

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS



DOCTORADO EN DERECHO

**INCIDENCIAS DE LA LEY 26.854 EN EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN
MEDIDA CAUTELAR AMBIENTAL**

Doctorando: Mario Aníbal Burgos

Director de Tesis: Dr. José Horacio de Jesús Grando

Año 2024

In Memoriam

Del Dr. Alfredo Machuca, quien fue inicialmente mi director de tesis y me acompañó generosamente durante el cursado de la carrera y en la elaboración del plan de tesis. Fue convocado a la sede celeste, pero sigue presente en mi pensar y en mi sentir.

Dedicatoria:

A mis padres Heriberto y Teresita, a mi compañera de la vida, Constanza, y a nuestra hija Sara Valentina.

Agradecimiento

A todos los que de algún modo me alentaron y ayudaron a seguir, sobre todo en momentos de flaqueza. A los colegas que dedicaron amablemente su tiempo para leer mis avances y a ofrecer su crítica constructiva. A mis compañeros de trabajo que se organizaron para que yo tuviera un tiempo para escribir.

Un agradecimiento especial a mi maestro de la vida, Profesor Francisco Ángel Báez.

ABREVIATURAS

BO.: Boletín Oficial

CAA: Certificado de Aptitud Ambiental

Capel.: Cámara de Apelaciones

CCyCN: Código Civil y Comercial de la Nación

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CN: Constitución de la Nación (Argentina)

COMFER: Comité Federal de Radiodifusión

CPCyCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

CREAL: Centre de Recerca en Epidemiologia Ambiental

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

DIA: Declaración de Impacto Ambiental DNU: Decreto de Necesidad y Urgencia

EAE: Evaluación Ambiental Estratégica

EIA: Evaluación de Impacto Ambiental

EsIA: Estudio de Impacto Ambiental

Expte.: Expediente

FAI: Federación Ambientalista Internacional

IA: Inteligencia Artificial

ICNIRP: Comisión Internacional de Protección contra la Radiación No Ionizante

IEEE: Instituto de Ingeniería Eléctrica y Electrónica

LGA: Ley General del Ambiente, 25.675

LMC: Ley de Medidas Cautelares 26.854

LNPA: Ley Nacional de Procedimiento Administrativo

ODS: Objetivos de Desarrollo Sostenible

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PEN: Poder Ejecutivo de la Nación

PGA: Plan de Gestión Ambiental

PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

RAE: Real Academia Española

SCBA: Suprema Corte de Buenos Aires

STJ: Superior Tribunal de Justicia

TDR: Términos de Referencia

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la

Cultura

ÍNDICE TEMÁTICO

Resumen.....	1
CAPÍTULO I:	
1. Introducción.....	3
2. Aclaración.....	19
CAPÍTULO II: Marco Teórico	
1. El Ambiente.....	22
1.1. Enfoque sistémico: naturaleza y cultura.....	26
1.2. La comprensión de la cultura.....	32
1.3. La construcción social del ambiente.....	34
1.4. Bienes y valores colectivos. El patrimonio cultural.....	36
2. El Derecho Ambiental.....	42
2.1. El bien ambiental.....	48
2.2. Los derechos de la naturaleza.....	64
2.3. El artículo 41 de la CN.....	69
2.4. Desarrollo humano. Sustentabilidad: calidad de vida, vida digna, salud.....	71
3. La Ley General del Ambiente.....	84
3.1. Los principios del Derecho Ambiental.....	86

CAPITULO III.

El Principio Precautorio.....	93
1. Naturaleza jurídica.....	98
2. Riesgo científicamente incierto.....	100
3. Condiciones de aplicabilidad:.....	103
3.1. Identificación de riesgos.....	106
3.2. Evaluación científica.....	106
3.3. Incertidumbre científica.....	108
4. Revisión del conocimiento científico.....	110
5. Replanteo de la causalidad.....	112
6. Los riesgos de la tecnología.....	114
7. El principio precautorio y las generaciones futuras.....	121
8. El principio precautorio y la acción de amparo.....	126

CAPÍTULO IV.

La Justicia Cautelar.....	138
1. La tutela judicial efectiva.....	141
2. La tutela administrativa efectiva.....	156
3. La tutela cautelar efectiva.....	161
4. Medidas Cautelares: Concepto y caracteres.....	166

4.1.	Naturaleza Jurídica.....	171
4.2.	Lo urgente y lo cautelar.....	179
4.3.	Fundamentos:.....	185
4.3.1.	Verosimilitud del derecho.....	186
4.3.2.	Peligro en la demora.....	191
4.3.3.	Relación entre verosimilitud en el derecho y peligro en la demora.....	193
4.3.4.	Contracautela.....	195

CAPÍTULO V

Incidencia de la ley 26.854 en la tutela cautelar ambiental con sustento en el principio precautorio...

1.	La medida cautelar en el proceso colectivo ambiental.....	198
2.	La medida cautelar ante la Administración. Generalidades.....	209
3.	La ley 26.854. Generalidades.....	213
3.1.	Estructura del texto legal.....	215
3.2.	Ámbito de aplicación.....	218
3.3.	Jurisdicción y competencia.....	221
3.4.	Medida cautelar dictada por juez incompetente. Excepciones.....	224
3.5.	La ley 26.854 y la acción de amparo.....	228
4.	Incidencia en el principio precautorio.....	231

4.1.	Presupuestos de procedencia.....	232
4.2.	Prohibición de tutela anticipada.....	237
4.3.	Suspensión de los efectos de un acto estatal.....	246
4.4	Medida de no innovar.....	262
4.5.	Agotamiento de la vía administrativa.....	264

CAPÍTULO VI

Conclusiones.....	266
Referencias Bibliográficas.....	277

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene el objetivo corroborar si en un caso de acción u omisión lícita del Estado, o en su caso, los efectos de un acto administrativo legítimo, que generen un riesgo incierto de daño ambiental; la ley 26.854 -que regula un nuevo régimen en materia de medidas cautelares contra el Estado nacional- tiene incidencia en la admisión de una medida cautelar ambiental con aplicación del principio precautorio.

En efecto, la LMC establece requisitos de admisibilidad de mayor rigor para las medidas cautelares contra el Estado nacional ya que determina que la pretensión cautelar debe indicar de manera “clara y precisa” el perjuicio que se procura evitar, (artículo 3º, inciso 2). El art. 3º, inc. 4, determina la no identificación de la medida cautelar con el objeto principal. Establece, además, que tanto la suspensión de los efectos de un acto estatal (art. 13), la medida positiva (art. 14), como la medida de no innovar (art. 15) requieren, respectivamente, que se acredite sumariamente que ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior y la no afectación del interés público. Para la suspensión de los efectos de un acto estatal se requiere, asimismo, la verosimilitud de la ilegitimidad.

Ello así, porque la procedencia de medidas cautelares frente a un riesgo potencial de daño ambiental se funda principalmente en el principio precautorio que, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 25.675 (LGA), integra los “Principios de la política ambiental”. El texto establece que la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública.

