajo el rubro del Título VI de los *Delitos contra la propiedad*, el Capítulo VII del Código Penal, contempla las figuras básica y agravada del delito de daños.

El inciso 5º del artículo 184 del CP, en relación a la figura básica del delito de daños del artículo 183, expresa: *La pena será de tres meses a cuatro años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes: ( ) 5º Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, parques u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.*

El daño, sea simple o calificado, siempre lesiona la propiedad ajena al atentar contra el valor económico de la cosa, extinguiéndolo o disminuyéndolo. El ofendido es el propietario o poseedor de la cosa, aunque el derecho a exigir la indemnización del perjuicio causado por el delito también corresponda a otras personas<sup>73</sup>.

69 Cfr. Creus, *op. cit.*, p. 86.

70 Cfr. CFCEP, Sala II, “Sánchez, Hernán J. y otro”, LL, 1999-E-858.

71 Buompadre, *op. cit.*, p. 471.

72 *Ídem.*

73 Nuñez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p.360.

El delito de daños del artículo 183 del CP se agrava por el objeto. En este caso, si el daño es ejecutado en archivos, registros, bibliotecas, museos o puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte, colocados en edificios o lugares públicos<sup>74</sup>. Nos interesa particularmente, el grupo de los bienes de uso público que, siendo del Estado o de los particulares están destinados al uso y goce del público en general, puesto que la calificante atiende a que la comunidad tiene un interés directo sobre esos bienes<sup>75</sup>. Así, la tala de árboles en la vía pública sin la correspondiente autorización municipal encuadraría en el supuesto del inciso 5° del artículo 184<sup>76</sup>.

## 7. Tráfico ilícito de Bienes Culturales

A partir de la aprobación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural<sup>77</sup>, mediante ley 21.836<sup>78</sup>, y especialmente desde la reforma constitucional de 1994, el *patrimonio natural y cultural* adquiere protección legal y constitucional.

En la Sección XII denominada *Disposiciones penales* del Título I de los *Delitos Aduaneros*, el Código Aduanero tipifica el contrabando en los artículos 863<sup>79</sup> y 864<sup>80</sup>, con más las agravantes establecidas en el artículo 865. Dentro de las agravantes, se prevé en el inciso “g” de ese artículo, el contrabando de *mercaderías cuya importación o exportación estuviere sujeta a una prohibición absoluta*.

Se trata de una ley penal en blanco, pues habrá que remitirse a otra disposición para conocer cuándo una mercancía puede o no ser exportada o importada, aunque también resulte de aplicación la *Sección VIII* denominada *Prohibiciones a la importación y a la exportación* del Código Aduanero.

De toda forma, pese a que el bien jurídico no sea el patrimonio cultural, sino el adecuado funcionamiento del servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones, los casos de tráfico ilícito de bienes culturales, encuadrarán en la figura de contrabando agravada.

## 8. Violación y Omisión de deberes ambientales funcionales

El Capítulo IV rubricado *Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos* del Título XI de los *Delitos contra la Administración Pública*, tipifica las acciones de disposición y ejecución de los funcionarios contrarias a las constituciones o leyes (artículo 248) y la omisión del deber funcional de fiscalizar el cumplimiento de normas específicas de inspección de establecimientos y transportes determinados (artículo 248 bis).

74 *Ibidem*, p. 363.

75 Nuñez, *Derecho Penal Argentino cit.*, t.V, p. 548.

76 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, “Cross, Cristina”, 22 de abril de 2003, *DJ*, 2003-3-926.

77 Adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, celebrada en París el 16 de noviembre de 1972.

78 Sancionada el 6 de julio de 1978 y publicada el 14 de ese mismo mes y año.

79 Artículo 863 del C.A. “Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años el que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones”.

80 Artículo 864 del C.A. “Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años el que: a) Importare o exportare mercadería en horas o por lugares no habilitados al efecto, la desviare de las rutas señaladas para la importación o la exportación o de cualquier modo la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre tales actos; b) Realizare cualquier acción u omisión que impidiere o dificultare el control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere, a los fines de su importación o de su exportación; c) Presentare ante el servicio aduanero una autorización especial, una licencia arancelaria o una certificación expedida contraviniendo las disposiciones legales y específicas que regularen su otorgamiento, destinada a obtener, respecto de la mercadería que se importare o se exportare, un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere; d) Ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o de su exportación; e) Simulare ante el servicio aduanero, total o parcialmente, una operación o una destinación aduanera de importación o de exportación, con la finalidad de obtener un beneficio económico”.

El artículo 248 del CP establece: *Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.*

Por su parte, el artículo 248 bis expresa: *“Será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen”.*

En ambos casos, se prevé un delito especial que solo puede tener como sujeto activo a un funcionario público competente. El tipo penal de abuso de autoridad, describe tres modalidades, dos de carácter comisivo que se caracterizan por: 1) el dictado de resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución Nacional o local o a la ley nacional o provincial, y 2) la ejecución de resoluciones inconstitucionales o ilegales; y una modalidad omisiva cuando el funcionario público no ejecutase las leyes cuyo cumplimiento sea de su incumbencia.

En el supuesto omisivo, el bien jurídico es la normal y diligente fiscalización del cumplimiento de las normas de comercialización de ganado por parte de los funcionarios públicos encargados de esa fiscalización y de las inspecciones de los establecimientos<sup>81</sup>.

Se trata de delitos dolosos que se consuman, en el primer caso, cuando el funcionario público competente dicte, ejecute o no ejecute una resolución con las características del tipo de abuso de autoridad. En el segundo, en el momento en que el funcionario debió cumplir las tareas de fiscalización e inspección que debía realizar<sup>82</sup>.

Es difícil concebir la posibilidad de tentativa.

### 3. Conclusiones

En conclusión, como podrá observarse, son pocos los casos en donde estos delitos tienen como bien jurídico al medio ambiente, y en esos escasos supuestos, lo cierto es que los tipos penales se encuentran fundamentados desde un punto de vista antropocéntrico, en tanto siempre requieren la puesta en peligro de la salud pública.

Sin perjuicio de la posición que se tenga en relación a la teoría del bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente, es decir, entre las posiciones narcisistas y ecocéntricas, sin dudas surge la necesidad de una reforma al Código Penal que introduzca un Título destinado a los delitos contra el medio ambiente, en donde se tipifiquen de manera clara y precisa los contornos prohibitivos de las distintas figuras penales.

Más importante resulta precisar en cada caso cuáles son los bienes jurídicos, con la finalidad de evitar que se recaiga en otros titulares subalternos. En ese sentido, algunos países de la región, enrolados en el denominado *Neoconstitucionalismo Latinoamericano*, otorgaron un nuevo estatus jurídico a la Naturaleza en sus respectivas constituciones, considerándola como sujeto de derechos. Ese tipo de reconocimiento, no sólo implica un desafío, sino que también trae consecuencias, en lo que aquí interesa, en las ramas del Derecho constitucional, penal, civil y administrativo. ■

81 Nuñez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial cit.*, p.566.

82 *Ídem*, p. 567.

## Crimen organizado y delitos ambientales

— Por **Yarina Gersenobitz**

Los delitos ambientales generan al crimen organizado ganancias tan altas que, cada vez, se asemejan más al narcotráfico, la falsificación o los delitos de trata de personas. El problema preocupa a nivel internacional ya que si genera tantas divisas es probable que mucha gente se interese por este tipo de actividades ilícitas.

Entre los delitos mencionamos el tráfico ilícito de especies protegidas de la fauna, el comercio ilegal de trofeos relacionados con especies silvestres, los provenientes de la tala de bosque protegido, la extracción ilegal de metales, el contrabando de residuos, pesticidas y aunque en nuestro país no forman parte de los delitos contra el ambiente, la pesca ilegal o sobrepesca.

### 1. Primeros pasos en la lucha contra el aprovechamiento ilegal de los recursos naturales

Con la reforma constitucional del año 1994, nuestro país consagra la protección al ambiente, como derecho y también como un deber.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó los alcances de este nuevo paradigma constitucional en el fallo 329:2316, “MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios” (conocida como la causa “Riachuelo”) y fue categórica al sostener que *“La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.”* (ver considerando 18).

Además, se fueron sancionando leyes nacionales de presupuestos mínimos en materia ambiental (la Ley General del Ambiente, en su artículo 6 establece que *“se entiende por presupuestos mínimos, establecidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela uniforme o común para todo el territorio nacional”*) y se fortaleció el camino en la ratificación de diferentes tratados internacionales protectorios del ambiente.

Entre ellos podemos mencionar –muy brevemente– el Protocolo San Salvador, anexo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 24.658) el que reconoce en su artículo 11 el derecho a un medio ambiente sano

y dispone que los Estados deben promover protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

De igual forma, la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (ley 24.295), el Protocolo de Kyoto (ley 25.438) que tiene por objeto básicamente reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero, la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (ley 24.701), Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación (ley 23.922), el Convenio sobre Diversidad Biológica, cuyos objetivos son la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios resultantes de la utilización de los recursos genéticos (ley 24.375), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de la Fauna y Flora Silvestre -CITES-(ley 22.344) la cual tiene por objeto velar por el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres, el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (ley 23.724), la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (ley 23.918), el Convenio de Rotterdam para la aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional (ley 25.278), el Convenio de Estocolmo sobre Orgánicos Persistentes(Ley 26.011), el Tratado para los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ley 27.182), el Acuerdo de Paris (de la Convención Marco sobre Cambio Climático), el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización y el Convenio de Minamata sobre el mercurio (ley 27.356). Además, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, suscrita durante el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN celebrado en Rio de Janeiro en el 2016, la Encíclica Papal Laudato Sí sobre el cuidado de nuestra casa, el planeta.

Así también, debemos tener presente los tratados específicos de cooperación en materia penal.

El derecho penal en las sociedades posindustriales debe cumplir un rol fundamental en la protección del ambiente y compatibilizar el derecho penal ambiental actualmente vigente con el resto de la normativa ambiental, las propias normas del derecho penal y los tratados internacionales suscriptos por la Argentina.

En ese orden de ideas, si bien se firmaron numerosos tratados (como los descriptos precedentemente) y leyes de presupuestos mínimos (tal como se han señalado en el presente), en materia penal, aún poseemos un marco regulatorio bastante insuficiente y una tipificación y sanción de delitos que en muchos casos es más administrativa que penal.

Además la focalización de los recursos de investigación judicial y policial está más dirigida hacia otros ámbitos como el tráfico de estupefacientes, de personas, delitos de corrupción, así como la consideración de que los delitos ambientales son de bajo riesgo en comparación con otras tipologías delictuales (aún en el proyecto de reforma del Código Penal actual), todo lo cualha facilitado el surgimiento de organizaciones criminales especializadas en el comercio ilegal de trofeos relacionados con especies silvestres, los proveniente de la tala de bosque protegido, la extracción ilegal de metales, el contrabando de residuos, pesticidas y sus delitos conexos, entre otros.

Estos delitos no conocen fronteras y a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de ilícitos, por ejemplo, el tráfico de drogas (las que pueden crearse en un laboratorio), los recursos naturales son limitados, muchos de ellos no renovables, por lo que debemos procurar su preservación y cuidado todos, personas y Estados en forma urgente.

Cabe señalar que América Latina posee casi la mitad de la biodiversidad mundial y la complejidad geográfica y política de la región hace difícil el control efectivo de la biodiversidad por parte de los Estados, por lo que la lucha contra los delitos ambientales se torna una tarea bastante compleja.

## 2. Los servicios ambientales

Llegado a este punto, es necesario poner de relieve la dicotomía entre, por un lado, el desarrollo económico desmesurado y a pesar de todo, y, por otro, la protección de los recursos naturales. En este marco, es importante destacar que, en parte, el aumento de la extracción ilícita de materias primas y la deforestación para la creación de grandes zonas de pasto de animales y plantaciones, ha sido provocado por un incremento del consumo humano desenfrenado.

La figura de los servicios ambientales no ha sido regulada autónomamente en la normativa que protege al ambiente en la Argentina.

Uno de los casos, excepcionales donde se ha incorporado este concepto, es en la Ley 26.331 sobre Presupuestos Mínimos de Protección a los Bosques Nativos, dictada en el año 2007. Dicha ley tiene como principal objetivo el enriquecimiento, la restauración, la conservación, el aprovechamiento y el manejo sostenible de los servicios ambientales que brindan los bosques (artículo 1).

Asimismo, en el artículo 5 define a 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.

Entre otros, los principales servicios ambientales que los bosques nativos brindan a la sociedad son:

- Regulación hídrica.
- Conservación de la biodiversidad.
- Conservación del suelo y de calidad de agua.
- Fijación de emisiones de gases con efecto invernadero.
- Contribución a la diversificación y belleza del paisaje.
- Defensa de la identidad cultural.

Luego en los artículos 30 y 31 se establece la creación de un fondo nacional para el enriquecimiento y la conservación de los bosques nativos, con el objeto de compensar a las jurisdicciones que conservan los mismos, por los servicios ambientales que estos brindan.

Por los incumplimientos se disponen sanciones de índole administrativa.

En cuanto a la tipificación de delitos, no existe actualmente en nuestro ordenamiento ningún delito que sancione la tala de bosque y/ola deforestación, los cuales sí fueron incluidos en el proyecto de reforma, tratándose en dos capítulos específicos, uno referido a los delitos contra la biodiversidad y el otro a los delitos contra los bosques nativos y protectores.

Sin perjuicio de ello, en la actualidad, se aplica el artículo 183 del Código Penal referido al daño que estatuye “*Será reprimido con prisión de 15 días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañar una cosa mueble o inmueble o un animal total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado*”.

En este punto no puedo dejar de hacer referencia a la analogía, según la RAE, es el método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón a casos no comprendidos en ella. Se trata de un instrumento que le da la capacidad al juez para solventar las potenciales lagunas jurídicas.

Ahora bien en derecho penal lo que prima es el principio de legalidad, que determina que la única fuente del derecho es la ley, de lo que se deriva la prohibición de la analogía. Más allá de la discusión doctrinaria acerca de la aplicación de la analogía en el derecho penal, lo cierto es que existen, como en este caso, lo que se conoce como cláusulas legales de analogía que son instrumentos de interpretación que se utilizan por diversas razones ya sea un vacío legal, como sería este supuesto.

En este sentido, destáquese que una de las pocas condenas que posee nuestro país y la única referida a la tala de bosque protegido, justamente se dictó en virtud de lo normado por el artículo 183

del Código Penal, por el hecho de haber ingresado sin autorización, ilegalmente y en forma clandestina al Parque Nacional Tierra del Fuego, la remoción violenta de los mojones que demarcaban sus límites y la tala de ejemplares de lenga y guindo, entre renovables y adultos (FCR52018730/2005/TO1/15/CFC4 caratulada “Bianciotto, Ricardo Aníbal y otros s/recurso extraordinario”, resuelta el 13 de octubre de 2017, por la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal).

Existen otras figuras delictuales que se aplican para estos hechos como la madera proveniente de la tala de bosque protegido, pudiendo encuadrar en el delito de contrabando (en todas sus modalidades), falsificación de algún tipo de documento, por ejemplo: se declara que se exportará determinada madera que se encuentra autorizada y luego se intenta exportar camuflada madera que se encuentra prohibida o se exceden los cupos permitidos o declarados, también pueden hallarse las guías o los permisos adulterados (presentando a las autoridades determinada cantidad de madera para extraer y luego de que la autoridad administrativa autoriza dicha cantidad, se adulteran los kilos declarados).

En este punto, las autoridades provinciales cobran notoria relevancia, ya que el dominio originario de los recursos naturales corresponde a las provincias (artículo 124 de la Constitución Nacional) y cada provincia posee su propio régimen de permisos, más allá de que además algunos de ellos son nacionales, expedidos por la Secretaría de Ambiente de la Nación.

### 3. Los delitos complejos (ley 26.683, ley 27.319) y el delito ambiental.

Cuando nos referimos a delitos complejos, estamos hablando de la complejidad de su investigación, es decir se parte de la base de que en ciertos casos, la investigación de un delito puede ser particularmente compleja y donde se hacen necesarias determinadas medidas que, en los delitos “comunes” no se utilizarían, como un policía infiltrado en una organización criminal, una entrega vigilada donde se suspende momentáneamente el secuestro de un bien o la detención de una persona, vigilando ese bien o persona, con el objeto de recolectar mayor información sobre la organización que opera detrás.

Así, las organizaciones criminales existen desde hace muchísimo tiempo y básicamente están conformadas por grupos de personas dedicadas a lucrar a través de las actividades consideradas criminales, generando poderosas redes del delito y dificultando cada vez más la tarea del Estado de prevenirlo y reprimirlo. Hoy vemos como el crimen organizado domina el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas, la piratería, el lavado de activos, la corrupción y también los delitos ambientales, entre otros.

Una de las primeras y más aceptadas definiciones sobre el crimen organizado la brinda Cressey señalando que *“un crimen organizado es cualquier delito cometido por una persona que ocupa, dentro de una división establecida de roles, una posición designada para la comisión de delitos, siempre y cuando tal división incluya al menos un rol para un corruptor, un rol para un corrupto y un rol para el encargado de hacer cumplir esto por la fuerza”*.

La Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional suscripta en Palermo en el año 2000 define al *“grupo delictivo organizado”* como *un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*.

Una de las características que distingue al crimen organizado de otros delitos es la existencia de un grupo estable/organizado dirigido a cometer distintos delitos (que lo distingue del delito común) y que tiene como finalidad la obtención de un beneficio económico (lo que también permite distinguirlo de otras formas criminales como el terrorismo).

Ahora bien, si tomamos como base estas características podemos delinear algunos aspectos distintivos de los delitos complejos -crimen organizado-, a saber:

a) La existencia de una organización criminal montada sobre una determinada estructura estable que tiene por objeto llevar adelante conductas relacionadas con el tráfico ilegal de especies protegidas de la fauna silvestre, o provenientes de la tala de bosque protegido, el contrabando de estas especies, la extracción ilegal de metales, el contrabando de residuos, pesticidas, entre otras.

b) Todas estas acciones deben verse como una sucesión de etapas o como eslabones que van conformando la cadena y que son ejecutadas con la clara intención de obtener un beneficio económico.

c) Se trata de una actividad compleja que puede englobar distintos procesos industriales (en la transformación de productos), comerciales (en el intercambio de estas sustancias o productos) y financieros (en el manejo de los beneficios obtenidos por esta actividad).

Este tipo de organizaciones poseen una finalidad estrictamente económica y trasciende a los actores involucrados y a las fronteras de los países, utilizando la globalización de la economía, para así colocar los distintos productos o subproductos en todas las regiones y reinsertar las ganancias que ese negocio genera.

En general, este tipo de actividades criminales se producen a través de un despliegue territorial amplio y de un grado típico de complejidad organizativa, existiendo, generalmente, una coordinación operativa entre los diferentes grupos y subgrupos que componen la organización.

La existencia de estos grupos organizados genera una transgresión al orden social que excede la noción clásica de los bienes jurídicos afectados por la actividad ilícita de la que se trate (salud y/o ambiente en el nuevo código).

Esta nota característica del problema, conlleva también la aparición de otros delitos relacionados directamente con los delitos ambientales, entendidos en un sentido amplio. Es por ello que este fenómeno no afecta solamente la salud y/o el ambiente como habitualmente se ha entendido, sino que pueden existir otros bienes jurídicos protegidos que se ven seriamente afectados con el accionar de estas organizaciones, así veremos:

**Corrupción de funcionarios:** El poderío económico de las organizaciones criminales genera una capacidad corruptiva enorme, que muchos funcionarios públicos aprovechan para obtener un rédito económico adicional. Dependiendo del caso, la corrupción puede afectar a funcionarios policiales, inspectores municipales, funcionarios aduaneros o hasta políticos y funcionarios judiciales.

Para tener dimensión de ello, se calcula que los delitos contra el ambiente generan entre 110.000 y 281.000 millones de dólares de beneficios ilícitos cada año (según Interpol), estimación que aplica para todo lo que venimos planteando.

**Delitos contra el orden económico y financiero:** El gran volumen de ganancias producidas que luego son insertadas en el mercado legal, otorgándole apariencia lícita, genera enormes disrupciones en el sistema financiero.

En particular el lavado de dinero perjudica la competencia leal existente en la economía debido a que el sujeto que intenta blanquear sus activos provenientes de actividades ilícitas, ofrecerá sus productos por debajo del valor de mercado.

En esta situación, otras personas no pueden competir debido a que sus costos serán superiores y, por lo tanto, se verán obligadas a tomar medidas como el recorte de personal hasta al cierre de la actividad.

En este punto debemos necesariamente resaltar que en cumplimiento de las convenciones internacionales y las recomendaciones de GAFI, se han incorporado a los ordenamientos internos de los países miembros de ese organismo, el lavado de activos como un delito autónomo, teniendo en cuenta precisamente la afectación de este bien jurídico novedoso para la doctrina penal.

Así la ley 26.683 de la República Argentina incorporó al Código Penal el Título XIII, bajo la denominación “Delitos contra el orden económico y financiero”, el cual tipifica las operaciones de lavado de activos de origen delictivo, creando modalidades agravadas e incluso, aprobando ciertas

medidas judiciales.

Esta nueva normativa significó un cambio de paradigma respecto a la anterior ley de lavado de dinero (25.246), en cuanto a que la figura de lavado de activos ya no es tratada como un encubrimiento calificado en perjuicio de la administración pública, sino como un delito autónomo contra el sistema financiero nacional.

Es así que en el diseño de políticas estatales destinadas a abordar este problema, no debemos perder de vista el carácter dinámico de los delitos contra el ambiente, generando que los actores involucrados en la actividad piensen permanentemente nuevas prácticas, estrategias y patrones para lograr evitar el control estatal y alcanzar su máximo objetivo: el lucro económico.

A modo de conclusión, el mercado ilícito de especies protegidas de la fauna, el comercio ilegal de trofeos relacionados con especies silvestres, los provenientes de la tala de bosque protegido, la extracción ilegal de metales, el contrabando de residuos, de pesticidas, constituyen uno de los fenómenos criminales más complejos, además del narcotráfico o la trata de personas, erigiéndose como un negocio altamente rentable para aquellas organizaciones que operan tanto a niveles transnacionales como también para aquellas con menor estructura y alcance.

Por su parte, la ley 27.319 vino a reunir varias figuras dispersas en el ordenamiento (penal, administrativo o sin regulación pero de aplicación consuetudinaria) para las investigaciones complejas que demandan un enfoque diferente, como ya dijimos, del que podría aplicarse a delitos más simples, por llamarlos de alguna manera.

De este modo, se reguló la figura del agente encubierto que se trata de personal de la fuerza de seguridad que presta su consentimiento y ocultando su identidad se infiltra o introduce en organizaciones criminales con el fin de identificar, detener a los autores, partícipes o encubridores, impedir la consumación de un delito o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación.

El agente revelador es personal de la fuerza de seguridad designado a fin de simular interés y/o ejecutar el transporte, compra o consumo para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas involucradas en un delito, detenerlas, incautar bienes, liberar a las víctimas, o recolectar información que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos. En tal sentido, el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetúa en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a infiltrarse dentro de las organizaciones criminales como parte de ellas.

El informante es aquella persona que, bajo reserva de identidad, a cambio de un beneficio económico, aporte a las fuerzas de seguridad, policiales u otros organismos encargados de la investigación de hechos ilícitos, datos, informes, testimonios, documentación o cualquier otro elemento o referencia pertinente y útil que permita iniciar o guiar la investigación para la detección de individuos u organizaciones dedicados a la planificación, preparación, comisión, apoyo o financiamiento de los delitos contemplados en la presente ley.

La entrega vigilada es autorizada por el juez y consiste en que se postergue la detención de personas o secuestro de bienes cuando estime que la ejecución inmediata de dichas medidas puede comprometer el éxito de la investigación. El juez podrá incluso suspender la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita y permitir que entren, circulen o salgan del territorio nacional, sin interferencia de la autoridad competente y bajo su control y vigilancia, con el fin de identificar a los partícipes, reunir información y elementos de convicción necesarios para la investigación siempre y cuando tuviere la seguridad de que será vigilada por las autoridades judiciales del país de destino.

Finalmente, la prórroga de la jurisdicción se da cuando se encontrase en peligro la vida de la víctima o su integridad psíquica o física o la demora en el procedimiento pueda comprometer el

éxito de la investigación, entonces el juez y el fiscal de la causa podrán actuar en ajena jurisdicción territorial, ordenando a las autoridades de prevención las diligencias que entienda pertinentes, debiendo comunicar las medidas dispuestas al juez del lugar dentro de un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas.

Además, la ley establece que todas estas técnicas se aplican para los siguientes delitos o grupos de delitos: narcocriminalidad, contrabando, actos terroristas, explotación sexual, secuestros extorsivos, delitos cometidos por asociaciones ilícitas y delitos contra el orden económico y financiero.

En este punto el contrabando, las asociaciones ilícitas y los delitos contra el orden financiero adquieren especial relevancia para los delitos contra el ambiente, ya que son los medios con los que cuentan las organizaciones criminales para llevar a cabo sus acciones, por lo que éstos métodos más innovadores en esta materia como la entrega vigilada y el agente encubierto pueden ser utilizados perfectamente para luchar más eficazmente contra los delitos ambientales complejos, que como vimos trascienden las fronteras y se trata de organizaciones altamente preparadas para eludir los controles estatales.

#### **4. Asociaciones ilícitas de plusvalías ambientales ilegales.**

Los delitos ambientales son, según datos de Interpol y del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) el cuarto negocio más lucrativo del mundo. Se trata de actividades muy variadas como venimos sosteniendo.

El concepto de plusvalía ambiental expresa las sobre ganancias de los grupos económicos, empresarios, a costa del ambiente generadas debido a la no internalización de externalidades ambientales, esto es un costo no asumido ni incluido en las cuentas de una empresa, las cuales generan una degradación en la calidad de vida de las comunidades asentadas en los territorios impactados y de la comunidad en general.

Es en definitiva es la ganancia, beneficio o provecho económico obtenido por las empresas, a través de actos u omisiones que generan daños al ambiente.

Va de suyo que generalmente los empresarios conocen perfectamente, por ejemplo, qué es lo que sus empresas están volcando a un río y si existen parámetros por encima de lo permitido o si realizan emisiones gaseosas también por encima de lo que la normativa establece y también conocen qué deberían hacer para cesar en sus conductas, sin embargo, muchas veces porque es más económico seguir volcando o efectuando esas emisiones u otras por desidia, continúan realizando, en perjuicio del ambiente y de la salud de las personas.

En este aspecto el derecho penal ambiental se enfrenta a serios problemas ya que si nos representamos un cordón industrial donde existen varias empresas de distintos rubros y todas vuelcan parámetros por encima de los permitidos, esa acumulación de residuos que posea el recurso, resultará un escollo prácticamente imposible para determinar responsabilidades individuales (me refiero a cada una de las empresas), pudiéndose optar por responsabilidades genéricas.

En este punto, volvemos una vez más a una de las características que distingue al crimen organizado de otros delitos que es la existencia de un grupo estable/organizado dirigido a cometer distintos ilícitos (que lo distingue del delito común) y que tiene como finalidad la obtención de un beneficio económico.

#### **5. La investigación penal ambiental compleja.**

El particular modo de una organización revela que, como todas las contribuciones efectuadas por quienes toman parte en la ejecución de un hecho dependen unas de otras para poder alcanzar el resultado buscado, entonces, cada aporte individual, se erige, en una pieza necesaria o imprescindible para el logro de la obra común.

Al respecto explica Roxin que *“cada autor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros ( ) siempre que obren libremente y sin coacción, dominan en la misma medida que los demás, siendo por tanto coautores ( ) es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, es aquél con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer...”*.

Además, la responsabilidad en los delitos ambientales no es solo del país de origen sino que recae tanto en el de tránsito como en el de destino de la fauna, flora, mineral, residuo, pesticida, por eso como representantes de la justicia, debemos todos estar lo suficientemente preparados para poder desarrollar acciones de sensibilización y prevención entre la ciudadanía y coordinar con las fuerzas de seguridad locales para que puedan articular con sus pares de otros países, con el objeto de crear sistemas que permitan la colaboración, cooperación e intercambio de información para la protección de la biodiversidad.

Frente a este escenario, el derecho penal debe ajustar sus respuestas para brindar herramientas acordes a la magnitud del problema, que permitan por un lado sancionar a sus responsables y, por el otro, lograr una real desarticulación de estas organizaciones.

La amenaza de la sanción penal, que tradicionalmente debiera funcionar con un sentido de prevención general positiva, resulta claramente insuficiente debido a la falta de efectividad para sancionar a los máximos responsables, pero aun cuando ello ocurra, la actividad de las bandas continúa desarrollándose sin impedimentos.

El crimen organizado plantea diversos desafíos para los Estados, tanto por sus consecuencias lesivas como por la imposibilidad de combatirlo con los recursos y herramientas que actualmente poseen a su alcance.

Así, las convenciones de Naciones Unidas en la materia han incorporado las llamadas “técnicas especiales de investigación” que dotan a los organismos policiales y de persecución penal de herramientas que buscan alcanzar los niveles más notorios de las organizaciones criminales y reducir su poder efectivo.

Entre esas técnicas destacamos las mencionadas en párrafos anteriores como el agente encubierto, el agente revelador, el informante, la entrega vigilada y las técnicas de vigilancia.

Estas herramientas implican una actividad encubierta por parte del Estado (muchas veces en la que incluso sus agentes participan de la actividad ilícita) que resulta necesaria para adquirir conocimiento sobre el funcionamiento y estructura de las organizaciones de modo tal de poder construir la base de una acusación contra los líderes de estos grupos.

El desafío para enfrentar estas organizaciones es poder llegar penetrar el blindaje que la división de roles, el hermetismo y la estructura brindan para llegar a quienes dan las órdenes, obtienen la mayor ganancia y aseguran que el negocio continúe en pie.

Sobre este punto, son varios los críticos de estas figuras que cuestionan que los funcionarios del Estado se involucren en actividades, que permitan su continuidad o se recompense con las arcas públicas a “delincuentes”, pero debemos entender que en los tiempos que corren estas herramientas, con una adecuada regulación legal y un ejercicio prudente por parte de las autoridades, constituyen la única forma para combatir la delincuencia organizada.

Estos instrumentos deben estar enmarcados en una normativa específica que establezca las condiciones para su utilización, respetando principios de excepcionalidad, necesidad y judicialidad, ponderando al momento de su aplicación concreta la lesión al derecho a la privacidad y la defensa en juicio.

También, cuando se analizan las formas más efectivas para desarticular las organizaciones criminales, es necesario mencionar la extinción de dominio, otra herramienta que permite a los Estados atacar el poder económico obtenido ilícitamente y mantener una estructura estable dedicada

a la comisión de delitos y muchas veces a comprar la voluntad de funcionarios públicos.

La extinción de dominio permite recuperar para el Estado los bienes de origen ilícito con un procedimiento judicial autónomo de índole civil aun cuando no exista una condena en sede penal y si bien en muchos países se ha cuestionado la constitucionalidad de esta figura, lo cierto es que ningún ordenamiento jurídico protege los bienes adquiridos con fondos ilícitos.

En este contexto, el Poder Judicial y los Ministerios Públicos cuentan con herramientas en el ordenamiento jurídico y además, de colaboración inter institucional (acuerdos de cooperación internacional entre los Ministerios Públicos que bien funcionan con otros delitos como los casos de organizaciones criminales transnacionales dedicadas al tráfico de estupefacientes).

Así, los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina imponen un tratamiento adecuado y cooperativo de la problemática relacionada con los delitos ambientales, conforme se desprende, por ejemplo, de la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres-CITES-brindando una respuesta global a las diferentes fases que estas conductas presentan.

En atención a los lineamientos generales que surgen de los citados instrumentos y el compromiso internacional asumido por el Estado Argentino en la lucha contra el crimen organizado, es que se deben redoblar los esfuerzos en materia de investigación conjunta por parte de los agentes judiciales involucrados en la materia, conforme la responsabilidad internacional que implica el debido cumplimiento de las obligaciones asumidas.

En lo atinente a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, la cooperación jurídica internacional en la materia se encuentra plasmada desde su artículo 1 como propósito de la convención de “*promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional*”, lo cual resulta aplicable respecto “*a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones*” (artículo 16, apartado 10).

En este marco, es deber del Ministerio Público velar por el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional a través de los distintos instrumentos internacionales en pos de evitar que su incumplimiento importe responsabilidad frente al Estado extranjero.

En definitiva, como ya vimos, las formas tradicionales de investigar el delito son insuficientes e ineficaces para lograr prevenir y reprimir estos crímenes organizados, lo que exige soluciones novedosas que se reflejen en una legislación moderna y funcionarios policiales y por sobre todo judiciales y de los Ministerios Públicos mucho más proactivos y creativos para con las herramientas que tenemos, hacer frente a estos delitos complejos, especialmente teniendo en cuenta que los recursos naturales son finitos, que el ambiente es nuestra casa y que según la Constitución Nacional tenemos el deber de preservarlo. ■

# Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada desde un enfoque internacional

— Por Dr. Brett Sommermeyer

## Introducción

La pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) representa una amenaza grave y sustancial para las especies y los ecosistemas marinos, así como para los medios de subsistencia de las comunidades pesqueras locales, a escala mundial.

La pesca INDNR representa hasta 26 millones de toneladas métricas de pescado al año, con un valor monetario total de hasta 23.500 millones de dólares estadounidenses, que recientemente se ha estimado en 50.000 millones de dólares<sup>1</sup>. Por su parte, Argentina se enfrenta cada año a cientos de buques extranjeros que pescan fuera de sus aguas nacionales, principalmente calamares, pero también otras especies marinas. De hecho, se calcula que, como resultado de esta intensa pesca extranjera, Argentina ha estado perdiendo 5.000 millones de dólares estadounidenses al año<sup>2</sup>. Además, aunque Argentina ha tomado medidas contra los barcos extranjeros cuando se les encuentra pescando ilegalmente en sus aguas nacionales, los datos por satélite sugieren claramente que estos barcos extranjeros cruzan y pescan con frecuencia dentro de las aguas nacionales de Argentina, sin ser detectados<sup>3</sup>. En cualquier caso, Argentina y sus Estados vecinos reconocen desde hace tiempo que la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada es un problema importante en la región, como lo es en todo el mundo.

Para garantizar la eficacia de la lucha contra la pesca INDNR, las disposiciones nacionales de Argentina deben ajustarse a los regímenes jurídicos regionales e internacionales de los que el país es signatario. En esta sección, exploraremos algunos de los regímenes internacionales más relevantes, incluidos algunos que no han sido ratificados por Argentina, pero que siguen siendo relevantes en esta materia. En el camino, esperamos transmitir una idea de los parámetros permisibles de la autoridad de ejecución de un Estado costero en sus aguas y en alta mar.

Concluiremos este capítulo con una visión general de otros acuerdos y políticas internacionales, menos directamente relacionados con la pesca, que pueden proporcionar algún beneficio po-

1 Véase La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) (2016, May 16). Ground-breaking illegal fishing accord soon to enter into force. Disponible en <http://www.fao.org/news/story/en/item/414494/icode/>. Sumaila, U. R., Zeller, D., Hood, L., Palomares, M. L., Li, Y., & Pauly, D. (2020). Illicit trade in marine fish catch and its effects on ecosystems and people worldwide. *Science Advances*, 6(9). doi:10.1126/sciadv.aaz3801.

2 Profeta, D (2018, March 5). Argentina, the next battleground for illegal fishing; Pressure mounts on countries to reform fishing practices in the South Atlantic. *China Dialogue Ocean*. Disponible en <https://chinadialogueocean.net/1366-argentina-illegal-fishing-transshipment/>.

3 Watts, J. (2020, April 30). Stealth plunder of Argentinian waters raises fears over marine monitoring. *The Guardian*. Disponible en <https://www.theguardian.com/environment/2020/may/01/stealth-plunder-of-argentinian-waters-raises-fears-over-marine-monitoring>.

tencial a Argentina, para salvaguardar la fauna marina que llega al país, sólo después de atravesar las aguas de otros Estados. Al combinar un enfoque local con uno regional (e incluso global), Argentina estará en la mejor posición para proteger no sólo sus aguas soberanas, sino también para ayudar a hacer cumplir las leyes, tratados y regímenes regionales e internacionales en alta mar.

### **Panorama de los tratados internacionales relacionados con la pesca**

El derecho internacional actúa tanto para limitar como para apoyar las acciones de aplicación de la ley, y es fundamental comprender qué acciones son legales. Las regiones del atlántico y antártica han tomado medidas, en diversos grados, para aclarar las opciones de aplicación preferidas para alta mar y han esbozado procesos para cooperar en las acciones de aplicación dentro de las zonas económicas exclusivas. Es importante saber si el Estado del pabellón de una embarcación es también Parte o aplica alguno de los acuerdos que se examinan a continuación, ya que cualquier acuerdo pertinente configuraría la relación y la interacción entre Argentina y el Estado del pabellón de una embarcación que actúa en violación de las leyes argentinas.

#### **A. CONVEMAR<sup>4</sup>**

Tras la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo tecnológico condujo a una mayor explotación del océano. El derecho internacional del mar existente, en gran medida consuetudinario, se consideró inadecuado para la tarea de proteger contra la creciente ola de explotación de los océanos. Para fomentar la conservación eficaz de los océanos frente a esta amenaza, se reconoció cada vez más la necesidad de un ordenamiento jurídico codificado para los océanos que fuera a la vez general (todo el espacio oceánico) e integral (todos los usos y recursos). La CONVEMAR, que entró en vigor en noviembre de 1994, se creó para satisfacer esta necesidad crítica. Desde entonces, se han adherido 167 Estados y la Unión Europea.

La CONVEMAR es un tratado exhaustivo que traza el panorama general del derecho marítimo en lo que respecta a las reclamaciones, acciones y actividades de ejecución que tienen lugar en el océano.

Además de establecer las limitaciones jurisdiccionales de la autoridad y los derechos de ejecución de los Estados costeros, impone ciertas limitaciones a los derechos de los Estados del pabellón a navegar libremente por los mares y a realizar el paso inocente por los mares territoriales. La CONVEMAR refleja un equilibrio entre los derechos de los Estados ribereños y los Estados del pabellón y debe leerse bajo ese prisma.

#### **CONVEMAR y Zonas Marítimas**

CONVEMAR adopta un enfoque zonal de la gobernanza marítima. Como se representa a continuación, las zonas se organizan en función de la distancia a la tierra.

El siguiente esquema y la lista de terminología están diseñados para proporcionar una introducción al vocabulario básico zonal de CONVEMAR, al tiempo que se describen conceptos generales (por ejemplo, los derechos de paso inocente y de persecución) que se tratarán, más adelante, en este capítulo.

4 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 73(1), adoptada el 30 de abril de 1982, aprobada por Argentina mediante Ley N° 24.543, sancionada de hecho el 17 de octubre de 1995 y ratificada el 1° de diciembre del mismo año. (de ahora en adelante CONVEMAR), disponible en: [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf).



Ilustración 1: Obtenida en <https://flowvella.com/s/5t5/73515226-8388-4329-88B2-4A2780E17A04>

Como se indica en la ilustración superior, la soberanía de un Estado sobre las actividades en una zona determinada disminuye a medida que se avanza hacia el mar en cada zona sucesiva:

#### **Aguas interiores** (lado terrestre de la línea de base)

La misma soberanía territorial completa que sobre el dominio terrestre.

#### **Mar territorial** (MT) (hasta 12 mn)

Plena soberanía, excepto el derecho de paso inocente.

#### **Zona Contigua** (hasta 24 mn)

Fuera del mar territorial donde el Estado ribereño puede ejercer el control necesario para sancionar o impedir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, cometidas en el mar territorial o en el territorio terrestre del Estado ribereño.

#### **Zona Económica Exclusiva** (ZEE)

Los Estados ribereños gozan de *“derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos...”*<sup>5</sup>

- Este conjunto de derechos tiene un rango inferior al de la soberanía y es una creación de la CONVEMAR.
- Los Estados ribereños también tienen jurisdicción con respecto a: Establecimiento y uso de islas artificiales, instalaciones y estructuras; Investigación científica marina; Protección y preservación del medio ambiente marino.
- Todos los Estados tienen libertad de navegación y sobrevuelo, para tender cables y tuberías submarinas.
- El Estado ribereño *“podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la ins-*

5 *Id.*, en Art. 56.1(a).

*pección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales”.*<sup>6</sup>

### Alta mar

Se define como “todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, o en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico”.<sup>7</sup>

- **Libertades en alta mar:** navegación; sobrevuelo; tender cables submarinos y oleoductos; construcción de islas artificiales; pesca; investigación científica.
- **Regla general:** Primacía del Estado del pabellón.

Las embarcaciones que navegan en alta mar están bajo la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón y ningún otro Estado puede ejercer su jurisdicción.

Esta norma ofrece cierta protección a las embarcaciones con pabellón frente a, por ejemplo, la inspección y el abordaje por parte de los Estados costeros.

- **Excepciones:** Piratería; Derecho de persecución; Derecho de visita.

Es importante destacar que la CONVEMAR establece el derecho de Argentina a conservar y gestionar las pesquerías en su ZEE y a hacer cumplir leyes relacionadas dentro de los parámetros establecidos, como se describe en los contextos específicos más adelante. La CONVEMAR también establece normas para la solución obligatoria de controversias a través de las cuales se pueden atender una serie de quejas del Estado ribereño y del Estado del pabellón en relación con las acciones de aplicación, entre otras cuestiones.

### **B. El Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la Conservación y Ordenación de las poblaciones de Pesca Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (“Acuerdo de Nueva York”)**<sup>8</sup>

La CONVEMAR impone ciertas obligaciones de conservación a los Estados costeros en sus ZEE. Por ejemplo, exige al Estado costero que establezca niveles de captura total admisible para evitar la sobreexplotación de las poblaciones de peces.<sup>9</sup> Además, la CONVEMAR especifica las categorías de peces que requieren una gestión internacional cooperativa: (1) poblaciones de peces compartidas dentro de las ZEE de dos o más Estados costeros; (2) poblaciones de peces transzonales entre ZEE y alta mar; y (3) especies altamente migratorias incluidas en el Anexo I de la CONVEMAR.<sup>10</sup> En particular, las OROP<sup>11</sup> son los vehículos más utilizados para la gestión internacional cooperativa de las poblaciones de peces.

El Acuerdo de Nueva York no sólo aplica las disposiciones de la CONVEMAR relativas a las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias, sino que también reconoce que la ges-

6 *Id.*, en Art. 73.1.

7 *Id.*, en Art. 86.

8 El Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (“Acuerdo de Nueva York”), de 10 de diciembre de 1982, relativas a la Conservación y Ordenación de las poblaciones de Pesca Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, fue firmado por Argentina en Dic. 4, 1995 y aprobado en Jul. 13, 2000 por la Ley N° 25.290. No obstante, a Mayo de 2021, este acuerdo no ha sido ratificado aún por el país. *Disponible en:* <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/274/70/PDF/N9527470.pdf?OpenElement>.

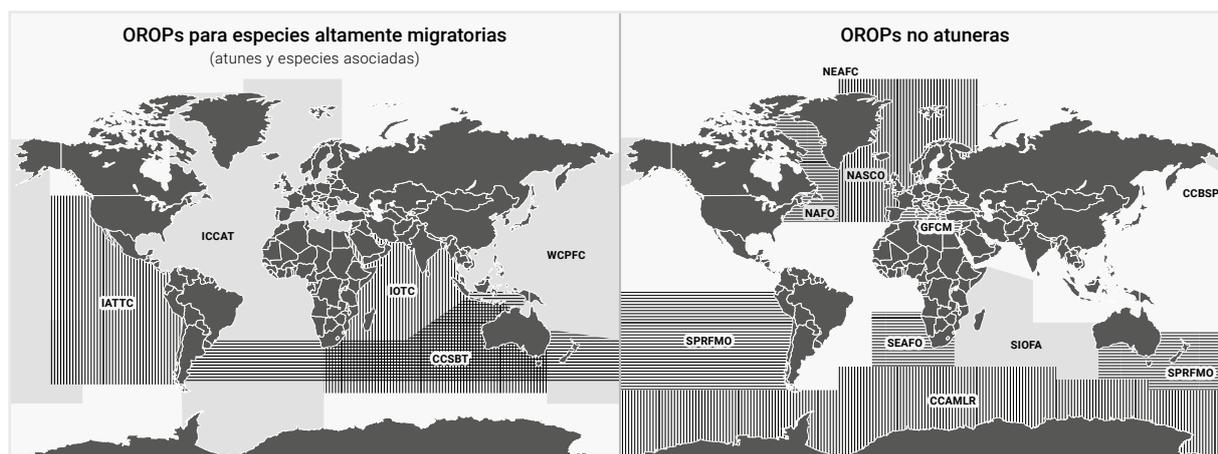
9 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 61(1).

10 *Id.*, en Art. 63 & 64.

11 Las OROP (“Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera”) son organizaciones internacionales formadas por Estados con intereses pesqueros en una zona. Algunas gestionan todas las poblaciones de peces que se encuentran en una zona específica (regional), mientras que otras se centran en determinadas especies altamente migratorias, especialmente el atún, a lo largo de amplias zonas geográficas.

ción de las pesquerías de alta mar es inadecuada y que la cooperación es necesaria para establecer cualquier regulación eficaz de las pesquerías de alta mar. El tratado aborda la regulación de la alta mar desde dos ángulos. En primer lugar, el tratado está diseñado para garantizar que los Estados del pabellón asuman la responsabilidad de las actividades pesqueras de sus embarcaciones en alta mar. En segundo lugar, el tratado fomenta el desarrollo de estas organizaciones e incentiva su pertenencia a las mismas, otorgando a sus miembros mayores privilegios de ejecución que los autorizados por la CONVEMAR.

Véase Véase la siguiente ilustración que representa la distribución mundial de las OROP.<sup>12</sup>



Ilustraciones 2 y 3: Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera (OROP)

### El criterio de precaución

El Acuerdo de Nueva York también aplica el criterio de precaución a la gestión de las poblaciones de peces. El enfoque de precaución, uno de los fundamentos de la protección del medio ambiente, se ha formulado de diversas maneras en la comunidad internacional. Una de las versiones más reconocidas se encuentra en el Principio 15 de la Declaración de Río de 1992:

*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución de acuerdo con sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.<sup>13</sup>*

Así pues, el enfoque de precaución es una estrategia para hacer frente a posibles riesgos cuando el conocimiento científico es aún incompleto, haciendo recaer sobre el proponente de la actividad potencialmente dañina la carga de demostrar que no causará daños. Este enfoque surgió de la necesidad de proteger el medio ambiente (y a los seres humanos) de la aparición de riesgos cada vez más impredecibles, inciertos e incuantificables, pero posiblemente catastróficos, como los asociados al cambio climático y, más concretamente, a la explotación ilimitada de la fauna marina a escala mundial.

12 Mapa de OROP obtenido desde: <https://normativapesquera.wordpress.com/lex-ue/orps/> (último acceso Mayo 3, 2021).

13 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I); 31 ILM 874 (1992).

### C. PAI-Pesca INDNR<sup>14</sup>

Al igual que el Acuerdo de Nueva York, el Código de Conducta de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) (“El Código”),<sup>15</sup> fue adoptado por la FAO como medio para aplicar los principios de conservación inherentes a la CONVEMAR.<sup>16</sup> El Código es, esencialmente, una guía de “cómo hacer” para la “pesca responsable”.

Los Estados miembros de la FAO elaboraron el PAI-Pesca INDNR bajo los auspicios del Código. Se trata de un instrumento voluntario que establece varios principios y políticas generales que, de aplicarse plenamente, podrían contribuir a combatir la pesca INDNR. Aunque es voluntario, el PAI-Pesca INDNR fue negociado y adoptado por la mayoría de los países del mundo. Debido a su amplio alcance, tanto en términos de adopción como de principios y políticas, Argentina puede remitirse al PAI-Pesca INDNR para conocer las normas internacionales pertinentes en materia de lucha contra la pesca INDNR. En concreto, el plan reconoce tres instrumentos internacionales como guía principal para las leyes internacionales de pesca marítima. Estos instrumentos son: CONVEMAR, el Acuerdo de Nueva York y el Acuerdo de Cumplimiento de la FAO (que se analiza más adelante). El PAI-Pesca INDNR hace hincapié en la responsabilidad principal de los Estados del pabellón en el control de las embarcaciones pesqueras que enarbolan su pabellón, al tiempo que anima a los Estados a utilizar *“toda la jurisdicción disponible de conformidad con el derecho internacional, incluidas las medidas del Estado rector del puerto, las medidas del Estado ribereño, las medidas relacionadas con el mercado y las medidas para garantizar que los nacionales no apoyen ni se dediquen a la pesca INDNR”*.<sup>17</sup>

### D. Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar de FAO (Acuerdo de Cumplimiento de la FAO)<sup>18</sup>

El objetivo del Acuerdo de Cumplimiento de la FAO es mejorar la regulación de las embarcaciones pesqueras en alta mar y controlar la pesca INDNR reforzando las responsabilidades del Estado del pabellón. El Acuerdo se centra en las responsabilidades de los Estados del pabellón, estableciendo de forma general que los Estados del pabellón deben garantizar que sus buques no realicen ninguna actividad que socave la eficacia de las medidas internacionales de conservación y gestión de la pesca, independientemente de que el Estado del pabellón sea o no miembro de la organización regional de pesca que adoptó dichas medidas. Exige que los Estados del pabellón mantengan registros adecuados y se adhieran a las normas básicas relativas al registro de embarcaciones, adoptando medidas para garantizar que todas esas embarcaciones pesqueras estén inscritas en dicho registro.

Argentina ha firmado el Acuerdo de Cumplimiento de la FAO<sup>19</sup> y, además, la mayoría de los principales Estados pesqueros del mundo, incluidos Estados Unidos, Canadá, Japón, México, Corea

14 En 1999, el Comité de Pesca de la FAO, abordó la necesidad de adoptar un plan contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, que se desarrollaría en el marco del Código de Conducta. El 2 de marzo de 2001 se adoptó el Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.

15 Código de Conducta de la FAO, en vigor desde el 31 de octubre de 1995, disponible en: <http://www.fao.org/3/v9878e/v9878e00.htm>.

16 Ver Hosch, G., Ferraro, G., & Failler, P. (2011). El Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO de 1995: ¿Adoptar, aplicar o puntuar los resultados? *Marine Policy*, 35(2), 189–200. doi:10.1016/j.marpol.2010.09.005.

17 FAO. Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (de ahora en adelante PAI-Pesca INDNR). Rome, FAO. 2001. 24p, disponible en: <http://www.fao.org/fishery/ipoa-iuu/es>.

18 FAO, Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros en alta mar, Doc. A/CONF. 151/26 (1992), disponible en <http://www.fao.org/documents/card/en/c/8cb30770-3145-55ed-a0db-315cbbb722a6>.

19 Argentina ratificó el Acuerdo de Cumplimiento de la FAO el 24 de junio de 1996. El acuerdo entró en vigor el 24 de abril de 2003.

del Sur, Noruega y la Unión Europea, son partes del acuerdo.

### **E. Responsabilidad del Estado del pabellón: Opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) de 2015**

En una decisión reciente, el TIDM evaluó y detalló exhaustivamente el deber del Estado del pabellón de responder a las actividades de pesca ilegal.<sup>20</sup> El TIDM advirtió que los Estados del pabellón tienen la “responsabilidad de garantizar que los buques que enarbolan su pabellón no realicen actividades de pesca INDNR.”<sup>21</sup> El TIDM sostuvo que el Estado del pabellón incumple un deber de diligencia si no adopta “las medidas necesarias, incluidas las de ejecución, para garantizar el cumplimiento por parte de los buques que enarbolan su pabellón de las leyes y reglamentos adoptados” por el Estado ribereño.<sup>22</sup> Además del deber afirmativo de supervisar su flota y permanecer atento a los indicios de pesca INDNR, el TIDM dejó claro que el Estado del pabellón también tiene el deber de responder a la notificación de un tercero. Como escribió el TIDM:

*De acuerdo con el párrafo 6 del artículo 94 de la CONVEMAR, “[un] Estado que tenga motivos fundados para creer que no se han ejercido la jurisdicción y el control adecuados con respecto a un buque podrá denunciar los hechos al Estado del pabellón” y “al recibir dicha denuncia, el Estado del pabellón investigará el asunto y, si procede, adoptará las medidas necesarias para remediar la situación”.<sup>23</sup>*

El Estado del pabellón tiene, entonces, la obligación de investigar el asunto y, si procede, tomar las medidas necesarias para remediar la situación. El TIDM confirmó, además, que el Estado del pabellón puede ser responsable del incumplimiento de sus obligaciones de debida diligencia en materia de pesca INDNR. El TIDM basó su conclusión en el derecho internacional genérico relativo a la responsabilidad del Estado. De nuevo, el TIDM sostuvo que la responsabilidad del Estado del pabellón es directa: “La responsabilidad del Estado del pabellón se deriva de su incumplimiento de sus obligaciones de ‘debida diligencia’ en relación con las actividades de pesca INDNR realizadas por los buques que enarbolan su pabellón”.<sup>24</sup> El TIDM declaró explícitamente que la “frecuencia” de los incidentes de pesca INDNR es irrelevante para el análisis.<sup>25</sup> Por lo tanto, un Estado de abanderamiento puede ser considerado responsable basándose únicamente en un incidente aislado, y no en un patrón, de pesca INDNR.

### **F. Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA)**

La Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos entró en vigor en 1982 y ha sido ratificada por 26 Estados miembros, a los que se denomina “Partes Contratantes” (PC).<sup>26</sup> Con el objetivo de conservar la vida marina antártica, la convención fue considerada revolucionaria en su aplicación de un enfoque basado en el ecosistema para la gestión de la pesca. Su creación estuvo motivada en parte por la preocupación de que las poblaciones de krill de la

20 Solicitud de dictamen consultivo presentada por la Comisión Subregional de Pesca (SRFC Advisory Opinion), dictamen consultivo del 2 de abril de 2015, TIDM, disponible en: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.21/advisory\\_opinion/C21\\_AdvOp\\_02.04.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advisory_opinion/C21_AdvOp_02.04.pdf).

21 *Id.*, en ¶ 124.

22 *Id.*, en ¶ 134.

23 *Id.*, en ¶ 139.

24 *Id.*, en ¶ 146.

25 *Id.*, en ¶ 150.

26 Véase <https://www.asoc.org/advocacy/antarctic-governance/ccamlr> (visitado por última vez el 27 de abril de 2021); véase también, <https://www.ccamlr.org/en/organisation>. Para ver la lista de Estados miembros, visite: [http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaty\\_list/depository/CCAMLR.html](http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaty_list/depository/CCAMLR.html).

región -que son fundamentales para la salud de las redes alimentarias antárticas- estaban siendo sobreexplotadas. La convención estableció la CCRVMA como su órgano de toma de decisiones. Aunque la CCRVMA se encarga de la conservación de todos los recursos marinos vivos del Océano Austral, dos especies de especial interés son la Merluza negra (*Dissostichus leaiginoide*) y la Merluza antártica (*Dissostichus mawsoni*), para las que las PC deben adoptar un sistema de documentación de capturas, con objeto de controlar los desembarcos y el comercio internacional de estas especies.<sup>27</sup> Argentina, como PC, implementa las decisiones de la Comisión a través de los mecanismos establecidos por la Ley N° 25.263,<sup>28</sup> que establece el Régimen de Recolección de Recursos Vivos Marinos dentro del Área de la Convención.

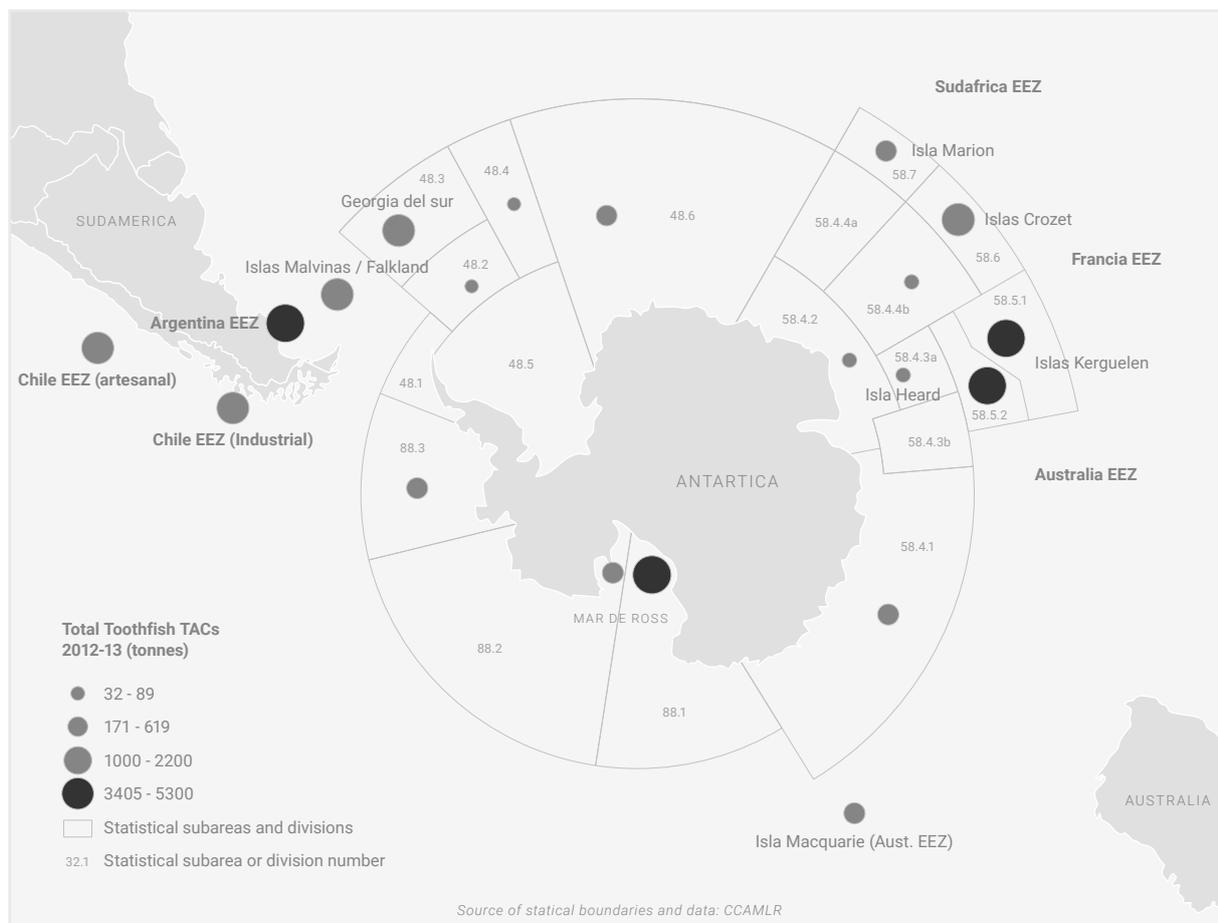


Ilustración 4: Zona de la CCRVMA, ilustración obtenida en: <https://www.aobac.cl/internacional>

En particular, la CCRVMA aplica un amplio conjunto de “medidas de conservación” que tienen por objeto proteger los recursos marinos vivos de la Antártida, fomentando una gestión adecuada de la pesca en el Océano Austral.<sup>29</sup> Algunas de las medidas clave<sup>30</sup> incluyen las relacionadas con

27 La larga vida y la tardía madurez sexual de la Merluza negra (*Dissostichus leaiginoide*) y la Merluza antártica (*Dissostichus mawsoni*) las hacen muy vulnerables a la sobrepesca. Estas especies han estado experimentando altos niveles de explotación debido a la demanda internacional de lo que se considera un marisco de lujo en algunos países, como Estados Unidos y Japón, y están siendo capturadas mediante métodos de pesca muy agresivos, como palangres de fondo, redes de arrastre y nasas.

28 Ley N° 25.263 (De los Recursos vivos marinos antárticos) (2000), *disponible en:* <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/arg62207.pdf>.

29 Hay varios ámbitos en los que se ha reconocido que la CCRVMA está a la vanguardia, como su enfoque ecosistémico de la gestión y las diferentes medidas para hacer frente a la pesca INDNR. Véase, por ejemplo, [https://www.minrel.gov.cl/minrel\\_old/site/artic/20121010/asocfile/20121010171859/ccamlr\\_symposium.pdf](https://www.minrel.gov.cl/minrel_old/site/artic/20121010/asocfile/20121010171859/ccamlr_symposium.pdf).

30 La lista completa de medidas y resoluciones de conservación se encuentra *disponible en:* <https://www.ccamlr.org/en/conservation-and-management/browse-conservation-measures>.

la prevención, disuasión y eliminación de la pesca INDNR,<sup>31</sup> las normas de las artes de pesca,<sup>32</sup> las obligaciones de concesión de licencias e inspección de las embarcaciones PC,<sup>33</sup> los requisitos de inspección en puerto<sup>34</sup> y el uso de sistemas de seguimiento de embarcaciones (VMS).<sup>35</sup>

En lo que respecta a la pesca INDNR, la CCRVMA ha adoptado importantes medidas de conservación, entre ellas el establecimiento de listas de embarcaciones INDNR de PC y de Partes No Contratantes (PNC)<sup>36</sup> y la imposición de normas dirigidas a las actividades de los nacionales de una PC (o de personas físicas o jurídicas sujetas a su jurisdicción) que apoyan la pesca INDNR, tanto en el mar como en tierra.<sup>37</sup> Además, para fomentar la colaboración regional contra la pesca INDNR, la CCRVMA tiene acuerdos formales con tres OROP adyacentes, a saber, la SPRFMO,<sup>38</sup> la SEAFO<sup>39</sup> y el SIOFA.<sup>40</sup> Sin embargo, aunque la CCRVMA comparte las listas de embarcaciones de pesca INDNR con estas OROP, todavía no realiza una lista de inclusión cruzada de las embarcaciones (por ejemplo, aplicando la presunción de que las embarcaciones de pesca INDNR incluidas en las listas de estas OROP también realizan actividades de pesca INDNR en la zona de la Convención de la CCRVMA) incluidas en las listas de las otras OROP.

Para garantizar que las embarcaciones pesqueras cumplen las Medidas de Conservación, la CCRVMA estableció en 1989 un “Sistema de Inspección” para las embarcaciones PC.<sup>41</sup> Este sistema prevé el nombramiento de “inspectores designados” que actúan en el mar y en los puertos, exige a las PC que persigan e impongan sanciones a las embarcaciones con pabellón que infrinjan las Medidas de Conservación, que informen sobre la imposición (o la no imposición) de sanciones por las infracciones y que impongan sanciones lo suficientemente elevadas como para fomentar la disuasión y privar a los infractores de cualquier beneficio económico derivado de sus infracciones. La Medida de Conservación para las inspecciones en puerto obliga a inspeccionar todas las embarcaciones pesqueras que transporten especies de merluza negra y el cincuenta por ciento de todos los buques pesqueros que transporten otras especies antárticas capturadas dentro del Área

31 Véase la Resolución 32/XXIX, Prevención, disuasión y eliminación de la pesca INDNR en la zona de la Convención, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/resolution-32/xxix-2010>.

32 Véase la medida de conservación 10-01 (2014), Marcado de buques y artes de pesca, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/measure-10-01-2014>.

33 Véase la Medida de Conservación 10-02 (2016), Obligaciones de las Partes Contratantes en materia de licencias e inspección de los buques de su pabellón que operan en la zona del Convenio, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/measure-10-02-2016>.

34 Véase la Medida de Conservación 10-03 (2019), Inspecciones en puerto de los buques pesqueros que transportan recursos vivos marinos antárticos, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/measure-10-03-2019>.

35 Véase la Medida de Conservación 10-04 (2018), Sistemas automatizados de seguimiento de embarcaciones (VMS) por satélite, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/measure-10-04-2018>. El Convenio implementa el VMS con el fin de controlar la ubicación y las actividades de los buques pesqueros. En particular, el VMS se utiliza para controlar la entrada y salida de los buques pesqueros de la zona del Convenio, para controlar el movimiento entre subzonas y divisiones dentro de la zona del Convenio, para las actividades de vigilancia de las PC dentro de la zona de conservación, y para verificar la información que es proporcionada por un buque a través del Sistema de Documentación de Capturas.

36 Véase la lista de embarcaciones de la CCRVMA de las Partes Contratantes INDNR, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/compliance/contracting-party-iuu-vessel-list> y su correspondiente Medida de Conservación 10-6 (2016), Régimen para promover el cumplimiento de las medidas de conservación de la CCRVMA por parte de las embarcaciones de las Partes Contratantes, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/measure-10-06-2016>; Véase la lista de embarcaciones de la CCRVMA de las Partes No Contratantes INDNR, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/compliance/iuu-vessel-lists> y su correspondiente Medida de Conservación 10-07 (2016), Régimen para promover el cumplimiento de las medidas de conservación de la CCRVMA por parte de las embarcaciones de las Partes No Contratantes, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/measure-10-07-2016>.

37 Véase la medida de conservación de la CCRVMA 10-08 (2017), Régimen para promover el cumplimiento de las medidas de conservación de la CCRVMA por parte de los nacionales de las Partes Contratantes, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/measure-10-08-2017>.

38 South Pacific Regional Fisheries Management Organization (SPRFMO), IUU Vessel List, *disponible en*: <http://www.sprfmo.int/measures/iuu-lists/>.

39 SPRFMO, lista INDNR *disponible en*: <http://www.seafo.org/Management/IUU>.

40 Southern Indian Ocean Fisheries Agreement (SIOFA), IUU Vessel List, *disponible en*: <http://www.apsoi.org/mcs/iuu-vessels>.

41 Véase <https://www.ccamlr.org/en/compliance/inspections>.

de la Convención (que no hayan sido desembarcadas o transbordadas previamente en un puerto).<sup>42</sup>

Cabe destacar que el Sistema de Inspección sólo se aplica a las embarcaciones de las PC. No obstante, a través de una Resolución de 2010, la CCRVMA insta a las PNC a “conceder permiso para el abordaje y la inspección por parte de los inspectores designados por la CCRVMA de las embarcaciones de su pabellón de los que se sospeche que realizan actividades de pesca INDNR en la zona de la Convención, o que se descubra que las realizan”.<sup>43</sup> La CCRVMA alienta además a las PNC a cooperar con sus medidas de conservación y a respetarlas:

- Solicitar que un Estado PC lleve a cabo una inspección portuaria de una embarcación PNC cuando haya sido avistado realizando actividades pesqueras en la zona del Convenio y, además, exigir al Estado PC del puerto que prohíba a la embarcación PNC desembarcar o transbordar sus capturas, a menos que la embarcación “demuestre que el pescado ha sido capturado de conformidad con todas las medidas de conservación pertinentes de la CCRVMA y los requisitos de este Convenio”.
- Imponer requisitos de información y plazos estrictos que rijan la notificación al Estado del pabellón de la embarcación PNC infractora en cuanto a las violaciones de las medidas de conservación de la CCRVMA y la solicitud de que el Estado del pabellón tome medidas contra la embarcación para evitar futuras violaciones;
- Disponer la inclusión de la embarcación infractora en la Lista de embarcaciones PNC-INDNR de la CCRVMA;
- Solicitar la cooperación del Estado del pabellón de la PNC para compartir pruebas e información sobre la embarcación infractora; e
- Imponer un amplio conjunto de restricciones (por ejemplo, aplicables a la concesión de licencias y al registro y al uso de los puertos por parte de las PC) - que deberán aplicar las PC - en relación con las embarcaciones incluidas en la Lista de embarcaciones PNC-INDNR.

### Gobernanza en alta mar en el Océano Atlántico Sudoccidental

Como se aprecia en la Ilustración 3 (mapa que representa a las OROP no atuneras), existe un gran vacío de gobernanza en la alta mar del Océano Atlántico Sudoccidental (“OAS”). Mientras que la gobernanza de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico de las pesquerías de atún y especies relacionadas con el atún incluye el OAS, no se ha establecido un organismo pesquero regional con competencia sobre otras especies marinas (no atún) en esta amplia zona, que linda con las ZEE de Brasil, Uruguay y Argentina.

El OAS se considera un punto caliente de biodiversidad y, en consecuencia, atrae a un gran número de embarcaciones pesqueras extranjeras que operan con impunidad, sobreexplotando especies no atuneras (por ejemplo, calamares) en este vacío normativo.<sup>44</sup> Una posible solución es establecer una OROP con un área de convención que cubra el OAS.

<sup>42</sup> Véase Medida de Conservación 10-03, Inspecciones en puerto de los buques pesqueros que transportan recursos marinos vivos del Antártico, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/measure-10-03-2019>.

<sup>43</sup> Véase Resolución 32/XXIX, Prevención, disuasión y eliminación de la pesca INDNR en la zona de la Convención, *disponible en*: <https://www.ccamlr.org/en/resolution-32/xxix-2010>.

<sup>44</sup> Véase Uruguay, Argentina y Brasil estudian una solución regional para la pesca INDNR, Maritime-Executive (2021), *disponible en*: <https://www.maritime-executive.com/editorials/uruguay-argentina-and-brazil-consider-regional-fix-for-iiu-fishing>.

Sin embargo, Brasil, Uruguay y Argentina no han llegado a un consenso sobre la conveniencia de crear dicha OROP y, en caso afirmativo, sobre la naturaleza exacta de la misma.

Un marco global, más que regional, para cerrar la brecha de gobernanza en el OAS también puede estar disponible en forma de un nuevo instrumento internacional jurídicamente vinculante (ILBI) bajo la CONVEMAR, sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas fuera de la jurisdicción nacional (BBNJ ILBI). Este instrumento se está negociando actualmente bajo los auspicios de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG ONU). Sobre la base de más de una década de debates previos y de acuerdo con el mandato otorgado por la AG en la resolución A/RES/72/249, el nuevo tratado se está negociando sobre la base de cuatro pilares principales:

- Los recursos genéticos marinos (RGM), incluidas las cuestiones relativas a la distribución de beneficios
- Instrumentos de gestión basados en áreas (ABMT), incluidas las áreas marinas protegidas (AMP)
- Evaluaciones de impacto ambiental (EIA)
- Creación de capacidad y transferencia de tecnología marina (CBTMT)

Aunque, en el momento de redactar este documento, la pesca se considera fuera del ámbito de la ILBI, una serie de herramientas de gestión con potencial para proteger la biodiversidad de alta mar forman parte del núcleo del nuevo instrumento. Por ejemplo, se espera que la ILBI establezca las normas para la creación de AMP en alta mar y para la elaboración de EIA para las actividades extractivas en alta mar (Parte III y IV en el proyecto de texto revisado del 18 de noviembre de 2019,<sup>45</sup> respectivamente).

## G. Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto o AMERP<sup>46</sup>

En virtud del derecho internacional consuetudinario, los Estados ejercen su soberanía dentro de sus puertos y aguas interiores.<sup>47</sup> La CONVEMAR también otorga una amplia autoridad portuaria a los Estados. En 2009, la FAO adoptó el Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto, que proporciona herramientas útiles para combatir la pesca INDNR.

El AMERP se esfuerza por acabar con la pesca INDNR y promover la conservación de los recursos y ecosistemas marinos, pidiendo a los Estados rectores de los puertos que apliquen medidas de ejecución específicas. El acuerdo, que entró en vigor en junio de 2016, ordena a los Estados portuarios que denieguen el acceso a sus puertos a las embarcaciones que practiquen la pesca INDNR y que inspeccionen, anualmente, un número mínimo de embarcaciones para comprobar el cumplimiento de la legislación pesquera. El acuerdo establece una serie de procedimientos de inspección obligatorios para ayudar a descubrir y disuadir la pesca INDNR. Las partes deben compartir los resultados de sus inspecciones e investigaciones con los Estados del pabellón y entre sí, con el fin de

<sup>45</sup> A/CONF.232/2020/3, Proyecto de texto revisado de un acuerdo en el marco de la CONVEMAR relativo a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, 18 de noviembre de 2019, disponible en <https://undocs.org/en/a/conf.232/2020/3>.

<sup>46</sup> FAO, Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto para Prevenir, Desalentar y Eliminar la pesca INDNR, en vigencia desde Jun 5. 2005, disponible en: <http://www.fao.org/3/i5469t/I5469T.pdf> (AMERP).

<sup>47</sup> Véase *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136 (1812), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/>.

difundir la concienciación y promover la colaboración entre los Estados.<sup>48</sup> Estos procedimientos y el intercambio de información pretenden garantizar que los Estados del puerto sean proactivos en la lucha contra la pesca INDNR y cooperen para acabar con esta práctica.

Lo ideal es que el AMERP y las OROP mantengan relaciones mutuamente simbióticas. En este sentido, el AMERP apoya el papel de las OROP al mejorar el cumplimiento general de las medidas de conservación de las OROP. Las OROP son, a su vez, esenciales para la aplicación regional efectiva del AMERP.

Uruguay, a Mayo de 2021, es el único país del Atlántico sudoccidental que es signatario del AMERP.<sup>49</sup> Aunque Argentina aún no ha ratificado el AMERP, debería considerar seriamente la posibilidad de dar este importante paso por muchas razones, entre ellas el hecho de que el AMERP promueve la cooperación efectiva y el intercambio de información entre los Estados del puerto, los Estados del pabellón y las OROP en la lucha contra la pesca INDNR. Dado que Chile, Ecuador y Perú ya son signatarios, la ratificación del AMERP por parte de Argentina, probablemente, abriría nuevos canales diplomáticos con estos Estados vecinos para hacer frente no sólo a la pesca INDNR de las embarcaciones que enarbolan el pabellón de esos Estados, sino también a la de las embarcaciones de naciones de fuera de la región, como China, que afectan a los recursos pesqueros de las cuatro naciones. La facultad de denegar el acceso a los puertos, en particular, ha sido empleada con éxito por las naciones signatarias del AMERP en África Oriental para luchar contra las embarcaciones de pesca INDNR extranjeras, que intentan desembarcar en una nación signataria las capturas que se han realizado ilegalmente en las aguas de otra nación signataria vecina.<sup>50</sup> El resultado es la creación de un cuello de botella regional que ayuda a evitar el desembarco de capturas ilegales y fomenta la lucha en la disuación de la pesca INDNR.

## H. Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo (CTMFM) del Río de la Plata (Argentina-Uruguay)

*El Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo* es un tratado de límites firmado por Argentina y Uruguay en noviembre de 1973.<sup>51</sup> El propósito de este tratado es no sólo fortalecer la relación entre ambos países, sino también establecer formas amistosas y efectivas de gestionar la pesca en el Río de la Plata -un río que se extiende a lo largo de la frontera de las dos naciones- y en un área marítima que se extiende desde 12 mn fuera de la desembocadura del río hasta 200 mn. El tratado establece zonas de jurisdicción exclusiva y común. En la zona marítima, el área de jurisdicción común se conoce como “Zona Común de pesca” (ZCP), que es un área en la que los buques de ambos países pueden operar.<sup>52</sup>

Un componente clave de este esquema ha sido un esfuerzo de colaboración en la zona marítima que se implementa a través de la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo (CTMFM). La CTMFM aprueba resoluciones relacionadas con la pesca, incluyendo aquellas (1) que establecen una

48 AMERP, *supra* nota 46, art. 15-16.

49 Esta zona ha sido etiquetada por la FAO como Zona Principal de Pesca 41. Más información en <http://www.fao.org/fishery/area/Area41/en>.

50 Véase, por ejemplo, Stop Illegal Fishing (2013). *SIF Case Study 07: Africa Unites and Illegal Fishing Industry Pays*, disponible en: <https://stopillegalfishing.com/publications/africa-unites/>.

51 El texto completo del tratado está disponible en la web oficial del CTMFM: <http://ctmfm.org/sitio/documentos-basicos/tratado-rio-de-la-plata-frente-maritimo/>.

52 El artículo 73, del referido tratado, estipula que las Partes acuerdan establecer una zona de pesca conjunta más allá de las doce millas náuticas medidas desde las líneas de base costeras correspondientes para los buques que enarbolan su pabellón y estén debidamente registrados.

lista de embarcaciones autorizadas a operar dentro de la ZCP,<sup>53</sup> (2) que regulan las artes de pesca,<sup>54</sup> (3) que crean una lista de especies protegidas dentro del ámbito del tratado,<sup>55</sup> y (4) que desarrollan un Plan de Acción Regional para la Conservación y Pesca Sostenible de Tiburones en el Área del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo.<sup>56</sup> La elaboración de una lista de embarcaciones autorizadas y el intercambio de información asociado a ellas (por ejemplo, licencias y artes de pesca autorizadas) es especialmente valioso para vigilar la pesca INDNR en la ZCP.

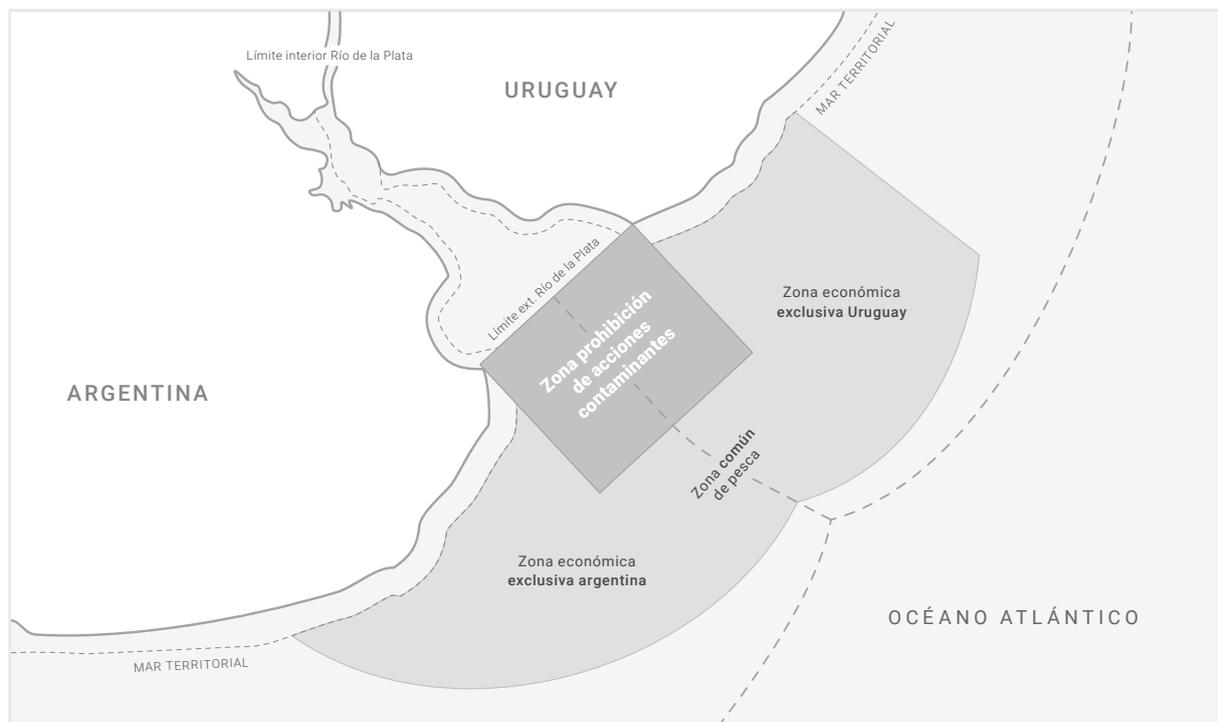


Ilustración 5: Área del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, imagen obtenida en <http://www.comisionriodelaplata.org/marcolegal.php>

## Alcance de la autoridad de acción según el derecho internacional

### A. Aplicación dentro del MT<sup>57</sup> (también conocido como “aguas territoriales”)

Dentro de su MT, Argentina tiene plena soberanía y puede hacer cumplir sus leyes en todo su grado, sujeto sólo al derecho de paso inocente. En cuanto a la autoridad de aplicación, ni la CONVEMAR ni ningún otro tratado internacional impiden a Argentina tomar las medidas que considere necesarias, siempre y cuando estas acciones no violen las normas internacionales consuetudinarias.

### B. El caso especial de las embarcaciones apátridas: El derecho de visita

Según la CONVEMAR, una embarcación se considera “apátrida” en dos casos. En primer lugar, una embarcación es apátrida cuando no enarbola el pabellón de un Estado específico para indicar que es una embarcación plenamente registrada bajo las leyes de ese Estado. En otras palabras, una

53 Al mes de enero de 2021, Argentina y Uruguay autorizaron, respectivamente, 516 y 53 embarcaciones pesqueras en la ZCP. La lista de las embarcaciones autorizadas puede consultarse en: <http://ctmfmm.org/buquesAutorizados/>.

54 Véase Resolución CTMFM N° 1/89, “Merluza, uso de redes cuyo copo tenga una luz de malla de 120 mm” y Resolución CTMF N° 11/00, “Norma estableciendo el uso del dispositivo para el escape de juveniles de peces en las redes de arrastre DEJUPA – Aplicación a la merluza”, disponibles en: <http://ctmfmm.org/resoluciones/artes-de-pesca/>.

55 Se han adoptado reglamentos especiales, relacionados con las temporadas de veda, para las especies de merluza. La lista de las especies está disponible en: <http://ctmfmm.org/listado-especies-interes/>.

56 Plan de acción regional para la conservación y pesca sustentable de los condricios del área del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, disponible en: <http://ctmfmm.org/upload/biblioteca/201807/par-condricios-153071123790.pdf>.

57 Mar Territorial.

embarcación que no está abanderada por un Estado concreto es apátrida. En segundo lugar, según el apartado 2 del artículo 92 de la CONVEMAR, una embarcación puede ser apátrida si emplea dos o más pabellones y, por conveniencia, alterna el pabellón que enarbola.

Las embarcaciones apátridas no gozan de las mismas protecciones del derecho internacional que las embarcaciones con pabellón adecuado. En alta mar, una embarcación apátrida está sujeta al derecho de visita del Estado costero. En virtud de este derecho, cualquier embarcación puede ser abordada, simplemente, porque existen motivos razonables para sospechar que es apátrida; no es necesario ningún otro delito sospechoso para justificar el abordaje de dicha embarcación.<sup>58</sup> En el momento del abordaje, un agente de la autoridad puede inspeccionar los papeles y la documentación de la embarcación, para evaluar si ésta es realmente apátrida. Si la embarcación es apátrida, es probable que el derecho interno controle si el registro, la detención, la incautación y el decomiso están justificados, porque la embarcación puede quedar bajo la jurisdicción del Estado que investiga la embarcación.<sup>59</sup>

### C. Restricciones al paso inocente en el MT

Dado que los Estados ribereños tienen soberanía sobre sus MT, gozan de una importante autonomía para regular la pesca y otras actividades, pero tienen prohibido imponer requisitos a las embarcaciones extranjeras que tengan el efecto de negar o perjudicar el derecho de paso inocente a través del MT.<sup>60</sup> Sin embargo, algunas actividades no se consideran paso inocente, como “cualquier actividad pesquera”.<sup>61</sup> Según la CONVEMAR, los Estados costeros tienen derecho a adoptar leyes y reglamentos relativos al paso inocente a través de sus mares territoriales por una serie de razones, como la conservación de los recursos vivos del mar y la prevención de la infracción de las leyes y reglamentos de pesca del Estado costero, entre otras cosas.<sup>62</sup>

En consecuencia, el derecho a regular las actividades pesqueras de los buques de pabellón extranjero dentro de los mares territoriales de Argentina es amplio, pero no ilimitado. De hecho, la CONVEMAR prohíbe a los Estados costeros adoptar reglamentos que se apliquen al “diseño, la construcción, la dotación o el equipamiento de las embarcaciones extranjeras, a menos que den efecto a reglas o normas internacionales generalmente aceptadas”.<sup>63</sup> Un ejemplo importante de una ley que regula las artes de pesca de las embarcaciones de pabellón extranjero, sin incumplir esta prohibición es el requisito de estibar las artes de pesca mientras se encuentren en las aguas nacionales de un Estado costero, incluido su mar territorial. En este sentido, el requisito de Argentina de que los artes de pesca estén estibados podría ser una ley que “se aplica... al equipo de los

58 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 110(1)(d).

59 *Id.*, en Art. 110(2); véase también: Deirdre M. Warner-Kramer & Krista Canty, *Stateless Fishing Vessels: The Current International Regime And A New Approach*, 5 *Ocean & Coastal L.J.* (2000) (citando el Restatement (Third) of Foreign Relations para la proposición de que “[a]unque la ‘apatridia’ no es per se repugnante para el derecho de las naciones, para proteger el régimen internacional de alta mar, los buques apátridas están generalmente sujetos a la jurisdicción de todas las naciones.”), *disponible en*: <https://digitalcommons.maine.edu/oclj/vol5/iss2/3>; R. R. Churchill y A. V. Lowe, *Law of the Sea*, 3ª ed. (Manchester University Press, 1999) (donde se señala que la apátrida per se no es necesariamente suficiente para ejercer la plena jurisdicción en alta mar, pero también se señala que, en tales casos, ningún Estado está en una posición clara para presentar una reconvencción).

60 El artículo 3 de la Ley N° 23.968, en esta materia, establece que: “En el mar territorial se reconoce el derecho de paso inocente a los buques de terceros Estados, siempre que se practique de acuerdo con las normas del derecho internacional y las leyes y reglamentos que la República Argentina dicte en su carácter de Estado ribereño.”

61 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 19(i).

62 *Id.*, en Art. 21(1)(d), (e).

63 *Id.*, en Art. 21(2).

buques extranjeros”,<sup>64</sup> pero también es una restricción que es común y puede ser una práctica generalmente aceptada. Por lo tanto, como se expone más adelante, aunque las normas de estiba de artes de pesca pueden entrar en tensión con las normas tradicionales, la CONVEMAR permite cierta flexibilidad cuando las normas internacionales evolucionan. Además, dentro de los estrechos, la estiba de artes de pesca está contemplada específicamente por la CONVEMAR, lo que sugiere que es un medio internacionalmente aceptable para regular la pesca. La CONVEMAR también se ha interpretado tradicionalmente como una forma de imponer algunas limitaciones a las regulaciones que afectan al “paso” por el MT. En este sentido, la CONVEMAR establece que “*el paso será continuo y expedito*”, pero también dispone que “*el paso incluye la parada y el fondeo*” siempre que sea incidental a la navegación ordinaria.<sup>65</sup>

#### D. Restricciones a la libertad de navegación en las ZEE

Aunque los Estados ribereños tienen derechos de soberanía sobre los recursos vivos y no vivos de sus ZEE, no tienen soberanía sobre estas zonas. En consecuencia, los Estados costeros tienen menos capacidad para restringir la navegación de las embarcaciones de pabellón extranjero en sus ZEE, porque los derechos de libertad de navegación son mucho más amplios que el derecho de paso inocente en el MT. No obstante, a medida que un mayor número de Estados costeros impone requisitos a las embarcaciones extranjeras que pasan por sus ZEE, dichos requisitos ganan más aceptación internacional. Por ejemplo, dada la prevalencia de la legislación de los Estados costeros que exige la estiba de artes de pesca en la ZEE, existe el argumento de que dichas leyes entran dentro del derecho internacional consuetudinario.<sup>66</sup>

#### E. Abordaje e inspección

##### 1. Dentro de la ZEE de Argentina

Dentro de su ZEE, Argentina tiene una amplia autoridad para abordar e inspeccionar embarcaciones sospechosas de pesca ilegal; sin embargo, el derecho internacional actúa para equilibrar esta amplia autoridad con el interés de la jurisdicción del Estado del pabellón. Como resultado, es probable que el derecho internacional deba interpretarse como un reflejo del énfasis en la razonabilidad, en contraposición a la discreción totalmente ilimitada del Estado costero para hacer cumplir la ley de pesca en las ZEE. En otras palabras, el derecho internacional no aprueba una aplicación arbitraria y caprichosa. En general, el abordaje y la inspección de embarcaciones dentro de la ZEE de Argentina pueden llevarse a cabo “*según sea necesario para garantizar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos adoptados... de conformidad con la [CONVEMAR]*”.<sup>67</sup>

¿Qué embarcaciones pueden ser abordadas?

**Embarcaciones apátridas:** Como se ha descrito, anteriormente, las embarcaciones apátridas

64 El PAN INDNR de Argentina establece, en su punto N° V: “Por otra parte, de acuerdo con la Ley de Pesca, el responsable de un buque pesquero que no corresponda a la matrícula nacional, que se disponga a navegar en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina (...) durante su permanencia en dichos espacios marítimos deberán mantener arrumados sus aparejos y artes y útiles de pesca.” También, el Decreto N°748-99, en su Art. 32, señala: “El responsable de todo buque pesquero de pabellón extranjero que se disponga a ingresar en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina o en aguas en las que la REPUBLICA ARGENTINA tenga derechos de soberanía sobre los recursos vivos marinos, sin contar con permiso o autorización de pesca expedidos por la Autoridad de Aplicación, deberá previamente informar a la SUBSECRETARIA DE PESCA de la SECRETARIA DE AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y ALIMENTACION del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, su presencia y declarar la captura y los productos pesqueros que se encuentren a bordo. Durante su permanencia en esas aguas mantendrán arrumados sus aparejos y artes de pesca.”

65 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 18(2).

66 Véase Burke, W.T. Fisheries Regulations Under Extended Jurisdiction and International Law, FAO Fisheries Technical Paper N° 223, 13 (1992) (“Los requisitos de estiba son una disposición común en la legislación nacional que trata del mar territorial”).

67 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 73(1).

pueden estar sujetas a la jurisdicción de cualquier Estado. Como tal, Argentina puede abordar e inspeccionar cualquier embarcación apátrida que se encuentre en la ZEE de Argentina, de acuerdo con todo el alcance de la legislación nacional de Argentina.

*Embarcaciones de pabellón extranjero con licencia:* Existe una presunción general de que las embarcaciones de pabellón extranjero con licencia para pescar en la ZEE de Argentina pueden ser abordadas e inspeccionadas en cualquier momento para garantizar el cumplimiento de la legislación pesquera argentina, así como de los términos de cualquier licencia de pesca pertinente. En virtud del derecho internacional, la embarcación ha concedido el derecho de Argentina a abordar e inspeccionar la embarcación, en virtud de la obtención de una licencia de pesca.<sup>68</sup> Sin embargo, cualquier licencia que indique lo contrario anula esta norma.

*Embarcaciones de pabellón extranjero sin licencia:* El derecho internacional que regula el abordaje y la inspección de embarcaciones de pabellón extranjero que no operan con licencia de pesca es algo menos definido, aunque existen algunas normas claras. Por ejemplo, en caso de que se sospeche o se observe una infracción de la legislación pesquera argentina, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden abordar e inspeccionar una embarcación de pabellón extranjero.<sup>69</sup> Sin embargo, cuando la embarcación en cuestión es, de hecho, una embarcación pesquera sin licencia, algunos comentaristas han observado que la CONVEMAR no autoriza claramente el abordaje y la inspección de esa embarcación, cuando simplemente está ejerciendo su derecho a la libertad de navegación y no se sospecha (o no se ha observado) que esté pescando ilegalmente.<sup>70</sup> Sin embargo, el mejor argumento es que, dada la amplia redacción relativa a los derechos de ejecución del Estado ribereño empleada por el artículo 73 (“Ejecución de las leyes y reglamentos del Estado ribereño [en la ZEE]”) (que se examina más adelante) de la CONVEMAR, Argentina está facultada para abordar e inspeccionar cualquier embarcación pesquera que se encuentre en su ZEE simplemente debido a la finalidad habitual de la embarcación en cuestión.<sup>71</sup>

¿Cuál es el alcance permitido de la inspección?