Todo ello, en el marco de la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 118 de la Constitución Nacional), que apunta tanto a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales,

queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción. Y, asimismo, el artículo 32 de la LGA que dispone que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie, y el Acuerdo de Escazú, en lo referente al acceso a la justicia de casos ambientales y el principio de progresividad y de no regresión.

CAPÍTULO I

1. Introducción

La ley 26.854 (en adelante LMC) -sancionada el 24 de abril de 2013, promulgada el 29 de abril de 2013 y publicada en el Boletín Oficial Nacional del 30 de abril 2013- que regula un nuevo régimen en materia de medidas cautelares contra, o peticionadas por, el Estado nacional, integra un paquete de leyes denominadas de “Democratización de la Justicia”, que a iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional establece reformas al sistema de administración de justicia federal.

La LMC establece requisitos de admisibilidad de mayor rigor para las medidas cautelares contra el Estado nacional con relación a los recaudos tradicionales del *fumus bonus iuris* y del *periculum in mora*, ya que determina que la pretensión cautelar debe indicar de manera “clara y precisa” el perjuicio que se procura evitar, (artículo 3º, inciso 2). El art. 3º, inc. 4, determina la no identificación de la medida cautelar con el objeto principal.

Establece esta ley, además, que tanto la suspensión de los efectos de un acto estatal (art. 13), la medida positiva (art. 14) como la medida de no innovar (art. 15) requieren, respectivamente, que se acredite sumariamente que ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior y la no afectación del interés público. Para la suspensión de los efectos de un acto estatal se requiere, asimismo, la verosimilitud de la ilegitimidad.

En el campo del Derecho, en todo momento es conveniente precisar y aclarar los conceptos para aplicarlos en cada caso concreto. Con ese criterio, interpretamos el término acreditar como hacer digno de crédito algo, probar su certeza o realidad, según la RAE.

Entonces, en el supuesto caso en que el Estado nacional por acción u omisión lícita, o por los efectos derivados de un acto administrativo legítimo, pero que luego de un

tiempo genera una sospecha plausible de riesgo incierto de daño ambiental por circunstancias sobrevinientes no previstas, ya sea porque se carece de información suficiente, o porque aquella que se disponía a la fecha en que el hecho se produjo, a la postre no resultó bastante para predecir sus secuelas, o simplemente era equivocada, y se solicita una medida cautelar aplicando el principio precautorio con la intención de impedir que ocurra el daño temido, nuestra hipótesis es que los requisitos de la LMC inciden en la admisibilidad de esa medida cautelar, lo que representa un problema para la tutela preventiva, anticipada y oportuna del ambiente.

Efectivamente, la exigencia de precisión y claridad al indicar el perjuicio que se procura evitar, o en su caso, la imposición de acreditar que el acto administrativo que se pretende suspender ocasionará un grave perjuicio irreparable y, simultáneamente, la verosimilitud de su ilegitimidad; inciden en la tutela cautelar efectiva del ambiente con sustento en el principio precautorio.

Ello así, porque la procedencia de medidas cautelares y anticipatorias frente a un riesgo potencial de daño ambiental se funda principalmente en el principio precautorio que, de acuerdo con el artículo 4° de la LGA, integra los “Principios de la política ambiental”. El texto establece que la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública.

Ponemos de relieve, en el caso supuesto, la licitud de la acción u omisión estatal que genera la sospecha de riesgo potencial de daño ambiental, o en su caso, la legitimidad del acto administrativo, dado que la definición de daño ambiental (art. 27, LGA) tipifica que la acción u omisión que lo produce es lícita o ilícita. Hacemos referencia a la legitimidad del acto administrativo (autorización, permiso, concesión), en el caso de que modificaciones de las

circunstancias y condiciones sobrevinientes a la fecha de su dictado hacen suponer que sus efectos generan un riesgo potencial de daño al ambiente.

El toque de distinción -la licitud de la acción u omisión estatal y la legitimidad del acto administrativo- se relaciona con la idoneidad de la acción de amparo respecto de la aplicación del principio precautorio en el caso descrito, en atención a sus requisitos de perjuicio actual o inminente y de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Ello, debido a la exclusión casi total del ámbito de aplicación de la LMC (art. 19) de la acción de amparo, lo que nos moviliza a investigar sobre su incompatibilidad -o no- con el principio precautorio, porque la idoneidad del amparo haría encallar nuestra tesis, puesto que nuestro caso se resolvería por esta vía, allende la LMC. Por este motivo, es importante verificar su falta de idoneidad.

Analizamos, básicamente, tres posiciones doctrinarias acerca de la pertinencia del amparo. Una postura expresa que, por las concretas exigencias de actualidad o de inminencia con relación a la amenaza de daño que requiere la acción de amparo, este remedio no se muestra eficaz a la hora de precaverlo.

Una segunda posición dice que cierta doctrina y jurisprudencia, aplicando la presunción *in dubio pro ambiente*, considera pertinente morigerar la exigencia de inminencia del daño, pero lo expuesto no significa que el principio precautorio obligue a dar trámite de amparo a todo conflicto ambiental, dispensa de la prueba del daño, pero no exime de la necesidad de reprochar una antijuridicidad manifiesta a la conducta que permita enjuiciar el caso a través de la vía del amparo. Ambas condiciones deben estar presentes en el amparo.

Finalmente, otra posición resume que el peligro inminente y la arbitrariedad manifiesta requerida por el amparo se presenta en la amenaza que deriva de la incertidumbre científica, propia del principio precautorio.

Ahora bien, nuestra atención se posa en la variable tiempo entre la presentación de la demanda y la decisión definitiva, por ejemplo, el fallo del Juzgado Federal de Catamarca que denegó el amparo, originalmente fue dictado el 29 de abril de 2010; luego de que la CSJN devolviera la causa a la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, ésta emitió un nuevo fallo el 10 de julio de 2017, acorde a lo expresado por la CSJN.

Si el daño provocado por esta actividad fuera irreversible, advierte Bertrand (2020), durante siete años se estuvo llevando a cabo sin frenos por parte de la justicia y sin cumplir con las pautas indicadas por la ley en cuestión, volviendo ilusoria la protección que se pretende lograr. “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/sumarísimo” (Fallos 339:142, 2016).

El objetivo general de esta investigación es verificar si –en el caso de que una acción u omisión lícita del Estado nacional, o los efectos de un acto administrativo legítimo, generan un riesgo potencial de daño ambiental-, los preceptos de la LMC inciden en la tutela cautelar del ambiente basada en el principio precautorio, afectando la accesibilidad a la justicia como elemento esencial de la garantía de tutela judicial efectiva prevista en el artículo 118 de la CN, el artículo 32 de la LGA y en el Acuerdo de Escazú, y si ello implica una regresión de los niveles de protección ambiental alcanzados.

Específicamente analizamos los requisitos de idoneidad de las medidas cautelares, de suspensión de los efectos de un acto estatal, de las medidas positivas y de no innovar, exigidos por la LMC, en el marco normativo –reglas y principios- constitucional, convencional, leyes de presupuestos mínimos y otras normas sobre materia ambiental.