La CONVEMAR no aclara el alcance de la inspección permitida una vez que se ha abordado legalmente una embarcación por sospechas de infracción de las leyes de pesca dentro de la ZEE. Sin embargo, el artículo 73 da a entender, al menos, que dicha facultad puede ser amplia siempre que la inspección se lleve a cabo teniendo en cuenta los derechos del Estado del pabellón. El artículo 73 establece que la inspección puede llevarse a cabo “en la medida necesaria para garantizar el cumplimiento”.<sup>72</sup> Este lenguaje sugiere que si Argentina está inspeccionando una embarcación con el fin de hacer cumplir sus leyes de pesca, entonces una inspección puede convertirse en un registro completo de la embarcación, su equipo y cualquier pescado o producto de la pesca. Si en algún momento una inspección se convierte en un registro completo –es decir, que supera la mera revisión de la documentación– puede estar sujeta a ciertos umbrales probatorios y normas legales, tal y como se definen en la legislación argentina.

## 2. En alta mar y en una zona de la Convención de las OROP

Las reglas de abordaje e inspección difieren en alta mar, dependiendo de si la zona está dentro o fuera de un área de convención de una OROP. En alta mar, en general, rige el Artículo 110 (“Derecho

68 Palma-Robles, M. (2016). Fisheries enforcement and the concepts of compliance and monitoring, control and surveillance. In R. M. Warner and S. B. Kaye (Eds.), *Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement* (pp. 139-160). Abingdon: Routledge.

69 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 73.

70 Palma-Robles, *supra* nota 68, en 144.

71 *Id.*

72 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 73.

*de visita [en alta mar]*”) de CONVEMAR. Este artículo establece que las embarcaciones de control debidamente autorizadas e identificadas pueden acercarse, subir a bordo e inspeccionar las embarcaciones de pabellón extranjero<sup>73</sup> sólo en circunstancias limitadas, y la pesca ilegal no es una de ellas.<sup>74</sup> Sin embargo, existen dos advertencias importantes. En primer lugar, si la embarcación es objeto de una persecución en caliente, podrá ser abordado e inspeccionado al término de la misma, incluso en alta mar, siempre que la persecución en caliente haya sido legal. En segundo lugar, el abordaje y la inspección pueden producirse si se acuerda en el marco del Acuerdo de Nueva York o de una norma o medida de conservación de la OROP.<sup>75</sup> Por ejemplo, tal y como se ha comentado en la sección H (“Visión general de los tratados internacionales relacionados con la pesca”), la CCR-VMA cuenta con un sistema de inspección que se aplica a todas las PC de la CCRVMA. El abordaje y la inspección en el marco del Acuerdo de Nueva York, en conjunción con una norma o medida de conservación de las OROP, se analizan con mayor detalle más adelante en la sección sobre la posibilidad de realizar detenciones en alta mar.

## F. Arresto y detención<sup>76</sup>

### 1. Arresto dentro del MT

Argentina tiene una amplia autoridad de ejecución dentro de su MT, incluyendo el derecho de arresto, siempre y cuando el arresto no interfiera con el derecho de paso inocente. El artículo 25 de la CONVEMAR (“Derechos de protección del Estado ribereño [en el mar territorial]”) establece que un “Estado ribereño podrá tomar las medidas necesarias en su mar territorial para impedir el paso no inocente”.<sup>77</sup> El artículo 27 (“Jurisdicción penal a bordo de una embarcación extranjera [en el mar territorial]”) otorga a un Estado ribereño jurisdicción penal sobre las embarcaciones extranjeras en su MT, cuando las consecuencias del delito se extienden al Estado ribereño, el delito perturba la paz del Estado ribereño, el buen orden de la MT, o las medidas son necesarias para reprimir el tráfico de drogas.<sup>78</sup> En el caso de las infracciones pesqueras, dado que la pesca dentro del MT no constituye un paso inocente y “perturba la paz del Estado ribereño o el buen orden del mar territorial”, Argentina puede hacer valer su jurisdicción civil o penal sobre las embarcaciones de pabellón extranjero, incluidas las detenciones.

### 2. Arresto dentro de la ZEE de Argentina

El artículo 73 de la CONVEMAR establece que un Estado ribereño puede efectuar las detenciones que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes adoptadas de conformidad con la CONVEMAR. El hecho de que un arresto sea un ejercicio legal de la autoridad de ejecución de Argentina depende de tres factores. En primer lugar, la legislación que Argentina aplica debe ser conforme a la CONVEMAR. En segundo lugar, la detención debe ejecutarse de manera que se ajuste a la legislación nacional de Argentina y a cualquier consideración jurídica internacional consuetudinaria pertinente, como el derecho de los derechos humanos. En tercer lugar, la CONVEMAR li-

73 Como recordatorio de lo expuesto anteriormente, si la embarcación es apátrida, Argentina puede abordar e inspeccionar la embarcación en alta mar de acuerdo con todo el alcance de la legislación nacional de Argentina.

74 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 110.

75 El Acuerdo de Nueva York establece que los Estados Parte de cualquier OROP que gestione poblaciones de peces altamente migratorios o transzonales pueden abordar e inspeccionar las embarcaciones que pesquen dentro de la zona geográfica de la OROP, siempre que la embarcación esté abanderada por un Estado Parte del Acuerdo de Nueva York, incluso si ese Estado del pabellón no es miembro de la OROP. Véase el Acuerdo de Nueva York, *supra* nota 8, en el Art. 21(1).

76 El Decreto N° 748/99, Reglamenta la Ley N° 24.922, Ley Federal de Pesca, señala en su Art. 33 que “La Autoridad de Aplicación, a través de los organismos competentes, quedará facultada para realizar la inspección y verificar la carga declarada, así como para disponer su traslado a puerto en caso de constatar la comisión de una presunta infracción a las leyes y reglamentos de la República Argentina.” *Disponible en:* <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/arg65299.pdf>.

77 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 25(1).

78 *Id.*, en Art. 27(1)(a)-(b).

mita la realización de dicho arresto al disponer que “*las embarcaciones arrestadas y sus tripulaciones serán liberadas sin demora tras el pago de una fianza razonable u otra garantía*”.<sup>79</sup>

#### Alcance permisible de la legislación pesquera en la ZEE

La CONVEMAR otorga a los Estados ribereños derechos de soberanía sobre los recursos marinos vivos de la ZEE, lo que les otorga una amplia discrecionalidad para regular la conservación y gestión de sus pesquerías. Sin embargo, esta discrecionalidad no es ilimitada. El interés de un Estado ribereño en la conservación y gestión de sus pesquerías debe equilibrarse a menudo con el derecho del Estado del pabellón a la libertad de navegación.<sup>80</sup> En determinadas circunstancias, la legislación pesquera puede considerarse un obstáculo para la libertad de navegación de otro Estado.

Tales circunstancias pueden darse cuando la legislación pesquera de un Estado ribereño exige a las embarcaciones que estiben sus artes de pesca de determinadas maneras, que notifiquen a los Estados ribereños su intención de transitar por una ZEE, que eviten importantes zonas de desove o de cría o que cumplan cualquier otra norma que pretenda reforzar la legislación pesquera regulando actividades auxiliares a la propia pesca, como el repostaje.<sup>81</sup> Algunos estudiosos han sugerido que exigir a una embarcación que notifique a un Estado costero antes de transitar por una ZEE infringe la libertad de navegación. Del mismo modo, se podría argumentar que exigir el tránsito de una determinada manera, como tener los aparejos estibados de una forma concreta, impide el derecho a la libertad de navegación.

En contra de estas afirmaciones (que abogan por una autoridad más limitada del Estado costero) está el hecho de que la CONVEMAR permite cierta flexibilidad a medida que evolucionan las normas internacionales, permitiendo el establecimiento de un derecho internacional consuetudinario. En cuanto a las leyes que exigen la estiba de los aparejos, muchos Estados costeros exigen la estiba adecuada de los aparejos de pesca cuando no se utilizan. El hecho de que este tipo de legislación sea cada vez más común (por ejemplo, en Australia, Chile y Palau) refleja el entendimiento internacional de que los requisitos de estiba de artes no interfieren con los intereses de los Estados del pabellón, en materia de libertad de navegación.<sup>82</sup>

Un número cada vez mayor de Estados costeros exige también que los buques pesqueros les notifiquen (por ejemplo, con 24 horas de antelación) cuándo tienen previsto entrar en la ZEE del Estado costero y que faciliten una descripción de las capturas a bordo de la embarcación.

Argentina deja muy claro este requisito a través del artículo 32 del Decreto N°748/99, que reglamenta la Ley N° 24.922, al establece que “*El [responsable] de todo buque pesquero de pabellón extranjero que se disponga a ingresar en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina o en aguas donde la REPÚBLICA ARGENTINA tenga derechos de soberanía sobre los recursos vivos marinos, sin contar con permiso o autorización de pesca expedidos por la Autoridad de Aplicación, deberá previamente informar a la SUBSECRETARIA DE PESCA de la SECRETARIA DE AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y ALIMENTACION del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, su presencia y declarar las capturas y los productos pesqueros que se encuentren a bordo*”.

Otro ejemplo es el caso de Nueva Zelanda, que impone los siguientes requisitos a los buques

79 *Id.*, en Art.73(2).

80 *Id.*, en Art. 58(1).

81 Véase Churchill, R.R. Fishing Boats, found in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (April 2008), *disponible en*: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1165?rskkey=G8D5wL&result=2&prd=EPIL>.

82 Véase Burke, W.T., 1982 Fisheries regulations under extended jurisdiction and international law. FAO Fish.Tech.Pap., (223):23 p. (donde se enumeran Australia, Nueva Zelanda, Seychelles, Sierra Leona, Islas Salomón, España, Canadá, Gambia, Maldivas y el Reino Unido entre los Estados con requisitos de estiba de artes en la ZEE), *disponible en*: <http://www.fao.org/docrep/003/T0504E/T0504E02.htm#CHIIC>.

extranjeros que entran en su ZEE.<sup>83</sup>

Las embarcaciones pesqueras extranjeras que llegan de alta mar están obligadas a realizar las siguientes notificaciones al Centro de Comunicación Pesquera de Nueva Zelanda (FCC):

- Notificación con 24 horas de antelación de la intención de entrar/salir de la zona económica exclusiva de Nueva Zelanda, notificando: el nombre y el indicativo de llamada internacional de la embarcación; posición de la entrada/salida prevista; las especies, la cantidad y el estado de las capturas a bordo o la confirmación de que NO hay productos pesqueros a bordo de la embarcación; acción prevista
- Zona de entrada y salida - Zona Económica Exclusiva de Nueva Zelanda (NZ EEZ); tipo de informe (ZENT para la entrada y ZEXT para la salida); fecha y hora (UTC); nombre e indicativo de llamada internacional de la embarcación, posición de entrada/salida posición de entrada/salida como: ZENT (o ZEXT) / ddmmyy / HORA / NOMBRE / SIGNO DE LLAMADA / LA1111 / LO 1111
- Mientras se encuentre en la zona económica exclusiva de Nueva Zelanda y esté en navegación: notificación de las posiciones diarias del mediodía

El tema de la notificación también surgió en un caso presentado ante el TIDM<sup>84</sup> en el caso *Monte Confurco*.<sup>85</sup> En ese asunto se discutía una reclamación de Francia, de que una embarcación pesquera con bandera de las Seychelles había estado pescando ilegalmente en la ZEE de las Islas Kerguelen, en los Territorios Australes y Antárticos franceses. Entre las leyes que Francia alegaba que se habían infringido se encontraba un requisito de notificación, que establecía en la parte pertinente:

*Nadie puede pescar y cazar animales marinos, ni dedicarse a la explotación de productos marinos, ya sea en tierra o desde embarcaciones, sin haber obtenido previamente una autorización. Toda embarcación que entre en la zona económica exclusiva de los Territorios Australes y Antárticos franceses estará obligado a notificar su presencia y a declarar el tonelaje de pescado que lleva a bordo al administrador principal del archipiélago más cercano.*<sup>[86]</sup>

El incumplimiento de esta disposición se castigaba con una multa de un millón de francos o con una pena de seis meses de prisión, o con ambas. Esta imposición de sanciones contrasta con los requisitos de notificación similares promulgados por otros Estados costeros, que sólo activan una presunción probatoria de que cualquier pescado encontrado a bordo de la embarcación fue capturado en las aguas del Estado costero. Sin embargo, a pesar de la ausencia de una presunción específica en la ley, el tribunal local de las Islas Kerguelen consideró que debía presumirse que las capturas a bordo habían sido capturadas en la ZEE, justificando así una fianza de 56,4 millones de francos.

Aunque la sentencia del TIDM en el caso del *Monte Confurco* no abordó directamente la idoneidad del requisito de notificación con arreglo al derecho internacional, confirmó implícitamente la disposición, centrando el análisis, en cambio, en la razonabilidad de la fianza. A este respecto, el TIDM consideró que la presunción aplicada por el tribunal local fue superada por las pruebas pe-

83 Véase <https://www.legislation.gov.au/Details/F2017C00241>.

84 A continuación, se abordarán más detalles sobre el Tribunal Internacional Del Derecho del Mar (TIDM). Véase el complemento: Selección de la “corte o tribunal” para las disputas bajo la CONVEMAR.

85 Caso “Monte Confurco” (Seychelles contra Francia), Caso n° 6, Sentencia del 18 de diciembre de 2000, disponible en [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_6/published/C6-J-18\\_dec\\_20.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_6/published/C6-J-18_dec_20.pdf) [en adelante, Caso “Monte Confurco”].

86 *Id.*, en ¶ 44.

riciales presentadas por las Seychelles que demostraban que la totalidad de las capturas no podían tener su origen en la ZEE, lo que justificaba una reducción de la fianza. En consecuencia, aunque no se trate directamente de un caso concreto, éste apoya la capacidad de un Estado costero para imponer requisitos de notificación a las embarcaciones pesqueras extranjeras que entren en sus ZEE. El TIDM no cuestionó en ningún momento la idoneidad de la disposición de notificación (o la creación por parte del tribunal local de una presunción basada en dicha disposición), sino que la incorporó al cálculo de la decisión, aunque de forma indirecta.

La cuestión de un supuesto conflicto entre la libertad de navegación y los derechos de ejecución de los Estados costeros en sus aguas también se plantea en relación con el reabastecimiento de combustible y otras actividades de apoyo, pero auxiliares, a la pesca. Muchos Estados de la región tienen una legislación que interpreta ampliamente las “actividades pesqueras” y las “artes de pesca”. Por ejemplo, en los Estados Federados de Micronesia, la “pesca” incluye el reabastecimiento de combustible o el suministro a las embarcaciones de una manera que permita la pesca.<sup>87</sup> En las Islas Salomón, se interpreta que “artes de pesca” incluye equipos auxiliares como helicópteros y lanchas rápidas.<sup>88</sup> El AMERP apoya una definición amplia de las actividades relacionadas con la pesca. Define las actividades relacionadas con la pesca como “cualquier operación de apoyo o preparación para la pesca, incluidos el desembarco, el envasado, la transformación, el transbordo o el transporte de pescado... así como el aprovisionamiento de personal, combustible, artes y otros suministros en el mar”.<sup>89</sup>

En el caso del *M/V Saiga* (Nº 2) (San Vicente y las Granadinas contra Guinea), Guinea detuvo a una embarcación de reabastecimiento de combustible que, según su legislación, realizaba una operación “relacionada con la pesca”.<sup>90</sup> Aunque se enfrentó a la cuestión de si la regulación del repostaje dentro de la ZEE de Guinea infringía la libertad de navegación, el Tribunal declinó abordarla.<sup>91</sup> No obstante, la prevalencia de este tipo de leyes entre los Estados costeros apoya el argumento de que dicha regulación se ha convertido (o se está convirtiendo) en derecho internacional consuetudinario aceptable. Observamos, sin embargo, que las leyes de pesca argentinas revisadas en la preparación de este capítulo no incluían una definición de “pesca” o actividades relacionadas. Por lo tanto, Argentina debería considerar la posibilidad de añadir tales definiciones en cualquier enmienda futura de sus leyes de pesca, con el fin de fortalecer su argumento de aplicación contra la confianza de una embarcación extranjera en su libertad de navegación, con respecto a las actividades que apoyan la actividad de pesca ilegal en la ZEE de Argentina.

### Derechos Humanos

Además de cumplir con el procedimiento de pronta liberación que se describe a continuación, Argentina tiene la obligación de garantizar que cualquier arresto o detención del capitán, la tripulación o embarcación no infrinja el derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, el artículo 293(1) de la CONVEMAR 293(1) (“Derecho aplicable”) establece que “[una] corte o tribunal que sea competente en virtud de esta sección aplicará el presente Convenio y otras normas de derecho internacional que no sean incompatibles con el mismo.”

87 Véase *Federated States of Micronesia v. Skico Ltd.*, Civil Action No. 1995-1012 (Mar. 20, 1997).

88 Ley de Pesca de 1998, § 2 (Islas Salomón), *disponible en*: <http://www.parliament.gov.sb/files/legislation/Acts/1998/The%20Fisheries%20Act%201998.pdf>.

89 AMERP, *supra* nota 46, at Art. 1(d).

90 El Caso *M/V “Saiga”* (Nº 1) (St. Vincent v. Guinea), Caso Nº 1, Sentencia de Dec. 4, 1997, ¶ 64, *disponible en*: [http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/1997.12.04\\_Saint\\_Vincent\\_v\\_Guinea.pdf](http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/1997.12.04_Saint_Vincent_v_Guinea.pdf) [en adelante, El Caso *M/V “Saiga”* (Nº 1)].

91 El Caso *M/V “Saiga”* (Nº 2) (St. Vincent v. Guinea), Caso Nº 2, Sentencia de Julio 1, 1999, ¶¶ 123–127, 137–138, *disponible en*: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_2/published/C2-J-1\\_Jul\\_99.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/published/C2-J-1_Jul_99.pdf) [en adelante, El Caso *M/V “Saiga”* (Nº 2)].

### Selección de “corte o tribunal” para las controversias en el marco de la CONVEMAR

Si existe una controversia entre dos Estados en relación con la interpretación o aplicación de cualquier disposición de la CONVEMAR, los Estados deben intentar primero resolver la controversia por “medios pacíficos” de su elección (o mediante un acuerdo existente) o, en su defecto, mediante los procedimientos establecidos en los artículos 283 (“Obligación de intercambiar opiniones”) y 284 (“Conciliación”).<sup>92</sup> Sin embargo, cuando fracasen las conversaciones para llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes en la controversia podrá someterla unilateralmente al juzgado o tribunal competente.<sup>93</sup>

La “corte o tribunal” competente para conocer de una controversia depende, en parte, de si las partes en la controversia han elegido un procedimiento vinculante para resolverla.<sup>94</sup> En virtud del artículo 287 (“Elección del procedimiento”), un Estado puede elegir, mediante una declaración escrita, uno o varios de los cuatro procedimientos de solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación del Convenio.<sup>95</sup> Las opciones son La adjudicación ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ); la adjudicación ante el TIDM; el arbitraje según el Anexo VII de la CONVEMAR; o el arbitraje especial según el Anexo VIII de la CONVEMAR.<sup>96</sup> Un Estado puede indicar su elección de procedimiento al firmar, ratificar o adherirse a CONVEMAR, o en cualquier momento posterior.<sup>97</sup>

En un caso de “pronta liberación” (que se discute más adelante), las partes pueden someter la disputa la “corte o tribunal” acordado por las partes.<sup>98</sup> En ausencia de dicho acuerdo, transcurridos 10 días desde el momento de la detención, la controversia puede someterse a una “corte o tribunal” aceptado por el Estado de detención en virtud del artículo 287 o al TIDM, a menos que las partes acuerden otra cosa.<sup>99</sup> Cabe destacar que sólo el Estado del pabellón del buque detenido puede presentar una solicitud de liberación del buque (por ejemplo, ante el TIDM).<sup>100</sup>

Varios casos de derecho internacional han establecido la conexión entre el procedimiento de pronta liberación, la ejecución por parte de los Estados ribereños del arresto y la detención en espera y durante los procedimientos de pronta liberación, y las normas básicas de derechos humanos, aunque la mayoría de los casos no han tratado, específicamente, de supuestas violaciones de

92 Véase CONVEMAR, supra nota 4, Art. 279-284.

93 Id., en Art. 286.

94 Id., en Art. 286-287.

95 Id., en Art. 287. Argentina emitió su declaración el 18 de octubre de 1995, la depositó el 1 de diciembre de 1995 y la modificó el 26 de octubre de 2012. Véase [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/convention\\_declarations.htm#Argentina%20after%20ratification](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Argentina%20after%20ratification).

96 Véase CONVEMAR, supra nota 4, Art. 287.

97 El artículo 2, letra f) de la Ley N° 24.543 establece que “el gobierno argentino declara que acepta en orden de prelación preferencial los siguientes métodos de solución de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención: a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar; b) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VIII para cuestiones relativas a la pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación, de acuerdo con el artículo I del Anexo VIII. Asimismo, el gobierno argentino declara que no acepta los procedimientos previstos en la parte XV, sección 2 con respecto a las controversias especificadas en los párrafos I (a), (b) y (c) del artículo 298”, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28913/norma.htm>

98 Véase CONVEMAR, supra nota 4., Art. 292 (“La cuestión de la liberación de la detención podrá ser sometida a cualquier juzgado o tribunal acordado por las partes”).

99 Según lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 24.543, el caso de “pronta liberación” iría ante el TIDM como primera opción.

100 Para aclarar más este punto, para iniciar una solicitud de pronta liberación en virtud del artículo 292, el Estado del pabellón debe presentarla o el Estado del pabellón debe designar al capitán de la embarcación, al propietario de la embarcación, a una asociación naviera o a alguna otra entidad para que presente una solicitud al Tribunal.

los derechos humanos.<sup>101</sup> Sin embargo, el TIDM, en el arbitraje del *Arctic Sunrise*, permitió la consideración de las normas de derechos humanos para determinar “si la acción de aplicación de la ley, como el abordaje, la incautación y la detención del [buque de pabellón holandés] *Arctic Sunrise* y la detención de las personas a bordo era razonable y proporcionada”.<sup>102</sup> Como el TIDM resolvió el caso por otros motivos, no determinó si el abordaje, la inspección y la detención fueron razonables y proporcionales.<sup>103</sup> Así pues, a pesar de la cantidad de casos que hacen referencia a la normativa de derechos humanos, no existe ninguna orientación jurídica internacional sobre cómo pueden aplicarse esas normas a las detenciones efectuadas en la ZEE de un Estado.

Un caso ocurrido en Australia es potencialmente instructivo para identificar las condiciones que pueden infringir las normas de derechos humanos. En ese caso, unos pescadores indonesios que habían sido sorprendidos pescando ilegalmente fueron retenidos en su embarcación, en un puerto australiano mientras esperaban el pago de una fianza o los procedimientos de repatriación.<sup>104</sup> El tribunal consideró que las condiciones a bordo de la embarcación eran inhumanas, porque los pescadores no estaban protegidos de las inclemencias del tiempo, no se les ofrecía ropa de abrigo o mantas suficientes y no se les proporcionaban medios adecuados para garantizar la higiene, entre otras cosas.<sup>105</sup>

Sobre la base de estas pruebas, el tribunal consideró que las acciones de las autoridades australianas eran “*incompatibles o contrarias a los derechos humanos de los pescadores indonesios detenidos en los buques del puerto de Darwin, según lo dispuesto en el artículo 10(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]*”.<sup>106</sup> La disposición del PIDCP a la que se hace referencia establece que “*toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*”<sup>107</sup>

#### Pronta notificación, pronta liberación y fianza razonable

El artículo 73 de la CONVEMAR establece que, tras la detención de un capitán, una tripulación o una embarcación, el Estado ribereño tiene la obligación de “notificar sin demora” al Estado del pabellón y de liberar sin demora a la embarcación y a su tripulación “previa constitución de una fianza razonable u otra garantía”.<sup>108</sup> El TIDM ha señalado que la “pronta liberación” requiere un tiempo suficiente para que el Estado del pabellón pueda iniciar una acción legal en el sistema ju-

101 Véase, por ejemplo Caso «Monte Confurco» (opinión separada de Nelson, V-P), *supra* nota 85 (identificando la “razonabilidad” como una limitación a la discrecionalidad del Estado ribereño); Caso “Juno Trader” (San Vicente c. Guinea-Bissau), Caso Nº 13, Sentencia del 18 de diciembre de 2004, 2004 ITLOS Rep. 17, 71, ¶ 5 (opinión separada de Treves, J.) [en adelante Caso “Juno Trader”] (señalando que las consideraciones de derechos humanos son relevantes en la consideración de la fijación de fianzas).

102 Arbitraje *ArcticSunrise* (Neth. v. Russ.), Caso Nº 2014-02, Laudo sobre el fondo (Perm. Ct. Arb. 2015) ¶ 197, *disponible en*: <https://pca-cpa.org/en/cases/21/>. En este asunto, el Reino de los Países Bajos inició un procedimiento arbitral contra la Federación de Rusia en virtud del Anexo VII de la CONVEMAR. La cuestión en el caso era el abordaje, la incautación y la detención de la embarcación *ArcticSunrise* en la ZEE de la Federación de Rusia y la detención de la tripulación por las autoridades rusas.

103 *Id.* en ¶ 333.

104 Véase el Informe de una investigación: Sr. ZachariasManongga, sección 6.3, *disponible en*: <https://www.humanrights.gov.au/publications/report-inquiry-mr-zacharias-manongga>.

105 *Id.*

106 *Id.*, sección 1. “El PIDCP es un tratado internacional de derechos humanos clave, que proporciona una serie de protecciones para los derechos civiles y políticos. El PIDCP, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se consideran la Carta Internacional de Derechos Humanos”.

PREGUNTAS FRECUENTES: EL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (ICCPR), *disponible en*: <https://www.aclu.org/other/faq-covenant-civil-political-rights-iccpr>.

107 Asamblea General de la ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 999, p. 171, *disponible en*: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html>.

108 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 73(2), (4).

dicial del Estado de detención o en el TIDM “de manera oportuna y eficiente”.<sup>109</sup> CONVEMAR no proporciona ninguna orientación adicional sobre lo que constituye la prontitud o la razonabilidad en este contexto, pero la jurisprudencia internacional es instructiva.

#### “Pronta liberación”

El TIDM interpreta que el deber de pronta liberación incluye “consideraciones elementales de humanidad y debido proceso legal.”<sup>110</sup> En el caso *Saiga*, el TIDM sostuvo que la liberación después de 80 días no podía considerarse pronta.<sup>111</sup> Sin embargo, el Tribunal también sostuvo que las circunstancias atenuantes –en ese caso, los daños a la embarcación– son un factor para determinar si la liberación ha sido pronta.<sup>112</sup>

#### Artículo 292 Procedimientos de pronta liberación

Si un Estado del pabellón cree que el Estado que lo detiene no ha cumplido con los requisitos de pronta liberación del Artículo 73, entonces el Estado del pabellón puede poner en marcha los “Procedimientos de pronta liberación” que se encuentran en el Artículo 292 de CONVEMAR (véase el complemento anterior). Como parte de estos procedimientos, la corte o tribunal puede determinar una fianza razonable u otra garantía financiera. Tras el pago de dicha fianza o garantía, el Estado de detención debe liberar sin demora la embarcación y/o su tripulación.<sup>113</sup> De acuerdo con la sentencia del caso *Comouco*, estos procedimientos no pueden ser utilizados para juzgar asuntos ajenos a los que se refieren específicamente a la pronta liberación y a la razonabilidad de la fianza, incluyendo si el Estado de detención notificó con prontitud al Estado del pabellón.<sup>114</sup>

Ante las solicitudes de pronta liberación ante el TIDM, los Estados retenedores han planteado una serie de argumentos en contra de la solicitud, con distinto éxito. En el caso *Comouco*, Francia argumentó contra la admisibilidad de la solicitud por tres motivos: (1) el momento de la solicitud; (2) problemas de *litispendencia*.<sup>115</sup> y (3) el requisito de agotar los recursos locales.<sup>116</sup> Otro motivo para argumentar en contra de la admisibilidad de la solicitud es que el tribunal nacional del Estado retenedor haya dictado una sentencia definitiva de confiscación de la embarcación. Estos motivos para argumentar en contra de la admisibilidad se analizan a continuación.

Retraso en la solicitud de pronta liberación: No es una objeción válida a la admisibilidad de la solicitud

Francia afirmó que Panamá había esperado más de tres meses después de la confiscación para presentar su solicitud de pronta liberación ante el TIDM, retraso que equivalía a una preclusión.<sup>117</sup> Panamá respondió que no existía un límite de tiempo para presentar una solicitud en virtud del

109 El caso “Juno Trader”, *supra* nota101, en ¶ 77.

110 *Id.*

111 El caso M/V “Saiga” (Nº 2), *supra* nota91, en ¶ 165.

112 *Id.* (“El Tribunal observa que el buque fue liberado el 28 de febrero de 1998. La liberación fue expresamente declarada en el Acta de Liberación como en ejecución de la Sentencia del 4 de diciembre de 1997. Una liberación del buque 80 días después del pago de la fianza no puede considerarse una liberación rápida”. El Tribunal continuó declarando que la presencia de circunstancias atenuantes obviaba la falta de pronta liberación del buque por parte del Estado costero).

113 CONVEMAR, *supra* nota4, en Art. 292(4).

114 Véase el caso «Comouco» (Panamá contra Francia) (pronta liberación), Caso nº 5, sentencia del 7 de febrero de 2000, ¶ 59, *disponible en*: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press\\_releases\\_english/press\\_release\\_35\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_english/press_release_35_en.pdf).

115 Aunque es conceptualmente similar a cosa juzgada, la *litispendencia* se aplica cuando los procedimientos paralelos están en curso. La cosa juzgada, por el contrario, se refiere a los efectos vinculantes y preclusivos de los procedimientos concluidos. Véase, por ejemplo, INT’L Law ASS’N, Report of the Seventy – First Conference Held in Berlin 1 (2004); INT’L Law ASS’N, Report of the Seventy – Second Conference Held in Toronto 1 (2006).

116 VéaseEl caso “Comouco”, *supra* nota114, ¶¶ 51-55.

117 *Id.* en ¶ 51.

artículo 292.<sup>118</sup> Panamá argumentó además que, en cualquier caso, no decidió presentar la solicitud hasta después de que el tribunal nacional confirmara una orden anterior (más de dos meses después) en la que se especificaba una fianza por valor de 20 millones de francos.<sup>119</sup> El TIDM decidió que los argumentos de Francia basados en el retraso carecían de fundamento y que el artículo 292 no exigía que el Estado del pabellón presentara una solicitud en un plazo determinado tras la detención de una embarcación y su tripulación.<sup>120</sup>

**Litispendencia:** No es una objeción válida a la admisibilidad de la solicitud

Francia también hizo referencia a la litispendencia en combinación con un argumento de agotamiento de los recursos internos.<sup>121</sup> Aunque el Tribunal no lo abordó expresamente, la doctrina de la litispendencia plantea la cuestión de si una solicitud de pronta liberación durante la pendencia de los procedimientos judiciales nacionales hace que el litigio sea inadmisibile ante el TIDM. Sin embargo, para que se aplique la doctrina de litispendencia debe haber identidad de partes, de reclamaciones y de objeto.<sup>122</sup> Por lo tanto, es probable que la doctrina no se aplique entre los procedimientos de pronta liberación del TIDM y los procesos judiciales nacionales porque las partes y los fundamentos de las reclamaciones no serán idénticos.<sup>123</sup>

**Falta de agotamiento de los recursos locales:** No es una objeción válida a la admisibilidad de la demanda.

Con respecto al agotamiento de los recursos locales, Francia argumentó (1) que los procesos judiciales internos estaban actualmente pendientes ante el tribunal de apelación local, y (2) que el propósito de los procesos judiciales internos era lograr precisamente el mismo resultado que el buscado por los procesos ante el TIDM. Cabe señalar que es una norma establecida del derecho internacional consuetudinario que una persona física o jurídica lesionada debe agotar los recursos en el Estado que cometió el hecho internacionalmente ilícito antes de que su Estado nacional pueda presentar una reclamación internacional en su nombre.<sup>124</sup> Sin embargo, este requisito no se aplica a los casos de pronta liberación del artículo 292. A este respecto, el artículo 292 prevé la posibilidad de un recurso provisional por vía rápida (pronta liberación) y no impide que los tribunales nacionales se pronuncien sobre el fondo subyacente del litigio y la posterior detención. En consecuencia, no sería lógico exigir al demandante que esperara una decisión definitiva sobre el fondo del asunto por parte de un tribunal nacional antes de solicitar la pronta liberación ante el TIDM. Siguiendo esta línea de razonamiento en el caso *Comouco*, el TIDM falló en contra de Francia, sosteniendo que el artículo 292 “permite la presentación de una solicitud en un plazo breve a partir de la fecha de la detención y normalmente no es el caso de que se puedan agotar los recursos locales en un plazo tan breve”.<sup>125</sup>

Los tribunales nacionales ya han tomado una decisión sobre el fondo: Una objeción válida a la admisibilidad de la solicitud.

Significativamente, el Estado de detención puede solicitar el decomiso de la embarcación en un

118 *Id.* en ¶ 52.

119 *Id.*

120 *Id.* en ¶ 54.

121 *Id.* en ¶ 55.

122 Cheng, B., 1987. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press.

123 Klein, N., 2005. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge University Press.

124 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res 56/83, UN GAOR, 56th sess, 85th plen mtg, Supp No 49, UN Doc A/RES/56/83 (28 de Enero de 2002, adoptada el 12 de Diciembre de 2001) anexo, Art. 44(b).

125 El caso “Comouco”, *supra* nota 114, en ¶¶ 57-58.

tribunal local de ese Estado. Cuando el procedimiento de decomiso local finaliza antes de que el TIDM dicte sentencia, la solicitud de pronta liberación se ha considerado “sin objeto”.<sup>126</sup> Este resultado parecería incentivar al Estado de retención a “apresurarse” ante el tribunal local y solicitar una rápida sentencia de decomiso.

En el caso *Tomimaru*, el Tribunal señaló este problema potencial, pero destacó la importancia del equilibrio entre el interés del Estado ribereño en garantizar el cumplimiento de sus leyes y el interés del Estado del pabellón en la pronta liberación de su embarcación y su tripulación.<sup>127</sup> Sobre este punto, el TIDM destacó además que “una sentencia en virtud del [A]rtículo 292... debe ser ‘sin perjuicio del fondo de cualquier caso’ ante el foro nacional apropiado contra la embarcación o su tripulación y que esto, también, es un factor para mantener el equilibrio”.<sup>128</sup> Sin embargo, el TIDM también observó que el litigio de confiscación nacional debe estar limitado por las normas nacionales e internacionales de equidad y debido proceso:

*El Tribunal opina que la confiscación de una embarcación pesquera no debe utilizarse de manera que altere el equilibrio de los intereses del Estado del pabellón y del Estado ribereño establecido en el Convenio.... Una decisión de confiscación elimina el carácter provisional de la inmovilización de la embarcación, haciendo que el procedimiento para su pronta liberación carezca de objeto. Dicha decisión no debe adoptarse de manera que impida al propietario de la embarcación recurrir a los recursos judiciales internos disponibles, o que impida al Estado del pabellón recurrir al procedimiento de pronta liberación establecido en el Convenio; tampoco debe adoptarse mediante procedimientos incompatibles con las normas internacionales sobre el debido proceso legal. En particular, una confiscación decidida con premura injustificada pondría en peligro la aplicación del artículo 292 del Convenio<sup>[129]</sup>.*

El TIDM sugirió además al demandante que “teniendo en cuenta el objetivo del [A]rtículo 292 del Convenio, corresponde al Estado del pabellón actuar de manera oportuna”, lo que implica que, si el demandante hubiera presentado antes la solicitud de pronta liberación –es decir, antes de la confirmación de la confiscación por el tribunal nacional– la decisión del TIDM habría sido diferente.<sup>130</sup>

#### “Fianza razonable”

Varios casos internacionales han considerado la cuestión de si una solicitud de fianza u otra garantía es razonable. Aunque no existe una regla clara, el TIDM ha identificado una serie de factores que considera relevantes, entre los que se incluyen el importe, la naturaleza y la forma de la fianza o la garantía financiera; la gravedad de los delitos; la naturaleza de las sanciones que puede imponer el Estado de detención; y el valor de la embarcación detenida y de la carga incautada.<sup>131</sup> Dado que no se otorga un peso específico a estos factores y que se consideran todas las circunstancias particulares del caso y los hechos presentados por las partes,<sup>132</sup> el TIDM tiene potencialmente una

126 En otras palabras, incluso si la confiscación tiene efectos legales bajo la ley del Estado de detención, e incluso si se ejecuta, la obligación de pronta liberación continúa mientras la sentencia está todavía bajo revisión por un tribunal interno. Véase el caso “Tomimaru” (Japón contra la Federación Rusa), caso n° 15, sentencia del 6 de agosto de 2007, en el apartado 81, disponible en: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_15/15\\_judgment\\_060807\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_15/15_judgment_060807_en.pdf).

127 *Id.* en ¶ 74.

128 *Id.*

129 *Id.* en ¶¶ 75 & 76.

130 *Id.* en ¶ 77.

131 Véase el caso “Comouco”, *supra* nota 114, ¶¶ 66–67.

132 El caso “Monte Confurco”, *supra* nota 85, en ¶ 76; El caso “Volga” (Russian Federation v. Australia), Caso N° 11, Sentencia de Dic. 23, 2002, ¶ 65; El caso “Juno Trader”, *supra* nota 101, en ¶ 85.

gran discreción sobre el asunto, pero su discreción está limitada por las exigencias de objetividad y equidad. En particular, el equilibrio de intereses entre el Estado de detención y los interesados en la liberación de la embarcación y la tripulación orienta la evaluación de si la garantía financiera propuesta es razonable.<sup>133</sup>

Dado que los tribunales llevan a cabo una investigación que depende de los hechos a la hora de determinar la razonabilidad de la fianza, discernir lo que podría ser irrazonable es un reto. Sin embargo, en al menos dos casos, el TIDM determinó que la solicitud de fianza de Francia no era razonable, tanto en la cantidad como en la forma. En el caso *Comouco*, Francia solicitó una fianza de 20 millones de francos, que superaba con creces tanto el valor de la embarcación como las sanciones máximas por los cargos presentados.<sup>134</sup> El TIDM redujo la fianza a 8 millones de francos.<sup>135</sup> Del mismo modo, en el caso *Monte Confurco*, el TIDM redujo el importe de la fianza solicitada por Francia de 56,4 millones a 18 millones de francos.<sup>136</sup> Es importante destacar que en este caso, así como en el caso *Saiga*, el tribunal consideró que el valor de la carga incautada podía constituir el pago parcial o total de la fianza, dependiendo del valor relativo de la carga a la fianza razonable.<sup>137</sup> Tanto en el caso *Comouco* como en el caso *Monte Confurco*, Francia solicitó que la fianza se pagara en efectivo, cheque certificado o giro bancario; sin embargo, el TIDM consideró que tales solicitudes no eran razonables y ordenó que la fianza se depositara en forma de garantía bancaria, condicionada al resultado de los procedimientos internos.<sup>138</sup>

### 3. Arresto en alta mar

Existen al menos dos escenarios probables para el arresto en alta mar. El primer escenario podría surgir tras una persecución en caliente. Si una embarcación de fiscalización aprehende en alta mar a una embarcación perseguida que, basándose en motivos razonables, se cree que ha realizado actividades de pesca ilegal dentro de su ZEE, Argentina puede arrestar a la embarcación y a la tripulación. Esta capacidad de arresto se aplica igualmente a una embarcación nodriza, si estaba operando en apoyo de una embarcación pesquera dedicada a la pesca ilegal. Como se ha comentado anteriormente, la detención de una embarcación de pabellón extranjero y de su tripulación por una presunta infracción en la ZEE de Argentina da lugar a una pronta notificación y a una pronta liberación, tras el pago de una fianza razonable en virtud del artículo 73 de la CONVEMAR. Si el Estado del pabellón considera que la liberación no ha sido rápida o que la fianza no es razonable, puede acogerse a los procedimientos de liberación rápida especificados en el artículo 292.

El segundo escenario aplica las disposiciones establecidas por el Acuerdo de Nueva York, que aborda la regulación de la alta mar desde dos ángulos. En primer lugar, el Acuerdo está diseñado para garantizar que los Estados del pabellón asuman la responsabilidad de las actividades pesqueras de sus embarcaciones en alta mar. En segundo lugar, el Acuerdo fomenta el desarrollo de las OROP e incentiva la pertenencia a estas organizaciones, otorgando a los miembros de las mismas mayores privilegios de ejecución que los autorizados por la CONVEMAR.

Estos mayores poderes de ejecución incluyen la capacidad de un Estado signatario del Acuerdo, que también es parte contratante de la OROP pertinente, de abordar e inspeccionar la embarcación de otro Estado signatario, aunque ese Estado no sea miembro de la OROP pertinente. La disposición pertinente, el artículo 21(1), del Acuerdo establece:

133 El caso “Monte Confurco”, *supra* nota85, en ¶ 72; véase también el caso “Juno Trader”, *supra* nota101, en ¶77 (el Tribunal entiende la exigencia de razonabilidad de una garantía financiera como una preocupación por la equidad).

134 El caso “Comouco”, *supra* nota 114, en ¶ 114.

135 *Id.* en ¶ 74.

136 El caso “Monte Confurco”, *supra* nota85, en ¶ 93.

137 *Id.*; El caso M/V Saiga (Nº 1), *supra* nota90, en ¶¶ 83-84.

138 El caso “Comouco”, *supra* nota114, en ¶ 74; El caso “Monte Confurco”, *supra* nota76, en ¶ 93.

*En cualquier zona de alta mar abarcada por una organización o arreglo subregional o regional de ordenación pesquera, un Estado Parte que sea miembro de esa organización o participante en ese arreglo podrá, por conducto de sus inspectores debidamente autorizados, abordar e inspeccionar, de conformidad con el párrafo 2, las embarcaciones pesqueras que enarbolan el pabellón de otro Estado Parte en el presente Acuerdo, sea o no ese Estado Parte también miembro de la organización o participante en el arreglo, con el fin de asegurar el cumplimiento de las medidas de conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios establecidas por esa organización o arreglo.*

El referido “párrafo 2” dispone, en su parte pertinente, que “los Estados establecerán, por conducto de organizaciones o arreglos subregionales o regionales de ordenación pesquera, procedimientos de visita e inspección de conformidad con el párrafo 1, así como procedimientos para aplicar otras disposiciones del presente artículo”. Además, según el artículo 21(8), un Estado de abanderamiento puede autorizar a un Estado inspector a tomar medidas de ejecución, y cuando un Estado de abanderamiento no responde o no toma medidas, el Estado inspector puede llevar a puerto a la embarcación.

Lamentablemente, aunque entendemos que algunas OROP han implementado regímenes de abordaje e inspección en alta mar en diversos grados, entendemos además que la Comisión de Pesca del Pacífico Central Occidental y Central (WCPFC) es la única que ha implementado tales medidas en toda la extensión permitida por el Acuerdo. En cualquier caso, como se ha comentado anteriormente, Argentina no ha ratificado el Acuerdo de Nueva York y, por tanto, no podría acogerse a ningún procedimiento mejorado de inspección en alta mar de las OROP, basado en dicho Acuerdo.

## **G. Incautación**

Con respecto a las embarcaciones, la incautación es un “arresto” tal como lo contempla la CONVEMAR. Sin embargo, un Estado ribereño puede querer incautar otras pruebas de una infracción, como equipos, carga y documentos, además de incautar una embarcación. Esta incautación está permitida en virtud del artículo 73 porque la capacidad de incautar pruebas, como una embarcación pesquera y los artículos utilizados en la comisión de un delito, es necesaria para el derecho del Estado ribereño a iniciar y llevar a cabo un procedimiento judicial.<sup>139</sup>

Aunque el derecho internacional no proporciona la norma probatoria que debe satisfacerse para permitir la incautación (de la embarcación o de las pruebas de pesca ilegal), como se ha comentado anteriormente con respecto a un arresto, la ley del Estado costero debe aplicarse a las incautaciones en el MT y la ZEE. Algunos tratados y otros instrumentos, como el Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO, también implican que las leyes del Estado costero son suficientes para determinar el criterio probatorio apropiado para la incautación, ya que animan a los Estados a desarrollar medidas eficaces de aplicación de la ley de acuerdo con sus propias leyes para reducir y prevenir la pesca INDNR.<sup>140</sup>

La cuestión de qué criterio probatorio se aplica también puede surgir en el contexto de los acuerdos de cooperación en materia de vigilancia marítima entre Estados costeros. Como se ha comentado anteriormente, el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, entre Uruguay y Argentina, establece zonas de jurisdicción exclusiva y una zona de pesca común más allá del “Frente Marítimo” de 12 mn. Sin embargo, si bien el tratado establece que las Partes ejercerán las funciones de control y vigilancia correspondientes” en sus respectivas zonas exclusivas, es silenciosa

139 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 73(1).

140 Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO, art. 7.7(3), (1995) disponible en: <http://www.fao.org/docrep/005/v9878e/v9878e00.HTM#77>.

sobre las cuestiones jurisdiccionales (por ejemplo, qué ley nacional rige en caso de infracción) en la zona de pesca común.<sup>141</sup>

## H. Decomiso

La legislación pesquera se basa cada vez más en el decomiso de pescado, equipos y embarcaciones como medida disuasoria de la pesca INDNR. El decomiso se considera una de las únicas formas de disuadir, adecuadamente, a los verdaderos infractores y autores de la pesca INDNR, como los propietarios de embarcaciones extranjeras, las empresas y las redes criminales implicadas en los delitos pesqueros internacionales. En última instancia, el derecho internacional no es claro en cuanto a la legalidad del decomiso, pero el peso de la evidencia sugiere que es un ejercicio legal de la autoridad de aplicación, aunque sólo en circunstancias estrictamente prescritas. Ciertamente, el decomiso debe ir precedido del debido proceso legal, y cuando es el resultado de la pesca ilegal en la ZEE de Argentina, debe ir precedido de la aplicación de los requisitos de notificación rápida y fianza razonable del Artículo 73, así como de cualquier procedimiento bajo los procedimientos de liberación rápida, si se activan.

Dentro del MT y la ZEE

El decomiso, y por tanto la destrucción de embarcación, es probablemente un ejercicio legal de la autoridad de un Estado costero dentro de su MT. Dado que la pesca dentro del MT no constituye un paso inocente y “perturba la paz del Estado costero o el buen orden del mar territorial”, Argentina puede hacer valer su jurisdicción civil o penal sobre las embarcaciones de pabellón extranjero, lo que podría dar lugar al decomiso.

La CONVEMAR no especifica si el decomiso es legal. El artículo 73, que faculta a los Estados ribereños a adoptar una serie de medidas de ejecución relacionadas con la conservación y gestión de los recursos vivos dentro de sus ZEE, no incluye el decomiso entre la lista de medidas de ejecución permitidas, pero tampoco excluye específicamente el decomiso como opción de ejecución.

La jurisprudencia internacional sobre la aplicación de la legislación pesquera tampoco se pronuncia claramente sobre la legalidad del decomiso. Sin embargo, una opinión separada en el caso *Tomimaru* (un asunto del TIDM, discutido anteriormente) apoya el argumento de que el decomiso es una medida de ejecución apropiada bajo el Artículo 73. En su opinión, el juez Jesus afirma que sólo las medidas explícitamente prohibidas en el artículo 73, como la prisión u otros castigos corporales, son ejercicios injustificables de la autoridad del Estado costero.<sup>142</sup> Sostiene que el lenguaje de la CONVEMAR podría haber incluido el decomiso como acto prohibido si las Partes así lo hubieran deseado. Por otra parte, el juez Laing, en una opinión separada en el caso *Grand Prince*, señala que la legalidad de la confiscación justifica una cuidadosa consideración y sugiere que los factores pesan a favor de encontrar la confiscación ilegal bajo el derecho internacional consuetudinario.<sup>143</sup> No obstante, cabe destacar que la opinión del juez Jesus, emitida aproximadamente siete años después de la opinión del juez Laing, reconoce expresamente el creciente problema de la pesca INDNR y señala que los Estados han estado “recurriendo a medidas duras” para aumentar la disuasión.<sup>144</sup> Por lo tanto, la opinión posterior del juez Jesus refleja mejor una tendencia creciente en el derecho internacional consuetudinario que reconoce la legitimidad del decomiso de las embarcaciones de

141 Véase Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, *supra* nota 51, Art. 76.

142 El caso “Tomimaru” (Japón contra la Federación Rusa), caso n° 15, voto particular del juez Jesus, 6 de agosto de 2007 (voto particular del juez Jesus), en ¶ 7 *disponible en*: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_15/15\\_judgment\\_060807\\_sep\\_op\\_Jesus\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_15/15_judgment_060807_sep_op_Jesus_en.pdf).

143 El caso “Grand Prince” (Belize v. France), Caso N° 8, voto particular del juez Laing, Abril 20, 2001, en ¶¶ 9-13, *disponible en*: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_8/published/C8-J-20\\_apr\\_01-SO\\_L.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_8/published/C8-J-20_apr_01-SO_L.pdf).

144 Voto particular del juez Jesus, *supra* nota 142, en ¶ 2.

pesca INDNR en las aguas de un Estado costero.

La interpretación del juez Jesus sobre la legalidad del decomiso también se aplicaría a cualquier cargamento incautado y confiscado durante una operación de control. La única consecuencia aparente de la confiscación por parte del Estado costero de la carga obtenida ilegalmente es que el valor de dicha carga puede constituir el pago, al menos parcial, de cualquier solicitud de fianza realizada por el Estado costero. Varios casos del TIDM documentan la confiscación de carga obtenida ilegalmente, incluyendo los casos *Saiga*, *Comouco* y *Monte Confurco*.<sup>145</sup>

En cambio, la CONVEMAR parece dejar claro que el decomiso de una embarcación de pabellón extranjero detenido en la ZEE de un Estado ribereño es ilegal cuando el Estado del pabellón responde a una pronta notificación y paga una fianza razonable, ya sea a petición de Argentina u ordenada con posterioridad al inicio de los procedimientos de pronta liberación. El artículo 73 trata de equilibrar cuidadosamente el interés del Estado costero en hacer cumplir su legislación pesquera con el interés del Estado del pabellón. Por lo tanto, el decomiso automático, sin oportunidad de impugnar la misma, puede contravenir el derecho internacional. En el caso del *Grand Prince*, el TIDM se enfrentó a la cuestión del decomiso automático, pero evitó abordarla al decidir que el TIDM carecía de jurisdicción debido al cambio de Estado del pabellón.<sup>146</sup> La legislación australiana contempla el decomiso automático tras la comisión de un delito de pesca dentro de su ZEE, pero también permite al propietario presentar una reclamación en un plazo de 30 días.<sup>147</sup>

La destrucción de embarcaciones mediante su detonación es un medio de confiscación cada vez más común. Por ejemplo, Indonesia ha utilizado explosivos para destruir más de 550 embarcaciones pesqueras, desde Octubre 2014 al 2020.<sup>148</sup> Debido a que la destrucción de una embarcación es, en última instancia, un decomiso, los Estados costeros deben asegurarse de seguir los procedimientos adecuados del debido proceso que conducen a la destrucción.

## I. Sanciones

Argentina contempla una serie de sanciones por conductas ilegales dentro de su MT y ZEE, pero actualmente se limitan a sanciones civiles – aunque el Régimen General de Pesca parece contemplar la capacidad de presentar cargos civiles y penales contra un infractor.<sup>149</sup> El hecho de que la imposición de multas, y cualquier establecimiento futuro de responsabilidad penal que incluya el posible encarcelamiento, sean ejercicios legales de la autoridad de Argentina, depende de la ubicación de la infracción.

En el MT de Argentina, los infractores pueden ser objeto de multas severas. Sin embargo, nada en la CONVEMAR restringe la naturaleza de las sanciones (incluida la prisión) impuestas por las infracciones cometidas en el MT, siempre que la ley infringida sea una ley que Argentina tenga la autoridad de promulgar.<sup>150</sup>

Para las infracciones pesqueras en la ZEE, Argentina se limita a imponer multas como sanción.

145 El caso M/V *Saiga* (Nº 1), *supra* nota90, en ¶ 30; el caso “*Comouco*”, *supra* nota114, en ¶ 69; el caso “*Monte Confurco*”, *supra* nota85, en ¶ 34.

146 El caso “*Grand Prince*”, *supra* nota143, en ¶ 93.

147 *Sahring v Commonwealth of Australia*, FCA 246, párrafo 34 (2014), *disponible en*: <https://jade.io/article/318893>.

148 Widadio, Nicky Aulia, Anadolu Agency, “Indonesia sinks 8 Malaysian vessels for illegal fishing”, véase: <https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/indonesia-sinks-8-malaysian-vessels-for-illegal-fishing/2181821>.

149 Véase Art.51-54, de Ley Nº 24.922 de Régimen General de Pesca; véase también la Ley Nº 25.470 (que modifica las disposiciones sancionadoras de la Ley 24.922). En octubre de 2020, entró en vigor la Ley Nº 27564. Esta nueva ley modifica y refuerza las sanciones contenidas en la Ley Nº 24.922 de Régimen General de Pesca, con el objetivo de disuadir las actividades ilegales en el mar. Esta nueva ley incorpora un régimen de multas variables basadas en unidades de valor relacionadas con el costo del combustible, con montos equivalentes que van desde 500 mil litros hasta 3 millones de litros de gasoil, según la gravedad del delito. Las multas tienen un piso de 25 millones de pesos y un techo de 150 millones de pesos, considerando los valores actuales del mercado. Ver: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/235600/20201001>.

150 Véase *el Arbitraje del Arctic Sunrise*, *supra* nota102, voto particular del juez Jesus, ¶¶ 7-11, *disponible en*: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/published/C22\\_Jesus\\_221113.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/published/C22_Jesus_221113.pdf).

La CONVEMAR prohíbe que un Estado costero imponga sanciones por infracciones pesqueras que incluyan penas de prisión o castigos corporales.<sup>151</sup> Sin embargo, al igual que muchas cuestiones de derecho internacional, esta prohibición aparentemente estricta ha recibido un tratamiento más matizado por parte de los juristas, ya que algunos consideran que estas sanciones son permisibles con respecto a los delitos no relacionados con la pesca (por ejemplo, la agresión a un agente de control por parte de un miembro de la tripulación de una embarcación pesquera).

Otra consideración es que el importe de la multa que Argentina puede cobrar en última instancia puede ser limitado si el propietario de la embarcación se acoge a los procedimientos de pronta liberación de la CONVEMAR. Aunque la legislación pesquera de muchos países contempla multas destinadas a disuadir de las infracciones pesqueras más atroces y lucrativas, la cuantía de una multa realmente recuperada por un Estado ribereño puede verse limitada por el artículo 73 y el artículo 292, que prevén la liberación de una embarcación o de la tripulación tras el pago de una fianza razonable. Argentina puede optar por establecer fianzas que representen los límites máximos de las multas disponibles según la ley, pero el TIDM u otro tribunal internacional puede determinar que dicha fianza no es razonable y reducir su importe.<sup>152</sup> Una vez depositada la fianza, el importe de la misma puede ser la cuantía de la multa que Argentina puede recuperar, si el demandado incumple una sentencia posterior que imponga sanciones legales más elevadas.

## J. Persecución en caliente

El derecho de persecución está ampliamente reconocido en el derecho internacional consuetudinario. El artículo 111 de la CONVEMAR establece que **“se podrá emprender la persecución de un buque extranjero cuando las autoridades competentes del Estado ribereño tengan motivos fundados para creer que el buque ha cometido una infracción de las leyes y reglamentos de ese Estado”**.<sup>153</sup> Varios factores determinan si la persecución en caliente en un escenario específico es legal según el derecho internacional. Según el TIDM, “las condiciones para el ejercicio del derecho de persecución en caliente en virtud del artículo 111 del Convenio son acumulativas; cada una de ellas debe cumplirse para que la persecución sea legítima en virtud del Convenio”.<sup>154</sup>

### Inicio de la persecución en caliente

La persecución en caliente debe comenzar en una zona en la que el Estado ribereño tenga cierta jurisdicción y debe surgir de una presunta violación de una ley sobre la que el Estado ribereño tenga autoridad para legislar. Antes de iniciar la persecución, el Estado ribereño haya “comprobado, por los medios prácticos de que disponga, que el buque perseguido o una de sus lanchas u otras embarcaciones... se encuentran dentro de los límites del mar territorial o, en su caso, en la zona contigua, en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental”.<sup>155</sup>

Dentro del MT, el derecho a iniciar una persecución en caliente se define de forma más amplia que si la infracción se produjera en la ZEE, ya que el alcance que puede tener un Estado costero para legislar es más amplio según el derecho internacional consuetudinario. Como se ha comentado anteriormente, la autoridad del Estado costero dentro del ST incluye la regulación de la pesca. Del mismo modo, el Estado costero también tiene derecho, en virtud del derecho internacional consuetudinario, a regular la pesca en su ZEE. Por lo tanto, si se sospecha que una embarcación está pescando ilegalmente y no se detiene cuando se le pide que lo haga, puede ser perseguido para

151 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 73(3) (en ausencia de acuerdos contrarios a los Estados interesados).

152 Véase, por ejemplo, el caso «Comouco», *supra* nota 114, en ¶¶ 70, 74 (reduciendo la fianza fijada por Francia de 20 millones de francos a 8 millones).

153 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 111(1) (énfasis añadido).

154 El caso M/V “Saiga” (Nº 2), *supra* nota 91, en ¶ 146.

155 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 111(4).

efectuar un arresto por parte de las autoridades argentinas. Una vez iniciada, la persecución en caliente de una embarcación puede continuar en alta mar mientras no se interrumpa la persecución.<sup>156</sup>

#### Buenas razones para creer

Ni el derecho internacional consuetudinario ni la jurisprudencia articulan una comprensión clara de lo que constituye una “buena razón para creer”, pero los estudiosos sugieren que el factor más importante aquí es un ejercicio de moderación.<sup>157</sup> Gran parte de la literatura académica sugiere que los Estados costeros no deberían invocar el derecho de persecución en caliente por meras infracciones triviales, incluso cuando exista una clara competencia.<sup>158</sup>

#### Aviso de parada

Antes de iniciar la persecución en caliente, un Estado ribereño debe dar primero una “señal visual o auditiva de detenerse desde una distancia que permita al buque extranjero verla u oír-la (a la embarcación)”.<sup>159</sup> De acuerdo con las normas internacionales aceptadas, el aviso puede hacerse mediante un banderín, una luz intermitente, un silbato de barco, un semáforo o una radio, así como un disparo a través de la proa de la embarcación extranjera.<sup>160</sup> El propósito de este requisito es garantizar que la embarcación infractora tenga la oportunidad de detenerse y levantarse para el abordaje. Por lo tanto, puede deducirse que el aviso adecuado incluye cualquier medio razonable que sea recibido y comprendido por la embarcación infractora. Quizás el factor más importante aquí es si la tripulación de la embarcación infractora es testigo de la señal. Por ejemplo, en el caso *M/V Saiga (Nº2)*, el TIDM dictaminó que incluso si un Estado costero insiste en que la patrullera encendió sus luces azules al acercarse, si la tripulación a bordo de la embarcación infractora testifica de forma convincente que no vio las luces, entonces constituye una señal inadecuada.<sup>161</sup> En ese caso, el TIDM decidió que la persecución en caliente no estaba justificada.<sup>162</sup>

En particular, la avanzada tecnología de vigilancia y patrullaje está empujando tanto a los académicos como a los juristas a reconsiderar las interpretaciones clásicas de la notificación adecuada. De hecho, el uso de una radio para señalar una orden de detenerse se consideró en un principio inadecuado, pero ahora se ha convertido en un medio aceptado para ordenar a una embarcación infractora que se detenga y se prepare para el abordaje.<sup>163</sup> Además, el derecho internacional establece claramente que una aeronave puede dar la orden de detenerse antes de la llegada de una embarcación de control.<sup>164</sup> Sin embargo, la aeronave debe perseguir activamente a la embarcación hasta que llegue un buque ejecutor u otra aeronave.<sup>165</sup>

#### Caliente y continua

Algunos aspectos de la doctrina de la persecución en caliente han surgido para garantizar que

---

156 *Cf. Id.*, Art. 111(3).

157 Véase, por ejemplo, Allen, C.H. *Doctrine of Hot Pursuit: A Functional Interpretation Adaptable to Emerging Maritime Law Enforcement Technologies and Practices*, 20 *OCEAN DEV. & INTL. L.* 309, 315 (1989).

158 Véase Daniel Patrick O’Connell, *The International Law Of The Sea* (1984); y véase Myres Smith MacDougal & William Thomas Burke, *The Public Order of The Oceans* 895 (1987).

159 CONVEMAR, *supra* nota 4, 111(4).

160 Véase Allen, *supra* nota 157, en pie de página 147.

161 *Id.*

162 El caso *M/V “Saiga” (Nº 2) Case*, *supra* nota 91, en ¶148.

163 Véase Allen, *supra* nota 157, en 319; M. McDougal & W. Burkle, *Public Order of the Oceans* 897 (1987).

164 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art.111(6)(b).

165 *Id.*

la libertad de navegación del Estado del pabellón no se ve indebidamente obstaculizada y para ofrecer garantías de que las embarcaciones inocentes no sean acosadas y perseguidas, innecesariamente. Dos de estos criterios son (1) el tiempo (o “caliente”) y (2) la persecución continua.

Para que sea “caliente”, la persecución de un buque infractor debe producirse rápidamente después de la comisión de una infracción o después de las actividades que dan lugar a la creencia del Estado costero de que se ha producido una infracción. Dado que se puede utilizar tecnología de vigilancia avanzada, incluidos satélites y aviones no tripulados, lo que constituye la oportunidad de la persecución es una cuestión importante. Algunos estudiosos han argumentado que la persecución no tiene que comenzar, necesariamente, en el momento exacto en que se observa una violación.<sup>166</sup> Sin embargo, esta opinión se ve matizada por la observación de que un retraso significativo entre la detección de una infracción y el inicio de la persecución pondrá en duda la validez de la misma.<sup>167</sup>

El requisito de que la persecución sea continua tiene por objeto garantizar que las embarcaciones inocentes no sean objeto de persecución. La ley exige que la embarcación infractora esté bajo la observación continua de la embarcación de fiscalización.<sup>168</sup> Sin embargo, no está claro si el seguimiento por radar u otras formas de tecnología sofisticada cumplen este requisito.<sup>169</sup> Según Estados Unidos, el seguimiento por radar satisface el elemento “continuo”.<sup>170</sup> Podría decirse que cualquier medio de rastreo electrónico sirve para la identificación positiva y debería estar disponible como medio de persecución fiable de una embarcación. Además de la tecnología de radar, estos medios podrían incluir sensores acústicos, transpondedores de radio, amplificación de luz, instrumentos de observación independientes de la luz, y posiblemente incluso tecnología de satélite.<sup>171</sup>

#### Utilización de aviones y otros medios de vigilancia

Una cuestión relacionada con las relativas al carácter puntual y continuo de la persecución es si el derecho internacional consuetudinario tolera, y en qué medida, el uso de aeronaves y otros medios de vigilancia en el ejercicio de la persecución en caliente. La CONVEMAR contempla, claramente, algún papel para las aeronaves, ya que el artículo 111(5) identifica específicamente a las “aeronaves” entre los tipos de embarcaciones que pueden participar en la persecución en caliente, pero no está claro si la ley da cabida a la tecnología aeronáutica más avanzada, incluidos los drones, las aeronaves de gran altitud y los satélites.

Al menos un comentarista ha defendido un enfoque “funcional” de la doctrina de la persecución en caliente, que sostiene que favorecería el uso de todas y cada una de las tecnologías que permiten a un Estado costero mantener en observación a un buque infractor.<sup>172</sup> De hecho, dado que los buques encargados de hacer cumplir la ley pueden tener que recorrer largas distancias para interceptar a las embarcaciones infractoras, el uso de satélites en la lucha contra la pesca INDNR sólo puede ser aceptable si la doctrina de la persecución en caliente evoluciona para reconocer plenamente que la identificación positiva y la observación basadas en la tecnología cumplen las normas legales de persecución oportuna y continua. Sugerimos que una forma de que los satélites logren un mayor reconocimiento en el marco de la doctrina de la persecución en caliente es que

166 Véase Allen, *supra* note 157, en 318.

167 O'CONNELL, *supra* nota 158, en 1056 (la persecución “debe ser en caliente, es decir, una nación no puede mentir durante días o semanas”).

168 CONVEMAR, *supra* nota 4, en 111(1).

169 Véase Allen, *supra* nota 157, en 319.

170 U.S. Coast Guard, Maritime Law Enforcement Manual (MLEM), sec. IV.F.3 (2003).

171 Véase Allen, *supra* nota 157, en 324.

172 *Id.* en 325.

más Estados incorporen esta valiosa herramienta tecnológica a sus arsenales de SCV.<sup>173</sup> De hecho, es cada vez más evidente que cada vez más Estados han utilizado con éxito la tecnología basada en los satélites (por ejemplo, combinada con el control del AIS y/o el VMS) para llevar a los buques INDNR ante la justicia.

#### “Buques nodriza” y de apoyo

El derecho internacional consuetudinario reconoce qué actividades como la pesca INDNR pueden no implicar a embarcaciones individuales que actúan de forma aislada. Por el contrario, las actividades pesqueras a gran escala pueden implicar a menudo el uso de múltiples embarcaciones, como “buques nodriza”, búnkeres de reabastecimiento, helicópteros, buques de transbordo y barcos más pequeños. La doctrina de la “presencia constructiva” contempla la implicación de tales embarcaciones en actividades ilegales y **permite a los Estados costeros perseguir a dichos buques u otras embarcaciones, aunque permanezcan enteramente en alta mar.**

El requisito clave para invocar esta doctrina es que la embarcación perseguida debe haber estado **trabajando en equipo** con las embarcaciones que realmente pescan ilegalmente en un MT o ZEE. En la CONVEMAR, la doctrina de la presencia constructiva se ha incorporado al derecho de persecución. La CONVEMAR aclara que, para perseguir a una embarcación que permanece fuera de la ZEE, al menos un buque o embarcación que trabaje en equipo con el buque perseguido debe estar presente en el MT o ZEE del Estado costero.<sup>174</sup>

La doctrina de la presencia constructiva plantea importantes cuestiones sobre el significado de “trabajar en equipo”. Un buque en alta mar está claramente trabajando en equipo con sus propios barcos satélites que pescan ilegalmente dentro de la ZEE.<sup>175</sup> Por lo tanto, es probable que el transbordo en alta mar entre los barcos satélite y el barco nodriza cumpla los requisitos, permitiendo la persecución del barco nodriza. Por ejemplo, en el caso *R. v. Mills and Others*, el juez consideró que el transbordo de cannabis en alta mar de un barco con bandera de San Vicente y las Granadinas a un arrastrero británico era un nexo suficiente para que el Reino Unido pudiera ejercer la autoridad de ejecución contra el barco de bandera extranjera en alta mar.<sup>176</sup> Menos claro está si otras embarcaciones auxiliares, como los buques de aprovisionamiento o quizás los helicópteros utilizados para facilitar la pesca, pueden considerarse “barcos u otras embarcaciones que trabajan en equipo” a efectos de la persecución en caliente.

#### Limitaciones

Aunque la persecución en caliente puede iniciarse una vez que se cumplen todos los criterios mencionados anteriormente, debe terminar cuando el buque infractor entra en el MT de otro Estado o en el del Estado del pabellón.<sup>177</sup> Sin embargo, la persecución en caliente no tiene por qué cesar si el buque se limita a entrar en la ZEE del Estado del pabellón.

#### K. Uso de la fuerza

Argentina podría considerar el uso de la fuerza en varias circunstancias, incluyendo el propósito de abordar una embarcación, llevar un buque a puerto, al abordar si la vida está en peligro, o de otra manera en defensa propia. La CONVEMAR no proporciona orientación específica sobre el uso apropiado de la fuerza. En cambio, el artículo 225 (“Deber de evitar consecuencias adversas en

173 Seguimiento, Control & Vigilancia.

174 CONVEMAR, *supra* nota4, Art. 111(4).

175 CHURCHILL & LOWE, *supra* nota81, en 214.

176 Véase W.C. Gilmore, *Hot Pursuit: The Case of R. v Mills and Others*, 44 ICLQ 949, 952 (1995).

177 CONVEMAR, *supra* nota4, en Art. 111(3).

el ejercicio de las facultades de ejecución”) establece que, al ejercer sus facultades de ejecución, las Partes “no pondrán en peligro la seguridad de la navegación ni ocasionarán riesgo alguno a los buques, no los conducirán a un puerto o fondeadero inseguro, ni expondrán el medio marino a un riesgo injustificado”.<sup>178</sup> Esta disposición no delimita lo que podría ser un uso aceptable de la fuerza en determinadas circunstancias. En consecuencia, el derecho internacional consuetudinario proporciona los contornos de la ley y otros tratados de pesca refuerzan las especificidades del derecho internacional consuetudinario en el contexto de la pesca.

En general, los principios de fuerza mínima e interferencia mínima representan el derecho internacional consuetudinario, pero varios casos en el contexto de la pesca explican con más detalle cuándo y qué tipo de fuerza puede utilizarse para hacer cumplir la legislación pesquera. El caso del *M/V Saiga* constituye la exploración más reciente del derecho internacional consuetudinario sobre el uso de la fuerza en este contexto. En ese caso, una patrullera guineana disparó contra un buque cisterna con bandera de San Vicente y las Granadinas, que Guinea creía que estaba repostando a buques pesqueros en contravención de la legislación guineana. Basándose en dos casos históricos de pesca, *I'm Alone*<sup>179</sup> y *The Red Crusader*<sup>180</sup>, el TIDM rearticuló el derecho internacional sobre el uso de la fuerza como permisible sólo cuando sea inevitable y “razonable y necesario en las circunstancias”.<sup>181</sup>

Además de estos principios generales, el caso del *M/V Saiga* ofrece algunas orientaciones específicas sobre cómo ejercer el uso de la fuerza. Antes de emplear la fuerza deben tenerse en cuenta los siguientes principios:

- El uso de la fuerza debe ser el último recurso, lo que requiere que el buque fiscalizador demuestre paciencia en el empleo de otros medios menos contundentes, a menos que la vida esté en peligro.
- El uso de la fuerza, en concreto el disparo contra un buque, requiere una advertencia explícita de que se va a empezar a disparar.
- Si el riesgo para la vida humana es alto, el uso de la fuerza puede ser ilegal, aunque la muerte no es concluyente de un uso ilegal de la fuerza.<sup>182</sup>

El TIDM sostuvo que, en su intento de detener el *M/V Saiga*, los funcionarios guineanos abrieron fuego contra el búnker de forma ilegal porque no solicitaron primero que el buque se detuviera. El TIDM sugirió que es necesaria una jerarquía de aviso y advertencia: En primer lugar, el buque que aborda o detiene debe utilizar señales auditivas o visuales para notificar al buque de pabellón extranjero que se detenga. Si estas señales fallan, se puede recurrir a otras acciones, como disparar a la proa de la embarcación. Si estos esfuerzos vuelven a fracasar, entonces el uso de la fuerza puede ser inevitable, pero antes de usar la fuerza razonable, el buque que aborda o detiene debe proporcionar una advertencia específica de que tiene la intención de usar la fuerza.<sup>183</sup>

Los inspectores y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley también están limitados en su comportamiento a bordo de las embarcaciones. En el caso del *M/V Saiga*, el TIDM determinó que los funcionarios guineanos hicieron un uso innecesario de la fuerza mientras estaban a bordo del buque. Al abordar el buque, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley utiliza-

178 *Id.*, en Art. 225.

179 Caso *I'm Alone* (Canada v. United States) (1935) 3 R.I.A.A. 1609.

180 Caso *The Red Crusader* (U.K. v. Denmark), Comm'n of Enquiry, Mar. 23, 1962, 35 International Law Reports 485 (1962).

181 Caso *M/V "Saiga"* (Nº 2), *supra* nota 91, en ¶ 155.

182 Véase Cameron Moore, *The Use of Force*, 29-30 (2016) in Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement (Robin Warner & Stuart Kaya, Eds.)

183 Caso *M/V "Saiga"* (Nº 2), *supra* nota 91, en ¶ 156.

ron armas de fuego para detener el motor y dispararon, indiscriminadamente, sobre la cubierta causando dos heridas graves, a pesar de no encontrar resistencia por parte de la tripulación.<sup>184</sup> El Acuerdo de Nueva York apoya la decisión del TIDM en este caso, al afirmar que los Estados inspectores deben garantizar que los inspectores “eviten el uso de la fuerza, excepto cuando y en el grado necesario para garantizar la seguridad de los inspectores y cuando éstos se vean obstruidos en el cumplimiento de sus funciones”.<sup>185</sup>

Llegando a una conclusión diferente a la del *M/V Saiga*, en el caso del *M/V Virginia G*, el TIDM consideró que los oficiales y el personal de la marina de Guinea-Bissau no actuaron con fuerza innecesaria cuando, según Panamá, “actuaron de forma contundente, desconsiderada e intimidatoria, blandiendo armas, y confinaron a la tripulación a punta de pistola a pesar de que la tripulación no opuso resistencia”.<sup>186</sup> Panamá afirmó, además, que “se hizo firmar documentos al capitán a punta de pistola”.<sup>187</sup> Guinea-Bissau respondió con alegaciones contrarias que apoyaban su afirmación de que el comportamiento de los inspectores era un ejercicio legítimo de la autoridad.<sup>188</sup> Tomando nota de las pruebas “contradictorias” aportadas por las partes sobre el uso de la fuerza, pero proporcionando un escaso análisis de esas pruebas, el Tribunal estuvo de acuerdo con Guinea-Bissau en que el uso de la fuerza se ajustaba a las normas establecidas en el *M/V Saiga* y era, por tanto, razonable.<sup>189</sup>

Cabe señalar que algunos juristas han observado que el TIDM está afirmando indebidamente su jurisdicción sobre las reclamaciones de “uso de la fuerza”.<sup>190</sup> Su argumento se centra en el artículo 293(1) de la CONVEMAR, que establece que los tribunales “aplicarán la presente Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella”.<sup>191</sup> Dado que la CONVEMAR no establece normas aplicables al uso permisible de la fuerza, las reclamaciones por uso excesivo de la fuerza son técnicamente reclamaciones no relacionadas con la CONVEMAR y, por tanto, no son competencia del TIDM. Aunque este ámbito del derecho internacional no está actualmente resuelto, si se enfrenta a una reclamación ante el TIDM de que los agentes de la autoridad argentina hicieron un uso innecesario de la fuerza, Argentina debería considerar la posibilidad de impugnar la jurisdicción del TIDM para considerar siquiera la reclamación.

## La relevancia de otros regímenes internacionales para Argentina: Un enfoque en los tiburones y las rayas

Las siguientes secciones pretenden ilustrar la importancia de otros acuerdos internacionales (además de los mencionados, anteriormente) para la protección de las aguas soberanas de Argentina, con un enfoque específico en los tiburones y las rayas, dados los esfuerzos legales y políticos de Argentina<sup>192</sup> para protegerlos y las amenazas significativas a las que se enfrentan en el Océano Atlántico Sudoccidental (OAS) frente a la costa argentina, conocido como el “Mar Patagónico” o, por los argentinos, como el “Mar Argentino”. Esta zona ha sido identificada como un punto ca-

184 *Id.* en ¶¶ 158-159.

185 Acuerdo de Nueva York, *supra* nota 8, en Art. 22(1)(f).

186 Caso *M/V Virginia G (Panama v. Guinea-Bissau)*, Caso N° 19, Sentencia de Abril 14, 2014, ¶ 351, disponible en: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.19/judgment\\_published/C19\\_judgment\\_140414.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment_published/C19_judgment_140414.pdf)

187 *Id.* en ¶ 352.

188 *Id.* en ¶¶ 354 – 358.

189 *Id.* en ¶¶ 354 & 361 – 362.

190 Tzeng, P. (2016). Comentario: Jurisdicción y ley aplicable bajo la UNCLOS. *Yale LawJournal*, 126, 242-260.

191 CONVEMAR, *supra* nota 4, Art. 193(1) (énfasis agregado).

192 Como se comenta más adelante, Argentina ha emitido un Plan de Acción Nacional para los tiburones. Además, Argentina ha implementado protecciones legales para los tiburones, incluyendo la prohibición del cercenamiento de las aletas de los tiburones y las capturas dirigidas de tiburones. Véase Anexo de Resolución CFP N° 4/2013, Medidas de Manejo de Condric-tios, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-4-2013-212684/texto>

liente para los condricios, una clase de peces cartilaginosos que incluye a los tiburones, las rayas y las quimeras (denominados colectivamente “tiburones” en este capítulo).<sup>193</sup> Sin embargo, los tiburones que allí se encuentran también se enfrentan a graves amenazas, entre las que destacan las derivadas de la pesca INDNR. Cabe destacar que los científicos han identificado varias especies de tiburones clasificadas como “en peligro crítico” por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, cuyas poblaciones han sido diezgadas por la sobrepesca –disminuyendo en más de un 80% en los últimos 40 años– en el SAO.<sup>194</sup>

Argentina se ve amenazada por buques pesqueros extranjeros que realizan prácticas pesqueras que impactan negativamente en los tiburones – a través de la pesca directa de tiburones, como resultado de la captura incidental de tiburones, y a través de un fallo en la aplicación del Estado del pabellón. Ante estos hechos ineludibles, Argentina debería conocer los demás regímenes internacionales a través de los cuales se puede proteger a los tiburones (y a otras especies).

### La incapacidad de frenar el declive global de las poblaciones de tiburones

En todo el mundo, las poblaciones de tiburones están disminuyendo a un ritmo alarmante.<sup>195</sup> En las dos últimas décadas, los desembarcos de tiburones y rayas en las pesquerías mundiales (tanto en las capturas selectivas como en las accidentales) han disminuido drásticamente como resultado de la sobrepesca, en gran medida, y de la degradación del hábitat, en menor medida.<sup>196</sup> Nuevas investigaciones indican que la abundancia de tiburones y rayas oceánicos en todo el mundo ha disminuido en un asombroso 71% desde 1970 y que el 77% de las especies de tiburones y rayas oceánicos se consideran ahora “en peligro de extinción”, según los criterios de la Lista Roja de la UICN.<sup>197</sup>

Los desembarcos mundiales de condricios, comunicados a la FAO, alcanzaron su punto máximo en 2003 y en la década siguiente han disminuido casi un 20%.<sup>198</sup> Dejando de lado la pesca INDNR por el momento, surgen dos hipótesis obvias: O bien los regímenes globales de conservación están funcionando (limitando el número de tiburones y rayas capturados), o las poblaciones han disminuido como resultado de la sobrepesca. Por mucho que queramos abrazar la primera proposición, los datos apoyan firmemente la segunda.<sup>199</sup>

En un exhaustivo análisis estadístico, Lindsay Davidson et al. descubrieron que “la sobrepesca, y no la mejora de la gestión, fue el principal factor que impulsó el descenso de los desembarcos de tiburones y rayas”.<sup>200</sup> Las variables más importantes que se correlacionan con la disminución de los desembarcos fueron dos medidas indirectas de la presión pesquera: (1) el tamaño de la población costera humana; y (2) las exportaciones de carne de tiburón y raya.<sup>201</sup> A medida que estas dos variables de sobrepesca aumentaban, los desembarcos de tiburones y rayas disminuían. Los

193 Cuevas, J.M. (2019). Conservation of Sharks, Rays, and Chimaeras in the Patagonian Sea, Wildlife Conservation Society, disponible en: <https://medium.com/wcs-marine-conservation-program/conservation-of-sharks-rays-and-chimaeras-in-the-patagonian-sea-35a11b167cfd>.

194 *Id.*

195 Davidson, L.N.K., Krawchuk, M. & Dulvy, N.K. (2016). *Why have global shark and ray landings declined: improved management or overfishing?* Fish and Fisheries, 17(2), 438–458. Retrieved from: <https://doi.org/10.1111/faf.12119>.

196 Pacoureaux, N., Rigby, C.L., Kyne, P.M., Sherley, R.B., Winker, H., Carlson, J.K., Fordham, S.V., Barreto, R., Fernando, D., Francis, M.P., Jabado, R.W., Herman, K.B., Liu, K., Marshall, A.D., Pollom, Romanov, E.V., Simpfendorfer, C.A., Yin, J.S., Kindsvater, H.K & Dulvy, N.K. (2021). Half a century of global decline in oceanic sharks and rays. *Nature*, 589, 567–571, available at <https://www.nature.com/articles/s41586-020-03173-9>; Davidson, *supra* nota 195.

197 *Id.*

198 Davidson, *supra* nota 195, en 2–3 (estadísticas derivadas del programa informático universal FishStat Plus de la FAO para series temporales de estadísticas pesqueras; disponible en: <http://www.fao.org/fishery/statistics/software/fishstat/en>).

199 *Id.* en 3.

200 *Id.* en 13.

201 *Id.*

desembarcos también disminuyeron a medida que aumentaban los niveles de pesca INDNR y las exportaciones de aletas de un país.<sup>202</sup> “En comparación, la influencia de las medidas de gestión indirectas y directas fue marginal”.<sup>203</sup> Esta evidencia de un fracaso en la gestión plantea la cuestión de qué medidas puede tomar Argentina -más allá de la creación de un santuario de tiburones- para mejorar la situación. Las siguientes secciones describen algunos de los regímenes internacionales de conservación potencialmente beneficiosos y cómo Argentina podría hacer uso de ellos para mejorar las perspectivas futuras de los tiburones.

### Regímenes de gestión de conservación relevantes

A medida que las poblaciones de tiburones disminuyen, se están adoptando medidas para regular el comercio y la captura de tiburones, así como la gestión de los tiburones, en el marco de una serie de Acuerdos Multilaterales Ambientales (AMUMA) y de algunas OROP. Los AMUMA y las OROP ofrecen, potencialmente, disposiciones complementarias de conservación y gestión de los tiburones. Cuando se aplica de forma cohesionada, la legislación internacional actúa de forma concertada con las leyes nacionales de Argentina que protegen a los tiburones para aumentar la protección de los mismos en toda la región.

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) exige la emisión de permisos y certificados para el comercio internacional de especies de tiburones incluidas en el Apéndice I o II de CITES.

La Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS) exige la prohibición de capturar especies de tiburones incluidas en el Apéndice I de dicho acuerdo, así como la adopción de otras medidas de conservación del hábitat.

El Memorando de Entendimiento sobre la Conservación de los Tiburones Migratorios (MdE sobre los Tiburones), elaborado bajo los auspicios de la CMS, recomienda la aplicación de un plan de conservación que incluya algunos requisitos de hábitat y de presentación de datos.

El Plan de Acción Internacional para la Conservación y Gestión de los Tiburones (PAI-Tiburones) fomenta el desarrollo de Planes de Acción Nacionales que promuevan la conservación de los tiburones (PAN-Tiburones), la cooperación entre las naciones que pescan tiburones a través de organizaciones o acuerdos pesqueros regionales y subregionales (por ejemplo, las OROP), y las evaluaciones científicas periódicas del estado de conservación de las poblaciones de tiburones.

#### Reglamento de la UE sobre pesca INDNR<sup>204</sup>

Además de los sistemas internacionales que se comentan a continuación, el Reglamento INDNR de la UE ofrece una oportunidad potencialmente valiosa para Argentina, en su lucha contra la pesca INDNR en aguas soberanas. El Reglamento INDNR de la UE presenta una vía de ataque basada en la economía que puede atacar la raíz del problema: la incapacidad de un Estado de pabellón extranjero para regular, adecuadamente, sus embarcaciones pesqueras de aguas lejanas.

Como mayor mercado mundial de productos del mar, la UE ejerce un poder considerable en la escena pesquera mundial. El objetivo principal del Reglamento INDNR de la UE es reducir la pesca INDNR impidiendo la importación de capturas ilegales a la UE y

202 *Id.*

203 *Id.*

204 Reglamento (CE) N° 1005/2008 del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DO L 286 de 29.10.2008).

fomentando la adopción de sistemas de regulación pesquera más rigurosos por parte de los países no comunitarios que exportan productos pesqueros a la UE.

El Reglamento INDNR logra este objetivo mediante un sistema de tarjetas inspirado en el fútbol y dirigido a los Estados que exportan pescado a la UE o prestan su pabellón a los buques que importan a la UE. Este proceso comienza con un diálogo entre la UE y el Estado examinado, en el que la UE recopila información y evalúa el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado para evitar la pesca INDNR. Al final de este diálogo, y dependiendo de si el Estado adopta alguna reforma, la UE emitirá una tarjeta verde (conforme), una tarjeta amarilla (advertencia oficial de incumplimiento) o una tarjeta roja (no coopera en la lucha contra la pesca INDNR). En particular, una tarjeta roja conlleva la prohibición de importar a la UE los productos marinos del Estado regulados por el Reglamento INDNR.

La UE ha tenido un gran éxito con su programa de expedición de tarjetas. Por ejemplo, la UE expidió una tarjeta amarilla a Corea del Sur en noviembre de 2013 por su continuo fracaso en la lucha contra la pesca ilegal y en la mejora de su gestión y control de la pesca. Después de que Corea del Sur adoptara una serie de medidas para cumplir sus obligaciones como Estado del pabellón, la UE retiró la tarjeta amarilla en abril de 2015. Más recientemente, en 2019, la UE emitió una tarjeta amarilla a Ecuador, acción que ha fomentado algunos cambios importantes en la legislación ecuatoriana que mejoran la capacidad del gobierno para combatir la pesca INDNR.

En la medida en que Argentina determine que un gran porcentaje de la pesca INDNR en sus aguas es realizada por las embarcaciones con bandera de un Estado en particular, debería considerar la posibilidad de unir fuerzas con otros Estados afectados por dichas embarcaciones para reunir pruebas de la pesca INDNR presentada. Argentina y sus aliados pueden entonces presentar estas pruebas a la UE para que se evalúe la aparente incapacidad del Estado en cuestión para frenar la pesca INDNR de los buques que enarbolan su bandera. Solicitar la imposición de una “tarjeta” por parte de la UE contra el Estado infractor es especialmente eficaz cuando ese Estado mantiene altos niveles de comercio de productos del mar con la UE. Esta acción beneficiaría no sólo a los tiburones, sino también a otras especies de fauna oceánica capturadas ilegalmente en aguas argentinas que son fundamentales para la salud del ecosistema marino local.

## CITES<sup>205</sup>

El objetivo de CITES es garantizar que el comercio internacional de animales y plantas silvestres no amenace su supervivencia. Con 183 naciones signatarias, CITES regula el comercio internacional de la fauna y la flora silvestres incluidas en sus Apéndices sobre la base de un sistema de permisos y certificados que se expiden cuando se cumplen determinadas condiciones, y que deben presentarse al salir y entrar en un Estado. También es importante destacar que la definición de comercio internacional de la CITES incluye la “introducción procedente del mar” (IPM), definida como el “transporte a un Estado de especímenes de cualquier especie que hayan sido capturados en el medio marino no sometido a la jurisdicción de ningún Estado”.<sup>206</sup> La inclusión de la IPM significa que, junto a la función por la que es más conocida CITES –regular el comercio interna-

205 La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas fue aprobada por Argentina, mediante la Ley N° 23.344 y ratificada el 8 de diciembre de 1981. Más información en: <https://cites.org/esp>.

206 Véase <https://cites.org/eng/prog/ifs.php>.

cional-, también regula la pesca en alta mar de las especies incluidas en la lista. Aunque CITES es técnicamente un tratado comercial, dado el número de partes, tiene un gran potencial para frenar la ola de extinción mundial.

El esquema general de gestión de CITES se organiza en torno a sus Apéndices. Las especies en peligro de extinción que se ven o pueden verse afectadas por el comercio están incluidas en el Apéndice I. El comercio internacional de especímenes capturados en la naturaleza está generalmente prohibido.<sup>207</sup> Las especies que no están necesariamente en peligro de extinción, pero cuyo comercio debe controlarse para evitar que lo estén, y las especies que se asemejan a las ya incluidas (por ejemplo, los tiburones martillo) están incluidas en el Apéndice II. El comercio internacional de las especies del Apéndice II está permitido pero regulado.

Cuando una especie se incluye en el Apéndice I o II, las Partes deben realizar una serie de comprobaciones de permisos antes de la importación y exportación de especímenes de esas especies.<sup>208</sup> Las Partes han incluido en el Apéndice I todas las especies de peces sierra de la familia *Pristidae*, que también se conocen como tiburones carpinteros, y en el Apéndice II 38 especies de elasmobranchios (tiburones, rayas).

A continuación se presenta un rápido resumen del régimen de permisos de CITES en el que se destacan los aspectos más relevantes. Un punto clave es que el comercio de especímenes de las especies incluidas sólo se permite con la documentación adecuada. Cada Parte de CITES debe designar una Autoridad Administrativa (AA) encargada de administrar el sistema de permisos y una Autoridad Científica (AC) que asesore a la AA sobre los efectos del comercio en la situación de la especie.

### Apéndice I

Se requiere un permiso de importación de la AA del Estado importador. El permiso sólo se expedirá si:

- La AC del Estado importador dictamina que el comercio del espécimen no será perjudicial para la supervivencia de la especie, lo que se denomina “dictamen de extracción no perjudicial” (DENP)
- El comercio del espécimen no tiene fines principalmente comerciales

La AA del Estado exportador también debe expedir un permiso de exportación. El permiso sólo se expedirá si:

- La AC del Estado exportador emite un dictamen de extracción no perjudicial para el espécimen
- La AA del Estado exportador emite un Dictamen de Adquisición Legal (DAL) para el espécimen
- Ya se ha expedido un permiso de importación

### Apéndice II

La AA del Estado exportador debe expedir un permiso de exportación. El permiso sólo se expedirá si:

- La AC del Estado exportador emite un DENP para el espécimen
- La AA del Estado exportador emite un DAL para el espécimen

Uno de los aspectos del proceso de concesión de permisos, la emisión del DAL por parte de la AA, es de gran interés potencial para Argentina. Para entender por qué, tenemos que explorar el proceso del DAL con un poco más de detalle. Sólo se concederá un permiso de exportación si la AA del Estado de exportación está convencida de que el espécimen **no se ha obtenido contraviniendo**

207 CITES prevé una serie de excepciones a esta prohibición general. Véase el Art. VII de CITES. Ninguna es relevante en este caso.

208 Las especies se proponen para su inclusión en el Apéndice I o II, lo que se decide por una mayoría de dos tercios en la Conferencia trienal de las Partes. Aunque está fuera del alcance de este capítulo, también existe un tercer Apéndice en el que los Estados pueden incluir unilateralmente (sin que haya una votación de las Partes) especies que preocupan a esa Parte para regular más estrechamente el comercio internacional de esas especies.

las leyes de ese Estado para la protección de la fauna y la flora. En el contexto de la pesca, un DAL se hace sobre la base de la documentación que demuestra una cadena de custodia ininterrumpida, o propiedad secuencial, desde el pescador, a través de todos los intermediarios, hasta el exportador. En el caso de los productos pesqueros, la AA debe recibir copias de las licencias de pesca estatales válidas, los permisos necesarios y los registros de capturas.