Con respecto al estado del arte, cabe aclarar que no hallamos estudios previos referidos directa e inmediatamente al tema que estamos investigando, es decir, que lo analicen con las aristas que planteamos. Tampoco, al momento de la realización de esta tesis, dimos con

fallos estrictamente referidos al objeto de nuestro estudio, pero sí con jurisprudencia sobre la LMC, el amparo y el principio precautorio, aunque no en los términos del caso que analizamos. Sí, contamos con calificados doctrinarios que abordan de manera crítica a la LMC, dando cuenta de su posición al respecto, pero en términos generales, no enfocados específicamente en la aplicación del principio precautorio.

Prestigiosos juristas presentan objeciones, con las que coincidimos, por ejemplo, acerca de lo que el dispositivo legal establece en el inc. 2 del artículo 3°, que la pretensión cautelar deberá puntualizar claramente el perjuicio que se pretende evitar; así como el acto u omisión del Estado que lo produce; también sobre el inc. 4, que señala que las cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, disposición que equivale en la práctica a derogar las denominadas “medidas cautelares innovativas”, y por otra parte, también, a las medidas autosatisfactivas. La jurisprudencia ha receptado muchas de las críticas que la doctrina le ha formulado a este artículo, pero no al punto que rigurosamente estudiamos.

Disponemos, también, de impugnaciones doctrinarias al requisito para las medidas cautelares que suspenden la ejecución de un acto estatal, de no afectación al interés público. Del mismo modo, el art. 14 establece este requisito para las medidas positivas, y el art. 15 respecto de las medidas de no innovar. Es decir, que en cualquiera de los tres supuestos –medida suspensiva, positiva o de no innovar–, se exige la “no afectación del interés público. Estudiamos trabajos doctrinarios que sostienen que, de acuerdo con un análisis global, la LMC no pasaría el test de constitucionalidad: el derecho a la igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva.

También hay posturas doctrinarias que discrepan con aquellas, lo que nos permite disponer de un interesante debate de fuentes. Pero, insistimos, todas desde un enfoque

global de la LMC, pero no específicamente sobre el principio precautorio propiamente dicho en las circunstancias que hemos detallado.

El esquema metodológico propuesto es exploratorio, descriptivo y cualitativo, articulado con el marco teórico que lo informa. Para el logro de los objetivos propuestos se realiza la lectura y análisis de fuentes bibliográficas referenciadas en los recursos bibliográficos a emplear y fuentes normativas existentes a nivel internacional (Conferencia de Estocolmo 1972, Cumbre de Río de 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río de Janeiro 2012) y nacional, los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, la ley N° 25.675 y la ley N° 26.854. Asimismo, el análisis del CPCyCN, el Código de Procedimientos Administrativos de la Nación.

El costado fáctico lo dan las resoluciones judiciales, pero es importante señalar que a la fecha de la finalización de la tesis no hay fallos estrictamente vinculados al caso supuesto de manera directa, pero sí fallos que indirectamente se aproximan a la cuestión medular.

El itinerario de nuestra investigación se inicia con el análisis del ambiente, que justamente es lo que pretendemos proteger. La LMC, en el inciso 2 del artículo 2°, se refiere a derechos a la vida digna, la salud y de naturaleza ambiental. Suponemos que entre estos conceptos existe una íntima vinculación en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional.

Donde el texto de la LMC se refiere a un “derecho de naturaleza ambiental”, interpretamos que significa un derecho de índole o esencia ambiental. Entonces, es necesario conocer lo que el ambiente es, su esencia y consistencia. Para discernir sobre la naturaleza del ambiente conviene precisar el componente natural del ambiente complementado con el aspecto cultural, ambos integrados funcionalmente en un ecosistema complejo, en equilibrio dinámico.

Encaramos con herramientas propias de la sociología la relación entre ambiente y sociedad, el humano y su entorno, lo que en definitiva permite comprender al Derecho Ambiental. Estudiamos la concepción sociológica de “construcción social del ambiente”, lo que nos remite a una construcción social del daño y, por ende, del riesgo, para lo que también apelamos a la sociología del riesgo, en el marco de lo que se denomina actualmente “sociedad del riesgo”.

Una de las cuestiones que entusiasma nuestros estudios es la percepción que tenemos de la levedad con que se interpreta y aplica el término ambiental en situaciones conflictivas, confinándolo a campos de significación fenoménicos, empíricos, materiales, y con una débil preocupación por los bienes culturales materiales e inmateriales que integran el ambiente, como son las ideas, valores y creencias. Aquello que llamamos patrimonio cultural, bienes y valores colectivos, que cuando se hallan en peligro resulta más difícil de detectar o reconocer y, por ende, proteger, conservar y preservar. Hoy ya se habla de conflicto socio ambiental.

Es importante tener claridad y precisión conceptual con respecto a la naturaleza del ambiente, pues de ello depende la comprensión de las cuestiones ambientales, del derecho ambiental, del daño ambiental, de la problemática ambiental y, fundamentalmente, de la protección ambiental.

Una concepción que ha sido desarrollada en un sector de la Filosofía, es la holística. “Con ello se quiere decir que todo tiene una interrelación que debe ser respetada, tanto en la naturaleza como en el Derecho mismo. Ello es diferente de la unilateralidad que ha caracterizado al pensamiento occidental que se enfoca habitualmente en el análisis de una cuestión prescindiendo del contexto (...) Ese modo es interdisciplinario, no en el sentido

habitual y simple de intercambiar información entre diversas disciplinas, sino en el sentido de descubrir pautas comunes a muchas disciplinas” (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018).

Realizada esta investigación, desde una perspectiva holística e interdisciplinaria, se aborda la naturaleza jurídica del ambiente, lo que implica expresarlo en términos jurídicos, en el ámbito del Derecho Ambiental, en cuanto que bien jurídico colectivo. Nos abocamos, entonces, a estudiar al Derecho Ambiental, sus características especiales y diferenciales, los tratados internacionales, el artículo 41 de la Constitución Nacional, la Ley General del Ambiente y demás cuerpos legales sobre la materia, también los principios generales del Derecho Ambiental. La cuestión de principios es estudiada desde una perspectiva iusfilosófica, teniendo en claro que el tema de esta tesis se refiere, en términos generales, a un conflicto entre reglas y principios.

Ahora bien, los conceptos: vida digna y salud tienen una íntima relación con el ambiente, ambos están involucrados en la noción de desarrollo humano. Justamente, el desarrollo humano es un concepto complejo que se integra con variables como: expectativa de vida, ingreso per cápita, satisfacción de necesidades humanas mediante bienes y servicios públicos, atención sanitaria, educación, acceso a la justicia.

Si se sostiene en el tiempo y abarca a las generaciones futuras hablamos, entonces, de desarrollo sostenible. Sostenibilidad es la capacidad de permanecer indefinidamente en el tiempo, persigue la pervivencia de la sociedad humana en unas determinadas condiciones de dignidad. En esencia, el desarrollo sustentable busca unir la ecología, el desarrollo económico y la ética como elementos básicos en el camino ambiental común, y en las metas de la humanidad en el próximo siglo.