Para entender la posible relevancia del DAL para Argentina, consideremos la siguiente hipótesis simple: *Un barco con bandera extranjera, que opera en aguas argentinas, pesca furtivamente tiburones incluidos en el Apéndice II, elude a las autoridades argentinas y se dirige inmediatamente a alta mar. A continuación, el barco intenta exportar los tiburones o las aletas en su siguiente puerto de escala.* El Estado de exportación (que, supondremos, es Argentina) emitiría (en circunstancias normales) un permiso de exportación que contiene un DAL. En este caso hay dos escenarios potenciales principales:

- Si Argentina tiene alguna prueba (por ejemplo, de la Prefectura Naval Argentina) de que la captura de tiburón se realizó ilegalmente en aguas argentinas (por ejemplo, el barco escapó de una persecución por parte de una embarcación de la Prefectura), entonces Argentina debería comunicarse directamente con el AA del Estado en el que se desembarque finalmente la captura de tiburón, para informarles de que la captura se realizó ilegalmente en aguas argentinas y, por tanto, se transportó a ese Estado sin un permiso de exportación válido y el DAL asociado. Por consiguiente, cualquier permiso de exportación presentado al Estado receptor por este barco de pesca INDNR es una falsificación.
- Una vez más, supongamos que Argentina obtuvo pruebas de la actividad de pesca furtiva de tiburones. Si el Estado en el que se desembarca la captura es, por ejemplo, Estados Unidos, entonces puede entrar en juego la Ley Lacey. Según esta ley estadounidense, es ilegal “importar, exportar, vender, adquirir o comprar peces, fauna o plantas que se capturen, posean, transporten o vendan... en el comercio interestatal o extranjero con cualquier pez... capturado, poseído o vendido en violación de la ley estatal o extranjera”.<sup>209</sup> Por lo tanto, la AA debe ser notificado de una potencial violación de la Ley Lacey por la pesca ilegal en las aguas de Argentina. Cabe destacar que la legislación del tipo de la Ley Lacey está ganando adeptos en todo el mundo. Por lo tanto, Argentina debería preguntar siempre si el Estado exportador ha aprobado la misma legislación o una similar.

Por lo tanto, debería ser evidente, a partir del escenario anterior, que el sistema de permisos de CITES, junto con las leyes de las naciones exportadoras, proporciona potencialmente a Argentina más herramientas para asegurar una mayor protección de las especies de tiburones incluidas en CITES (y otras especies marinas incluidas) en sus aguas.

Además de los potenciales beneficios directos de las listas de CITES para Argentina, también hay una serie de beneficios indirectos. En primer lugar, CITES impone restricciones comerciales a las naciones que importan/exportan especies marinas que se encuentran en las aguas de Argentina o en sus alrededores. En segundo lugar, la inclusión en la lista promueve una mayor conservación de las especies marinas a nivel mundial y regional. Por ejemplo, en los últimos años ha habido un intento de mayor colaboración por parte de la Secretaría de CITES con las OROP para fomentar la protección regional (por ejemplo, mediante la emisión de medidas de conservación) de los tiburones incluidos en la lista, que suelen ser altamente migratorios. En tercer lugar, la inclusión en la lista ha fomentado los esfuerzos de las partes de CITES con esquemas de permisos más desarrollados y de las organizaciones no gubernamentales para llevar la creación de capacidades y la

209 18 U.S.C. § 3372.

formación a las naciones en vías de desarrollo, con el fin de garantizar que sean capaces de aplicar con éxito las inclusiones. Por último, se anima a las Partes de CITES que comercian con las especies de tiburones incluidas en la lista a que adopten un PAN-Tiburones (que se discute más adelante).

## CMS

La vida silvestre, especialmente la marina, es a menudo migratoria y cruza numerosas fronteras geográficas y políticas en todo el mundo. La CMS fue creada en reconocimiento de este hecho, reuniendo a los Estados del área de distribución de la fauna migratoria con el objetivo de promover la conservación de las especies migratorias terrestres, acuáticas y aviarias en toda su área de distribución. La CMS cuenta con 132 partes, incluida Argentina.<sup>210</sup>

La CMS también incluye especies en dos apéndices, pero los criterios para incluir especies en los apéndices de la CMS difieren de los criterios de CITES. En la CMS, el Apéndice I incluye las especies migratorias “en peligro”. El Apéndice II incluye las especies migratorias que tienen (1) un estado de conservación desfavorable y que requieren acuerdos internacionales para su conservación y gestión o (2) un estado de conservación que se beneficiaría significativamente de la cooperación internacional, que podría lograrse mediante un acuerdo internacional. Las especies pueden incluirse en ambos Apéndices.

Las Partes de la CMS han incluido una serie de especies de tiburones, incluyendo el pez sierra, el tiburón peregrino, la *Manta spp.*, la *Mobula spp.* y el tiburón ballena, entre otros, tanto en el Apéndice I como en el II. Los tiburones zorro y otras especies de tiburones sólo están incluidos en el Apéndice II.

Las Partes deben prohibir la “captura” de especímenes de especies del Apéndice I, excepto en circunstancias limitadas, como por ejemplo con fines científicos o para dar cabida a los usos tradicionales de subsistencia de dichas especies. Es importante que cualquier toma de este tipo no debe operar en detrimento de la especie. La CMS define el término “captura” de forma amplia para incluir “la caza, la pesca, la captura, el acoso, la matanza deliberada o el intento de llevar a cabo cualquiera de estas conductas”.<sup>211</sup> La prohibición de “tomar” parece incluir la toma no intencional, como la captura incidental, pero las Partes no han abordado, directamente, esta cuestión.

En el caso de las especies del Apéndice I, las Partes también deben esforzarse por conservar y, cuando sea factible y apropiado, restaurar los hábitats de las especies que sean importantes para sacarlas del peligro de extinción. Asimismo, deben esforzarse por prevenir, eliminar, compensar o reducir al mínimo, según proceda, los efectos adversos de las actividades u obstáculos que impidan o dificulten gravemente la migración de la especie, y prevenir, reducir o controlar de otro modo los factores que pongan en peligro o puedan poner en mayor peligro a la especie.

La CMS no impone ninguna responsabilidad directa a las Partes con respecto a las especies del Apéndice II. En su lugar, las Partes tienen que desarrollar acuerdos, vinculantes o no, para conservar y gestionar dichas especies. En algunos casos, las partes desarrollan planes de acción que fomentan la adopción de determinadas acciones de conservación o gestión. En otros casos, un subconjunto de las Partes de la CMS negocia un acuerdo independiente para una especie del Apéndice II. En el caso de los tiburones, muchas de las Partes de la CMS, así como algunos Estados del área de distribución que no son Partes, como los Estados Unidos, negociaron el MdE sobre los tiburones, que se describe a continuación.

210 Ratificado por Argentina el 1 de enero de 1992. Más información en: [https://www.cms.int/sites/default/files/document/inf\\_04\\_parties\\_s\\_0.pdf](https://www.cms.int/sites/default/files/document/inf_04_parties_s_0.pdf).

211 Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, 23 de junio de 1979, 1651 U.N.T.S. 331 (entró en vigor el 1 de noviembre de 1983), en Art. I(I)(j), disponible en <http://www.cms.int/en/convention-text>.

### MdE sobre los tiburones<sup>212</sup>

El MdE sobre los tiburones es un acuerdo no vinculante cuyo objetivo es lograr y mantener un estado de conservación favorable para los tiburones migratorios. Pretende alcanzar esta meta, principalmente, a través de la adopción y aplicación de un plan de conservación, que tiene cinco objetivos:

1. Aumentar la conciencia pública sobre las amenazas que enfrentan los tiburones;
2. Mejorar el conocimiento de las poblaciones de tiburones migratorios, mediante la investigación;
3. Garantizar la sostenibilidad de las pesquerías dirigidas y no dirigidas a los tiburones;
4. Proteger los hábitats críticos y los corredores migratorios; y
5. Mejorar la cooperación nacional, regional e internacional.<sup>213</sup>

El plan de conservación también recomienda a los firmantes que promuevan y coordinen las evaluaciones de las poblaciones; desarrollen e implementen el PAN-Tiburones (del que se habla más adelante) de acuerdo con el Plan de Acción Internacional para la Conservación y Gestión de los Tiburones (PAI-Tiburones), de carácter voluntario, de la FAO; identifiquen y realicen estudios sobre la migración, la agregación, los hábitats críticos, la ecología, el comportamiento y las etapas de la vida de los tiburones; y, en la medida de lo posible, protejan los hábitats críticos y los lugares de agregación, entre otras cosas. El Plan de Conservación, adoptado en 2012, incluye algunas estrategias específicas para aplicar estos objetivos.

Uno de los problemas identificados en relación con el MdE sobre los tiburones es que muchos Estados del área de distribución de los tiburones y Estados con una gran demanda de productos de tiburón no son signatarios del MdE.

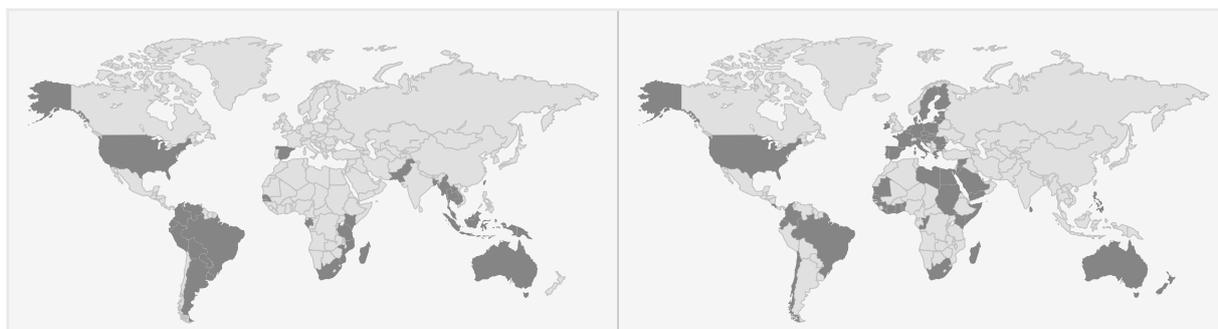


Ilustración 6: Par de mapas que contrastan los países de alto volumen de desembarcos de tiburones y rayas con el mapa de signatarios del MdE de tiburones (SharkMoU).

Los mapas anteriores muestran grandes regiones de pesca de tiburones, como Argentina, Uruguay y Brasil. Sin embargo, de estas naciones, sólo Brasil y Chile son signatarios del MdE sobre tiburones. Con la firma del MdE sobre los tiburones, Argentina abrirá posibles vías de cooperación con Chile y Brasil, entre otras cosas, en materia de investigación científica y actividades de aplicación de la ley que beneficien a las poblaciones de tiburones de la región, una región en la que los tiburones ya se enfrentan a importantes retos por la sobrepesca y otras presiones poblacionales. Además de la mejora de la cooperación internacional, entre los numerosos beneficios que

212 Argentina, a Mayode 2021, aún no es signataria de este acuerdo.

213 CMS. MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LOS TIBURONES MIGRATORIOS (MdE sobre los tiburones), Beneficios, derechos y responsabilidades de los signatarios, *disponible en* [https://www.cms.int/sharks/sites/default/files/basic\\_page\\_documents/CMS%20Sharks%20MOU%20-%20information%20for%20new%20Signatories%20-%20Aug%202020\\_0.pdf](https://www.cms.int/sharks/sites/default/files/basic_page_documents/CMS%20Sharks%20MOU%20-%20information%20for%20new%20Signatories%20-%20Aug%202020_0.pdf).

obtienen las naciones firmantes se incluyen “el acceso al asesoramiento técnico y al apoyo del Comité Asesor del MdE sobre los tiburones”, “el acceso a las oportunidades de financiación para las iniciativas de conservación de los tiburones” y “el acceso a una serie de redes internacionales, especialistas, OIG y ONG”.<sup>214</sup>

## PAN-Tiburones

Desarrollado bajo los auspicios del Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO de 1995, el PAN-Tiburones anima a los Estados que participan en la explotación de tiburones, ya sea dirigida o no dirigida (captura incidental), a desarrollar un PAN-Tiburones. El PAN-Tiburones describe diez objetivos que un plan para los tiburones debe tratar de alcanzar:

- Garantizar que las capturas de tiburones de las pesquerías dirigidas y no dirigidas sean sostenibles.
- Evaluar las amenazas a las poblaciones de tiburones, determinar y proteger los hábitats críticos y aplicar estrategias de captura coherentes con los principios de sostenibilidad biológica y uso económico racional a largo plazo.
- Identificar y prestar especial atención, en particular, a las poblaciones de tiburones vulnerables o amenazadas.
- Mejorar y desarrollar marcos para establecer y coordinar consultas efectivas en las que participen todas las partes interesadas en las iniciativas de investigación, gestión y educación dentro de los Estados y entre ellos.
- Reducir al mínimo las capturas accidentales no utilizadas de tiburones.
- Contribuir a la protección de la biodiversidad y la estructura y función de los ecosistemas.
- Reducir al mínimo los desechos y descartes de las capturas de tiburones, de acuerdo con el Artículo VII.2.2(g) del Código (por ejemplo, exigiendo la retención de los tiburones a los que se les han quitado las aletas).
- Fomentar el uso completo de los tiburones muertos.
- Facilitar la mejora de los datos de capturas y desembarcos por especies y el seguimiento de las capturas de tiburones.
- Facilitar la identificación y notificación de datos biológicos y comerciales específicos de cada especie.<sup>215</sup>

Para facilitar la consecución de estos objetivos, la FAO proporciona a los Estados un conjunto de directrices para la aplicación de un PAN-Tiburones. Lamentablemente, no todos los países que realizan prácticas pesqueras que afectan negativamente a los tiburones han adoptado un PAN-Tiburones, y la mayoría de los planes existentes no cumplen las directrices de la FAO. Desde la adopción del PAN-Tiburones por parte de la FAO en 1999, se han elaborado al menos 45 PAN-Tiburones nacionales y 8 planes regionales (datos recopilados hasta 2019).<sup>216</sup> Sin embargo, un estudio de 2016 demostró que, aunque el 64% de los desembarcos procedían de países que habían completado el PAN-Tiburones, solo el 9% de las capturas mundiales proceden de países con PAN-Tiburo-

<sup>214</sup> *Id.*

<sup>215</sup> Fischer, J., Erikstein, K., D’Offay, B., Guggisberg, S. & Barone, M. 2012. *Review of the Implementation of the International Plan of Action for the Conservation and Management of Sharks*. FAO Fisheries and Aquaculture Circular N° 1076. Roma, FAO. 120 pp.

<sup>216</sup> Véase <http://www.fao.org/ipoa-sharks/database-of-measures/en/> (última visita efectuada el 11 de Mayo de 2021).

nes completos.<sup>217</sup>

En 2009, Argentina, entendiendo la importancia de asegurar la salud de las poblaciones de tiburones en sus costas, emitió su Plan de Acción Nacional para la Conservación y el Manejo de Condictrios (PAN-Tiburones).<sup>218</sup> Desde su emisión, el plan ha sido revisado una vez (en 2015) y se han realizado varios talleres de expertos para, entre otras cosas, identificar las prioridades de investigación científica y los objetivos de gestión en las pesquerías argentinas que afectan a los tiburones.<sup>219</sup> Sin embargo, destacando el gran número de especies de tiburones en peligro crítico en las aguas argentinas, los científicos que trabajan en la región recomendaron recientemente que se reforzara aún más el Pan-Tiburones para fomentar una mayor protección de los tiburones.<sup>220</sup> ■

---

217 Davidson, *et al.*, *supra* nota 195, en 11.

218 Plan de Acción Nacional para la conservación y el manejo de condictrios (Tiburones, Rayas y Quimeras) en la República Argentina, *disponible en*: [https://www.magyp.gob.ar/sitio/areas/pesca\\_maritima/plan/PAN-TIBURONES/PAN\\_Tiburones.pdf](https://www.magyp.gob.ar/sitio/areas/pesca_maritima/plan/PAN-TIBURONES/PAN_Tiburones.pdf).

219 La lista de talleres, seguimientos y revisiones se encuentra en: [https://www.magyp.gob.ar/sitio/areas/pesca\\_maritima/plan/PAN-TIBURONES/index.php](https://www.magyp.gob.ar/sitio/areas/pesca_maritima/plan/PAN-TIBURONES/index.php).

220 Cuevas, J.M. (2019), *supra* nota 193.

# Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada en Argentina

— Por José Alberto Esain

## Introducción<sup>1</sup>

Tanto desde el Consejo Federal Pesquero como desde la Autoridad Pesquera Nacional (hoy Subsecretaría de Pesca y Acuicultura del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca), la Argentina ha venido trabajando en la implementación del Plan de Acción Nacional para Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada (PAN- INDNR).

En la actualidad nuestro sistema cuenta con dos instrumentos centrales para avanzar en esa dirección: por un lado, la resolución 1/2008 del Consejo Federal Pesquero que aprueba el Plan de Acción Nacional para Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca ilegal, No Declarada y No reglamentada (PAN-INDNR) y, por el otro, la actividad derivada del sistema de CERTIFICACIÓN DE CAPTURA LEGAL a efectos de cumplimentar los REGLAMENTOS 1005/2008 y 1010/2009 del Consejo de la Unión Europea y las diferentes resoluciones de la autoridad Pesquera Argentina, implementando el Sistema Nacional de Certificación de Captura Legal para ingresar los productos pesqueros bajo soberanía nacional al sistema europeo.

Ambos espacios se interrelacionan porque tiene por objeto la implementación de medidas eficaces para combatir la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada (PINDNR en adelante). En el presente nos proponemos describir someramente el sistema de Certificación de Captura Legal en Argentina.

## El contexto biológico: la fragilidad de los recursos vivos marinos

Con la cultura posmoderna ha nacido un nuevo paradigma: el ambiental. Primero aparecen los problemas (cambio del clima global, desaparición de especies, desertificación, enfermedades extendidas, contaminación por radioactividad, mares-basura, derretimiento de glaciares, escasez de agua potable) y luego la búsqueda de explicaciones. Los síntomas alertan sobre problemas con origen natural pero con el tiempo el responsable parece ser otro. El problema ambiental -como hemos dicho<sup>2</sup>- ha provocado enormes desequilibrios en la relación de los sistemas naturales y los humanos. La crisis de los primeros sabemos que ha ocurrido -incluso con alcance planetario- en

---

1 El presente capítulo es una extensión de un trabajo de consultoría que el autor realizara en el año 2015 para la Fundación Vida Silvestre Argentina que tenía por objeto hacer un análisis comparado del sistema de certificación de captura legal en cumplimiento de la Resolución 1005//2008 del Consejo de la Comunidad Europea y 1010/2009 de la Comisión con el Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.

2 Esain José Alberto, "El paradigma ambiental", en Cafferatta Néstor (Director) *Revista de derecho ambiental*, Editorial Abeledo Perrot, nro. 43, julio septiembre 2015, Buenos Aires, ps. 229 y subsiguientes.

épocas remotas pero siempre por causas naturales; muestra de ello fueron las glaciaciones o las erupciones volcánicas. Sin embargo en la modernidad esto ha cambiado, pues el hombre gracias a los avances tecnológicos ha adquirido una capacidad para modificar el entorno que era impensada en otra época.

En este contexto, hace tiempo que se ha abandonado la idea de que los actos humanos en relación a los seres vivos del mar no generan consecuencias para las especies capturadas ni para el ecosistema que las alberga. Sabemos que los peces no son inagotables y que debemos regular el modo en que nos valemos de ellos para alimentarnos porque con nuestros actos podemos provocar desequilibrios biológicos que comprometerían la viabilidad futura de esas poblaciones y de los integrantes de las cadenas tróficas que a ellas se relacionan. Este escenario de potencial alteración de la biodiversidad en el mar ha movilizó una serie de rudimentos jurídicos que –acompañando los sistemas clásicos de administración pesquera– ponen énfasis en la protección del ambiente marino.

### **El contexto internacional en materia de pesca ilegal, no regulada y no declarada**

La comunidad internacional hace años advierte los enormes problemas que provoca la pesca indiscriminada y sin control. Producto de esta preocupación por los inconvenientes que se vienen generando sobre las poblaciones de peces en nuestros mares, se pensó en la adopción a nivel mundial de normas que regulen la actividad para permitir su viabilidad futura. Estos aspectos han sido tratados en la primera parte del trabajo. En este apartado pretendemos enfocarnos en la regulación interna derivada de estos vientos que soplan desde diversos espacios normativos internacionales.

Con esta ampliación de las jurisdicciones de los países a las doscientas millas por las Zonas Económicas Exclusivas (ZEE en adelante) la zona de Alta Mar (AM en adelante) se ha visto reducida drásticamente y con ella las áreas donde ejercer la libertad de pesca.

Considerando estas zonas, tenemos la relación entre derechos de los estados costeros que trae el Plan de Acción Internacional (PAI-IUU en adelante) del 2001 que define *rationelocci* los conceptos de pesca IUU. Si debemos encontrar un punto temporal en que se conceptualice la pesca INDNR, podría ser el año 2001 con la sanción del PAI de la FAO. Pero lo más interesante de la definición es que se enlaza con los espacios donde se desarrolla y con los actores que son responsables:

#### **3.1 Por pesca ilegal se entiende las actividades pesqueras:**

*3.1.1 realizadas por embarcaciones nacionales o extranjeras en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste, o contraviniendo sus leyes y reglamentos;*

*3.1.2 realizadas por embarcaciones que enarbolan el pabellón de Estados que son partes de una organización regional de ordenación pesquera competente pero faenan contraviniendo las medidas de conservación y ordenación adoptadas por dicha organización y en virtud de las cuales están obligados los Estados o las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable; o*

*3.1.3 en violación de leyes nacionales u obligaciones internacionales, inclusive las contraídas por los Estados cooperantes con respecto a una organización regional de ordenación pesquera competente.*

#### **3.2 Por pesca no declarada se entiende las actividades pesqueras:**

*3.2.1 que no han sido declaradas o han sido declaradas de modo inexacto a la autoridad nacional competente, en contravención de leyes y reglamentos nacionales; o*

*3.2.2 llevadas a cabo en la zona de competencia de una organización regional de orde-*

*nación pesquera competente, que no han sido declaradas o han sido declaradas de modo inexacto, en contravención de los procedimientos de declaración de dicha organización.*

### 3.3 Por pesca no reglamentada se entiende las actividades pesqueras:

*3.3.1 en la zona de aplicación de una organización regional de ordenación pesquera competente que son realizadas por embarcaciones sin nacionalidad o por embarcaciones que enarbolan el pabellón de un Estado que no es parte de esa organización o por una entidad pesquera, de una manera que no está en consonancia con las medidas de conservación y ordenación de dicha organización o que las contraviene; o*

*3.3.2 en zonas o en relación con poblaciones de peces respecto de las cuales no existen medidas aplicables de conservación u ordenación y en las que dichas actividades pesqueras se llevan a cabo de una manera que no está en consonancia con las responsabilidades relativas a la conservación de los recursos marinos vivos que incumben al Estado en virtud del derecho internacional.*

*3.4 No obstante lo dispuesto en el párrafo 3.3, puede que cierta pesca no reglamentada tenga lugar de una manera que no esté en violación del derecho internacional aplicable y que tal vez no requiera la aplicación de las medidas previstas en el Plan de Acción Internacional (PAI).*

La implantación de la ZEE hizo que países con una gran flota de pesca a distancia como España y Japón vieran reducidas significativamente sus oportunidades de pesca. En la ZEE todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan de las libertades previstas en la Sección I de la Parte VII de la Convención excepto las relativas a los recursos vivos, sobre los que el Estado ribereño goza de derechos soberanos, determinando su captura permisible (art. 61.1 CNUDM) y dando acceso a otros Estados al excedente de la misma cuando no tenga capacidad para explotarla toda, mediante acuerdos u otros arreglos (art. 62.2 CNUDM). Como las principales poblaciones se encuentran en el área de las 200 millas, los limitados recursos que se encuentran más allá de esa distancia pronto se han visto sobreexplotados, aumentando del 5 al 10% las capturas en las zonas adyacentes de Alta Mar<sup>3</sup>.

Entre las causas principales para que la pesca haya pasado a ser una actividad de enorme depredación de los recursos vivos marinos se encuentran el deficiente sistema de control de los Estados del pabellón, incluyendo entre estos inconvenientes control y vigilancia muy escasos, y regulaciones insuficientes.

Si prestamos atención al informe del Banco Mundial y de la FAO *The Sunken Billions. The economic justification for fisheries reform*<sup>4</sup> de 2009, la pesca marítima pierde 50.000 millones de dólares por mala gestión, ineficiencia y sobrepesca. Aparecen por un lado el agotamiento de las poblaciones de recursos pesqueros y por el otro el exceso de capacidad de captura de las flotas. La pesca INDNR es una competencia desleal que distorsiona el mercado al provocar un aumento de la oferta y disminución de precio y que, además, implican un ingreso de cantidad de pescado al sistema que no tiene en cuenta la salud ambiental porque estamos ante productos que se originan en actividades que no respetan el ecosistema donde se realizan.

Otra de las causas de la crisis de los recursos vivos se debe a la sobrepesca. Según FAO, el 87% de los stocks pesqueros evaluados en el mundo están sobreexplotados, suma del 57% de stocks

3 United Nations, Conference on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (UN Doc. A/CONF. 164/INF/4), June 15, 1993, pp. 2-3. Más recientemente, en el mismo sentido pero con los mismos datos respecto al porcentaje, véase Review of Fisheries in OECD Countries 2009: Policies and Summary Statistics, OECD, 2010, p. 22

4 Banco Mundial y la FAO, *The Sunken Billions. The economic justification for fisheries reform*, The World Bank/FAO, Washington 2009, disponible en [siteresources.worldbank.org](http://siteresources.worldbank.org). Con un enfoque predominantemente económico del fenómeno de la pesca INDNR vid., asimismo, Why Fish Piracy Persists. The economics of Illegal, Unreported and Unregulated Fishing OCDE 2005 (Executive Summary disponible en [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

completamente explotados (de los que no puede capturarse más) y del 29,9 sobreexplotados o agotados<sup>5</sup>.

Hace ya tiempo que las flotas se encuentran capacitadas para capturar y almacenar mucha mayor cantidad de pescado, procesarlo en el mismo barco y congelarlo, permitiendo así una explotación mayor del recurso. Otro elemento son las subvenciones que se concede a la pesca, generando con ello una flota pesquera de altura que pretende defender los intereses de unos sectores pesqueros (en ocasiones sobredimensionados), relegando así a los países en desarrollo a la pesca artesanal por ser incapaces de subvencionar sus flotas nacionales.

Otro inconveniente radica en la falta de información transparente sobre capturas ilegales que se mezclan con las legales para blanquearlas y que se venden en el mismo mercado. Ante la información deficiente las autoridades permiten pesca que no controlan, que está por fuera de las medidas que adoptan y que conducen al agotamiento de los recursos y a una competencia totalmente desleal para con las capturas que sí cumplen con esas medidas.

Sánchez Jordán advierte también, la situación de los países en desarrollo, con frecuencia caladeros todavía no agotados y en su mayoría Estados azotados por conflictos internos y dominados frecuentemente por una corrupción endémica, lo que los torna incapaces de establecer ningún tipo de control sobre los buques que pescan en sus aguas jurisdiccionales o adyacentes facilitando aún más las cosas a los operadores IUU. Dado que este tipo de actividades representa una gran pérdida de ingresos para las comunidades que las sufren, que no reciben ningún beneficio de las capturas que, hechas en sus aguas por operadores y trabajadores extranjeros, se procesan y venden en otros mercados, cambiándose incluso el lugar de origen para eliminar cualquier referencia geográfica que pueda delatar la ilegalidad del producto, las reacciones no se han hecho esperar<sup>6</sup>. (Y cuáles fueron? Sería bueno detallar algunas)

#### Los problemas que trae la pesca INDNR son varios:

1. *Problema ambiental:* Agotamiento de las especies que se pescan y alto impacto sobre el ambiente (enfoque ecosistémico mediante). Es evidente que la pesca que no sigue las pautas dispuestas por los Estados para proteger los recursos vivos marinos compromete la viabilidad futura de esos recursos. Las medidas que adoptan los países en su jurisdicción para conservar las especies con valor comercial y evitar la explotación por encima del límite que biológicamente se recomienda no se aplica a la pesca que se hace fuera de todo control. Esto impacta negativamente sobre esas especies. Además, si el control sobre la pesca se relaciona también con la protección del ecosistema marino, entonces estamos ante un problema más grande porque la pesca INDNR provocará impactos sobre el ambiente en que se desarrolla, con severos condicionamientos tanto para la especie en cuestión como para el ecosistema relacionado (predadores, ambiente afectado por pesca de arrastre, etc.).

2. *Impactos sociales:* La pesca INDNR afecta directamente a las pesquerías de los países en vías de desarrollo. Teniendo en cuenta que la mayoría de los empleados del sector en estos países lleva a cabo su actividad de manera artesanal (en el 50% de los casos como negocio familiar) a través de pequeñas embarcaciones (en el 90% de los casos, menores de 24 metros de eslora) que faenan en las aguas cercanas a la costa (80%), la proliferación de operadores IUU, provistos de las últimas novedades tecnológicas en localización, captura y procesamiento de pescado a bordo, no parece

5 The State of World Fisheries and Aquaculture 2012, en adelante SOFIA 2012. La FAO ha empezado a utilizar, a partir de este último SOFIA, tres categorías de estado de las poblaciones, frente a las seis utilizadas en evaluaciones anteriores. Estas tres categorías no son nuevas, simplemente son el resultado de unir las tres categorías de poblaciones sobreexplotadas, en fase de recuperación y agotadas, en la categoría única de "poblaciones sobreexplotadas", y la categoría de poblaciones moderadamente explotadas e infraexplotadas en el grupo único de "poblaciones no explotadas plenamente". Sobre los detalles de esta nueva clasificación, véase FAO 2011, Review of the state of the world marine fishery resources. FAO, Fisheries and Aquaculture Technical Paper, No. 569.

6 Sánchez Jordán Ana Belén, cit., p. 45.

ser una competencia muy limpia. Amén de reducir los recursos comunes disponibles para todos los interesados, el efecto más directo de las actividades IUU sobre los pescadores locales (legales) se traduce en el incremento de los costes, ya que las capturas legales y las IUU acaban vendiéndose en los mismos mercados, pero los operadores legales pagan costes operativos más altos porque ellos sí acatan las medidas de conservación y gestión. Otro de los efectos es la disminución de los ingresos y exportaciones y, en última instancia, la pérdida de puestos de trabajo. Los operadores IUU son *free riders* que se benefician, por tanto, de los sacrificios del resto, minando sus esfuerzos de cara a la conservación y el uso sostenible de los recursos, y a los que animan a incumplir también las normas, reclutándolos<sup>7</sup>. Sumado a ello, las embarcaciones de pesca INDNR minimizan costos al eliminar los gastos típicos para una tripulación, que además está expuesta a peligros innecesarios que provocan mayor número de accidentes tanto por el objetivo de minimizar costos como porque el personal en muchos casos posee escasa preparación. Estamos en general ante barcos que no respetan ni los derechos de los trabajadores ni los mínimos derechos humanos. Esto evidencia las consecuencias perniciosas de esta actividad.

3. *Consecuencias económicas*: La pesca INDNR aumenta la cantidad de pescado en el mercado pero con un costo muy bajo de producción dado que es una actividad desarrollada bajo condiciones de total ilegalidad, sin cumplir con los requisitos de protección del ambiente, ni derechos de los trabajadores, etc. Esto provoca una competencia desleal para los barcos que desarrollan la actividad cumpliendo todos los requerimientos.

Luego de esta breve introducción y contextualización respecto a la cuestión de la pesca ilegal no declarada y no registrada, pasemos a revisar los instrumentos normativos que ha adoptado la Argentina al respecto. Para ello primero haremos un breve repaso del régimen jurídico de la pesca en nuestro país.

## **El régimen jurídico de la pesca marítima en la República Argentina**

Para ver la evolución de los regímenes jurídicos de la pesca en la Argentina, debemos pensar básicamente dos períodos históricos, siendo el segundo divisible en dos partes.

### **1. Régimen de la apropiación libre en el Código Civil (peces como *res nullius*)**

El primer período es el que se desarrolla a lo largo de todo el siglo XIX. En cuanto a los antecedentes legislativos –siguiendo en esto a Catalano– la primera regulación se remonta a períodos preconstitucionales de nuestro país. La primera norma dictada con respecto a la pesca es de 1821 y fijaba derechos en la costa patagónica. A esta ley le siguieron otras leyes y decretos dictados a partir de la organización constitucional argentina en los años 1888, 1902, 1905, y 1907, hasta la sanción de la ley nacional 9.475 del año 1914, que dividió la pesca en marítima y costera, esta última en el mar territorial y a desarrollarse por embarcaciones con pabellón nacional<sup>8</sup>.

Pero en este primer período histórico al cuerpo normativo que más le debemos prestar atención es al propio Código Civil, vigente desde 1871, que partía de considerar a los peces como cosas sin dueño –*res nullius*– y, como tales, susceptibles de apropiación privada. Como muestra podemos ver

7 Sánchez Jordán Ana Belén, cit., p. 84.

8 Catalano Edmundo, Brunilla María Elena, García Díaz Carlos, Lucero Luis, *Lecciones de derecho agrario y de los recursos naturales*, Zavalía, Buenos Aires, 1998, p. 316.

los artículos 2343 inc. 1, 2524, 2525 y 2527<sup>9</sup>.

El propio Código Civil traía referencias a la intervención estatal en esa materia cuando disponía que es “la pesca otra manera de apropiación, cuando el pez fuere tomado por el pescador o hubiere caído en sus redes” (art. 2547 CC). En cuanto a los lugares y su influencia sobre el régimen legal el Código Civil decía que “es libre pescar en aguas de uso público. Cada uno de los ribereños tiene el derecho de pescar por su lado hasta el medio del río o del arroyo” (art. 2548 CC). El rol del Estado aparece cuando se regla: “A más de las disposiciones anteriores, el derecho de cazar y de pescar está sujeto a los reglamentos de las autoridades locales” (art. 2549 CC).

Con esto tenemos no sólo la calificación jurídica del recurso natural como *res nullius*, sino además una clara delimitación de los roles de la autoridad estatal por esos años. En este esquema el codificador Vélez Sarsfield guardaba al Estado la capacidad para reglamentar, en ejercicio del poder de policía que le es propio y, dado el *carácter relativo* de los derechos, el modo en que se ejercía la pesca (art. 14 y 28 CN). Recordemos que *relatividad* de los derechos implica que ellos no son absolutos y, por el contrario, cabe al Estado la actividad limitativa de los mismos para lograr la compatibilidad en su ejercicio, intervención pública denominada “poder de policía”. Esta intervención restrictiva se produce con el objeto de proteger el tejido social para evitar consecuencias dañosas para el resto de los particulares o la seguridad pública. En el caso de la pesca, el Estado intervenía regulando una actividad que consistía en la apropiación que hacían los particulares de una cosa sin dueño.

Estamos en el período decimonónico, en que las prerrogativas individuales son limitadas por una intervención del Estado *liberal*. Esto implica pensar en un rol de actuación muy acotado por parte de los poderes públicos, circunscripto a los más esenciales deberes. Son los años del Estado gendarme, etapa histórica en la que se tiene por objeto simplemente evitar que, mediante el abuso en el ejercicio del derecho (art. 1071 CC), los particulares generen daños a otros ciudadanos o al resto de la población en general. Esto provoca que el régimen legal de la pesca en nuestro país tenga por estos tiempos una clara influencia de estos aires liberales, recibiendo un tratamiento jurídico y una calificación de la intervención estatal muy diferente de la que se le daría a mediados del siglo XX. Dice Miguel Marienhoff que los peces “son los representantes típicos de la fauna acuática; son los animales silvestres de las aguas y en ese sentido algunas legislaciones los llaman animales “bravíos” o “salvajes” (Código Civil del Ecuador artículo 597, Código Civil de Guatemala artículo 544, Código Civil de Panamá, Artículo 347). La pesca, aparte de constituir el medio de aprehender los peces, representa uno de los usos comunes de las aguas”<sup>10</sup>.

## 2. La demanialización del recurso ictícola

Lo que sucede es que esta figura muta porque *el Estado Argentino decide modificar la condición jurídica de los peces en el año 1967*. De todos modos el régimen se consolidará en dicha fecha sobre todo porque en esos años el Estado pretendía avanzar en la protección de los recursos del mar como geopolítica en relación a la ampliación de sus derechos sobre el mar. A pesar de la importancia de dicha fecha no podemos dejar de mencionar el enorme peso que poseen los antecedentes de regulaciones que ya nuestro país se había dado para ese momento, las que ya habían adelantado la

9 Dice el artículo 2343 que “Son susceptibles de *apropiación privada*: 1. Los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial”; el 2524 “El dominio se adquiere: 1. Por la *apropiación*...”; el artículo 2525 “La aprehensión de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas” y finalmente el artículo 2527 dice que “Son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales de caza, *los peces de los mares y ríos y de los lagos navegables*; las cosas que se hallen en el fondo de los mares o ríos, como las conchas, corales, etc., y otras sustancias que el mar o los ríos arrojan, siempre que no presenten señales de un dominio anterior\*; el dinero y cualesquiera otros objetos voluntariamente abandonados por sus dueños para que se los apropie el primer ocupante, los animales bravíos o salvajes y los domesticados, que recuperen su antigua libertad”.

10 Marienhoff Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 761.

demanialización de los recursos vivos del mar<sup>11</sup>.

Veamos la segunda etapa de regulación. Existe un punto temporal, cronológico, en el que los *recursos vivos que pueblan el Mar Argentino definitivamente pasan a ser cosas integrativas del patrimonio del Estado Argentino*. Con esto se produce una patrimonialización de los mismos. El cambio de *status jurídico* de los recursos vivos del mar se consolida –los antecedentes reseñados ya nos alertan sobre una demanialización, producto de anteriores normas– con la adopción del decreto de facto 17.500 de 1967 que dice en su primer artículo: “Los recursos vivos existentes en las zonas marítimas bajo soberanía argentina son *propiedad* del Estado Nacional, el que podrá conceder su explotación conforme a la presente ley y su reglamentación. (Texto actualizado según ley 20.136, Art. 1, B.O. 15/02/73). Agrega el artículo 2: “Los recursos a que se refiere el artículo anterior sólo podrán ser explotados por embarcaciones con pabellón argentino y con previo *permiso* otorgado por la autoridad competente” (Texto actualizado según Ley 20.136, Art. 1, B.O. 15/02/73).

A través del decreto 17.500 se “patrimonializan” los recursos vivos del mar a favor del Estado, al quedar incluido desde ese momento en el peculio de la Administración. Con dicho instrumento jurídico el caladero que puebla el Mar Argentino muta en su condición jurídica y deja de ser *cosas sin dueño susceptibles de apropiación privada* pasando a ser *propiedad* del Estado Nacional, el que podrá conceder su explotación conforme el régimen jurídico aplicable, es decir mediante permisos.

Para nosotros, el paso más importante se dio con esta patrimonialización a favor del Estado, pues entonces, utilizando una técnica muy difundida en el derecho ambiental como es la demanialización, se dotó a un recurso natural del carácter de bien del dominio público del Estado. Se lo hace desde una noción diferente: la de proteger la riqueza Nacional que se compone, entre otras cosas, de los recursos naturales del país. En este aspecto la técnica de incluir al recurso natural en el dominio público del Estado no está dada para satisfacer un fin con el uso que den los particulares sino que en este caso se vincula con la capacidad que tendrá el Estado para intervenir, focalizando la gestión en una utilización racional de los recursos naturales. Con esta técnica se logra la protección, ya que es la Administración la que se reservará la regulación de la explotación mediante actos administrativos (permisos<sup>12</sup> y concesiones temporales<sup>13</sup>), los que se mantendrán sólo si se dan determinadas condiciones, sobre todo las relacionadas con la conservación del recurso para el logro –hoy– del *uso racional* que pretende la Constitución Nacional en el segundo párrafo del artículo 41 CN y en sintonía con la Ley General del Ambiente 25675.

De todos modos, la interpretación que hacemos se basa en la tesis del dominio público que se afianza no en la cosa y su régimen patrimonial, sino en el modo en que relaciona el Estado con la misma. Desde hace años la figura ha venido adoptando perfiles novedosos, sobre todo porque ha

---

11 Encontramos, varios antecedentes normativos referidos a la pesca a fines del siglo XIX que se adelantan a este nuevo criterio. Por ejemplo El Decreto de fecha 8 de agosto de 1821. Agregamos el Artículo 1º Ley Derechos a la pesca en la costa patagónica, Sala de Sesiones en Buenos Aires, Octubre 22 de 1821: “Los naturales y vecinos de la provincia podrán exportar o introducir en cualquier punto de ella y reexportar libres de todo derecho, los productos de la pesca, igualmente que los de la caza de anfibios en la costa patagónica, en buques nacionales; si lo hiciesen en buques extranjeros, pagarán un peso por tonelada a su salida de aquella costa”; Decreto de fecha 28 de octubre de 1829 que prohíbe en el pueblo y costas de Patagones, la pesca de anfibios; Artículo 4º de la Ley de prohibición de la pesca en general en la costa patagónica e islas adyacentes, de fecha 9 de octubre de 1880; Artículo 2º de la Resolución de fecha 31 de diciembre de 1887, autorizando a los señores Victoriano Braña y Eusebio López, para pescar en la zona que abarca la Bahía Blanca a partir del puerto Belgrano; Artículo 1º del Decreto de fecha 18 de febrero de 1888; Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 24 de enero de 1899, concediendo permiso para pescar a Dn. J.N. Reed. Todos estos datos se pueden encontrar en Seitune Daniel, “Desarrollo sustentable e la pesca argentina”, en *Revista Pesca y puertos de la Patagonia*, nro. 24 24/11/2004, ps 3/4.

12 Los permisos de pesca son permisos precarios.

13 La Resolución 2/2001 en su artículo 4 dice que Cuota Individual de Captura (CIC) es una “concesión temporal del Estado a favor de una persona, que lo habilita para la captura de un porcentaje de la CTA de una especie determinada y cuya magnitud, expresada en toneladas métricas, quedará establecida cada año en función de la CTA”, aunque no debemos olvidar que resultan ser el complemento que la Administración otorga sobre el permiso, que no deja de ser un título signado por la precariedad.

pasado a formar parte del elenco de instrumentos de gestión del derecho ambiental. Un replanteo de la figura permitirá pensar en bienes que, siendo integrativos del dominio público del Estado, no necesariamente deben poseer todos los elementos constitutivos de la figura tal como era considerada por la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX.

### 3. El régimen jurídico de los recursos vivos marinos como de dominio público.

¿Qué significa que los peces son bienes del dominio público? En esto, la doctrina española es la que más ha analizado el tema, debido -sobre todo- a que la atribución de varios de sus recursos naturales como bienes integrativos del dominio público surge de una norma constitucional (132 CE) como ya hemos analizado. Por este motivo los españoles han debido profundizar la relectura de esta integración a efectos de facilitar el manejo de estos recursos naturales, algo que con la noción clásica de dominio público resultaba más complejo. Por este motivo, para ellos esa calificación *demanial* se hace más con un sentido *preventivo*, que implica permitir al Estado el control de las actividades de explotación de los recursos, descubiertos o por descubrir, situados en esas zonas marítimas.

Para José Ignacio Morillo y Velarde Pérez la utilización de este instituto se hace pretendiendo articular un conjunto de instrumentos a través de los cuales se garantiza el *uso racional y equilibrado* de unos recursos naturales en aras de la función de protección del medio ambiente que le asigna la Constitución (art. 45.2 CE)<sup>14</sup>. Pues bien, esto mismo debemos transportar a nuestro país, donde el dominio público del Estado se hace a efectos de construir un título de actuación estatal con respecto a los bienes que quedarán incluidos en dicha categoría. Se facilitará así la intervención de “las autoridades” a efectos de “proveer a la (...) utilización de los recursos naturales” (conforme segundo párrafo del artículo 41 CN). Como vemos, aquella inclusión histórica<sup>15</sup> dentro del patrimonio del Estado de los recursos vivos del mar obedece a una noción *conservacionista*, que implicará darle un sentido de futuridad a la actividad. No se pretende tomar estos bienes para el patrimonio del Estado, pues el Estado no dispondrá de ellos conforme a los cánones comunes del derecho privado, ni tampoco se pretende cubrir con los recursos vivos del mar (cosa fungible) fines de utilidad pública ni las demás condiciones que deberían abonarse para ingresar en la noción clásica de dominio público. Lo que se busca es permitir al Estado monopolizar los títulos por los cuales se permite tomar recursos naturales vivos del Mar Argentino, los que además año tras año pueden luego ser modificados, limitados y circunscriptos en su ejecución por nuevos requisitos y condiciones.

#### La afectación une así dos aspectos:

A) *aspecto negativo*: exclusión de la propiedad privada y,

B) *aspecto positivo*: habilitación de títulos jurídicos de actuación para la Administración a través de los cuales se ejercen funciones de conservación y regulación.

¿Por qué es tan importante estudiar este aspecto en relación a la pesca? La respuesta es muy sencilla: si la inclusión de los recursos vivos del mar dentro del dominio público siguiera la tesis más clásica, imbuida de un sentido patrimonialista, los títulos demaniales por los cuales el Estado podría intervenir sobre su aprovechamiento, serían mucho más rígidos y, por lo tanto, generarían facultades limitadas en cuanto al manejo. En cambio, si la inclusión dentro del dominio público tiene otro correlato -comprensivo de una noción más moderna y funcional- la Administración poseerá mejores títulos de actuación, para facilitar el manejo del recurso sin perder esta calificación del bien jurídico como de dominio público,

Desde esta *noción funcional* del dominio público, la Corte empieza a construir una redefinición

14. Morillo José Ignacio y Pérez Velarde, “Las transformaciones del derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas”, en *Dominio público, naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Gabriel de Reina Tartièrre (coordinador), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2009, ps. 126 y 127.

15. Dada por el decreto de facto 17.500.

de la actuación del Estado en la utilización *racional* de los *recursos naturales*. Esta será la base que permitirá una gestión adecuada de la administración, sin depender de indemnizaciones a los particulares por las limitaciones que produzca con sus avances sobre los derechos de adquisición del recurso. Entrecruzarán varios instrumentos para mecanizar la utilización racional de los recursos vivos del mar, entre los que se cuentan:

1. *la política nacional de pesca,*
2. *sistema de administración pesquera que conjuga la figura del permiso a la que se le agrega el régimen de cuotificación,*
3. *los instrumentos de conservación*
  - *cualitativos, es decir cuota máxima de captura permisible y,*
  - *cuantitativos, o medidas técnicas como las zonas o épocas de vedas, tipos de artes y de redes,*
4. *el control en buques,*
5. *monitoreo sobre las pesquerías (a través de diferentes sistemas de seguimiento, como el control satelital por ejemplo),*
6. *los informes científicos especializados,*
7. *política nacional de investigación pesquera,*
8. *y sobre todo la precariedad de la figura jurídica utilizada –sin necesidad de indemnización– ya que la técnica permisoria permite la pesca pero quedándose el Estado con la capacidad de limitar, condicionar, o anular la autorización para el supuesto en que no se cumplan con determinadas condiciones impuestas y, modificables en el tiempo, conforme la evolución del recurso natural.*

Como vemos, la figura jurídica utilizada es esencial para que el Estado pueda diseñar el mejor modo en cuanto a la *utilización* del *recurso* sin necesidad de indemnización a particulares por la revocación del acto de autorización. De lo contrario, no habría política pesquera posible. Esto es así aquí y en todo el Globo.

Para nosotros la confusión por la que se niega este requisito para los recursos vivos radica en pensar que el objeto de regulación se posa sobre un bien particular (pez) y no sobre una *generalidad* (recurso natural). Esta última categoría incluye no sólo los peces de valor comercial, sino todos los recursos vivos que pueblan el mar argentino. Estamos hablando de aves, plancton, fitoplancton, mamíferos marinos, pinnípedos y, por supuesto, también de peces con valor comercial. El derecho ambiental obliga a pensar en nuestras categorías, o mejor dicho a repensar las categorías clásicas, sobre todo las que se refieren a recursos naturales porque en estos casos el hombre regulará su utilización para evitar su extinción. En consecuencia no podemos pensar cuando vemos el objeto de regulación en categorías clásicas –peces del código civil– porque hoy el dominio público referido por el decreto de facto 17.500 tiene por objeto incluir dentro de la riqueza nacional un recurso natural para monopolizar por el Estado su utilización y evitar su agotamiento. Esta es la traducción del instituto clásico del dominio público a derecho ambiental. No estamos ante cosas fungibles o consumibles en el sentido clásico, sino ante sistemas ambientales (flora y fauna marina) que serán declarados de dominio público para que el Estado mantenga el monopolio respecto a su utilización.

Es de nuestra opinión que este tipo de bienes jurídicos (los recursos vivos del mar) siendo *recursos naturales renovables* no pueden considerarse como cosas de dominio privado del Estado. Estamos ante bienes que componen la riqueza nacional, y que son por lo tanto de dominio público. En

apoyo de nuestra posición citamos a dos autores de enorme importancia.

Los españoles lo entienden claramente respecto a su artículo 132.1 cuando dice: “que se extiende el manto demanial sobre un espacio marino y unos recursos naturales sobre los que el Estado español ejerce de acuerdo con el Derecho internacional, una relación de soberanía, equiparando por ello la calificación de dominio público a una relación jurisdiccional, lo que descubre su verdadera funcionalidad”<sup>16</sup>. Cuando nuestro país mediante las legislaciones que hemos citado califica estos recursos como bienes de propiedad del Estado Nacional, lo que ha hecho es *reservar* a la Administración el control de su explotación, prohibiéndola sin la previa obtención del título administrativo correspondiente y asegurando la explotación racional de los recursos conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Constitución. Esto se desprende del decreto 17.500 cuando dispone que el Estado Nacional “podrá conceder su explotación conforme a la presente ley y su reglamentación”. El Estado Argentino posee el dominio público sobre este recurso natural a efectos de poder monopolizar el manejo del mismo y su explotación la que se darán en el marco de la legislación que regula la actividad.

En cuanto al tercer requisito - teleológico- se vincula con el fin al que se tiende a satisfacer con la utilización del bien de dominio público, que debe ser siempre de interés general. Los recursos vivos del Mar Argentino resultan ser, junto a su subsuelo, una riqueza nacional que el Estado debe administrar para evitar su agotamiento. El agotamiento de estos recursos naturales implicará la pérdida de biodiversidad y de las condiciones que permiten vivir al hombre, por este motivo el derecho ambiental posee un *fin público en la preservación de los bienes colectivos que forman el ambiente*. Entre estos se encuentran los recursos vivos del mar que pueden ser tomados por quienes realizan la actividad pesquera pero el Estado debe evitar que esa toma pueda incidir en la viabilidad de la especie. En este aspecto radica el fin público: la conservación del recurso que hace a la riqueza nacional y a la protección del ambiente donde el hombre vive.

Finalmente el *requisito normativo* se verifica porque es el decreto 17.500 -y antes la ley 9475 del 29/07/1914 y las normas concordantes- que ha venido incluyendo estos recursos naturales en el dominio del Estado.

Son todos estos motivos los que nos convencen de que los recursos vivos del mar han quedado incluidos en el dominio público del Estado. Este mecanismo es utilizado a efectos de *reservar* a la Administración el control de su explotación, prohibiéndola sin la previa autorización administrativa correspondiente, que además resulta precaria pues el Estado puede prohibir la explotación o limitarla si median razones de interés público comprometidas. El fin perseguido es la explotación racional para evitar su agotamiento y el del ambiente en general.

Ramón Martín Mateo que dice en su Tratado: “No hay ciertamente un derecho natural a la pesca, como tampoco lo hay a la caza, y aún en el supuesto de que existiera una abundancia irrestricta de recursos para el ejercicio de estas actividades, será necesaria la intervención del Estado para ordenarlos o si se quiere para la efectividad de una supuesta libertad genérica de pescar como vía apropiatoria de bienes comunes. No comparto el criterio antiguo del Consejo de Estado<sup>17</sup> sobre la necesidad de una norma de rango de Ley para organizar en concreto la actividad pesquera, ni tampoco la tesis de la doctrina española, que concibe al hombre titular nato de infinitas potestades sólo recortables por el legislador que limita así el libre desarrollo de su personalidad<sup>18</sup>. Otra cosa será que se trate de derechos fundamentales asignados por la Constitución. Pero en nuestro caso

16 Menéndez Rexach J., “La configuración del dominio público marítimo terrestre”, en Jornadas sobre la ley de Costas, EGAP, Santiago de Compostela, p. 53. También publicado en la Revista de estudios Territoriales, núm. 34, septiembre-diciembre de 1990, citado todo en Gonzalo A. Barrio García, op. cit., p. 31.

17 Dictamen del 14.1.1980.

18 Santamaría Pastor J., *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, vil I, p. 781; García de Enterría E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 50.

lo que está en juego es el respeto del orden ambiental que tiene, por cierto, respaldo constitucional también en muchos países incluido España, donde se conmina a los poderes públicos<sup>19</sup> a que velen por la gestión racional de los recursos naturales”<sup>20</sup>.

Veamos cuál fue el recorrido de la regulación histórica de nuestros recursos vivos marinos luego de la ley 17.500.

### **El período posterior a la ley 17.500: leyes 20136 y subsiguientes**

En el período que va desde la sanción del decreto de facto 17500, seguido por las normas posteriores tales como la ley 20.136 y hasta la sanción de la Ley Federal de Pesca 24.922 el caladero argentino fue administrado por lo que se conoce como “sistema olímpico”, es decir que todos los buques con permiso de pesca, mayoritariamente irrestrictos, competían por un recurso único. Este sistema, incentivado y avalado por las autoridades pesqueras, fomentó una verdadera “carrera por la pesca” acrecentando progresivamente los niveles de captura y poniendo en grave riesgo de extinción varias especies. La crisis de esta modalidad de administración fue lo que llevó al cambio por un sistema de cuotas. Estos sistemas agregan al manejo clásico – “olímpico” – mediante demanización y permiso precario, las medidas de protección del recurso cuanti y cualitativas, ambas teniendo en consideración la recuperación biológica.

Surgen entonces las limitaciones de captura como modalidad que se adopta en casi todo el mundo a efectos de proteger los recursos marinos de la depredación que produce la actividad pesquera sin ningún límite. Estas medidas de protección cuantitativas son el nuevo sistema de administración de la actividad el que ha desplazado al mencionado sistema olímpico.

Desde fines de la década de 1960 se produjo en Argentina un proceso de promulgación y modificación de leyes y decretos que marcaron el inicio del interés manifiesto del Estado nacional por la pesca. Recordemos entre tantas la delimitación de la soberanía sobre las 200 millas marinas desde la costa (Ley 17094), el establecimiento de permisos de pesca, exenciones, reducciones, diferimientos de impuestos y medidas promocionales para la instalación de empresas pesqueras en el territorio ubicado al sur del río Colorado (Ley 19.000) y la exclusividad de barcos de bandera argentina para la pesca dentro de las 200 millas (Ley 20.136)<sup>21</sup>.

Durante la década de 1970 se sanciona la Ley de Promoción Industrial (Ley 21.608) que fomentó el incremento de las inversiones extranjeras y la formación de sociedades mixtas o asociaciones temporales que contaron con los créditos y avales del Banco Nacional de Desarrollo para el fortalecimiento de la actividad<sup>22</sup> y la ley 19.002 de 1971 con la creación de mercados nacionales de concentración pesquera para controlar la comercialización, la calidad y la sanidad de los productos. La ley declara obligatoria la concentración en mercados de todos los productos de la caza y pesca marítima y fluvial obtenidos por embarcaciones que operaran en puertos argentinos. Es autoridad de aplicación el Servicio Nacional de Pesca, según decreto reglamentario 441/1971. Se crea el Mercado Nacional de Concentración Pesquera del Puerto de Mar del Plata (decreto 442/1971).

19 Art. 45 CE

20 Martín Mateo Ramón, Díez Sánchez José (col), *Tratado de derecho ambiental: Recursos naturales, Volumen 4*, Trivium, Madrid, 1997, ps. 179/80.

21 Cóccaro, J.M. et al, 2002, “La Minería Pesquera argentina”, en *Reflexiones Geográficas* N° 10 Revista de la Agrupación de Docentes Interuniversitarios. Geografía. Río Cuarto, Córdoba, citado por “Evolución de la legislación pesquera argentina desde la segunda mitad del siglo xx. ciclos de la actividad pesquera en Santa Cruz”, Dra. Ma. E. Cepparo Mg. Graciela Gabriellidis Prof. Estela Prieto Dra. Marta Huertas, disponible en

22 Mizrahi, E., 2001 a. Caracterización del sector pesquero argentino. Aspectos económicos financieros. Consejo Federal de Inversiones CFI. Buenos Aires y Mizrahi, E., 2001b, Caracterización del sector pesquero argentino. El marco de referencia, institucional y político, Consejo Federal de Inversiones (CFI). Buenos Aires, citado por “Evolución de la legislación pesquera argentina desde la segunda mitad del siglo xx. ciclos de la actividad pesquera en Santa Cruz”, Dra. Ma. E. Cepparo Mg. Graciela Gabriellidis Prof. Estela Prieto Dra. Marta Huertas, disponible en [http://bdigital.uncu.edu.ar/bdigital/objetos\\_digitales/1143/evolucion-de-la-legislacion-pesquera...pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/bdigital/objetos_digitales/1143/evolucion-de-la-legislacion-pesquera...pdf).

En 1977 y por ley 21.673 se crea el Instituto de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP, en adelante) como ente descentralizado con personería jurídica que debe actuar en jurisdicción del Ministerio de Economía, Secretaría de Estado de Intereses Marítimos y Subsecretaría de Pesca.

El 21 de noviembre de 1979 se dicta la ley 22.107 que crea el Fondo Nacional de la Pesca y que regula el régimen de administración. Será esta la ley la que se mantendrá vigente hasta el desembarco de la actual Ley Federal de Pesca.

En la década de 1980 las irregularidades de la política económica nacional junto a los problemas financieros desencadenados en el período anterior hicieron crítica la situación del sector pesquero: la política cambiaria afectó negativamente a las industrias que dependían en gran medida de las exportaciones; el elevado costo del crédito bancario perjudicó a las empresas por el valor de los insumos y los salarios de la mano de obra; el mercado de consumo interno se redujo; existía una flota pesquera obsoleta y algunas especies tenían altos niveles de sobrepesca. En 1982 la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, benefició a los países ribereños en detrimento de los poseedores de gran flota pero poca ribera debido a que estableció el Régimen Jurídico que internacionalmente definía el Mar Territorial, la Zona Contigua y la Zona Económicamente Exclusiva. Este orden jurídico internacional motivó el traslado del centro de gravedad de la actividad pesquera mundial hacia las zonas subutilizadas y el consiguiente ingreso en el mercado de países como la Argentina<sup>23</sup>.

Ante la ausencia de una ley nacional de pesca, la actividad en el país siempre se sostuvo jurídicamente con permisos de pesca concedidos por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (SAGPyA) y las resoluciones reglamentarias para su otorgamiento. A partir de 1986 se creó el “permiso de pesca restringido” para la preservación de algunas especies. Sin embargo, un año después se concretaron convenios con la URSS y Bulgaria que fueron completados en los noventa con los acuerdos de pesca con la Comunidad Económica Europea, que incrementaron la explotación de determinadas especies. Las capturas de las flotas de estos dos países produjeron impactos negativos: en el aspecto ecológico, por la sobreexplotación de especies demersales y desde el punto de vista socioeconómico, por la escasa mano de obra argentina empleada en las embarcaciones y la ausencia de procesamiento de la materia prima capturada en tierra. Sólo se benefició un reducido número de empresas argentinas asociadas, a las que debían comprar un 30% de su producción. Por las licencias otorgadas la Argentina sólo obtenía un canon del 3% de la producción<sup>24</sup>.

Llegamos finalmente a la sanción de la Ley Federal de Pesca 24.922.

## La Ley Federal de Pesca 24922

Con la llegada del régimen federal de pesca de la ley 24922 el Estado pretende jugar un rol más activo, fortaleciendo su intervención sobre la actividad de los privados, con más facultades para limitar la explotación del recurso y con foco en la *utilización racional* que es la sostenibilidad aplicada a este tema. Para ello la base serán tres cuestiones:

### 1. La consolidación de un régimen jurídico del recurso desde tres elementos:

- *Patrimonialización en cabeza del Estado (peces como bienes de dominio público), prohibición de explotación a los particulares y*
- *permisión sólo mediante acto precarios de la Administración, con condicionamientos, sujetos a los resultados de la explotación anterior mediante un instrumento central que es el*

23 Cepparo María Ester, Gabrielidis Graciela, Prieto Estela, Huertas Marta, “Evolución de la legislación pesquera argentina desde la segunda mitad del siglo xx. ciclos de la actividad pesquera en Santa Cruz”, disponible en [http://bdigital.uncu.edu.ar/bdigital/objetos\\_digitaes/1143/evolucin-de-la-legislacin-pesquera...pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/bdigital/objetos_digitaes/1143/evolucin-de-la-legislacin-pesquera...pdf).

24 Cepparo María Ester, Gabrielidis Graciela, Prieto Estela, Huertas Marta, cit.

*tercer elemento,*

- *capturas máximas permisibles que condicionan el ejercicio de la actividad permitida a un elemento relacionado a la cantidad de recurso natural explotable y la permanencia futura de la especie en el marco del desarrollo sostenible, esto es, considerando el elemento ambiental, el económico y el social del sector pesquero;*
  - *sistema de administración por cuotas. Esto porque, además, el particular se encuentra frente al Estado con una doble limitación: el ingreso al caladero depende del permiso y, además, en los casos de especies cuotificadas el sistema de administración obliga al particular a contar con una cuota individual transferible de captura que representa el máximo que durante ese período de tiempo podrá capturar de esa especie, tomado como un porcentaje de la captura máxima permisible que acabamos de mencionar.*
2. *Política nacional pesquera concertada en un órgano intrafederal creado a esos efectos con integración de la Nación y las provincias con litoral marino: el Consejo Federal Pesquero.*
  3. *Sistema de información científica, con control y monitoreo permanente, para que las limitaciones a los derechos de explotación del recurso natural posean la necesaria razonabilidad técnica.*

*Sistema financiero para hacer frente a estas actividades, todo ello desde la creación de un fondo con aportes del sector.*

Conforme las diferentes regulaciones vigentes y, especialmente la LFP, los recursos pesqueros ubicados en la zona correspondiente a la soberanía argentina sólo pueden explotarse por embarcaciones de pabellón nacional que cuenten con el *permiso de pesca* necesario. Veremos a continuación que además del permiso se necesitará también cuota de captura asignada al buque en caso de una especie cuotificada. Dispone el artículo 23 de la LFP: “Para el ejercicio de la actividad pesquera deberá contarse con la *habilitación* otorgada por la Autoridad de Aplicación según lo estipulado en los artículos 7 y 9 de la presente ley, mediante alguno de los actos administrativos enumerados a continuación: a) *Permiso de pesca*: que habilita para el ejercicio de la pesca comercial a buques de bandera nacional, para extraer recursos vivos marinos en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina; b) *Permiso de pesca de gran altura*: que habilita a buques de pabellón nacional para el ejercicio de la pesca comercial, sobre el talud continental, fuera de la Zona Económica Exclusiva, alta mar o con licencia en aguas de terceros países; c) *Permiso temporario de pesca*: serán otorgados a buques arrendados a casco desnudo en las condiciones y plazos establecidos en la presente ley. El mismo tratamiento se aplicará para los buques de pabellón extranjero que operen en las condiciones de excepción establecidas por esta ley; d) *autorización de pesca*: que habilita para la captura de recursos vivos marinos en cantidad limitada, para fines de investigación científica o técnica.

Agrega el artículo 24: “La explotación de los recursos vivos marinos en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina, sólo podrá ser realizada por personas físicas domiciliadas en el país, o jurídicas de derecho privado que estén constituidas y funcionen de acuerdo con las leyes nacionales. Los buques empleados en la actividad pesquera deberán estar inscriptos en la matrícula nacional y enarbolar el pabellón nacional”.

Es decir que el primer requisito para ingresar al caladero y poder realizar la pesca comercial es contar con una *habilitación* de las cuatro que enumera el artículo 23 LFP citado. Luego se necesitará que el buque esté inscripto en la matrícula nacional y tenga pabellón nacional<sup>25</sup>.

Pero además de poseer alguna de estas *habilitaciones*, el buque que desee desarrollar la pesca

25 Veremos luego que para las embarcaciones de pabellón extranjero existe un régimen excepcional.

comercial deberá contar con una *cuota de captura asignada*, es decir un *requisito complementario* pero *necesario*, que implicará un *límite cuantitativo* respecto a la cantidad de recurso pesquero que el barco podrá pescar.

Dice al respecto el artículo 28 LFP: “Los permisos de pesca son habilitaciones otorgadas a los buques solamente para acceder al caladero, siendo necesario para ejercer la pesca contar con una cuota de captura asignada o una autorización de captura en el caso de que la especie no esté cuotificada”.

Claramente vemos que la ley, siguiendo el sistema que poseía nuestro país en las últimas décadas del siglo XX, adopta un régimen de pesca basado en la prohibición general de la toma de recursos del caladero y la autorización mediante actos administrativos a los particulares para la toma del recurso natural, pero agregando una condición nueva: la cuota individual derivada de la captura máxima permisible. En el caso de las autorizaciones para aprovechamiento de los recursos vivos del mar en nuestro régimen, la Ley de Pesca instaura una modalidad de *autorización operativa* pues si bien ella se da en un tiempo y estadio inicial, dependerá luego del mantenimiento de esa autorización, de determinadas condiciones del recurso (ya sea por la cuota individual de captura) como del permiso mismo que puede revocarse en caso de que se den determinadas condiciones, por la Administración. Como vemos, esta figura jurídica es la que permitiendo este tipo de prerrogativas a favor de la Administración, facilitará la programación de acciones y medidas en favor de los intereses de nuestro país y la sostenibilidad del recurso a través de una *política nacional de pesca*, elaborada y ejecutada de manera eficaz, sujeta a una modificación constante, con metas interinas y graduales, de cumplimiento imperativo.

Siguiendo en esto la tesis de García de Enterría donde la autorización es una categoría unitaria, sin distinguirla del permiso<sup>26</sup> pero sí clasificándola aplicando la doctrina al régimen de pesca, veremos que estamos ante un *sistema de autorizaciones -no concesiones- operativas* y de *funcionamiento*. Son autorizaciones *operativas* y no *simples* porque el permiso de pesca, luego de otorgado, por sí solo no permite el ejercicio de la actividad sino que queda sujeto a una serie de condiciones más para poder permitirla. Por ello es que debemos recordar que la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, en pleno, concluyó que el régimen de las *autorizaciones* se trata de una técnica mediante la cual se instrumenta la regulación global de una actividad, creándose una relación especial de sujeción. Esta regulación unilateral comprende tanto el momento inicial de la autorización (otorgamiento) como todo el desarrollo posterior de la actividad. En este sentido, se trata de *verdaderos actos condición*, es decir, que introducen al particular en una situación reglamentaria en la cual sus derechos y obligaciones surgen de cara a las normas en cada momento vigentes<sup>27</sup>.

Dentro de este sistema quedan integradas las autorizaciones para ejercitar la actividad de pesca en nuestro régimen. Para la LFP, “La pesca y el procesamiento de los recursos vivos marinos constituyen una actividad industrial”. Su regulación se dará con sujeción al Régimen Federal de Pesca Marítima que establece dicha ley. Básicamente el papel de la Administración no se reduce sólo a la mera emisión del acto condición para relevar de la prohibición inicial sino que, durante todo el largo período de vida de la autorización, el Estado se informa acerca de las condiciones en que el *título precario* se ejerce y, en caso de que con ese ejercicio se hayan incumplido las condiciones del otorgamiento o en caso de que los estudios científicos alerten sobre consecuencias negativas para el recurso natural si se permite la continuidad de la actividad tal como se viene dando, la Administración puede limitar e incluso anular.

El otorgamiento del permiso de pesca y su sostenimiento son facultades que competen exclusivamente a la autoridad administrativa, que cuenta con los medios técnicos idóneos para deter-

26 Aunque luego profundizaremos sobre este aspecto.

27 CNFed. Contencioso administrativo, en pleno, 1/10/85, Multicambio S.A. c. B.C.R.A. (La Ley, 1985-E, 263).

minar su procedencia y persistencia. Para dar base justificada en la razonabilidad científica de las revocaciones o limitaciones de los derechos de los particulares, la ley trae un instrumento central: los informes del INIDEP. Estos serán claves para justificar la razonable limitación de los derechos de los particulares a acceder al caladero. Desde el punto de vista del derecho administrativo las limitaciones que se den a esos actos permisivos precarios no pueden sino responder a la estructuración de políticas sectoriales claras que delimiten normativamente las finalidades que debe perseguir la acción administrativa en materia pesquera. Dichas políticas deben estar dirigidas, en principio, a determinar el grado de explotación que es biológicamente sostenible a largo plazo, ya que si bien no cabe duda que existen importantes intereses económicos que deben ser contemplados y aún cuestiones de política de empleo, no es posible desconocer el mandato contenido en el art. 41 de la CN en cuanto a que las actividades productivas deben satisfacer las necesidades actuales sin comprometer las de las generaciones futuras. Este criterio se afirma, como veremos más adelante con la LGA.

Del artículo 23 LFP surgen los requisitos a los que hemos hecho referencia previamente. En todos estos actos intervienen -como a continuación veremos- ambas autoridades creadas por la LFP, Autoridad de Aplicación Federal y el Consejo Federal de Pesca. Por ejemplo, para la emisión de los permisos de pesca se necesita el concurso de ambas autoridades, es decir, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que los otorga, pero previa autorización del Consejo Federal Pesquero (7 inc. d).

Pero no sólo se deberá contar con el permiso de pesca para desarrollar la actividad sino que además la LFP posee un Capítulo VII dedicado a la “Conservación, Protección y Administración de los Recursos Vivos Marinos”, donde se sujeta la actividad pesquera a otros requisitos más que el simple permiso. Concretamente dice este título que “La pesca en todos los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina, estará sujeta a las restricciones que establezca el Consejo Federal Pesquero con fundamento en la conservación de los recursos, con el objeto de evitar excesos de explotación y prevenir efectos dañosos sobre el entorno y la unidad del sistema ecológico” (artículo 17). De estas restricciones, dos son muy importantes:

- *Captura máxima permisible y cuotas individuales de captura: la primera restricción será la captura máxima permisible (CMP, en adelante). Dice al respecto el artículo 18 que “El Consejo Federal Pesquero establecerá anualmente la Captura Máxima Permisible por especie, conforme a lo estipulado en el artículo 9 inciso c)”. De ella surgirán las cuotas individuales por buque y especie.*
- *Medidas técnicas, zonas, épocas de veda, artes de pesca: según lo prescripto en el artículo 7, inciso e) de esta ley, la Autoridad de Aplicación podrá establecer zonas o épocas de veda. La información pertinente a la imposición de tales restricciones, así como su levantamiento, será objeto de amplia difusión y con la debida antelación, comunicadas a los permisionarios pesqueros y las autoridades competentes de patrullaje y control. Asimismo podrá establecer reservas y delimitación de áreas de pesca imponiendo a los permisionarios la obligación de suministrar bajo declaración jurada, información estadística de las capturas obtenidas, esfuerzo de pesca y posición de sus buques. Lo mismo con respecto a la imposición de medidas técnicas de protección.*

Queda claro que estamos ante una autorización inicial pero sujeta luego a condicionamientos que podrá establecer la autoridad de aplicación.

Finalmente para describir el régimen de la LFP tenemos que decir que –considerando la forma de Estado federal y los derechos de las provincias costeras respecto a sus recursos naturales (conf. art. 124 CN) y el derecho de la Nación – la ley divide áreas de dominio y jurisdicción de uno y otro orden. Así, la LFP se aplicará entonces: a) directamente y de modo exclusivo para el espacio nacio-

nal (5.a LFP) y; b) desde el sistema de *concertación y coordinación participada* que trae la LFP para el espacio de 12 millas o de las aguas interiores, de dominio provincial (5.b LFP).

ARTÍCULO	ESPACIO	DOMINIO	JURISDICCIÓN
3 LFP	Aguas interiores y aguas marítimas hasta las 12 millas.	Exclusivo de las provincias con litoral marítimo.	Administración y coordinación de la protección en el marco de la LFP (Consejo).
4 LFP	Aguas de la Zona Económica Exclusiva argentina y en la plataforma continental argentina a partir de las doce (12) millas.	Exclusivo de la Nación.	Exclusiva de la Nación, ejercitada desde la LFP y las resoluciones del Consejo y la Autoridad de Aplicación.

Las provincias costeras poseen el dominio sobre los recursos ubicados dentro de las primeras doce millas y las aguas interiores, y ejercitan la jurisdicción sobre ellos en ese sector pero sin olvidar que deben aceptar incluso en el mismo la injerencia de medidas nacionales que pueden haber sido dictadas dentro de la estructura determinada por la LFP, para unificar criterios de manejo del recurso natural.

### El derecho ambiental y el régimen jurídico de la pesca en Argentina

Como cualquier actividad que se desarrolla sobre un recurso natural, la pesca (en este caso los peces que pueblan las aguas de jurisdicción argentina y las especies migratorias) ha sufrido un cambio en su regulación desde la adopción por el constituyente en 1994 de la cláusula ambiental. El régimen jurídico de los recursos naturales ha ingresado en el ámbito del desarrollo sostenible el que con su *vis expansiva* integra en una sola disciplina todas las definiciones, políticas o planes que puedan guardar efectos sobre el bien jurídico ambiental. Era común en los ordenamientos clásicos relacionados con los recursos naturales verificar títulos destinados a la conservación, que ponían énfasis en los límites a la explotación porque estaban alineados con el clásico poder de policía de los derechos individuales por razones de seguridad y orden público (art. 28 CN). Esto demanda una nueva lógica que se enmarca dentro del derecho ambiental cuyo tema principal es la manera en que el hombre utiliza los recursos naturales dado que son los componentes básicos del ambiente y el tipo de aprovechamiento que hagamos redundará en su conservación o no, más si pensamos que en la actualidad se encuentra en crisis la noción misma de “renovables”. Los actuales estudios alertan acerca de que si se extrema la presión sobre los recursos naturales, hay probabilidades de que se pierda algún elemento en particular y también otros que se relacionen con él, dentro de las poblaciones o ecosistemas en que tengan influencia. Así la conservación de los recursos naturales se deberá considerar desde un contexto ambiental.

Dice Ramón Martín Mateo que “todo es limitado en este planeta y la pesca no podía ser excepción, quizá localmente y para pesquerías tradicionales, en climas propicios, la abundancia de recursos puede considerarse constante mientras no cambie el modelo social y las capturas sean sólo artesanales pero a escala mundial esto no es así, desajustándose la relación oferta-demanda en virtud de los siguientes factores: limitación intrínseca de recurso, incremento de la demanda, despilfarro, ineficiencia, progreso tecnológico, excesos, déficit”<sup>28</sup>.

Desde la Constitución Nacional se desprende una lógica que interrelaciona las normas que regulan la *utilización de los recursos naturales* con las de *protección del ambiente* y que considera a

<sup>28</sup> Ramón Martín Mateo, José Díez Sánchez (col), *Tratado*, cit.

aquellos como bienes ambientales propugnando su *uso sostenible y racional*. Son ellas las que definen el nuevo rol que debería pretenderse de la Ley Federal de Pesca si se la observa desde la Ley General del Ambiente. Esto nos lleva de la mano a un aspecto preponderante en estudio: la cuestión de relacionar las leyes apuntadas responde a una necesidad de armonizar dos contenidos que la propia Constitución Nacional verifica en plena simbiosis. No llevar adelante esta tarea hermenéutica implicaría dejar de lado el mandato del constituyente que pretende esta integración normativa<sup>29</sup>.

Desde la reforma de la Constitución Nacional y con la incorporación del artículo 41 se desprende claramente la necesidad de que el uso que las autoridades permitan de los *recursos naturales* deberá ser *racional*, lo que implica la previa evaluación de las actividades para conocer las consecuencias que puedan acarrear un perjuicio de los mismos o al patrimonio natural. La *racionalidad* se desprenderá justamente de la *sostenibilidad* que en el primer párrafo ya se describiera por el constituyente. Se suma a este elemento que uno de los deberes de las autoridades será la *preservación de la diversidad biológica y el patrimonio natural*.

Dice Lorenzetti que “La influencia del paradigma ambiental sobre el derecho se puede identificar -entre otros elementos- por una concepción expansiva del paradigma en la idea de armonizar el derecho con la naturaleza. No estamos en presencia de una nueva especialidad, sino de un sistema jurídico que incorpora la cuestión ambiental en todos los aspectos. Por esta razón se introducen principios jurídicos, valores y objetivos con capacidad para dar una nueva estructura al sistema legal. El pluralismo de fuentes y la regla de precedencia que da prioridad a las normas de tutela ambiental también contribuyen para dar un ‘color verde’ al derecho”<sup>30</sup>.

El sistema ambiental argentino se estructura desde una ley marco 25675 que integra contenidos centrales de la disciplina, en pleno desarrollo de la norma ambiental constitucional (art. 41 CN) para el ámbito legislativo y luego la serie de leyes sectoriales o especiales. Frente a tal dispersión la Ley General del Ambiente 25675 oficia como centro nuclear de regulación de la materia, que dispersará sus contenidos en el resto de estas leyes entre las que se encuentra la Ley Federal de Pesca. El sistema sería el siguiente:

La LFP, como dijimos, es una ley anterior a la LGA. Ese 12 de enero de 1998 cuando el Congreso dio el consenso para adoptar un régimen federal para los recursos vivos del mar no existía ley general del ambiente. El desafío en el año 2002 al dictarse la LGA era cómo ordenar ésta habiendo otras leyes sectoriales especiales y anteriores que se impondrían sobre la ley general por axioma interpretativo clásico. Recordemos que la regla hermenéutica dispone que *ley general no deroga las leyes especiales anteriores, salvo abrogación expresa o manifiesta incompatibilidad*<sup>31</sup>. Una solución era derogar expresamente las normas anteriores. El inconveniente era que semejante decisión provocaría un colapso en el sistema, pues quitarían todas esas normas sobre el ambiente o recursos naturales y se generarían enormes lagunas legales. Lo que se debe lograr es la primacía de la ley general por sobre la ley sectorial anterior, pero sin abrogación de las últimas. Entre muchas otras cosas la ley 25.675 es ley marco porque contiene el instituto que caracteriza a esta tipología de

29 La simbiosis entre *desarrollo sostenible y utilización racional* de los *recursos naturales* se puede verificar en la clásica Declaración de Estocolmo de 1972 donde se proclamaba “los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la *fauna* y especialmente muestras representativas de los *ecosistemas naturales*, deben *preservarse* en beneficio de las *generaciones presentes y futuras* mediante una cuidadosa *planificación y ordenación*, según convenga” (principio 2). Agrega la Declaración que “el hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres” (principio 4).

30 Ricardo Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*, Editorial La ley, Buenos Aires, 2008, p. 27.

31 CSJN 4.6.45, JA 1945-III-69; CFCórd. 13.11.58, JA 1959-II-682; CCom., 23.3.38, LL 10-32: SCB, 11.11.58, JA 1959-I-503: STSFe, 4.5.54, J 5-13 citado en Salas Acdeel Ernesto, *Código Civil anotado, y leyes complementarias anotados*, T 1, 2da edición actualizada, Depalma, Buenos Aires 1992, p. 19.

leyes: el *principio de supletoriedad*, que ordena el modo de vigencia de la LGA respecto a las leyes sectoriales anteriores.

Es el artículo 3 el que establece el *mecanismo de supletoriedad* cuando dispone: “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”. Esta formulación es lo que se denomina *principio de supletoriedad*<sup>32</sup>. En esto la ley viene a marcar una diferencia respecto a otras normas, pues ella ni dispone la expresa derogación de leyes especiales anteriores ni las excepciona totalmente sino que establece la *prioridad de los contenidos de la LGA* respecto a los de la “*legislación específica sobre la materia*”, los que sólo sobrevivirán en la medida que “no se opongan a los principios y disposiciones contenidas en la ley marco”<sup>33</sup>. La imposición del artículo 3 LGA, sin ser una derogación de todas las normas especiales anteriores, lo es respecto a las que sean contrarias a sus mandatos. No las deroga, sino que las hace sobrevivir en la medida que no contraríen los contenidos que la LGA trae. Esto no significa que se eleve de jerarquía a la ley 25.675 pues nuestro país no posee base constitucional para realizar este tipo de operaciones en el sistema de fuentes. En realidad el único legitimado para crear nuevas gradientes o modificar la pirámide de fuentes de nuestro sistema de normas es el constituyente que -reforma mediante- podría introducir novedades como lo hizo en 1994, aunque ninguna referida a las normas ambientales<sup>34</sup>.

En consecuencia, las leyes ambientales anteriores se mantienen vigentes pero de un modo diferente al que tenían antes de la publicación de la LGA. Ella oficiará como “centro de operaciones” para el sistema de legalidad ambiental, obligando a una relectura de las normas sectoriales dictadas en tiempos anteriores que ahora se nutrirán de los contenidos de la ley marco, bajo apereamiento de perder su vigencia o ser declaradas nulas. La LFP, como ley sectorial, sufre este mismo proceso. Su texto era de 75 artículos hasta el 26 de noviembre de 2002 y a partir esa fecha se suman todos aquellos de la ley 25675 que le sean aplicables tanto para completarla como para modificarla, en caso de ser necesario.

Recordemos que, tal como lo señala Brañes<sup>35</sup>, la *supletoriedad* es una regla distintiva de las leyes marco que implica disponer como supletorios de ella y sus reglamentos las demás leyes y sus correspondientes reglamentaciones, que rigen materias especiales. En ese horizonte, dispone la ley general argentina que las leyes específicas - según su artículo 3 - mantendrán su vigencia en cuanto no se opongan a sus principios y disposiciones. Con esto dice presente la *regla de supletoriedad*.

En conclusión, el *principio de supletoriedad* es aquel que ordena que las normas sectoriales anteriores mantengan su *vigencia condicionada* ya que sólo lo hacen en la medida en que no contradigan a la LGA. *La ley marco dispone de esta manera la sobrevivencia de las leyes especiales anteriores siempre y cuando no contradigan sus contenidos*. Para lograr ordenar a todas estas normas desde la LGA la misma debería traer un enorme anexo con la lista de leyes sectoriales que quedarían derogadas

32 BRAÑES RAÚL, *Manual de derecho ambiental mexicano*, Fundación Mexicana para la educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica, México 2000, ps. 115/6.

33 Para profundizar este tema se puede consultar el comentario al artículo 3 en ESAIN JOSÉ ALBERTO, *Ley 25.675 General del ambiente, comentada, concordada y anotada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

34 Recordemos que en cuanto a jerarquía de fuentes, desde la reforma de 1994 se han introducido varias novedades: a) los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos enumerados en el artículo 75.22 segundo párrafo pasan a tener jerarquía constitucional, lo mismo que los acuerdos sobre esa materia que el Congreso desee elevar a esa jerarquía; b) los convenios internacionales ordinarios, de integración, así como los concordatos con la Santa Sede que tienen jerarquía supra legal (art. 75.22 CN). En materia ambiental apareció una modificación en relación a los presupuestos mínimos de protección y las normas provinciales complementarias, pero este nuevo sistema en ningún punto implica dotar de supremacía a la ley marco que ni siquiera es mencionada por el constituyente.

35 BRAÑES RAÚL, cit. p. 115.

desde ella. Esto es imposible y, además no es lo que se hace en las leyes marco.

En este contexto, la LFP se deberá interpretar *desde y hacia* la LGA y, en consecuencia, la LFP conserva su vigencia siempre que el operador la interprete *desde y hacia* la LGA. En la medida que no cumpla con este mecanismo estará haciendo una aplicación ilegítima nula o anulable de la norma.

Esto provocará enormes cambios en el sistema de gestión de los recursos vivos del mar, a saber:

1. Se deberá reinterpretar a la LFP con claro objetivo tuitivo. La técnica es la administración sostenible y participada de los recursos vivos del mar mediante el otorgamiento de permisos de pesca precarios, condicionados en su ejercicio (el ejercicio del permiso es ni más ni menos que la aptitud para tomar el recurso natural) a un abanico de institutos de conservación<sup>36</sup>.
2. El foco de la institucionalidad está en la coordinación de la política pesquera ambiental nacional en aras del logro del desarrollo sostenible entre Nación y Provincias a través de un órgano nuevo: el Consejo Federal Pesquero.
3. En él se depositan las expectativas para la adopción de decisiones con participación de cada uno de los gobiernos provinciales costeros más el Gobierno nacional, en un manejo uniforme de medidas de protección ambiental para todos los espacios, sectores y actores del Mar Argentino.
4. Se deberá institucionalizar el derecho de acceso a la información pública ambiental y participación ciudadana en los procesos de toma de decisión en materia pesquera, tanto capturas máximas permisibles como la adopción y ejecución de vedas temporales y espaciales.
5. Se deberá enfocar la gestión pesquera desde una noción ecosistémica sustentable que hemos definido como “una estrategia de manejo integrado de los ecosistemas y sus recursos naturales bajo los principios de prevención, precaución, acceso a la información y participación ciudadana que armoniza desarrollo económico social y el aprovechamiento de los recursos naturales en el presente con la conservación de la diversidad biológica y las funciones ecológicas esenciales, sin comprometer el uso y goce apropiado por parte de las generaciones futuras”<sup>37</sup>.
6. Gestión ecosistémica que se reflejará en pensar la relación entre pesca y ambiente más allá de lo que disponen los contenidos clásicos del régimen jurídico de la pesca que pretende sólo la protección de las especies de preponderante interés comercial. Debemos avanzar en una perspectiva más amplia de tutela de la biodiversidad<sup>38</sup>. Esto modificará las pautas de los institutos de conservación de los recursos vivos marinos.
7. La Captura Máxima Permisible (limitación de las capturas) que se hace sobre la base de estudios elaborados por el Instituto de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP, en adelante) ahora no considerará la viabilidad futura de las especies con valor comercial sino también el ecosistema, mutando el instituto en una suerte de meca-

36 Esto queda claro cuando la LFP dispone en su artículo 1 “La Nación Argentina fomentará el ejercicio de la pesca marítima en procura del máximo desarrollo compatible con el aprovechamiento racional de los recursos vivos marinos” y pretende establecer el puente entre lo que es la pesca y el ámbito ecosistémico en que ella se desarrolla. La actividad se desenvuelve dentro de los ecosistemas marinos.

37 ESAIN JOSÉ ALBERTO, *Pesca marítima y derecho ambiental*, Editado por Abeledo Perrot (en colaboración con la Fundación Vida Silvestre, Buenos Aires, 2012).

38 BARRIO GARCÍA GONZALO A., *Régimen jurídico de la pesca marítima*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1998, p. 315.

nismo preventivo ambiental o evaluación del impacto ambiental de la actividad pesquera.

8. Lo mismo para las vedas temporales o espaciales donde las medidas técnicas de protección (como los sistemas selectivos de captura) se darán según información científica sobre la viabilidad no de la especie con valor comercial sino sobre el ecosistema vinculado a ella.
9. Aplicación del principio precautorio ante escenarios de consecuencias inciertas sobre capturas máximas permisibles o aperturas de espacios vedados a la pesca.
10. Desembarco del instituto de la conservación estricta sobre espacios especiales como las áreas naturales protegidas que pueden pasar a ser marinas, permitiendo una política de conservación de mayor rigor en esos lugares.
11. Necesidad de adoptar procedimientos de prevención ambiental como la evaluación de impacto o evaluación ambiental estratégica para todos estos mecanismos de conservación de los recursos vivos marinos.

### Conclusiones sobre el régimen jurídico de la pesca en Argentina

A modo de conclusión sobre estas resoluciones podemos anotar varias cuestiones:

- la *demanialización* de los recursos vivos del mar, incluidos entre los bienes de dominio público con el monopolio del Estado en el manejo del mismo y;
- un régimen de administraciones desde el derecho público con la *autorización* como técnica mediante la cual se instrumenta la regulación global de la actividad, creándose una relación especial de sujeción.

Recordamos en este sentido la jurisprudencia de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo cuando define a las autorizaciones como regulación unilateral que comprende tanto el momento inicial de la autorización (otorgamiento), como todo el desarrollo posterior de la actividad. En este sentido, se trata de *verdaderos actos condición*, es decir, que introducen al particular en una situación reglamentaria en la cual sus derechos y obligaciones surgen de cara a las normas en cada momento vigentes<sup>39</sup>.

Estos dos elementos de base administrativa permiten una readaptación desde el derecho ambiental. Estamos ante un bien de pertenencia estatal—pero que se desenvuelve sobre un bien colectivo que lo excede: el ambiental. El bien estatal, las especies con valor comercial, están disponibles a favor de los particulares pero desde actos autorizatorios *precarios*. Ello permite al Estado un manejo —desde las condiciones en que se mantiene el bien colectivo— de esas autorizaciones disponiendo de limitaciones en función de la nueva realidad. Si los datos científicos alertan sobre peligros respecto a la *sostenibilidad* del recurso o afectaciones del ambiente, se permitirá limitar la posibilidad de acceso al caladero en razón de estos parámetros, sin necesidad de indemnizar el sacrificio de los particulares.

Esta íntima relación entre pesca y ambiente resulta obligatoria desde el año 2002 con el desembarco de la Ley General del Ambiente 25675, que obligará a traducir los elementos de la Ley Federal de Pesca a clave ambiental (art. 3 LGA) so pena de pérdida de vigencia de la ley 24922.

Ello provocará que, desde la base de los contenidos que estamos describiendo, las instituciones del régimen pesquero comiencen a funcionar desde una nueva lógica, la de la *sostenibilidad del ecosistema marino*.

<sup>39</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, en pleno, 1/10/85, Multicambio S.A. c. B.C.R.A. (La Ley, 1985-E, 263).

## **El sistema de combate a la pesca INDNR en Argentina**

Como anticipamos en la introducción, la Argentina ha venido trabajando – tanto desde el Consejo Federal Pesquero como desde la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca – en la implementación de mecanismos de lucha contra la pesca ilegal NDNR. Al respecto podemos mencionar dos escenarios:

- Espacio Consejo Federal Pesquero: su resolución 1/2008 que aprueba el Plan de Acción Nacional para Prevenir Desalentar y Eliminar la Pesca ilegal, No Declarada y No reglamentada (PAN-INDNR) y
- Espacio Subsecretaría de Pesca y Acuicultura: tiene a su cargo la implementación y administración del Sistema Nacional de Certificación de Captura Legal, a efectos de permitir el ingreso de los productos pesqueros capturados en aguas jurisdiccionales argentinas en el marco externo.

Ambos espacios se interrelacionan porque tienen por objeto la implementación de medidas eficaces para combatir la pesca Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada (PINDNR en adelante). Por un lado, el sistema derivado de FAO ofrece determinadas características. Por el otro el sistema de trazabilidad de la pesca que ingresa a Europa respecto del cual nuestro Sistema Nacional de Certificación de Captura Legal (sin terminar de ser un sistema de trazabilidad por ser un régimen preliminar sólo de certificación y surgido de medidas comerciales multilateralmente convenidas) redundaría en beneficio de la conservación del recurso de modo indirecto porque permite controlar la pesca en términos de cumplimiento de las normativa vigente en el país de origen. En el presente nos proponemos observar primero los elementos jurídicos detrás de la cuestión de la PINDNR y, segundo, verificar semejanzas/diferencias entre ambos sistemas, implementación de la Certificación de Captura Legal en Argentina.