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano y 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. Interpretamos, entonces, que el ambiente debe ser apto para la vida digna y la salud. El derecho de naturaleza ambiental funciona como presupuesto del derecho a la vida digna y a la salud.

Sbdar, C. (2023) advierte que se reconoció el Derecho Ambiental vinculándolo con la salud al decir "ambiente sano". A criterio del constituyente el concepto resultaba particularmente amplio y no se limita "al derecho a la preservación y no contaminación de los elementos básicos para el desarrollo de la vida humana, sino que incluye, además, el deber que aun los ámbitos contruidos por el hombre deben reunir -a tal efecto- ciertos requisitos mínimos de bienestar".

Estudiamos las características del daño ambiental de acuerdo con la definición del artículo 27 de la LGA, viendo la ruptura de los esquemas tradicionales de la teoría del daño al considerar que el daño ambiental puede ser provocado tanto por una acción lícita como ilícita, es de incidencia colectiva y afecta tanto a los bienes naturales como a los bienes culturales materiales e inmateriales, bienes y valores colectivos, el patrimonio cultural; tiene efectos expansivos, acumulativos y con efectos en las generaciones futuras.

Se analiza en este trabajo el concepto de principio precautorio, tomando como eje la idea de incertidumbre científica respecto de un peligro de daño ambiental grave. El principio precautorio es una herramienta para el gobierno de riesgos controvertidos o inciertos de daño grave al ambiente. Sin embargo, dice Txetxu (2015), no hay una definición canónica de este principio, se han distinguido más de diecinueve definiciones que no son meras variaciones lingüísticas o formales, sino que remiten a diferencias sustanciales sobre su significado.

La LGA en su definición del principio precautorio hace referencia al peligro de daño grave o irreversible y a la ausencia de información o certeza científica. Al analizar su texto observamos que se trata de una definición compleja compuesta por términos vagos e imprecisos ¿Peligro es sinónimo de riesgo? ¿Probable equivale a posible? ¿La causalidad es siempre lineal? ¿Existen grados de incertidumbre científica? ¿La producción de conocimiento científico es verdaderamente incuestionable u ofrece algún flanco a la duda? ¿Lo que se tiene por daño grave es unívoco o relativo?

A la gravedad objetiva del riesgo de daño ambiental acompaña una dimensión subjetiva de la sociedad, lo que ésta considera como riesgo aceptable o no. Si está dispuesta a tolerar una actividad o un producto potencialmente riesgosos luego de un cálculo costo-beneficio favorable a los primeros. De ello deriva una construcción social del riesgo y el relativismo social de lo que se estima daño grave.

“En la actualidad, ningún análisis serio que pretenda hacerse sobre la temática ambiental puede prescindir de su impacto en la sociedad. Y, asimismo, la sociedad, en particular el desarrollo de la misma, se vincula directamente con la naturaleza. Podríamos afirmar que asistimos hoy a una especie de ambientalización de lo social y su correlato, la socialización de lo ambiental” (Cafferatta y Peretti, 2019).

En efecto, distintas comunidades se representan al ambiente de manera diferente, según sus ideas, valores y creencias. Entonces, lo que es conflicto ambiental para una comunidad puede no serlo para otra, según el significado y el valor atribuido en cada caso al ambiente, a los recursos naturales y a la satisfacción de necesidades. Es pertinente, entonces, hablar de conflictos “socio-ambientales” porque no se pueden separar los aspectos naturales, sociales, económicos y culturales del ecosistema.

El estudio sobre riesgos es una herramienta muy importante para la toma de decisiones públicas y, obviamente, en el ámbito de la política ambiental. La adopción de decisiones oportunas y eficaces supone el conocimiento de su existencia, su alcance y relevancia. La investigación sobre riesgos tiene dos momentos relevantes: el conocimiento y la valoración del riesgo, por una parte, y la gestión de los mismos. El primero reservado al poder científico y el segundo al poder político-jurídico.

No se alude a supuestos cuyas consecuencias perjudiciales son ya conocidas y no suficientemente atendidas. El conflicto se focaliza, por el contrario, en las posibilidades de perjuicios que no se hallan explicados en sus todas sus dimensiones, en sus vínculos causales y en sus derivaciones a futuro de manera unívoca.

La incertidumbre, *per se*, es un concepto difícil de discernir. Supone una investigación científica que no arroja evidencias, o la falta de acuerdo entre los expertos. La incertidumbre, sostiene Bestani (2012), se presenta de variadas maneras, científicas y no científicas, y pueden clasificarse en distintas categorías: a) incertidumbre respecto de los parámetros; b) respecto de la variabilidad; c) respecto de los modelos; d) sistémica o epistémica, y e) causada por intereses económicos o políticos. Algunas formas de incertidumbre pueden reducirse, otras no. La indeterminación significa que la incertidumbre involucrada es de tal magnitud y variedad que no puede reducirse.

Reflexionamos sobre el proceso de producción científica, los procesos de construcción de conocimiento. Bestani (2012) advierte que conviene deconstruir el dogma de la infalibilidad de la ciencia como método exclusivo de producción de conocimiento cierto, y revisitar la idea de causalidad directa entre una actividad y el daño temido.

Una práctica o producto que tiene una intención y efectos, más o menos previsibles, puede conllevar sub-efectos no deseados imprevisibles ¿Cuáles son los efectos

tóxicos de un compuesto a corto, mediano y largo plazo? ¿Cuáles son los efectos acumulativos de un compuesto aun cuando se detecte en cantidades inferiores a las tóxicas? ¿El hecho de que una concentración de contaminante aparezca como tolerable garantiza que no produzcan efectos dañosos en el futuro? ¿Cómo responden distintos ambientes u organismos a iguales contaminantes, incluso a iguales concentraciones? ¿Cuál ha sido el foco emisor de una contaminación detectada? ¿Hay un solo foco emisor? ¿En qué medida ha contribuido cada distinto foco emisor de la contaminación?”

Txetxu (2015) pone al principio de cautela como ejemplo de lo que en teoría de la argumentación se conoce como “argumento de la pendiente resbaladiza”, se afirma que un paso relativamente pequeño conduce a una cadena de eventos relacionados que culminarán en algún resultado indeseable, de modo que hay que oponerse a ese primer paso.

Es pertinente recomponer el presupuesto de causalidad dejando de lado la relación causal de tipo directa construida a manera de causa - efecto, como también aquella basada en el criterio de regularidad y normalidad de los acontecimientos y transformar la misma a partir de la incorporación de lo incierto, lo controversial, en su seno constitutivo.

A lo dicho es preciso introducir un principio de causalidad social que tenga presente la trama de relaciones sociales, porque daño ambiental también es la afectación de bienes inmateriales, la turbación del habitual modo de vida; la ofensa a tradiciones, usos y costumbres; la agresión a las ideas, valores y creencias, incluso al lenguaje.

“Cuando el investigador se enfrenta a la realidad social no está frente a una típica situación que vincula a un sujeto (quien investiga) y un objeto (entidad a ser medida), como es habitual en las ciencias de la naturaleza. La realidad social supone una naturaleza de complejidad diferente a la existente en los fenómenos físicos y orgánicos. El investigador social, situado en un determinado orden social, intenta comprender a otros sujetos que se

encuentran también posicionados como él en una determinada sociedad, para ello utiliza sus propias significaciones a fin de encontrarle sentido a lo que considera como realidad” (Serbia, 2018).

La racionalidad científica está siendo objetada como única manera de producir conocimientos. No es un método infalible, de hecho, todo (o casi todo) lo descubierto por la ciencia a lo largo de la historia se ha ido refutando con el correr de los años, de manera que el conocimiento científico es siempre provisorio, útil en el mejor de los casos, pero nunca sabemos qué tan cerca de la verdad está (Fernández, 2021).

En este proceso de deconstrucción, en el cual se ha puesto al descubierto la relatividad del conocimiento científico, advierte Berros (2013), cabe consolidar herramientas que asignen trascendencia a la duda, a las opiniones disidentes, a la integración de conocimientos provenientes de disciplinas diversas pero convergentes en torno a una problemática determinada, a otras formas de conocimiento opacadas y marginadas modernamente. El paradigma ambiental se orienta a la armonización del sistema legal con el ecológico.

Cafferatta (2014) plantea un interrogante sobre este enigmático principio de precaución, relativo al conocimiento que debe portar la autoridad de aplicación: ¿Es una posibilidad cercana a la probabilidad? ¿O es la certeza de la incerteza? A la manera de un jeroglífico, el principio precautorio se presenta hoy como un verdadero galimatías. Desentrañar su naturaleza es uno de los desafíos más ricos, enormes, y atractivos que ofrece la Ciencia Jurídica en la actualidad.

Esta situación le granjeó al principio precautorio críticas por su “vaguedad”, lo que podría ser un obstáculo para su aplicación jurisprudencial o administrativa, sobre todo

desde la perspectiva del progreso económico y porque plantea situaciones dilemáticas que ponen en conflicto derechos reconocidos constitucionalmente.

No obstante, de acuerdo con Bestani (2012), por ser un concepto jurídico indeterminado, como tal no es vago y tiene por cualidad su aplicabilidad a distintas situaciones, lo que es la característica típica de los principios. Asimismo, con el afán de delinear contornos conceptuales más claros, por los ataques que recibe, consideramos pertinente señalar lo que el principio precautorio no es. Es atinado destacar que el principio precautorio no está basado en el riesgo cero, no exige siempre ni en todos los casos la inocuidad absoluta de una actividad o producto, sino en lograr que los riesgos se encuentren en un rango de tolerancia.

El estudio del riesgo involucra, además, a las consecuencias no deseadas del desarrollo científico y tecnológico. Los beneficios que la ciencia y la técnica han aportado a nuestra sociedad son incuestionables. Favorecen las transformaciones sociales y el desarrollo de la calidad de vida. Sin embargo, no se discute que la aplicación de la ciencia y la tecnología han generado nuevas formas de riesgos al ambiente y a la misma calidad de vida. Es la época de la “sociedad del riesgo”: de los mega-peligros tecnológicos, de la neo-industrialización, de la nanotecnología, de la experimentación genética, de la energía nuclear, de los riesgos incontrolables, del uso de la Inteligencia Artificial.

La ciencia beneficia al desarrollo humano, pero también genera los llamados “riesgos manufacturados” que plantean un escenario conflictual entre la calidad de vida y la tolerancia al peligro. En la “sociedad del riesgo” se amplió el campo de significación del principio precautorio y su ámbito de aplicación, lo que demanda esfuerzos para conocerlo con precisión considerando mecanismos complementarios provenientes de diversas áreas de conocimiento.

Las contemporáneas controversias acerca de los riesgos derivados de los múltiples procesos de inserción tecnológica, junto al reconocimiento de la complejidad de los sistemas ambientales, la dinámica e impredecibilidad de los mismos y la pluralidad de perspectivas al respecto, colocan en tela de juicio la forma como hasta el momento se ha llevado a cabo la toma de decisiones de protección ambiental y la manera como el conocimiento científico y el sesgado enfoque disciplinario han participado –y participan– dentro de esta labor.

¿Qué hacer frente a la incertidumbre? Implica finalmente adoptar una decisión política, que debe responder necesariamente a otra pregunta ¿Qué es lo que quiere la comunidad para su medio ambiente? ¿Qué rango de peligro está dispuesta a tolerar? Y esa es una labor sociológica, de psicología social, de economía y política. En toda cuestión sujeta a elección y preferencia va implícita una ponderación, así desembocamos en la axiología para comprender ciertas conductas sociales referidas al ambiente. Indagar sobre las razones de lo que quiere o necesita la colectividad del entorno, es labor del hombre político.

Ahora bien, las decisiones de política ambiental, además de los informes de los expertos, dependen en gran medida de la labor de los operadores jurídicos, que brinde el insumo pertinente para la gestión del riesgo en el ámbito de la incertidumbre.

En este contexto político, jurídico, científico, nuestra intención es aportar al fortalecimiento de los dispositivos de protección preventiva y oportuna del ambiente. La justicia cautelar es un pilar fundamental de la garantía de la tutela judicial efectiva, en donde cumplen un papel protagónico las medidas cautelares, en especial las que se sustentan en el principio precautorio, teniendo en cuenta los efectos del transcurso del tiempo y que, de no despacharse favorablemente la medida cautelar, sobrevenga un daño de tal envergadura que despoje a la sentencia de su efecto útil, convirtiéndola en lírica.

Berizonce (2010) expresa que no está en discusión la premisa que el factor tiempo, por la desmesurada duración del proceso común, constituye un presupuesto sustantivo de la efectiva prestación de justicia que aseguran las constituciones modernas, las convenciones internacionales y la propia jurisprudencia de los tribunales.

Por eso se sostiene que el valor que tiene el tiempo en el proceso es inmenso y, en gran parte, desconocido, de manera que las exigencias que se imponen al juez, en orden al tiempo, son tres: detener, retroceder, acelerar el curso del tiempo. En efecto, el juez puede: a) tener necesidad de impedir el cambio de una situación, b) eliminar el cambio ya ocurrido, y c) anticipar el cambio probable o posible (Aberastury, 2020, p. 45).

Ahora bien, el peligro no se configura por el retraso propiamente dicho, ya que éste inevitablemente va a producirse en todo proceso judicial, circunstancia que en modo alguno puede ser un justificativo para decretar una medida cautelar en cualquier litigio. Lo que se reclama es que durante la demora pueden ocurrir hechos que hagan perder a la sentencia los efectos buscados por quien resulte vencedor, frustrándose así la efectividad de la protección jurisdiccional.