## **El Plan de Acción Nacional Argentino (PANA) adoptado por el Consejo Federal Pesquero mediante Resolución 1/2008.**

El 5 de diciembre de 2007 el órgano federal de la estructura pesquera en Argentina, el Consejo Federal Pesquero (CFP en adelante) dicta una primera resolución expresamente dirigida al combate de la pesca INDNR. En el marco del Plan de Acción Internacional (PAI) de 2001 (incluso los considerandos hacen expresa mención a la exhortación de FAO de 1999 para la elaboración del mencionado PAI y el Código de conducta de pesca responsable)

En dicha Resolución 8/2007 el CFP aprueba el Plan de Acción Nacional para Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada (PAN-INDNR) (art. 1 resolución 8/2007), elevado por la autoridad de aplicación (Subsecretaría de Pesca y Acuicultura).

Al año siguiente, luego de una revisión del texto del anterior PAN, el Consejo Federal Pesquero aprueba mediante la Resolución 1/2008 el PAN-INDNR vigente a la fecha. El mismo es agregado en el anexo de dicha resolución. Analicemos el plan.

Si tenemos que ubicar este Plan de Acción Nacional argentino (PANA en adelante) aprobado por el CFP, se encuadra en las políticas de combate a la Pesca INDNR adoptadas por la FAO a fines de los años ochenta. Entre los antecedentes del PANA encontramos desde 1999 la recomendación de la FAO de adoptar un PAI en el marco del Código de Conducta para la Pesca Responsable. Estos lineamientos concluyen con la adopción de dicho plan de acción internacional en 2001. El PAI dispone la necesidad de que cada Estado miembro cuente con un plan de acción nacional. El PANA se inscribe específicamente dentro de esta lógica, a pesar de que menciona el carácter no vinculante de las normas que mencionamos y que lo preceden.

Otro de los antecedentes del PANA menciona el artículo 41 de la Constitución Nacional cláusula

ambiental argentina (punto III.2.1), por lo que el mismo pareciera además inscribirse en la obligación de las autoridades de administración y utilización *racional* de los recursos naturales (segundo párrafo, artículo 41 CN) en el marco del derecho ambiental. Habrá que ver el resto del texto del Plan donde no hay más menciones a normas ambientales, ni la ley 25.675, ni otros contenidos más que este artículo 41 CN.

## 1. Objetivo del PANA

El principal objetivo del PANA es –como allí se dice–:

*“Reflejar en un documento las medidas aplicadas por la República Argentina, de alcance tanto en los espacios marítimos sometidos a su soberanía como en alta mar, con el propósito de prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR.*

*De conformidad con lo dispuesto en el PAI-INDNR de la FAO, se encuentra previsto el examen del PAN-INDNR cada cuatro años con el objeto de evaluar sus resultados y, eventualmente, implementar estrategias para aumentar su eficacia.*

*El PAN-INDNR ha sido puesto en conocimiento de los actores del sector pesquero argentino (sectores empresariales, académicos y ONG), y será difundido a los organismos internacionales con competencia en la materia. El PAN-INDNR ha sido publicado asimismo en las páginas Web de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos y del Consejo Federal Pesquero.*

## 2. Ámbito de aplicación

Lo primero para mencionar es que el PANA dispone que su ámbito de aplicación será:

a) *Temporal*: El PANA en su objetivo –sin disponer su plazo de vigencia– recomienda su “examen” cada cuatro años (aunque no se han verificado de la información pública que se lo haya sometido a tal escrutinio desde esa fecha). Es la única referencia en todo el texto que existe en relación a la vigencia temporal de los contenidos porque la Resolución 1/2008 no tiene ninguna referencia respecto a validez en el tiempo. Tampoco se difiere el plan en su aplicación sino desde la publicación de la misma en el Boletín Oficial (art. 3) que fue el 3 de marzo de 2008<sup>40</sup>.

b) *Territorial*: el PANA se aplica primero a los espacios marinos sujetos a jurisdicción nacional. La regulación también se extiende hasta el Alta Mar, conforme lo dispuesto por el propio Plan cuando la pesca se desarrolle por buques con pabellón nacional, la que se encuentra reglamentada por la República Argentina a través de normas establecidas por el CFP.

c) *Subjetivo*: El PANA se aplica a buques de bandera argentina. Como bien lo indica el artículo 24 de la Ley 24922 Régimen Federal de Pesca, la explotación de los recursos vivos marinos en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina sólo puede ser realizada por personas físicas domiciliadas en el país, o jurídicas de derecho privado que estén constituidas o funcionen de acuerdo con las leyes nacionales. Los buques empleados en la actividad pesquera deben estar inscriptos en la matrícula nacional y enarbolar el pabellón nacional. La República Argentina no excluye de la matriculación a las embarcaciones artesanales.

Para inscribir un buque o artefacto en la matrícula nacional debe acreditarse: a) el cumplimiento de las exigencias reglamentarias sobre construcción y condiciones de navegabilidad e idoneidad del buque; b) que su propietario está domiciliado en el país; en caso que se tratase de una copropiedad naval, la mayoría de los copropietarios cuyos derechos sobre el buque excedan la mitad del valor de éstos, reúnen la misma condición; c) en el caso que el titular de la propiedad sea una sociedad, ésta debe haberse constituido de acuerdo con las leyes de la Nación o, habiéndose constituido

<sup>40</sup> Boletín Oficial N° 31357 del 3/3/2008.

en el extranjero, tenga en la República sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente; d) habiéndose construido en el extranjero, el buque debe presentar además, el pasavante de navegación expedido por la autoridad consular argentina y si hubiese estado inscripto en un registro extranjero, también el cese de bandera; e) el otorgamiento del pasavante de navegación confiere los derechos de enarbolar el pabellón nacional en forma provisional.

En virtud de la Ley Federal de Pesca, de la Resolución SAGPyA 197/1999, Resolución SAGPyA 514/2009 y su modificatoria la Resolución SaGPyA 39/2014 se establece y reglamenta el “Registro de la Pesca”, que identifica a todos los actores del sector pesquero. La legislación nacional contempla mecanismos específicos para la sanción de infracciones cometidas por buques de pabellón argentino en aguas bajo jurisdicción nacional. La República Argentina cuenta con un Registro de Reincidencia cuyos datos son tomados en consideración en la asignación de las CITC en la determinación de la sanción a aplicar ante una nueva infracción pudiendo derivar en la pérdida del permiso de pesca. La pesca en alta mar por parte de buques de pabellón nacional se encuentra reglamentada por la República Argentina a través de normas establecidas por el CFP, siendo requisito indispensable contar con un permiso específico a tal fin.

d) *Material*: El Plan se aplica a toda la actividad pesquera bajo jurisdicción nacional. El artículo 23 LFP establece que para ejercer la actividad pesquera se debe contar con la habilitación correspondiente, a saber: a) *Permiso de pesca*: que habilita para el ejercicio de la pesca comercial a buques de bandera nacional para extraer recursos vivos marinos en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina; b) *Permiso de pesca de gran altura*: que habilita a buques de pabellón nacional para el ejercicio de la pesca comercial en alta mar o con licencia en espacios marítimos de terceros países; c) *Permiso temporario de pesca*: podrá ser otorgado a buques arrendados a casco desnudo y a buques de pabellón extranjero bajo condiciones restrictivas y sólo para la explotación de especies excedentarias; d) *Autorización de pesca*: que habilita para la captura de recursos vivos marinos en cantidad limitada, para fines de investigación científica o técnica.

Los permisos de pesca son habilitaciones otorgadas a los buques solamente para acceder al caladero, siendo necesario para ejercer la pesca contar con una cuota de captura asignada o una autorización de captura en el caso de que la especie no esté cuotificada. El PAI-INDNR propugna una relación estrecha entre matriculación y autorización para pescar. Para obtener un permiso de pesca en la República Argentina es requisito indispensable acreditar el certificado de matriculación del buque.

En cuanto a la zona de Alta Mar, los permisos de Pesca de Gran Altura habilitan al titular al ejercicio de la pesca comercial en Alta Mar por un plazo máximo de diez años o en espacios marítimos de otros países, de acuerdo con las reglamentaciones y por el plazo que estos países autoricen.

### 3. Concepto de Pesca INDNR

El PANA además adopta una definición de pesca INDNR en base al PAI 2001 de la FAO.

Concretamente para este instrumento de planificación la **pesca ilegal** se refiere a actividades pesqueras o “realizadas por embarcaciones nacionales o extranjeras en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste, o contraviniendo sus leyes y reglamentos; o realizadas por embarcaciones que enarbolan el pabellón de Estados que son partes de una organización regional de ordenación pesquera competente pero faenan contraviniendo las medidas de conservación y ordenación adoptadas por dicha organización y en virtud de las cuales están obligados los Estados, o las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable; o en violación de leyes nacionales u obligaciones internacionales, inclusive las contraídas por los Estados cooperantes con respecto a una organización regional de ordenación pesquera competente”.

La **pesca no declarada** se refiere a actividades pesqueras “que no han sido declaradas, o han sido declaradas de modo inexacto, a la autoridad nacional competente, en contravención de leyes y

reglamentos nacionales; o llevadas a cabo en la zona de competencia de una organización regional de ordenación pesquera competente, que no han sido declaradas o han sido declaradas de modo inexacto, en contravención de los procedimientos de declaración de dicha organización”.

La **pesca no reglamentada** se refiere a actividades pesqueras o “en la zona de aplicación de una organización regional de ordenación pesquera competente que son realizadas por embarcaciones sin nacionalidad, o por embarcaciones que enarbolan el pabellón de un Estado que no es parte de esa organización, o por una entidad pesquera, de una manera que no está en consonancia con las medidas de conservación y ordenación de dicha organización, o que las contraviene; o en zonas o en relación con poblaciones de peces respecto de las cuales no existen medidas aplicables de conservación u ordenación y en las que dichas actividades pesqueras se llevan a cabo de una manera que no está en consonancia con las responsabilidades relativas a la conservación de los recursos marinos vivos que incumben al Estado en virtud del derecho internacional”. Se debe tener presente que puede existir pesca no reglamentada que tenga lugar de una manera que no esté en violación del derecho internacional aplicable.

La conceptualización del PANA -a diferencia de la adoptada por el Reglamento 1005/2008 de la UE- no tiene un sistema de presunciones que abarque un universo mayor de supuestos de hecho. De todos modos, sigue siendo un enorme avance en la adopción de un sistema de ordenamiento de la actividad pesquera en los espacios bajo jurisdicción nacional.

#### 4. Medidas de lucha contra la pesca INDNR pensadas en el Plan de Acción Nacional

En cuanto a las medidas específicas en el PANA se clasifican en cuanto a las jurisdicciones donde son direccionadas:

- Medidas adoptadas como estado ribereño, tanto como estado con jurisdicción sobre actividades desarrolladas en ese espacio y
- actividades fuera de dicho alcance pero controlables subsidiariamente al estado de pabellón como estado rector de puerto.
- Medidas comerciales relacionadas a la certificación y trazabilidad de los productos.

Para las primeras, las medidas como **estado ribereño** son enumeradas en el PANA. Ellas son que la explotación de los recursos vivos marinos en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina sólo puede ser realizada por personas físicas domiciliadas en el país, o jurídicas de derecho privado que estén constituidas o funcionen de acuerdo con las leyes nacionales.

Los buques empleados en la actividad pesquera deben estar inscriptos en la matrícula nacional y enarbolan el pabellón nacional. Todas las personas físicas y jurídicas que se dediquen a la explotación comercial de los recursos vivos marinos deben estar inscriptas en el Registro de Pesca. Los permisos de pesca son habilitaciones otorgadas a los buques solamente para acceder al caladero, siendo necesario para ejercer la pesca contar con una cuota de captura asignada o una autorización de captura en el caso de que la especie no esté cuotificada. Se implementó un sistema que podría ser eficiente para el control de las actividades pesqueras.

Se encuentra expresamente prohibido el trasbordo en el mar de recursos pesqueros o de sus productos derivados.

El establecimiento de medidas que aseguren la conservación de los recursos sedentarios y la biodiversidad existentes en la totalidad de la plataforma continental, que en el caso de la Argentina se extiende más allá de las 200 millas medidas a partir de las líneas de base.

Además el PANA dispone de normas para buques no inscriptos en la matrícula nacional. Los buques de pabellón extranjero sólo pueden desarrollar actividades de pesca en los espacios marítimos argentinos cuando cuenten con la autorización expresa por la República Argentina, en el

marco de la normativa vigente.

Por otra parte, de acuerdo con la Ley de Pesca, el responsable de un buque pesquero que no corresponda a la matrícula nacional y que se disponga a navegar en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina, deberá previamente informar a las autoridades argentinas competentes su presencia y declarar la captura y los productos pesqueros que se encuentren a bordo. Durante su permanencia en dichos espacios marítimos deberán mantener arrumados sus aparejos, artes y útiles de pesca.

Asimismo, la Autoridad de Aplicación -a través de los organismos competentes- está facultada para realizar la inspección y verificar la carga declarada. También para disponer su traslado a puerto en caso de constatar la comisión de una presunta infracción a las leyes y reglamentos argentinos y podrá disponer la retención del buque en puerto argentino hasta que se terminen las actuaciones y se haga efectivo el pago de la multa impuesta o se constituya fianza u otra garantía satisfactoria, si fuera el caso.

Para la zona adyacente a la Zona Económica Exclusiva Argentina que es la zona de mayor complejidad en cuanto a pesca INDNR se remite el PANA al art. 22 LFP, que “con el fin de proteger los derechos preferentes que le corresponden a la Nación en su condición de Estado ribereño, la Autoridad de Aplicación, juntamente con el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, deberá organizar y mantener un sistema de regulación de la pesca en la zona adyacente a la Zona Económica Exclusiva argentina, respecto de los recursos migratorios o que pertenezcan a una misma población o poblaciones de especies asociadas a las de la Zona Económica Exclusiva argentina. Con ese fin la República Argentina acordará con los estados que deseen pescar esas poblaciones, en la mencionada área adyacente, las medidas necesarias para racionalizar la explotación y asegurar la conservación de los recursos”.

A partir de 2004 la Argentina, a través de gestiones ante los estados del pabellón cuyos buques explotan recursos en aguas internacionales adyacentes a su ZEE, ha comenzado a procurar el acatamiento voluntario de sus medidas de conservación. En lo esencial, las medidas de conservación cuyo acatamiento se busca consisten en el cese de las operaciones pesqueras de dichos buques en el momento en que la autoridad de aplicación argentina disponga el cierre de la temporada.

También el PANA trae medidas de control de buques por el **Estado rector del puerto**. Estas medidas constituyen un complejo de actividades específicas ejercidas por las Autoridades Marítimas de los Estados destinadas a asegurar el cumplimiento por parte de los buques extranjeros que visitan las aguas y los puertos ubicados dentro de su territorio, de las normas internacionales que en materia de seguridad y protección marítima y la prevención de la contaminación le son aplicables, incluyendo la evaluación de la capacidad de las tripulaciones para desempeñar sus cometidos y como la verificación de datos que cobran relevancia en el marco de la lucha contra la pesca INDNR. Aquellos buques de pabellón extranjero que recalen en puertos argentinos con merluza negra y/o productos derivados en sus bodegas, deben acreditar su origen, debiendo presentar la certificación establecida por las medidas de conservación de la CCRVMA, correspondiente al Sistema de Documentación de Capturas (SCD) de la Convención.

El punto VII del plan se refiere a las **medidas comerciales convenidas internacionalmente**, como las de Argentina para poner en práctica las medidas emanadas de las convenciones internacionales de las que es parte (tales como CITES y CCRVMA).

## 5. Planes sectoriales derivados del PANA

El PANA es el régimen general de lucha contra la pesca INDNR. Como esquema marco, debe ser desarrollado mediante medidas sectoriales, algunas de las cuales las veremos dispuestas por el propio Consejo Federal Pesquero, otras por la autoridad de aplicación pesquera en el ámbito del Ejecutivo.

Enumeramos algunas normas derivadas de este plan marco:

- RESOLUCIÓN CFP N° 6/2009 que se refiere al Plan de Acción Internacional para la Conservación y Ordenación de Tiburones (PAI-Tiburones).
- Plan de Acción Internacional para reducir las capturas incidentales de aves marinas en la pesca con palangre (PAI-Aves Marinas).
- Artículo 20 Resolución CFP 12/2010 de plan de pesca experimental.
- El Plan de Acción Nacional para reducir la interacción de aves con pesquerías en la República Argentina de 2010.

En el ámbito de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura de la Nación Argentina se dictan también normas y se ha implementado un sistema de certificación para las capturas que se inscribe en el plan mencionado. Toda la estructura nace desde este PANA que debería tener interacción con todas estas planificaciones sectoriales.

## 6. El perfil de Ordenamiento General del PANA sujeto a desarrollo por microsistemas de planificación

Nos parece interesante hacer un repaso de los elementos del PANA como marco de construcción de futuras planificaciones.

En este sentido, se elabora un mapa de los espacios sujetos a planificación por las autoridades nacionales, la relación con los operadores de la pesca en el país y la necesidad de identificar cada instrumento jurídico de gestión, pero sin avanzar más allá en medidas concretas de planificación.

Los instrumentos que enumeraremos a continuación no existirían sin esta base, que es la norma que la máxima autoridad pesquera nacional adopta por ser el Consejo Federal Pesquero el espacio de gobernanza deliberativa, consenso y decisión en Argentina. Este es el enorme valor que posee este plan.

Cuestiones negativas que posee:

- No hay mención sobre normas ambientales, tales como la Ley General del Ambiente 25675<sup>41</sup>.
- No existe mención a normas sobre transparencia, ni a acceso a la información pública, muchas vigentes; como los artículos 16/19 Ley 25675, Ley 25831 ambas referidas al acceso a la información pública ambiental, así como las normas generales aplicables al CFP (decreto 1172/03)<sup>42</sup>.
- La referencia a la participación ciudadana que en la elaboración del PANA debería haberse profundizado para demostrar el fuerte consenso que existe detrás de la norma de planificación. Esto además en aplicación de las normas y contenidos de la propia Ley 25675 (arts. 19/21)<sup>43</sup>.

## El Sistema Nacional de Certificación de Captura Legal en Argentina

El sistema que sigue al PANA está dado por las normas y estructuras de certificación que la autoridad pesquera nacional ha implementado en el ámbito de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura de la Nación. El repaso de las resoluciones es importante para conocer cómo ha sido insti-

<sup>41</sup> Ver ESAIN JOSÉ ALBERTO, *Pesca marítima y derecho ambiental*, cit.

<sup>42</sup> Idem anterior nota.

<sup>43</sup> Idem anterior nota.

tucionalizado el denominado sistema de certificación de captura legal. Las normas son:

- a. Disposición SSPyA 8/2009: Creación Sistema Nacional de Certificación de Captura Legal, el cual registrará tanto para las capturas realizadas en jurisdicción nacional como provincial.
- b. Disposición DNCP 9/2012: Inclusión en la Declaración Jurada de Exportación del requisito de Nro. De registro COM (operador comercial) y Nro. IND (establecimiento industrial), en acuerdo con lo establecido en la resolución 514/2009.
- c. Medida de Conservación 10-05 (CCRVMA): Sistema de documentación de capturas y exportaciones de *Dissostichus* spp, implementado en el ámbito de la Convención para la conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, de la cual Argentina es miembro pleno.
- d. Disposición DNCP 1/2014: Creación del Sistema de Control de Carga de la especie corvina rubia (*Micropogonias furnieri*).
- e. Disposición SSPyA 174/2015 de Creación del Sistema de Control de Carga de merluza hubbsi, merluza de cola, merluza negra, polaca, abadejo, vieira y rayas.
- f. Disposición SSPyA 78/2016: inclusión de las especies langostino y calamar *ilex* en el marco de lo establecido en la Disposición SSPyA 174/2015.

En 2009 la Argentina comienza un proceso que culmina en 2015 con la extensión del Sistema Nacional de Certificación de Captura Legal a una cantidad de especie cuotificadas -merluza hubbsi (merluza común), merluza negra, polaca, merluza de cola y vieira- además de la corvina rubia, rayas y abadejo, extendiendo el sistema a un universo amplísimo de recursos vivos marinos. Desde el 1 de enero de 2016, fecha en que comienza a regir el sistema para las especies de la Disposición SSPyA 174/2015, se cierra un capítulo en que la legalidad de las capturas se impone sobre un porcentaje importante de la actividad que se despliega sobre el recurso en las aguas del país. Esto significa un espaldarazo al Plan de Acción Nacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (PAN-INDNR).

## Régimen penal

En materia penal lamentablemente la Argentina no cuenta con tipos penales específicos ambientales que puedan servir para combatir este tipo de pesca. Los sistemas que aplican sólo pasan por las sanciones de tipo administrativas.

De todos modos es importante mencionar que han existido proyectos de reforma del Código Penal que han considerado este tema. El proyecto de reforma del año 2006 incluía un Título dedicado a los delitos contra el ambiente y siguiendo el mismo criterio el proyecto del 2014 incluía un Título XI "Delitos contra el ambiente, la fauna y la flora". La exposición de motivos del año 2014 entendía que "era conveniente mantener en el ámbito del derecho administrativo los comportamientos considerados de peligro abstracto o meras infracciones de deberes, reservando al campo penal sólo las conductas que impliquen un peligro concreto o una lesión al bien jurídico". En el marco del programa Justicia 2020, se incluyó un título XXIII para el Proyecto de nuevo Código Penal de la Nación Argentina. El Proyecto de Código Penal incluye un Título XXIII ("Delitos contra el ambiente") y se compone de los artículos 444 al 460. Se divide en Capítulo 1 "Contaminación y otros daños al ambiente", Capítulo 2 Delitos contra la biodiversidad; Capítulo 3 Delitos contra la fauna silvestre u otros animales; Capítulo 4 "Maltrato y crueldad con animales"; Capítulo 5 "Delitos contra los bosques nativos y protectores"; Capítulo 6 "Delitos contra el patrimonio genético"; Capítulo 7 "Definiciones".

Dentro de dichos delitos nuevos que se incorporarían al sistema argentino, aparecen varias normas muy interesantes entre las que contamos algunas que aplican a la pesca marítima.

### **Artículo 453: caza de fauna silvestre prohibida**

ARTÍCULO 453.- Se impondrá prisión de DOS (2) meses a TRES (3) años o DOS (2) a TREINTA Y SEIS (36) días-multa, al que cazare o pescare animales de la fauna silvestre:

- 1°) En período de veda.
- 2°) De especies protegidas o en peligro de extinción o migratorias, en cualquier tiempo.
- 3°) En campo ajeno sin la autorización del titular o en lugares prohibidos o protegidos.
- 4°) Utilizando armas, artes o medios prohibidos por la autoridad.

Estamos ante un delito de *acción* (caza o pesca, para lo que debemos recurrir a las leyes respectivas para conocer el significado de dichas acciones). Esta forma de delitos que se desentienden del resultado de la acción, y como hemos señalado eleva las infracciones administrativas al rango del derecho penal. Sería recomendable agregar algún tipo de resultado o disvalor, como peligro para el ambiente o daño al ambiente para restringir los casos a los que el tipo se aplicaría, todo ello en el marco de una política de mínima intervención penal.

En el título ambiental aparecen varios artículos en donde *no hay dependencia expresa del derecho administrativo* calificando de ilegal la acción en abstracto. De todos modos, habrá *dependencia de norma* porque la caza o pesca debe darse “en época de veda” acción que depende de norma administrativa, o sobre “especies protegidas” o “en peligro de extinción o migratorias”, aspectos todos que dependen de los listados administrativos. Lo mismo para lugares prohibidos o protegidos, o con medios prohibidos.

### **Artículo 454: protección de fauna migratoria o en peligro de extinción**

ARTÍCULO 454.- Se impondrá prisión de DOS (2) meses a TRES (3) años o DOS (2) a TREINTA Y SEIS (36) días-multa, al que sin autorización, excediendo la que tuviere, o infringiendo leyes o reglamentos nacionales o provinciales especiales:

- 1°) Impidiere o dificultare la reproducción o migración de animales de la fauna silvestre o de una especie en peligro de extinción.
- 2°) Alterare o procurare alterar genéticamente una especie silvestre o en peligro de extinción.
- 3°) Dañare o destruyere un nido, refugio o criadero natural, o alterare su hábitat.

Evidentemente la reforma toma nota de que uno de los problemas más acuciantes a nivel mundial resulta ser la pérdida de biodiversidad, y en este sentido, se tipifican delitos ya no sólo para penar la acción de cazar o pescar especies protegidas o en veda, sino todo tipo de acción que impida o dificulte la reproducción o migración de fauna en peligro de extinción; la alteración genética de especies en peligro, o el daño a sus refugios o hábitats.

Las características son:

- Delito de acción pues con el dañar, destruir, alterar genéticamente (incluso la tentativa de “procurar”) o impedir la reproducción basta, sin necesidad del resultado de peligro o lesión. El legislador considera que la simple ejecución de la acción compromete el bien jurídico sin necesidad de resultado, en abstracto.
- Expresamente aparece la dependencia del derecho administrativo de acto (sin autorización o violando la que se tiene) y de norma (en infracción de normas administrativas ambientales).
- La calificación de especie amenazada no dependerá de peritajes sino de la catalogación que hacen las autoridades administrativas, listando las mismas e integrándolas al catálogo o listado respectivo.

### **Artículo 455: agravantes para la caza, pesca o daño a especies protegidas**

ARTÍCULO 455.- En los casos de los artículos 453 y 454, la pena será de SEIS (6) meses a CINCO (5) años de prisión y SEIS (6) a SESENTA (60) días-multa, si el hecho se cometiere:

1º) Con armas, artes o medios prohibidos idóneos para provocar perjuicios en la especie de la fauna silvestre o en un área protegida.

2º) De modo organizado o intervinieren en él TRES (3) o más personas.

Dos agravantes para los delitos mencionados en los dos últimos artículos:  
El caso de utilización de artes prohibidas, o el caso de organización delictual.

### **Artículo 456: extensión de los delitos a la cadena de comercio**

ARTÍCULO 456.- Las penas previstas en los artículos 453, 454 y 455 se impondrán también al que pusiere a la venta, vendiere, comprare, almacenare, transportare, industrializare o de cualquier otro modo comercializare piezas, productos o subproductos proveniente del respectivo hecho ilícito.

El antecedente de esta norma es el artículo 27 ley 22421 de fauna, que tiene prevista la extensión los delitos que allí se enumeran a los integrantes de la cadena de comercio (quienes venden, compran, almacenan, transportan, industrializan, etc.). Este tipo de previsiones pueden tener consecuencias importantes en materia de pesca, pues toda la cadena comercial puede verse afectada por una captura alcanzada por las normas anteriormente transcritas. ■

## Informe pericial ambiental

— Por Luciano Merini

### Introducción

Si bien el rol protagónico de la pericia técnica como elemento probatorio es transversal a los procesos judiciales contemporáneos, el informe pericial ambiental cobra una importancia capital en el marco de la Justicia Ambiental. En este sentido, si bien el perito actúa como un auxiliar del juez, y este último es libre de fallar en función a su convencimiento y sana crítica, son escasas las situaciones en las que el fallo no va en consonancia con lo determinado por la pericia ambiental.

A priori, esto podría ser interpretado como una ventaja ya que el aporte de elementos técnicos objetivos suele facilitar la toma de decisiones y dar respaldo científico a las sentencias. Sin embargo, existe una complejidad intrínseca en la elaboración y análisis de una pericia ambiental que, lejos de simplificar el escenario, se ha sumado al debate epistemológico y de la doctrina de una Justicia Ambiental aún en construcción. Aquí, las ciencias que se ocupan del ambiente casi en su totalidad resultan atravesadas por principios, elementos y metodologías que son extrañas a la experticia jurídica del juez, tanto como escapan a su “leal saber y entender”. Por ello, en esta materia casi como en ninguna otra sometida a enjuiciamiento, se observa el fenómeno de la “*captura de la decisión judicial por el asesor experto*”.

En este contexto, si bien la intención de este capítulo es la de aportar conceptos y elementos técnicos suficientes para un primer abordaje de la pericia ambiental como práctica, en algunos puntos deberemos necesariamente abordar las bases conceptuales de su concepción para proveer, en aquellos casos donde no existan pautas o criterios preestablecidos, una mirada crítica necesaria para la toma racional de decisiones.

Vale la pena mencionar, antes de adentrarnos en la descripción y análisis de la pericia ambiental, que en función a la frecuencia de ocurrencia, el alcance y magnitud de los daños que ocasionan y, por sobre todo, la dificultad de restauración de los ecosistemas a su estado original; utilizaremos como modelo de causas ambientales a las que involucran contaminación química. Así mismo, los casos de contaminación química no solo representan la forma más arquetípica de daño ambiental sino que resulta una de las expresiones jurídicamente más complejas por la posibilidad de integrar el reproche civil y penal simultáneamente conforme el artículo 29 segundo párrafo de la Ley General del Ambiente 25.675.<sup>1</sup>

---

1 Ver al respecto el fallo de la C.S.J.N. “Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ incidente de medida cautelar” Expte. N° CSJ 3570/2015/1/1/RH1, del 02/07/2020

## 1. La pericia ambiental

Como dijimos, la pericia ambiental es un proceso complejo, no solo desde el punto de vista técnico o analítico instrumental, sino desde su planteo, desarrollo e interpretación, ya que el material o escenario de análisis, la diversidad de técnicas analíticas susceptibles de ser aplicadas y el alcance y valoración de sus resultados están fuertemente ligados a lo singular y único de cada causa. Partiendo de esta base, la pericia ambiental escapa a los criterios clásicos en el sentido que:

- Posee un abordaje diferente.
- Se esperan resultados diferentes.
- Actualmente pone en tensión tanto al sistema jurídico como al sistema científico.

### ¿Cómo debería abordarse el proceso pericial ambiental?

Considerando la complejidad característica de un escenario donde interactúan la diversidad de biotopos<sup>2</sup> y biocenosis<sup>3</sup> que conforman los ecosistemas con las características físico-químicas que gobiernan la dinámica de los contaminantes en sus esferas, atravesados por la dimensión socio-antropológica de sus habitantes; el abordaje de una pericia ambiental debe considerarse como intrínsecamente interdisciplinar.

En contraparte, y usando como ejemplo el sistema procesal federal –ya que en mayor o menor medida todas las jurisdicciones repiten su lógica–, el perito en Argentina es, por definición, solo uno y asume el rol de auxiliar del Tribunal y no el de un profesional independiente<sup>4 5</sup>. A su vez, las partes pueden ofrecer su perito de control independiente.

En este contexto, uno de los primeros aspectos que debe considerarse a la hora de ordenar una pericia ambiental es, más allá de que el tribunal designe un único perito responsable de la conducción de la pericia, la necesidad de conformar un equipo interdisciplinar para su desarrollo o, al menos, de realizar consultas técnicas con especialistas en cada disciplina científica involucrada en el análisis (ej: biólogos, geólogos, hidrogeólogos, ingenieros en recursos naturales, sociólogos, economistas). Históricamente, esta labor ha sido tácitamente delegada al perito designado pero,

2 Entendemos la biotopos como el espacio físico con características determinadas (suelo, agua, aire) donde tiene lugar el desarrollo de los seres vivos.

3 Biocenosis es el conjunto de organismos, vegetales o animales, que viven y se reproducen en determinadas condiciones de un medio o biótomo.

4 Código procesal penal federal: Art. 254. – Los peritos deberán tener título de tales en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse y estar inscriptos en las listas formadas por el órgano judicial competente. Si no estuviere reglamentada la profesión, o no hubiere peritos diplomados o inscriptos, deberá designarse a persona de conocimiento o práctica reconocidos. Art. 258. – El juez designará de oficio a un perito, salvo que considere indispensable que sean más. Lo hará entre los que tengan el carácter de peritos oficiales; si no los hubiere, entre los funcionarios públicos que, en razón de su título profesional o de su competencia, se encuentren habilitados para emitir dictamen acerca del hecho o circunstancia que se quiere establecer. Notificará esta resolución al ministerio fiscal, a la parte querellante y a los defensores antes que se inicien las operaciones periciales, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia, que puedan hacer examinar sus resultados por medio de otro perito y pedir, si fuere posible, su reproducción. Art. 260. – El juez dirigirá la pericia, formulará concretamente las cuestiones a elucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse el perito y, si lo juzgare conveniente, asistirá a las operaciones. Podrá igualmente autorizar al perito para examinar las actuaciones o para asistir a determinados actos procesales.

5 Código procesal civil y comercial de la nación: Art. 458. – La prueba pericial estará a cargo de un (1) perito único designado de oficio por el juez, salvo cuando una ley especial establezca un régimen distinto cada parte tiene la facultad de designar una consultor técnico. Art. 464. – Si la profesión estuviere reglamentada, el perito deberá tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deba expedirse. En caso contrario, o cuando no hubiere en el lugar del proceso perito con título habilitante, podrá ser nombrada cualquier persona con conocimientos en la materia. Art. 360. Audiencia preliminar. – A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto: 5. Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado.

como parte de la evolución jurídica y técnica en materia ambiental, se requiere no solo la consideración de este aspecto en los tiempos y costos de realización de la pericia, sino en la necesidad de articular este proceso con los actores judiciales, no solo como futuros “usuarios” de la pericia sino como co-responsables de asegurar su admisibilidad como elemento probatorio, y la clara comunicación de sus conclusiones a fines interpretativos en el marco jurídico correspondiente.

Finalmente, debemos considerar que en el proceso civil por daño ambiental, el juez tiene un rol preponderante y no pasivo ante las partes, ya que tiene su obligación de proteger el ambiente lo coloca en una situación de garante del bienestar de la sociedad. En este sentido, el artículo 32 de Ley 25.675 dice 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. Por esto, en términos de la dirección de la prueba ambiental, no se encuentran grandes y notorias diferencias.

En este sentido, será finalmente el juez a cargo quien podrá y deberá evaluar la propuesta/necesidad de este criterio interdisciplinar pericial.

### ¿Qué información debería obtener de un proceso pericial?

Con respecto a sus resultados, no solo abarcan la complejidad de los sistemas analizados sino que, en pos de cubrir los cada vez más complicados requerimientos jurídicos vinculados a la determinación y valoración del daño ambiental; la pericia ambiental debe determinar:

- *La existencia y naturaleza de contaminación<sup>6</sup> o daño<sup>7</sup> (incluyendo la presencia de químicos y sus concentraciones en varios medios, y cómo esas concentraciones se comparan con las concentraciones fuera del sitio o “de fondo”).*
- Su extensión o magnitud en tres dimensiones.
- El tipo de recurso natural y/o servicio ecosistémico y/o valor colectivo afectado.
- La reversibilidad del daño.
- Criterios mínimos de su restablecimiento a su estado anterior.
- Los riesgos para la salud humana y/o los receptores ecológicos.
- La valoración monetaria del daño en su integralidad.

Estos puntos de pericia se han ido sumando paulatinamente a las exigencias asociadas con las pericias ambientales, en consonancia con la evolución histórica de la normativa ambiental. Ésta partió, en sus etapas más tempranas, del simple establecimiento de valores límites de contaminantes en diferentes matrices ambientales (ej: aire, agua, suelo), hasta la compleja valoración monetaria del daño y los criterios mínimos para su restablecimiento al estado anterior, requeridos

6 Ley 24.051. Artículo 55. — Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del código penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión. Decreto reglamentario n° 831/93 - Anexo I - Glosario: 8. Cuerpo receptor sujeto a saneamiento y recuperación: es aquel cuerpo receptor cuyas condiciones naturales han sido modificadas, haciéndolo inapto para la preservación y desarrollo de los organismos, debido a la contaminación antropogenética para el cual se han establecido o se prevé establecer programas de saneamiento y recuperación. 9. Vertido, volcado: indica situaciones intencionales en las cuales sustancias o residuos peligrosos son puestos directamente en contacto con el medio, pudiendo derivar esto en una afectación a la salud y/o al ambiente. 9. Fuga, escape, derrame: indica situaciones accidentales en las cuales una sustancia o un residuo peligroso o no, tiene posibilidad de ingresar directamente al ambiente.

7 Ley 25675. Artículo 27. — El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

actualmente. Vale la pena destacar que, si bien la complejidad aumenta con cada nuevo punto de pericia, la permanente actualización y diversificación de las técnicas instrumentales para la determinación de los niveles de contaminantes hacen que, en algunos casos, sea técnicamente complejo el solo proceso de establecer la existencia de contaminación.

### ¿Cuáles son los puntos de tensión durante el proceso pericial?

Finalmente, en cuanto a las tensiones que genera en los sistemas científico y jurídico, podemos decir que van a centrarse fundamentalmente en torno a la dificultad:

para el **sistema científico**, explicar:

- Los criterios en base a los que ha sido delimitado el espacio de muestreo, análisis y conclusiones.
- El alcance y estado del arte de las herramientas técnico-científicas en la que se ha basado la contextualización del daño.
- Los resultados que necesariamente son expresados en términos técnicos, y que como característica subyacente, manejan distintas concepciones epistemológicas de la duda o incertidumbre.

para el **sistema jurídico**, interpretar:

- Los resultados que necesariamente son expresados en términos técnicos, y que como característica subyacente, manejan distintas concepciones epistemológicas de la duda o incertidumbre.
- Los criterios que deben ser considerados a la hora de evaluar la admisibilidad de la prueba.

### La admisibilidad de la prueba ambiental

Como ya hemos mencionado, los casos ambientales casi siempre involucran cuestiones científicas y opiniones de expertos, que resultan claves al momento de la sentencia. En este sentido, la Suprema Corte Norteamericana dictó el fallo “Daubert”<sup>8</sup> que ha tenido y continuará teniendo un gran impacto en los litigios basados en el análisis forense ambiental ya que permiten descartar, en primera instancia, los testimonios de expertos científicos poco confiables y, a su vez, resume en términos de aplicabilidad jurídica los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la admisibilidad de una pericia o la opinión de un experto como elemento de prueba.

Daubert, propone en su fallo una lista de factores que los tribunales deben considerar al momento de determinar si la evidencia experta es confiable. Estos cuatro criterios fundamentales son:

- La refutabilidad o susceptibilidad de contrastación empírica de los métodos o teorías utilizadas por el experto.
- La revisión por pares y/o publicación de los datos y resultados.
- El rango de error conocido o posible.
- Aceptación general/amplia por parte de la comunidad científica/experta.

Aunque fundamentales, estos no son los únicos factores que un tribunal puede considerar y sería deseable incorporar, por ejemplo:

8 Vázquez carmen; la prueba pericial en la experiencia estadounidense - el caso daubert. En web [https://www.Academia.Edu/28305930/la\\_prueba\\_pericial\\_en\\_la\\_experiencia\\_estadounidense.\\_El\\_caso\\_daubert](https://www.Academia.Edu/28305930/la_prueba_pericial_en_la_experiencia_estadounidense._El_caso_daubert)

- La existencia y mantenimiento de estándares de calidad y protocolos que controlan y validan la operación de la técnica (Norma ISO 17025 – IRAM 301).

Desde el punto de vista técnico pericial, una vez establecidos los criterios mínimos de admisibilidad y ante las posiciones de la partes, el tribunal decidirá un protocolo único de trabajo pericial dirigido al análisis ambiental forense.

### ¿Pericia ambiental o proceso pericial?

Como ya se habrá notado, al momento de referirnos a la pericia ambiental, hemos hablado consistentemente de un “proceso pericial”. Esto no es casual, y hace referencia a un paradigma completamente diferente en la concepción de la pericia ambiental como acto procesal, donde por ejemplo el fiscal a cargo debería, al menos si pretende alcanzar los objetivos que aquí se proponen para la pericia ambiental, asumir un nivel de compromiso y participación directo y activo. Así, una vez establecidas las posiciones de las partes y definido el protocolo de actuación, es momento de articular con el perito designado las estrategias de abordaje y etapas de evaluación. Este protocolo de trabajo debería contemplar, de forma equivalente a la determinación de la admisibilidad de la prueba, una etapa de diagnóstico del daño ambiental. En este sentido resultará estratégicamente imprescindible, para un abordaje racional de la evaluación ambiental forense y un uso racional de los recursos, el fraccionamiento y escalado del proceso en etapas de complejidad creciente, donde se realice un primer sondeo exploratorio-diagnóstico para luego avanzar hacia una pericia a escala completa. Así, una primera etapa diagnóstica puede determinar, de manera rápida y a un costo relativamente bajo, si efectivamente existe daño/contaminación y su naturaleza, para así continuar con el proceso de evaluación decidiendo, en base a estos datos, las estrategias a seguir para llenar los vacíos críticos en la información.

En este punto, es necesario analizar en detalle los tres aspectos más relevantes asociados con esta primera etapa diagnóstica:

- Permite establecer si existe daño y su naturaleza en tiempos cortos.
- Implica costos relativamente bajos.
- Proporciona datos fundamentales para establecer los puntos de pericia que llenarán los vacíos críticos de información.

Considerando los niveles de complejidad ya mencionados en torno a las pericias ambientales, sus tiempos de ejecución difícilmente se enmarquen dentro de los tiempos procesales. Por lo tanto, la propuesta de una etapa diagnóstica no solo hace un uso racional de los recursos, sino que optimiza la articulación entre lo técnico y lo procesal. A su vez, en términos logísticos y de análisis instrumental, una etapa exploratoria previa implica erogaciones mucho más abordables. Este último aspecto, el de los costos de la pericia, suele ser frecuentemente subestimado a pesar de ser uno de los mayores obstáculos para una evaluación ambiental de calidad, tal que satisfaga los niveles de convencimiento conforme las reglas de la sana crítica necesarios para un fallo razonado<sup>9 10</sup>.

En este sentido, una alternativa a la que se recurre con frecuencia es a los organismos públicos ya que, tal como los detalla el artículo 33 de la Ley general del ambiente “*Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria*

9 Código procesal penal federal: Art. 398. Normas para la deliberación - el tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, el tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas.

10 Código procesal civil de la nación: Art. 386. Apreciación de la prueba - salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación”. Por su naturaleza, los organismos públicos con capacidad analítico-investigativa (laboratorios, hospitales, universidades o centros de investigación científica), suelen nuclear profesionales con la experticia y disposición necesaria para afrontar un proceso de esta naturaleza, donde es necesario desplegar estrategias específicas para responder a interrogantes específicos de la causa. Sin embargo, es importante tener en cuenta que, muchas veces, los organismos del estado no disponen de recursos o infraestructura suficientes para afrontar un proceso pericial (incluso en su etapa diagnóstica) o las vías administrativas para asegurar el debido proceso judicial.

Una vez considerada la disponibilidad de tiempo y recursos como elemento de decisión para enfrentar la etapa diagnóstica, se dará lugar a su fase analítica preliminar. Como dijimos, el objetivo principal en esta etapa es establecer la existencia y naturaleza del daño y, aunque los resultados obtenidos son limitados en la valoración del daño en su real complejidad, son imprescindibles protocolos de análisis que detallen los procedimientos estándar y requerimientos mínimos para establecer, con el nivel de confiabilidad necesario, los niveles de contaminantes en las diferentes matrices ambientales (aire, agua, suelo y muestras biológicas), a fin de dar referencias de la cuantía del evento con respecto a los valores establecidos en las diferentes normativas. En este sentido, la determinación analítica precisa de los diferentes niveles de contaminantes representa, quizás, el parámetro cuantitativo más objetivo en términos de comparación con valores límites permitidos. Aquí, es deseable que los laboratorios involucrados en el proceso cuenten con protocolos basados en normas internacionales de análisis (ej: EPA, ATSM, EC) y puedan ofrecer registros de sus calibraciones, de la implementación de controles de calidad, el uso de patrones certificados y, eventualmente, sean capaces de acreditar normas específicas de calidad para laboratorios de análisis (ISO 17025 –IRAM 301).

Por otra parte, teniendo en cuenta que buena parte de las causas ambientales surgen en el contexto de alguna actividad productiva u obra de gran magnitud, es fundamental recuperar la información de la “línea de base ambiental” obtenida o definida durante el estudio de impacto ambiental (Artículo 11. “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). En este estudio, se exige “...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”. (Art. 13 - Ley general del ambiente - 25.675).

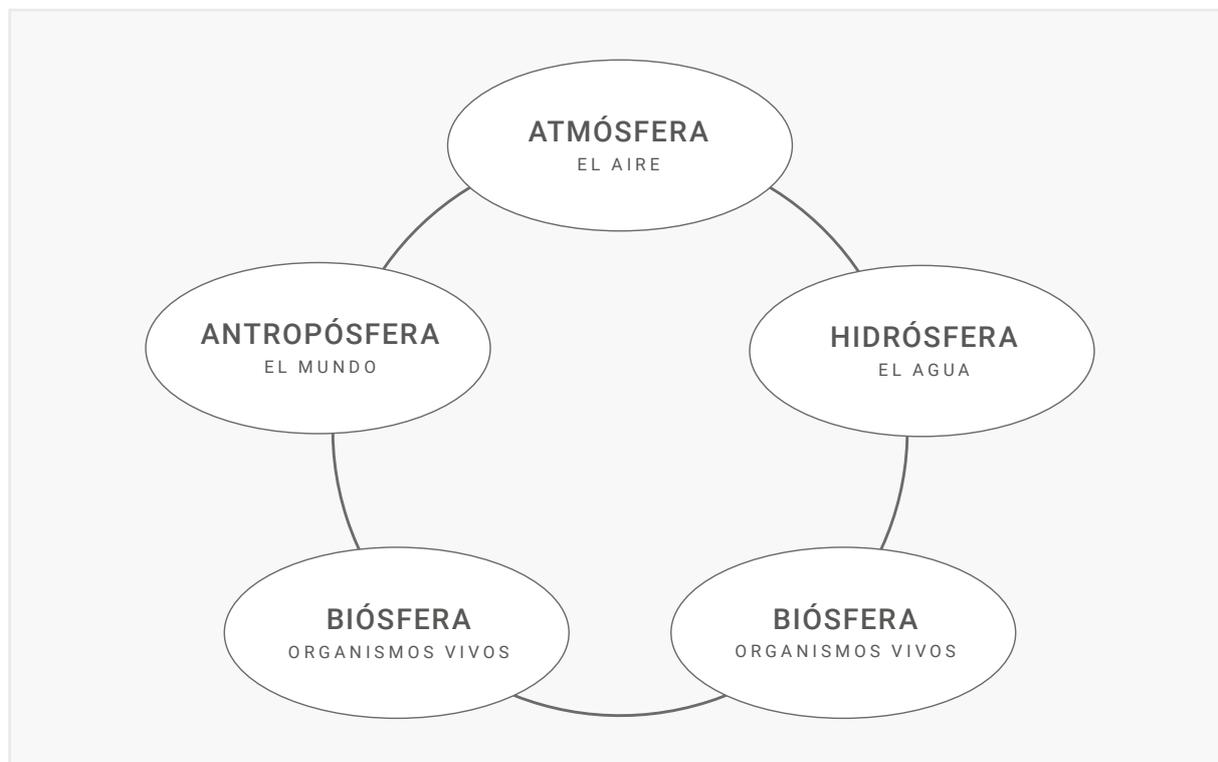
Recordemos que la obligación constitucional ante el daño ambiental es prioritariamente la obligación de recomponer, volver a las cosas al estado anterior. Y en este sentido, si este estudio hubiere sido realizado en base a una evaluación correctamente conducida y datos “de calidad”, su información resulta clave para definir y delimitar un contexto de análisis, la interpretación del impacto de la actividad o daños *a posteriori*, e incluso su valoración.