Por ello, es vital el estudio esforzado de estos conceptos: la garantía de la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares, a fin de contrastarlo con el análisis de los preceptos cuestionados de la LMC que suponemos con aptitud para incidir en la eficacia de la tutela cautelar sustentada en el principio de cautela.

La relevancia social de este trabajo se resume en el énfasis preventivo y de carácter urgente de la protección del ambiente, en la importancia que para ello tienen las medidas cautelares con sustento en el principio precautorio y, por ende, la significancia de toda regulación normativa ambiental referida a ellas.

Por lo demás, es necesario destacar que el derecho a un medio ambiente sano se vincula estrechamente con otros derechos fundamentales. Al respecto, la protección del medio ambiente resulta ser una garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, pero también de derechos civiles y políticos, pues sin un ambiente sano y saludable no se pueden ejercer plenamente otros derechos como los de expresión e información, de igualdad y no discriminación, y el derecho a elegir y ser elegido.

En esta inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan su goce efectivo. Por otro lado, el tribunal regional consideró que el derecho indígena a la propiedad colectiva está vinculado con la tutela y acceso a los recursos que se encuentran en esos territorios. Asimismo, determinó la estrecha articulación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales.

“Los científicos afirman que hemos llegado a las fronteras del desarrollo poniendo en riesgo la naturaleza. Esta idea, ampliamente divulgada, se basa en un hecho de implicancias culturales extraordinarias: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso” (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018).

1.1. Aclaración

Es muy importante señalar que, mientras transitamos por nuestra senda de investigación, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.566, publicada el 19 de octubre de 2020, que entró en vigor el 22 de abril de 2021, por ley N° 24.080 - B.O. 03/05/2021, que aprueba el “Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la

justicia en asuntos ambientales en América Latina y El Caribe”, celebrado en la ciudad de Escazú –República de Costa Rica–, el 4 de marzo de 2018.

El artículo 3° del Acuerdo establece que cada parte se guiará, entre otros, por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: a) principio de igualdad y principio de no discriminación; c) principio de no regresión y principio de progresividad; e) principio preventivo; f) principio precautorio, y g) principio de equidad intergeneracional.

Vale aclarar también que, a pocos días de la presentación de esta tesis, el 22 y 23 de setiembre de 2024 se celebró el 79 periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU, que marca un hito crucial en el esfuerzo mundial por acelerar el progreso hacia los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). La “Cumbre del Futuro”, celebrada durante la Asamblea General, destaca la urgente necesidad de mejorar la cooperación internacional para hacer frente a retos acuciantes como el cambio climático, la pobreza y la desigualdad, al tiempo que se abordan las repercusiones de los conflictos actuales y las crisis sanitarias mundiales.

El 22 de setiembre de 2024 la Asamblea General de la ONU aprobó el Pacto para el Futuro, un documento sin carácter vinculante en el que se abre la puerta a una reforma del Consejo de Seguridad, un rediseño de la arquitectura financiera de la institución y a nuevas regulaciones para los avances tecnológicos.

Se reconoce en este pacto que nos enfrentamos a crecientes riesgos catastróficos y existenciales, muchos de ellos causados por nuestras propias decisiones y si no enderezamos el rumbo, corremos el riesgo de estar abocados a un futuro disfuncional en el que las crisis serán constantes. No obstante, no pierde el optimismo: “los avances del conocimiento, la ciencia, la tecnología y la innovación podrían dar lugar a logros decisivos que abran la puerta a un futuro mejor y más sostenible para todos. En nuestra mano está decidir”.

La mayoría de líderes mundiales y representantes de las carteras de Exteriores de todo el planeta mostraron su satisfacción con el texto. “No podemos crear un futuro adecuado para nuestros nietos con un sistema construido por nuestros abuelos”, aseveró António Guterres, Secretario General de la ONU, en la sesión. El presidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, manifestó que espera que sirva de "impulso" para conseguir que "los Objetivos de Desarrollo Sostenible no se conviertan en el mayor fracaso colectivo de la historia" de Naciones Unidas.

El análisis de este Pacto es muy importante para el desarrollo de nuestros estudios, pues plantea cuestiones que se iniciaron en el siglo pasado, pero en el marco del actual escenario de conflictos socio ambientales, especialmente porque en esa Asamblea de la ONU, el Presidente de Argentina, Javier Milei, en su discurso manifestó una encendida crítica en relación con la Agenda 2030 y los Objetivos del Desarrollo, porque, justamente nuestra investigación es sobre medidas cautelares en las que es parte el Estado, con el afán de dotar de mayor robustez, celeridad y efectividad al repertorio de medidas de protección del ambiente y, por carácter transitorio, la vida digna y la salud.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. El Ambiente

“¿Qué es pues tiempo? Si nadie me lo pregunta lo sé, si deseo explicarlo a alguien que me lo pregunta, no lo sé”, confesaba San Agustín. Solemos usar palabras suponiendo que comprendemos claramente sus significados, y con la expectativa de que nuestros interlocutores interpreten el mismo sentido que nosotros damos a esas palabras, como cuando hablamos de cultura, moral, derecho, justicia, libertad, igualdad, solidaridad, deber, fines, valores. Así, hasta que alguien nos realiza la inesperada pregunta y nos pone en la situación de San Agustín.

Pensamos que esta ocurrencia del santo de Hipona es aplicable al concepto de ambiente, toda vez que lo usamos indiscriminadamente. Hasta que un curioso interlocutor nos pone en el aprieto de contestar a la pregunta: ¿qué es pues ambiente?

Mejía (2014) advierte que una de las primeras dificultades que ofrece el Derecho Ambiental es la delimitación de su propio objeto, esto es, el ambiente. No existe una unívoca acepción del concepto “ambiente”. Ni en la doctrina, legislación o en la actuación de los poderes públicos se han preocupado por establecer una precisión lingüística diferenciándolo con la denominación de ambiente.

López R. (1994, como fue citado en Mejía, 2014) sostiene que en el mismo sentido existe la discusión en torno a su denominación en el idioma español, se suele decir que lo correcto sería utilizar la palabra “ambiente” y no “medio ambiente”, expresión que suena redundante, sin embargo no parece existir tal incorrección, por los significados atribuidos por la Real Academia Española, pues ambas palabras tiene un carácter polisémico, el diccionario español proporciona nueve significados de la palabra “ambiente” y cincuenta de la palabra

“medio” ha debido contribuir al empleo de la expresión “medio ambiente” para designar específicamente tal acepción. Por tanto, es correcto enumerar la referida expresión que ha sido tomada con gran plenitud por las diversas legislaciones en el orden mundial.

Además, el referido autor explica que la expresión medio ambiente tiene diversas denominaciones de acuerdo a los distintos idiomas, para el caso, en inglés se denomina *enviroment*, en francés *environnement*, en alemán *umwelt*, en italiano y portugués ambiente y en español medio ambiente.

Lo cierto, dice este autor, es que no existe uniformidad en cuanto al término, por ejemplo, la mayoría de leyes de Sudamérica atienden a la expresión “ambiente”, tal como ocurre en Argentina, Colombia, Uruguay, Venezuela, Panamá y Costa Rica, que denominan “leyes de protección del ambiente” a este tipo de legislación. En cambio, en Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador se acoge la denominación “medio ambiente”, denotando que no existe uniformidad en el término.

¿Es posible valorar atinadamente aquello que no se conoce? ¿Se puede proteger con eficacia lo que se ignora? ¿Cómo dimensionar la relevancia de los problemas ambientales sin comprender lo que significa el término “ambiente”? ¿Cómo comprender las interrelaciones del ser humano con su medio y, asimismo, las consecuencias de estas relaciones? El ambiente: ¿es lo que es? ¿es lo que pensamos que es? ¿es lo queremos que sea?

Las expresiones: un derecho de naturaleza ambiental, la naturaleza del ambiente, el ambiente natural, la naturaleza jurídica del ambiente y derechos de la naturaleza, no deben leerse en este trabajo como un atractivo juego de palabras ya que –manteniendo cada una su peculiar sentido- guardan una interesante y compleja interrelación cuyo significado indagamos.

Sabemos que toda reflexión sobre el derecho ambiental requiere comprender la relación entre el humano y la naturaleza, el ambiente y la sociedad. Para comprender estas

complejas relaciones es necesario saber qué es el ambiente para, luego, discernir si un derecho es de naturaleza ambiental.

La Ley N° 26.854, sancionada el 24 de abril de 2013 y promulgada el 29 de abril de 2013, introduce una nueva regulación a las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, mediante un agravamiento de los requisitos para su procedencia. Determina que la pretensión cautelar debe indicar de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar, la actuación u omisión estatal que lo produce y el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar (artículo 3°, inciso 2).

El artículo 2°, inciso 1, del texto referido determina que el juez incompetente debe abstenerse de dictar medidas cautelares. Empero, el inciso 2 establece que la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En tal caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco días.

Dirigimos nuestra atención a lo que la norma denomina: “un derecho de naturaleza ambiental”, noción que tiene, según nuestra visión, una relevante relación con los conceptos de vida digna y de salud. De la determinación de ese derecho depende, justamente, la eficacia de una medida cautelar dictada por juez incompetente. En efecto, el texto legal se

refiere a un “derecho de naturaleza ambiental”, lo que interpretamos que significa un derecho de índole o esencia ambiental.

Para determinar si un derecho es de naturaleza ambiental consideramos necesario conocer previamente la naturaleza del ambiente, es decir, definir qué es el ambiente, a fin de interpretar el sentido y alcance de la norma. Para discernir sobre la naturaleza del ambiente, su esencia y consistencia, precisamos el componente natural del ambiente complementado con el aspecto cultural, ambos integrados funcionalmente en un sistema complejo. Realizamos esta investigación desde una perspectiva holística e interdisciplinaria abordando la naturaleza jurídica del ambiente, lo que implica expresarlo en términos jurídicos, esto es, en el ámbito del Derecho Ambiental.

Estas reflexiones, motivadas por la protección urgente que el ambiente demanda, plantean la relevancia que la claridad y precisión conceptual poseen para una hermenéutica jurídica que asegure la actuación con énfasis preventivo. Ello nos insta a dilucidar la esencia del ambiente para comprender el sentido y alcance de los derechos de naturaleza ambiental, como presupuestos de la vida digna, el desarrollo humano y el buen vivir.

Como cuestión previa, entonces, precisamos la noción de ambiente para saber qué se debe proteger, de qué y cómo hacerlo con efectividad. Labor que implica interactuar con diversas áreas del conocimiento: ecología, sociología, epistemología, derecho, filosofía, economía, ciencias políticas. El objeto mismo de protección, el ambiente, es complejo, cambiante, dinámico, heterogéneo y proyecta esas características en todo aquello que se califique de “ambiental”: cuestión ambiental, problemática ambiental, daño ambiental, tutela ambiental, Derecho Ambiental.

1.1. El Enfoque Sistémico: Naturaleza y Cultura

En este punto discernimos sobre lo que el ambiente es y en qué consiste. “El problema de la definición del ambiente no es sólo un problema del Derecho. El origen de la dificultad se encuentra en la historia del hombre, en el modo en que se relacionó en los hechos con la naturaleza y en la forma en que pensó e interpretó esta relación. Si bien el hombre ha usado, gozado y disfrutado del ambiente interrelacionándose con éste desde sus mismos orígenes, extrañamente la concepción global y sistémica que se tiene hoy en día comenzó a gestarse hace menos de cincuenta años” (Pastorino, L, 2005, p. 6).

El ambiente es una realidad existencial que el Derecho debe descubrir, reconocer y respetar. El ambiente preexiste al animal humano, lo contiene y lo rodea. Ciertamente es que el humano lo modificó y adaptó según sus intereses, y lo seguirá haciendo. Pero, a la vez, él mismo es influenciado y moldeado por el ambiente. El humano se encontró con un ambiente ya dado, por ende, debe reconocer sus leyes, adecuarse a ellas y respetarlas.

Siguiendo ese criterio, Pastorino (2005) expresa: “Es por ello que el ambiente no puede ser forzado ni descripto por el Derecho. Se lo debe estudiar y comprender y con él a sus leyes -naturales y sociales- para poder regular un nuevo esquema de relaciones humanas que apunten a la necesidad de conservar el equilibrio entre los hombres, la humanidad y el espacio sistémico que le da sustento, origen y vida. Este nuevo modo de ver ha sido recogido por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, cuando en el caso ‘Copetro’ reconoció que el hombre es parte del medio ambiente, y que las leyes ecológicas, ni se promulgan ni se derogan, simplemente se descubren y acatan, lo que lleva a una situación de dependencia del Derecho respecto de la Ecología”.

Martín, M. R. (1991, como fue citado en Mejía, H. 2014), describe que la naturaleza por sí misma produce grandes fluctuaciones en su propio curso evolutivo, tales como

erupciones volcánicas, terremotos inundaciones y huracanes. También existen alteraciones del medio determinadas por radiaciones solares particularmente intensas, que suelen ser nocivas para el hombre e incluso mortíferas según las circunstancias geográficas y estacionales. Lo que diferencia a esas alteraciones de las provocadas por el hombre es que éstas desconocen y no respetan los mecanismos de autorregulación natural y puedan alterar gravemente los sistemas terráqueos, que amenazan cada vez más a la humanidad entera.

El Derecho no debe menospreciar las leyes de la Ecología, sino adecuarse a ellas porque el animal humano –en cuanto sujeto de cultura, ente de esencia racional, emocional y social- no puede, ni debe intentar, recortarse de sus efectos. Pastorino (2005) insiste con que: “es aún necesario repetir que ambiente y ecología no son sinónimos y que la relación entre uno y otro término es la existente entre objeto de estudio y ciencia que estudia”.

Rosatti, H. (2004) caracteriza un enfoque sistémico del ambiente compuesto por dos dimensiones: naturaleza y cultura, entendido como un conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales, físicos y químicos, materiales e inmateriales, vivos e inertes; que no obstante su heterogeneidad, se presentan funcionalmente interrelacionados configurando un sistema, del cual el hombre forma parte.