Entonces, en esta primera etapa diagnóstica, las investigaciones brindan información sobre la existencia y naturaleza de contaminación o daño, su extensión o magnitud y *qué* tipo de recurso natural y/o servicio ecosistémico y/o valor colectivo ha sido afectado. Sin embargo, para avanzar hacia una valoración del daño ambiental generado, incluyendo la reversibilidad y valoración monetaria del daño, así como los criterios mínimos de su restablecimiento a su estado anterior y riesgos para la salud humana, aún nos restan por responder el “*quién*”, “*cómo*” y “*cuándo*” del daño.

Daremos así paso a la siguiente etapa de evaluación donde, realizando la pericia a escala completa, podremos acceder a la información con el nivel de detalle necesario para una correcta valoración del daño, estimación del riesgo y asignación de responsabilidades.

En esta etapa, la diversidad de causas ambientales es enorme, y cada una de ellas revestirá características únicas en cuanto a la combinación de ecosistemas y tipos de daño. Se hace entonces

clara la necesidad de constituir, si ya no se ha hecho, un equipo de trabajo interdisciplinar en base a las características de la causa y a las diferentes esferas o “compartimentos” del medio que hayan sido dañados. Si bien en un principio hicimos una distinción general entre biotopo y biocenosis, estas pueden a su vez dividirse en compartimentos más específicamente definidos como “esferas” de un ecosistema, normalmente en permanente y dinámica interacción. De manera esquemática, esto podría representarse como:



Así, dependiendo de las características de la causa, la pericia debería enfocarse en los aspectos más relevantes de la contaminación en diferentes matrices de análisis como el aire (ej: gases, material particulado), el agua (ej: hidrocarburos, agroquímicos, efluentes industriales, detergentes, calor excesivo), el suelo (ej: metales pesados, residuos sólidos urbanos) o la biósfera (ej: flora, fauna, microflora). Así mismo, pueden realizarse análisis más complejos como la pérdida de biodiversidad, servicios ecosistémicos, especies protegidas o daños al paisaje, patrimonio cultural material e inmaterial, tanto desde el punto de vista ecosistémico como desde la perspectiva socio-económica y cultural. Todos estos aspectos hacen a la evaluación integral del daño, y deben ser elementos a considerar al momento de establecer la factibilidad y costos de restaurar los ecosistemas a su situación original o, eventualmente, los montos de la indemnización sustitutiva.

De manera especial, consideraremos a los bioindicadores como una herramienta de gran utilidad en este “proceso pericial”, no solo por su alta eficiencia en su relación costo/información, sino a la posibilidad de utilizarlos transversalmente a lo largo del proceso. En este sentido, el uso de bioindicadores se ha destacado como una herramienta útil, objetiva, directa, reproducible y escalable desde el nivel celular hasta el nivel ecosistémico para evaluar los cambios que tiene lugar en una comunidad biológica específica ante un daño ambiental (Trishala et al., 2016). Da cuenta de esta versatilidad el requerimiento/uso de bioindicadores en el marco probatorio de la Justicia Ambiental en diferentes momentos jurídicos muy bien definidos: i) pre-daño (basado en los principios precautorios y preventivos) en aquellas causas que impliquen acciones preventivas, definición de líneas de base y/o momentos de alarma temprana de degradación y ii) post-daño (principio de responsabilidad) en aquellas causas que evalúen la condiciones y criterios de reparabilidad ante

un daño constituido.

Si bien no hemos respondido aún los elementos técnicos que permiten responder al “*quién*”, “*cómo*” y “*cuándo*” del daño, ya que su complejidad excede el alcance de este manual, consideramos importante destacar que existen metodologías de investigación forense que permiten, generalmente mediante la combinación de información histórica previa, procesos analíticos complejos y algoritmos de modelado matemático, establecer el origen de la fuente de contaminación e incluso el grado de aporte, temporalidad y co-responsabilidad de cada aportante, si fueran más de uno.

Finalmente, una vez analizados todos estos aspectos y realizada la evaluación objetiva de los datos que permiten determinar la existencia de contaminación, su tipo, magnitud y, si fuera posible, la valoración del daño ambiental, surgen naturalmente una serie de interrogantes sobre la posible asociación del evento de contaminación con determinadas patologías o riesgo para la salud. Establecer asociaciones de este tipo con un nivel de certeza aceptable puede tornarse técnicamente imposible o incluso logísticamente inviable. En este caso, se han propuesto una serie de criterios, conocidos como “Criterios de Hill”, que permiten aportar elementos de decisión que reduzcan la incertidumbre y favorezcan la toma de decisiones basadas en la sana crítica. Estos criterios de asociación se basan fundamentalmente en:

- **La fortaleza de la asociación estadística:** comparando estadísticamente a las poblaciones expuestas con las no expuestas.
- **La consistencia de la asociación:** por ejemplo, ¿se observa la aparición de la enfermedad con niveles de exposición similar en otros lugares? ¿los estudios que utilizan diferentes técnicas de abordaje llegan a conclusiones equivalentes?
- **La especificidad de la asociación:** ¿La enfermedad tiene muchas causas o solo podría ser causada por exposición a este químico? ¿Puede el químico en cuestión causar muchas enfermedades o solo una?
- **La temporalidad:** ¿La exposición precede a la enfermedad? ¿La enfermedad es consistente con lo que se conoce con respecto a la latencia?
- **El gradiente biológico de la enfermedad con exposición:** ¿Son consistentes los datos de la población en estudio con una relación dosis-respuesta? ¿Los datos muestran tasas crecientes de enfermedad con el aumento de la “dosis”?
- **La plausibilidad:** ¿Es una relación causal entre la enfermedad y la exposición biológicamente plausible?
- **La coherencia:** ¿Es una interpretación causal consistente con otra comprensión científica?
- **La posibilidad de realizar experimentos:** por ejemplo, si se elimina la causa sospechada, ¿cambia la tasa de enfermedad?
- **La analogía:** ¿La experiencia con situaciones similares proporciona alguna orientación?

## 2. Peritos y equipos forenses especializados

Por más simple que se presente una causa, la evaluación del daño ambiental siempre es una tarea compleja, laboriosa y onerosa, en la que muchas veces el tiempo y/o los recursos materiales son los principales limitantes para su realización. En este sentido, es muy práctico planificar un abordaje racional, basado en el abordaje de escalas progresivas que hemos previamente denominado “proceso pericial”. Así, una vez establecidos cuales son los aspectos sobre los que se necesita aportar elementos de prueba, se pueden realizar muestreos o sondeos dirigidos, a pequeña escala, que permitan inferir las posibilidades de éxito de una evaluación a escala completa. Es decir,

abordar una pericia ambiental a escala completa sin ninguna evaluación previa no solo adolece de escasa racionalidad en el uso de los recursos, sino que necesariamente conducirá a resultados más pobres e incluso poco concluyentes. Parte de este abordaje racional lo constituye la formación de equipos interdisciplinarios de trabajo.

Con respecto a la constitución de dichos equipos es deseable que, en función a las características y magnitud del daño o, eventualmente, la complejidad de la causa, se establezca un equipo de trabajo en forma previa a la ejecución de la pericia. El trabajo en equipo no solo facilitará y ampliará el análisis e interpretación de la información en diferentes campos disciplinares, sino que ofrecerá una perspectiva global de la causa desde sus inicios, permitiendo identificar sus puntos críticos y planificar efectivamente las acciones, administrando tiempos y recursos. Como parte de cada equipo de trabajo conformado, se designará un perito en el rol de coordinador, a fin de articular y organizar las tareas del grupo y su interrelación con otros actores judiciales. Dada la gran diversidad de posibles causas judiciales en el marco de la legislación ambiental (ej: Ley General del Ambiente - 25.675, Ley de Residuos Peligrosos - 24.051, Código Penal - Art. 184.5 - Art. 189, Ley de glaciares y Periglaciares - 26.639, Ley de Bosques - 26.331, Ley de Protección del patrimonio arqueológico y paleontológico” 25.743), el equipo de trabajo deberá constituirse de acuerdo a las disciplinas con aportes más relevantes al proceso, incluyendo entre sus miembros a un profesional de las ciencias económicas con la experticia necesaria para realizar una valoración monetaria del daño. Es frecuente que el rol de coordinador lo desempeñen peritos propios de la institución, a quienes se les delega la tarea de conformar el equipo de trabajo con profesionales idóneos. A su vez, este equipo debería contar no solo con los expertos en las respectivas áreas técnicas involucradas en la ejecución de la pericia (incluido el coordinador), sino con actores judiciales que ofician de nexo entre las necesidades y estrategias jurídicas del proceso y los requerimientos técnico-científicos. Entre los requerimientos más frecuentes podemos mencionar:

En lo jurídico: estrategia de litigio, tiempos procesales, debido proceso, aseguramiento de la imparcialidad del proceso pericial (testigos, registros, cadenas de custodia).

En lo técnico-científicos: cantidad y calidad de muestras (encuestas, censos, imágenes satelitales, recolección de muestras de suelo, agua, aire, muestras biológicas), instrumental específico, laboratorios de alta complejidad.

Por último, más allá de la necesaria capacidad de interpretación y conocimiento jurídico que posea el coordinador del equipo de peritos, es siempre deseable que exista un vinculador entre la ejecución técnica de la pericia y la estrategia jurídica. Si este rol no pudiera ser llevado adelante por el fiscal, es importante contar con un miembro del equipo que pueda desempeñar la función de articulador. Esto responde fundamentalmente a que esta inevitable interacción entre ciencia y justicia reúne en el marco de la causa ambiental lo que podríamos llamar, en palabras de Kuhn, paradigmas inconmensurables.

### **3. Conocimiento científico y justicia ambiental**

Como dijimos, esta nueva construcción “ciencia y justicia” nace de la necesidad práctica de incorporar elementos técnico-científicos a la escena probatoria y, en muchos aspectos, aun tiene un gran camino por recorrer. Específicamente en la temática ambiental, las diferencias entre mundos son quizás más notorias debido a que las pericias ambientales, por un lado, revisten una complejidad que exacerba la dificultad de interpretación de los procesos analíticos involucrados así como sus resultados y, por el otro, juegan un rol decisivo en los procesos judiciales, lo que pone en permanente tensión a peritos y actores judiciales. En este sentido, hay experiencias concretas que demuestran que, como una primera estrategia de acercamiento, vale la pena poner el esfuerzo en la construcción de un lenguaje común y en la mutua comprensión de las bases epistemológicas, a fin de resolver aspectos críticos de interpretación de conceptos como *la verdad*, la certeza, el error

y la incertidumbre, así como la medición y sus alcances.

Como punto de partida, podemos plantear aquí algunas afirmaciones propias de la “buena ciencia” que ejemplifican este punto:

- Toda medición implica error.
- El error debe ser medido e informado.
- Equipos sofisticados no resuelven un mal muestreo o un inapropiado manejo del error.

Entendiendo en estos ejemplos al *error* como parte inseparable del proceso mismo de medición, y no como una equivocación o falla procedimental. Comprender los alcances y limitaciones del conocimiento científico es un aspecto muy importante al momento de planificar las estrategias de litigio y de utilizar plenamente los elementos de prueba. Así, por ejemplo, al momento de debatir cuestiones penales relativas a “*la duda razonable*”, será mucho más sencillo para el perito expresarse en términos probabilísticos o, cuando se refieran al “*convencimiento*”, responder con la cuantía de un valor analítico con respecto a un valor límite, junto a una determinación de la incertidumbre asociada a esa valoración. Otro aspecto central de esta coyuntura es comprender *el método*, pilar de la ciencia moderna, que se caracteriza por su *falsabilidad o refutabilidad* (como capacidad de una teoría o hipótesis de ser sometida a pruebas que la contradigan) y la *reproducibilidad o repetitividad* de sus resultados, formalmente revisados por pares de la comunidad experta. Como probablemente ya haya sido advertido, estos aspectos coinciden con los recogidos desde la doctrina jurídica como los “Criterios Daubert” y han representado un hito en la valoración judicial de la prueba pericial y sus criterios de admisibilidad.

Consciente de las complejidades de esta coyuntura entre ciencia y justicia, y como parte de su política institucional de aportar, como máxima institución de investigación científica, recursos humanos y técnico-científicos para la elaboración de pericias y cubrir la permanente demanda de capacitación en esta temática por parte de los diferentes cuerpos de magistrados, CONICET crea su Programa Nacional de Ciencia y Justicia<sup>11</sup>. Este programa funciona fundamentalmente como portal de acceso a los recursos de CONICET, tanto en recursos humanos y capacitación, como en la vinculación con laboratorios forenses de muy diversas disciplinas y puede resultar un recurso potente a la hora de estructurar un equipo interdisciplinario para el abordaje pericial.

#### 4. Los informes periciales de daño ambiental

El producto más importante de la investigación ambiental forense es la pericia ambiental, pues en ella se plasman los resultados a los que ha llegado el equipo de trabajo y generalmente constituye el elemento central de prueba para la causa. De acuerdo a las disciplinas que hayan intervenido en la realización de la pericia, esta incluirá deferentes metodologías de investigación y análisis, así como el lenguaje técnico propio de cada una. Sin embargo, dada su base científica transversal, en la mayoría de los casos incluirán puntos específicos que hacen a su desarrollo y, de alguna manera, reflejan la aplicación del “método científico”.

##### 1. Informe pericial penal ambiental (estructura; referencia a los elementos típicos del delito)

En este sentido, en los informes periciales se incluirán secciones con la siguiente información:

- *Fecha*
- *Título*

11 <https://www.conicet.gov.ar/programas/ciencia-y-justicia/>

- **Datos de la causa:** carátula, número de expediente/legajo, magistrado interviniente.
- **Solicitud:** según consta en el oficio/solicitud judicial.
- **Antecedentes:** que den un marco de interpretación a la investigación que se ha realizado en el proceso pericial.
- **Objetivos:** específicos de la investigación, en conformidad con lo solicitado para la pericia/proceso pericial. En algunos casos puede incluirse un apartado con la/s hipótesis a contrastar.
- **Análisis practicados / Metodología:** donde se describan en forma clara y técnicamente precisa, los protocolos, instrumentales y metodologías analíticas que se han utilizado o seguido para el análisis de la información, los elementos ofrecidos o las muestras recolectadas.
- **Resultados:** donde se detalle los resultados cuali-cuantitativos obtenidos en el proceso de análisis y, si se hubieran propuesto, la aceptación o rechazo de las hipótesis. En los casos donde se presenten resultados cuantitativos, es importante que estos vayan acompañados de su grado de error/incertidumbre y, cuando medien procesos analíticos instrumentales, un detalle de las cifras de mérito de la técnica.
- **Conclusiones:** que aporten, en un lenguaje técnicamente preciso pero accesible, las conclusiones/valoración del daño ambiental evaluado. Puede incluirse aquí la valoración y factibilidad del proceso de restauración al estado previo, o el valor de indemnización sustitutiva.
- **Consideraciones generales:** aunque no siempre, en algunos casos suelen agregarse en esta sección un aporte de elementos objetivos que ofrecen un marco interpretativo de los resultados, su alcance y posibles situaciones en las que éstos puedan variar.
- **Bibliografía**

Estas secciones no agotan las posibles opciones de un informe pericial ambiental, pero son las más frecuentemente utilizadas y aseguran los requerimientos mínimos legales de formalidad, a fin de evitar su nulidad.

## 2. La indemnización sustitutiva ambiental (valoración del crédito a la sociedad)

Una vez alcanzado este punto en el proceso pericial, es decir, ya probada la existencia del daño y evaluada la factibilidad de restauración del ecosistema a su condición previa, sobreviene el momento de la valoración del daño o, eventualmente, del cálculo monetario de una indemnización sustitutiva. Independientemente de que se requiera para definir los costos de restauración o para establecer una indemnización sustitutiva, el proceso de valoración comparte elementos metodológicos comunes y, por sobre todo, el criterio de referencia establecido en el Art. 41 de la CN sobre la supremacía del carácter restaurativo en la toma de decisiones (“*El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*”). En este sentido, en un contexto de gran complejidad en el que es imprescindible establecer límites para la valoración de la magnitud y alcance del daño, tanto en los aspectos objetivos de la afectación de los recursos naturales como en los subjetivos del valor colectivo vulnerado, esta obligación de recomponer se constituye en la piedra fundamental sobre la que consolidar un escenario de análisis intrínsecamente difuso. Partiendo de esta base, vemos una vez más la enorme relevancia de contar, tal como lo exige la normativa, con un estudio previo de impacto ambiental de la mayor calidad posible, a partir del cual establecer las condiciones a las que se esperaría restaurar el medio dañado. Vale la pena mencionar que parte de la “buena calidad” de este estudio radica no solo en describir detalladamente la salud y beneficios que brindan los ecosistemas, sino también en relevar condiciones de impactos

o deterioros previos a la actividad controvertida, a fin de que sus actores no deban asumir estos daños como propios. Si no existieran estos estudios o registros previos de algún tipo, usualmente se recurre (aunque resulta menos apropiado) a valorar el daño en función de las condiciones del entorno no afectado.

Como vemos, es clara la dificultad de la economía para cuantificar apropiadamente (en términos monetarios) el daño ambiental, ya que dichos bienes son intrínsecamente invaluable y, a su vez, forman parte de una “*continuidad*” muy difícil de delimitar. Sin embargo, la valoración es necesaria y, como punto de referencia, estará siempre sujeta a los costos calculados para un proceso ideal de restauración, aunque este no sea posible. Así, tendremos como alternativas para “tasar” el daño, los procesos de:

- **Recomposición:** que se realiza casi exclusivamente *in situ* y tiene el objetivo final de restaurar los ecosistemas a sus condiciones iniciales.
- **Compensación:** como situación de compromiso cuando la reparación resulta inviable o no satisface los nuevos equilibrios ecológicos de la región, pero es posible hallar una solución alternativa, de equivalencia ecológica, de modo que el patrimonio natural como un todo permanezca cuali y cuantitativamente inalterado (ej: reforestación alóctona de sitios de desmonte).
- **Indemnización sustitutiva:** es claramente la última opción, y debe ser tomada sólo cuando sean imposibles o inviables los procesos anteriores.

Partiendo de una meta de restauración, la valoración del daño ambiental se basa generalmente en un enfoque econométrico, que mediante funciones de cálculo matemáticas cuantifica e integra los costos individuales de cada uno de los recursos afectados, el tiempo que implica su restauración y los costos accesorios que surjan de la vulneración de valores ecológicos más complejos y/o del crédito a la sociedad.

Cuando hablamos de recomposición, si bien a los fines econométricos se suman los costos individuales previamente definidos de cada factor, no debe perderse de vista que los procesos de reparación son más complejo que una simple restitución de “inventario florístico” o una “cobertura vegetal” y que requieren de tiempos y etapas de evolución ecológica únicos, generalmente abordados con la sistemática de los procesos de eco-restauración. En todos estos sentidos, muchos países latinoamericanos han establecido diferentes aproximaciones metodológicas para la valoración de cada elemento, de acuerdo a sus propias clasificaciones y en armonía con su jurisprudencia (ver al respecto la Guía metodológica existente en Ecuador, la Nota técnica del Ministerio Público de Brasil y el Manual de la FAO realizado en Venezuela). Además de la mera valoración de la pérdida de recursos naturales como tal, deben considerarse los daños ecológicos asociados a dichos recursos ya que, más allá de su valor intrínseco como individuo, diferentes organismos juegan diferentes roles en el equilibrio de los ecosistemas y habrá, por tanto, individuos que por su rol ecológico posean mayor valor, en tanto de su subsistencia dependan un gran número de otras especies e incluso el completo equilibrio del ecosistema. Otro aspecto central en cuanto a daño ecológico lo constituyen los servicios ecosistémicos que brindan las diferentes especies, como por ejemplo la sombra de los árboles, la polinización que realizan las abejas o el reciclado de nutrientes que aportan los descomponedores. En los últimos años, cada vez más servicios han sido identificados, estudiados e incluso monetariamente cuantificados, lo que ha facilitado su incorporación al proceso de valoración del daño. Finalmente, deben valorarse aspectos menos objetivos pero igualmente importantes, como el daño a patrimonios culturales, religiosos, pérdida del valor estético e incluso el daño moral colectivo.

Como un apartado especial, cuando además median procesos de contaminación que comple-

jizan la naturaleza del daño ambiental, será necesario implementar estrategias de descontaminación apropiadas y ambientalmente compatibles con el proceso que se intenta realizar. En este sentido, son principalmente puestos e consideración como alternativas prioritarias los procesos de remediación de base biológica como la biorremediación o fitorremediación por sobre procesos físico-químicos menos amigables. Si eventualmente los niveles de contaminación hicieran inicialmente inviables los procesos de base biológica, estos deberían recomendarse como complementarios a los métodos físico-químicos. En este caso, los procesos biológicos son preferidos no solo por su afinidad con procesos eco-restaurativos, su mayor aceptación social y posible valor estético, sino por sus generalmente menores costos. Como desventaja, presentan mayores tiempos de ejecución y limitaciones en cuanto al nivel de contaminación sobre los que son viables pero, en este caso, siempre son deseables como complemento de métodos más agresivos, ya que son probadamente efectivos en la restitución de la calidad de cuerpos de agua y suelos.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que, si bien esta estrategia de econometría ambiental es la que con mayor frecuencia ha sido incorporada a la jurisprudencia internacional, depende estratégicamente de la disponibilidad de la creación y mantenimiento continuo y sistemático de tablas de valores y bases de datos actualizadas y confiables, que permitan la valoración estadística del estado biofísico de los recursos naturales y los flujos que benefician al bienestar de la población. Esta iniciativa es llevada adelante desde hace tiempo en países con mayor desarrollo, pero aun son incipientes en nuestro país.

Estas eventuales limitaciones en cuanto a la disponibilidad de datos y de herramientas econométricas han sido resueltas, al menos parcialmente, mediante la incorporación de la estimación de riesgo al escenario de valoración del daño. En este caso, el análisis de riesgo posee un significativo desarrollo previo en metodologías para la valoración de aspectos subjetivos y el análisis de escenarios complejos, y permite llenar algunos vacíos en la estrategia econométrica.

Como ejemplo práctico de valoración ambiental en términos econométricos puede consultarse las guías sugeridas donde se ejemplifica de forma cabal el abordaje interdisciplinario del proceso pericial ambiental, incluyendo la valoración económica del daño en base a la propuesta de una estrategia restaurativa y sus costos monetarios.

### 3. El proceso pericial paso a paso

Para condensar en un esquema resumido de trabajo los conceptos vertidos hasta este momento, partiremos del daño ambiental asociado a la contaminación química como modelo arquetípico, en tanto es susceptible de reunir en una misma causa tanto el proceso civil como el penal. En este sentido, haremos especialmente referencia a la necesidad de articular activamente el *proceso pericial ambiental* con el proceso jurídico, ya que los procesos ambientales rara vez encuadran en las estructuras procesales convencionales.

Partiremos así del *inicio de la causa ambiental* a partir de una demanda, denuncia o derivación de la vertiente administrativa como paso inaugural para su apertura y, en su marco, la eventual *designación del perito* (en caso que se refiera a un tribunal civil) o *asignación del perito oficial* en el fuero penal.

En ambos casos, este paso debería interpretarse como la primera instancia de *encuentro formal entre el fiscal y el perito* para dar inicio al proceso pericial, imprescindible al momento de articular los tiempos procesales y la estrategia de litigio con los tiempos periciales y el método de investigación científica. En esta instancia es importante, dado que la complejidad del proceso analítico y su interpretación crecen con el avance del proceso, establecer un escenario concreto de trabajo, sus límites y los alcances de la evaluación. Daremos así *inicio* a la *etapa diagnóstica del proceso pericial* en la que idealmente nos avocaremos a:

*Evaluar, entre fiscal y perito, el contexto de la causa reuniendo toda la información disponible con*

respecto a:

*tipo posible de daño y su extensión.* Aquí se verá principalmente la ubicación y situación geográfica del evento, el tipo de ecosistema, la existencia de registros de su estado previo y actual, imágenes, denuncias previas. Además debe considerarse, en caso de existir contaminación química, el tipo de contaminante, su naturaleza química, su toxicidad aguda y crónica (incluyendo carcinogenicidad, teratogenicidad y mutagenicidad), su dinámica en el ambiente (dispersión, movilidad, transporte y sitios críticos de depósito/acumulación) y la presencia de especies vulnerables/reporteras que permitan realizar un primer muestreo diagnóstico estratégico que optimice la utilización de recursos y aproxime los tiempos analíticos a los procesales.

*existencia de un estudio de impacto ambiental (EIA)* que establezca una línea de base y contextualice el escenario de análisis (siempre que la actividad controvertida no sea de tipo clandestina) para poder establecer con mayor precisión los tiempos de acumulación del daño, el estado previo de los ecosistemas y la posible existencia de otros actores que impliquen acciones y responsabilidades concurrentes.

*Coadyuvar en la evaluación del encuadre jurídico de la causa* y, a partir de allí, *construir una estrategia de litigio* en base a la cual *conducir la toma racional de decisiones del proceso pericial* para optimizar los recursos (tiempo y dinero).

*Planificar una primera visita al sitio*, en la que se realizará una inspección ocular exhaustiva, a fin de completar y respaldar con elementos objetivos un escenario predefinido en función de la información previa, describir el tipo y extensión de los daños más evidentes y, necesariamente, *establecer las bases científicas del “nexo causal”*.

*Realizar un muestreo preliminar diagnóstico* sobre los sitios y medios críticos (aire, agua, suelo, biota) pre-identificados como claves para el diagnóstico. En este punto, es de vital importancia:

*respetar el marco jurídico probatorio* para la aceptabilidad de la prueba.

*utilizar normas validadas* para la toma de muestras, que den soporte científico a sus aspectos más críticos (número de muestras, patrones y criterios de muestreo, envases, rótulos, registro, conservación, transporte y almacenamiento) que resulten armónicas con los procedimientos técnicos previstos para su análisis.

Ya en el laboratorio, medir analíticamente los niveles de contaminación/daño y, de acuerdo a los límites fijados por la normativa, *establecer la existencia del daño*. En este sentido, al igual que en el proceso de muestreo, es imprescindible que los laboratorios puedan acreditar:

*el uso de metodologías analíticas validadas* internacionalmente.

*el uso de estándares y patrones certificados*.

la implementación de *controles de calidad* internos y externos, así como con un registro del *tratamiento estadístico del error*.

*acreditar normas de calidad internacional* (ISO 17025 o similar).

una vez establecida la existencia de contaminación/daño, *determinar su magnitud/extensión* y, eventualmente, *el riesgo asociado*.

En este punto, en que ya hemos establecido la existencia de daño/contaminación, vinculado autoría-nexo causal-daño y el riesgo asociado, damos por concluida la etapa diagnóstica del proceso pericial.

Aquí tendremos nuestro *primer momento de evaluación*, a fin de *confirmar o redefinir el encuadre legal de la causa, la estrategia de litigio y la estrategia analítica a escala completa*.

En este sentido, es importante tener presente las diferentes alternativas jurídicas como:

*medidas de cese* (amparo);

*medidas cautelares* (múltiples vías procesales);

*aplicación del principio preventivo* (en caso de riesgo cierto);

*aplicación del principio precautorio* (en caso de riesgo incierto);

así como la posibilidad de, habiendo llegado a un contexto probatorio que lo justifique apropiadamente, *invertir la carga de la prueba*.

Una vez tomadas estas decisiones estratégicas en base a la evaluación del daño al medio natural, y continuando con el proceso, pasaremos a la **segunda etapa del proceso pericial**, donde serán centrales los momentos de:

**Consultar o convocar**, a partir de un escenario ya contextualizado en la etapa diagnóstica, **un equipo interdisciplinario** que ayude a redefinir y profundizar el proceso analítico de la pericia, abordando los procesos más complejos como *daño ecológico y servicios ecosistémicos, daño a la sociedad y daño moral*, así como la *perdida de oportunidad*, de manera integral y con miras a un proceso final de valoración del daño. El diálogo con este grupo de profesionales especializados y sus requerimientos disciplinares para la constitución de los elementos de prueba permitirá **redefinir la estrategia analítica** (su amplitud, tiempos y costos), en necesaria articulación con los tiempos y requerimientos procesales. Así, se podrá **planificar una nueva etapa de muestreo** a escala completa, seleccionando:

*nuevo número de muestras y patrón de muestreo.*

*nuevo tipo de muestras* que permitan confirmar y ampliar el respaldo probatorio del nexo causal, establecer la distribución y dinámica de los contaminantes en el ecosistema, el tiempo, magnitud y extensión del daño, los eventuales aportes concurrentes de otros actores, el impacto sobre la salud y el riesgo asociado.

**Ampliar la caracterización del daño** en sus aspectos más complejos (daño ecológico, daño colectivo, aspectos socio-culturales), incluyendo el uso de nuevas y diferentes herramientas de evaluación (bioindicadores, encuestas, datos históricos). Esta profundización en la caracterización del proceso de contaminación es necesaria no solo para comprender eventos que por la complejidad y dinamismo de sus características intrínsecas y componentes son únicos en cada caso, sino para *evaluar el grado de reversibilidad* del evento y *proponer estrategias* apropiadas de *recomposición, compensación* o, finalmente, los costos de una *indemnización sustitutiva*.

**Realizar una nueva intervención/muestreo**, optimizando el uso de los tiempos y recursos disponibles. Este nuevo muestreo ofrecerá el sustento técnico-científico necesario para respaldar los pasos anteriores, a través del análisis de datos objetivos.

Finalmente, con todos estos elementos, se dará lugar a la consulta técnica financiera, a fin de **valorar monetariamente el daño** y los costos de reparación. ■

ANEXO 1

## **Resumen curricular de los autores**



**Juan Sebastián Lloret** → Abogado. Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas - UNSa. Master en Derecho Ambiental - UPV-EHU, España. Coordinador Académico local de la Especialidad de Derecho de Daños - UNL y UNSa. Sub Director de la Maestría en Derecho Privado - UNSa. Profesor de Derechos Colectivos. Director de la Especialización en Peritaje Ambiental - UCaSal. Profesor de Responsabilidad Ambiental. Profesor adjunto de grado en Derecho ambiental y recursos naturales. Investigador - CENTROS DE INVESTIGACIÓN UNSa, UNC, UCaSal. EXPERTO para la Oficina Regional del P.N.U.M.A. / O.N.U. en acceso a la justicia ambiental para el sector fiscal en toda la Región (Proyecto 2016). Consultor para el Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA).

---

**Ana Andrea Audisio** → Abogada - Procuradora, UBA. Especialista en Derecho Civil, Universidad Nacional de La Plata. Secretaria General de Acceso a Justicia y Derechos Humanos de la Procuración General. Poder judicial de la Provincia de La Pampa. Profesora Adjunta Interina "Derecho Procesal II" de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de La Pampa (2002/2010).

---

**Brett Sommermeyer** → Bachelor of Arts - Political Science, Duke University - Durham, NC, 1990. Juris Doctor and Certificate in Natural Resources and Environmental Law, Lewis and Clark College, Northwestern School of Law - Portland, OR 1995. Master of Public Administration - Environmental Science & Policy, Columbia University, School of International and Public Affairs - New York, NY, May 2010. Legal Director, Sea Shepherd Legal - Seattle, WA, February 2015 - Present. Memberships, IUCN World Commission on Environmental Law (WCEL). Researcher / contributing author in various works and entities.

---

**Florencia Cheruse** → Abogada - Esp. en Derecho Ambiental - Asesora jurídica en el Honorable Concejo Deliberante de General Pueyrredon - Miembro del Grupo de Análisis de Derecho Ambiental (GRADA) de la Facultad de Derecho - UNMDP.

---

**Johanna Cristallo** → Abogada, UBA. Magister en Derecho y Economía, Universidad Torcuato Di Tella. Maestranda en Administración y Políticas Públicas, Universidad de San Andrés. Desde 2012 se desempeña en el área de gobierno de la Procuración General de la Nación. Desde enero de 2016 se hizo cargo de la Secretaría General de Coordinación No Penal de la PGN y en la actualidad es también Directora Interina de la Agencia de Acceso a la Información Pública del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Profesora universitaria adjunta. Dictado de cursos de grado y posgrado en universidades locales y extranjeras y participó como conferencista en diversas jornadas organizadas por la Asamblea de Ministerios Públicos de Iberoamérica (AIAMP), la Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur (REMPPM) y la Conferencia de La Haya, entre otras.

---

**José Alberto Esaín** → Abogado, Master en derecho ambiental Universidad del País Vasco. Docente de grado y posgrado Universidad Nacional de Mar del Plata. Docente posgrado UBA, UNL, UNC, entre otras Consultor PNUMA, PNUD, CFI, BID, BM, UNESCO, diversas naciones y provincias. Asesor y consultor en el Ministerio de Ambiente de la Nación. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del miembro corresponsal del Instituto de Derecho Ambiental de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba. Director del Grupo de Análisis de Derecho Ambiental UNMDP.

---

**Luciano Merini** → Bioquímico – UNNE. Toxicólogo – UBA. Dr. en Bioquímica – UBA. Jefe de la Agencia de Investigación Científica (AIC) del Ministerio Público Fiscal de La Pampa. Investigador Adjunto de CONICET. Profesor de Química Ambiental de la Lic. en Química de FCEyN-UNL-Pam. Miembro del Consejo Asesor del Programa de Ciencia y Justicia de CONICET.

---

**Nadia Espina** → Abogada, Universidad Nacional de Rosario. Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral. Doctoranda y Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Funcionaria del Ministerio Público de la Nación. Autora de diversos libros, entre ellos “Derecho Animal. El bien jurídico en los delitos de maltrato”, “Prácticas de Derecho Penal y Sistema de la Pena”, “Emoción violenta y culpabilidad disminuida” y “Prevaricato de los jueces”, publicados por la Editorial Ediar.

---

**Yarina gersenobitz** → Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho Penal y en Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo. Funcionaria en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal. Funcionaria en el Ministerio Público Fiscal Argentino en la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente y en la Procuraduría de Narcocriminalidad.

---

ANEXO 2

## **Bibliografía**

---

### CAPÍTULO 3 • Herramientas administrativas para la protección ambiental

- BEZZI, Osvaldo Héctor, “Los Actos de Administración: la Figura del Dictamen Jurídico” en *Revista Derechos en Acción*, Año 3/N.º 9, Primavera 2018.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, Tomo I-A.
- BRAÑES, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, México, 2000.
- BUTELER, Alfonso. “Las sanciones administrativas ambientales” en *RD Amb* n° 55, Abeledo Perrot.
- CAFFERATTA, Néstor A. (Dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo I.
- CAFFERATTA, Néstor A. *Introducción al derecho ambiental*, Instituto Nacional de Ecología, México, 2004.
- CAFFERATTA, Néstor A., “Vocabulario medioambiental (con especial referencia a la legislación bonaerense)”, Publicado en: *LLBA* 2001-579, 2001, Cita Online: *AR/DOC/5260/2001*.
- CHERUSE, Florencia, “Derecho ambiental sancionador: aproximación a una caracterización de las faltas ambientales, sus problemas y desafíos”, *Revista de Derecho Ambiental* n° 58, Abeledo Perrot, 2019 - Cita Online: *AR/DOC/1009/2019*.
- DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Editorial Civitas SA, 1997.
- Díaz Araujo, María M., “Los derechos de acceso a la información y a la educación ambiental”, *JA*, 2001-I-1113 en CAFFERATTA, Néstor A. (Dir.), *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo I.
- DIAZ ARAUJO, Mercedes, “La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora”, *Doctrina JA* 2002-III-939 y en en CAFFERATTA, Néstor A. (Dir.), *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo I.
- ESAIN, José A. y GARCÍA MINELA, Gabriela, *Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013. Tomo II.
- ESAIN, José A., *Competencias ambientales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 93/94.
- ESAIN, José Alberto, “La Ley 25675 General del Ambiente”, en PALACIO DE CAEIRO SILVIA (Dir.), *Tratado de derecho federal*, La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo I.
- ESAIN, José Alberto, *Competencias Ambientales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- ESAIN, José Alberto, *Ley general del ambiente comentada concordada y anotada*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, Tomo II.

- FALBO, Aníbal J., “La información ambiental, como principio rector de la protección del ambiente” en JA, 2003-III-246 y en CAFFERATTA, Néstor A. (Dir.), Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo I.
- FALBO, Aníbal, “La sanción administrativa ambiental” (RDamb, 2-39) en CAFFERATTA, Néstor A. (dir.), Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás R. Curso de derecho administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2006, Tomo II.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando. “La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte” en JA 2006-III-1206 – SJA 6/9/2006.
- GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, X-4.
- HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J., Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.
- LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, La potestad de inspección de la administración del Estado, Cuadernos del Tribunal Constitucional, n° 56, año 2015, Chile, 2015.
- LEME MACHADO, Paulo Affonso. Dereito ambiental brasilerito, Malheiros Editores LTDA, Brasil, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo L., Teoría general del Derecho Ambiental, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho ambiental administrativo, España, 2009, Capítulo VIII disponible en <http://vlex.com/vid/248993250>.
- LUQUI, Juan Carlos, “El dictamen jurídico”, en JA, 1954-IV-44.
- MAIER, Julio B. J. “El derecho contravencional como derecho administrativo sancionatorio” disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28017-derecho-contravencional-derecho-administrativo-sancionatorio> (ultimo ingreso el 29.09.2020)
- MARCHESI, Guillermo y RINALDI, Gustavo, “Evaluación ambiental estratégica: el rol del poder judicial en su implementación”, publicado en RDamb 44, 79, Cita Online: AR/DOC/5515/2015.
- MARCHESI, Guillermo, “Instrumentos de política y gestión ambiental: algunas reflexiones a diez años de la sanción de la ley 25.675”, publicado en: RDamb 31, 111, Cita Online: AR/DOC/8663/2012.
- MARCHESI, Guillermo, “La difícil misión de poner en marcha un procedimiento: la evaluación de impacto ambiental”, publicado en RDamb 38 , 153, cita online: AR/DOC/5079/2014.
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, Tomo I y IV.
- MARTIN MATEO, Ramon, “El monopolio público de la tutela ambiental”, JA 1998-IV-1002, en CAFFERATTA, Néstor A. (Dir.), Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia,

Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo II.

— MARTIN MATEO, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, Editorial Trivium SA, Madrid, 1991, Tomo I.

— MARTÍN MATEO, Ramón. Derecho ambiental, Madrid, 1977.

— MORELLO, Augusto M. y CAFFERRATTA, Néstor A., Visión procesal de cuestiones ambientales, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

— PASSOS DE FREITAS, Vladimir, Dereito administrativo e meio ambiente, Juruá Editora, Curitiba, Brasil, 2010.

— SABSAY, Daniel Alberto y DI PAOLA, María Eugenia, “Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental, recomendaciones para su reglamentación”, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Unión Mundial para la Naturaleza, Buenos Aires, 2003.

— SALERNO, Ana y MARCHESI, Guillermo, “El procedimiento sancionatorio ambiental en la Provincia de Buenos Aires”, RDAMB. 25-263, en CAFFERRATTA, Néstor A. (Dir.), Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo II.

— TERZI, Silvana – IRIBARREN, Federico: “El acceso a la información pública ambiental”, JA, 2007-IV-1245 en CAFFERRATTA, Néstor A. (Dir.), Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo I.

---

## CAPÍTULO 6 • Crimen organizado y delitos ambientales

— [www.pnuma.org](http://www.pnuma.org)

— [www.cites.org](http://www.cites.org)

— [www.interpol.int](http://www.interpol.int)

— [www.iucn.org](http://www.iucn.org)

— [www.infoleg.gob.ar](http://www.infoleg.gob.ar)

— [www.ambiente.gob.ar](http://www.ambiente.gob.ar)

— [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)

— Baigun, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (directores), et al (2014). Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi vol. 14A y 14B.

— Lamas, L. (1989). Manifestaciones del Crimen organizado. Bogotá: Revista de Derecho Penal y Criminología.

— Zaffaroni, Eugenio Raúl (2001). En torno al concepto de crimen organizado. En: Virgolini, J. y Slokar, A. Nada personal... ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia (pp. 9-16). Buenos Aires: De Palma.

— Texto “La narcocriminalidad en el derecho penal” de Matías C. Froment y Matías G. Álvarez

(funcionarios de la Procuraduría de Narcocriminalidad-PROCUNAR-del Ministerio Público Fiscal de la Nación).

- Cressey, Donald (1969): *Theft of the Nation*. New York: Harper and Row.
- Roxin, Klaus, “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, Ed. Marcial Pons, Madrid 2000.

---

## **CAPÍTULO 8 • Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada en Argentina**

- Banco Mundial y FAO, *The Sunken Billions. The economic justification for fisheries reform*, The World Bank/FAO, Washington 2009, disponible en [siteresources.worldbank.org](http://siteresources.worldbank.org).
- Barrio García Gonzalo A., *Régimen jurídico de la pesca marítima*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1998, p. 315.
- Brañes Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, Fundación Mexicana para la educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica, México 2000.
- Catalano Edmundo, Brunilla María Elena, García Díaz Carlos, Lucero Luis, *Lecciones de derecho agrario y de los recursos naturales*, Zavalía, Buenos Aires, 1998.
- CEPPARO, Ma E., et al., “evolución de la legislación pesquera argentina desde la segunda mitad del siglo xx. Ciclos de la actividad pesquera en Santa Cruz. En *Estudios Oceanográficos*, Santa Cruz, Argentina. Disponible en: < [http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/1143/evolucion-de-la-legislacionpesquera....pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/1143/evolucion-de-la-legislacionpesquera....pdf).
- Cóccaro, J.M. et al, 2002, “La Minería Pesquera argentina”, en *Reflexiones Geográficas N° 10 Revista de la Agrupación de Docentes Interuniversitarios. Geografía*. Río Cuarto, Córdoba
- Esain José Alberto, “El paradigma ambiental”, en Cafferatta Néstor (Director) *Revista de derecho ambiental*, Editorial Abeledo Perrot, nro. 43, julio septiembre 2015, Buenos Aires, ps. 229 y subsiguientes.
- Esain José Alberto, *Ley 25.675 General del ambiente, comentada, concordada y anotada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.
- Esain José Alberto, *Pesca marítima y derecho ambiental*, Abeledo Perrot y Fundación Vida Silvestre, Buenos Aires, 2012.
- Marienhoff Miguel S., *Tratado de derecho administrativo, T VI*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- Martín Mateo Ramón, Díez Sánchez José (col), *Tratado de derecho ambiental: Recursos naturales*, Volumen 4, Trivium, Madrid, 1997.
- Menéndez Rexach J., “La configuración del dominio público marítimo terrestre”, en *Jornadas sobre la ley de Costas*, EGAP, Santiago de Compostela, p. 53. También publicado en la *Revista de estudios Territoriales*, núm. 34, septiembre-diciembre de 1990.
- Mizrahi, E., 2001 a. *Caracterización del sector pesquero argentino. Aspectos económicos fi-*

nancieros. Consejo Federal de Inversiones CFI. Buenos Aires y Mizrahi, E., 2001b, Caracterización del sector pesquero argentino. El marco de referencia, institucional y político, Consejo Federal de Inversiones (CFI). Buenos Aires,

— Morillo José Ignacio y Pérez Velarde, “Las transformaciones del derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas”, en Dominio público, naturaleza y régimen de los bienes públicos, Gabriel de Reina Tartière (coordinador), Heliasta, Buenos Aires, 2009.

— Ricardo Lorenzetti, Teoría del derecho ambiental, Editorial La ley, Buenos Aires, 2008.

— Sánchez Jordán Ana Belén, El estado del puerto y la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, Edita Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Campus de Rabanales, Córdoba.

— Santamaría Pastor J., Fundamentos de derecho administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1980, vil I, p. 781; García de Enterría E., Hacia una nueva justicia administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 50.

— Seitune Daniel, “Desarrollo sustentable e la pesca argentina”, en Revista Pesca y puertos de la Patagonia, nro. 24 24/11/2004, ps 3/4.

---

## **CAPÍTULO 9 • Informe pericial ambiental**

— Hill, Austin Bradford (1965). «The Environment and Disease: Association or Causation?». *Proceedings of the Royal Society of Medicine* 58 (5): 295-300.

— Ley General del Ambiente - 25.675

— Ley de Residuos Peligrosos - 24.051

— Código Penal Argentino

— Ley de glaciares y Periglaciares - 26.639

— Ley de Bosques - 26.331

— Ley de Protección del patrimonio arqueológico y paleontológico - 25.743

— ISO 17025 - IRAM 301

— Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993)

— Kuhn, Thomas (1996), La estructura de las revoluciones científicas. Santiago: Fondo de Cultura Económica.