La condición sistémica radica en que los elementos de ambas dimensiones (natural y cultural) guardan diversos grados y niveles de interacción funcional, configurando una nueva entidad con nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema.

En ese sentido, apunta Mejía (2014), el ambiente no sólo está constituido por los elementos que conforman el medio natural: como el agua, aire, suelo (elementos abióticos), y la flora y fauna (elementos bióticos), sino también el ambiente construido por los seres

humanos como edificios, caminos, entre otros, y el ambiente social compuesto por los sistemas socioculturales donde pueden incluirse los monumentos y el patrimonio cultural.

En Lorenzetti, R. y Lorenzetti P. (2018) estudiamos que: “Lo que define a un sistema es una organización autorreferente de elementos interrelacionados de un modo autónomo; la autorreferencia, la autoorganización y la homeostasis son características del sistema, en el sentido de que su orden interno es generado a partir de la interacción de sus propios elementos que se reproducen a sí mismos, son funcionalmente diferenciados y buscan estabilidad dinámica.

Por lo tanto, discernimos que la perspectiva más adecuada para el estudio del ambiente es la holística. Para ello conviene indagar sobre las interacciones de lo natural y lo cultural, investigar de qué manera se hilan las redes de vínculos recíprocos entre la naturaleza y la cultura.

Al respecto, leemos en Lorenzetti, R. y Lorenzetti P. (2018) que: “Un concepto que tiene cierta proximidad, pero que ha sido desarrollado en un sector de la Filosofía, es la concepción ‘holística’. Con ello se quiere decir que todo tiene una interrelación que debe ser respetada, tanto en la naturaleza como en el Derecho mismo. Ello es diferente de la unilateralidad que ha caracterizado al pensamiento occidental que se enfoca habitualmente en el análisis de una cuestión prescindiendo del contexto (...) Ese modo es interdisciplinario, no en el sentido habitual y simple de intercambiar información entre diversas disciplinas, sino en el sentido de descubrir pautas comunes a muchas disciplinas”.

¿Qué es necesario considerar de manera indispensable? la respuesta viene determinada por lo que podríamos llamar el escenario o estado del arte y la perspectiva que se construya. El 4 de octubre de 1957 el satélite artificial Sputnik fue lanzado al espacio y nuestras miradas sobre el planeta fueron cambiando con el tiempo. Existe una conexión entre la carrera

aeroespacial que la humanidad emprendió en el Siglo XX y la reflexión sobre el planeta; la investigación que se encuentra en la base del texto de James Lovelock: Gaia, fue realizada mientras la Nasa buscaba vida en Marte. Uno de los principales efectos de que el hombre se haya lanzado a la conquista del espacio en el Siglo XX ha sido que hemos podido observar a Tierra desde el exterior, lo que ha generado un nuevo imaginario respecto del planeta que requiere una nueva percepción del mundo natural sistémica, holística o dicho de otro modo ecológica (Sozzo, G., 2019, ps. 8 y 9).

Una idea similar es evocada al comienzo del Informe Brundtland: “A mediados del Siglo XX vimos nuestro planeta por primera vez desde el espacio. Los historiadores descubrirán con el transcurso del tiempo que esta visión tuvo una repercusión más grande sobre el pensamiento que la revolución copernicana en el Siglo XVI, que trastornó la imagen que el hombre tenía de sí mismo al revelar que la Tierra no es el centro del universo. Desde el espacio vemos una esfera pequeña y frágil, dominada no por la actividad y las obras humanas, sino por un conjunto de nieves, océanos, espacios verdes y tierras. La incapacidad humana de encuadrar sus actividades en ese conjunto está modificando, fundamentalmente, el sistema planetario. Muchas de esas modificaciones están acompañadas de riesgos que amenazan la vida. Esta nueva realidad, que es imposible eludir, debe ser reconocida y dominada” (parágrafo 1, citado en Sozzo, G. 2019).

“La interrelación sociedad-naturaleza es notoria, e implica también la consideración del ser humano en ese contexto, no sólo desde la observación de lo individual sino en su relación con el ‘otro’, alteridad que también muestra evidencias de ampliarse hacia el resto de los seres vivos e incluso hacia el propio planeta” (Cafferatta, N. y Peretti, E. 2019).

Entonces, el ambiente se entiende como un sistema integrado por elementos naturales, sociales y culturales. El ser humano es un ente biológico, un animal esencialmente

racional y emocional, fatalmente gregario. El animal humano se va adecuando a su medio y lo va transformando. Se va adaptando a su entorno y, a la vez, lo va adecuando a sus necesidades. Influye sobre su medio y al mismo tiempo es influenciado por éste.

El concepto de cultura comúnmente difundido se refiere al nivel de educación alcanzado. Cuanto más educada es una persona más culta se supone que es. En términos sociológicos, el término cultura se refiere a la totalidad de lo que aprenden los individuos en cuanto miembros de la sociedad. Es una forma de vida, un modo de pensar, sentir y actuar. La clásica definición de Taylor (1871, como fue citado en Chinoy, E. 1992, p. 36), todavía muy citada, nos refiere su extensión: “Cultura es el todo complejo que incluye al conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, la costumbre, y cualquier otra capacidad y hábito adquirido por el hombre en cuanto que es miembro de la sociedad”.

“Los ensayos que siguen, en sus diferentes maneras y en sus varias direcciones están todos dedicados a reducir el concepto de cultura a sus verdaderas dimensiones (...) preconizan un concepto de cultura más estrecho, especializado y, según imagino, teóricamente más vigoroso que el de E. B. Tylor, al que pretende reemplazar, pues el ‘todo sumamente complejo’ de Tylor, cuya fecundidad nadie niega, me parece haber llegado al punto en el que oscurece más las cosas de lo que las revela (...) Creyendo con Max Weber que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, considero que la cultura es esa urdimbre y que el análisis de la cultura ha de ser por lo tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones. Lo que busco es la explicación, interpretando expresiones sociales que son enigmáticas en su superficie.” (Geertz C., 2003, p. 20).

Vemos en Macionis, J. y Plummer, K. (2011) que algunos sociólogos caracterizan a la cultura como “diseños de formas de vida: los valores, las creencias, la

conducta, las costumbres y los objetos materiales que constituyen la forma de vida de un pueblo”. Los seres humanos adquieren la cultura de su sociedad en un proceso de socialización y ésta llega a ser parte tan íntima e importante en sus vidas que la dan por supuesta, tomándola como una característica normal a toda la humanidad, cayendo, en efecto, en un enfoque etnocentrista cuando de observar otra cultura se trata.

Cultura y sociedad son conceptos complementarios e inseparables. No hay sociedad que pueda existir sin cultura y la cultura existe, se desenvuelve y muta en la sociedad. Pero cada sociedad tiene su propia cultura (y subculturas) y con ella se identifica. Cuenta con sus propias instituciones, ideas, valores y creencias. Ahora bien, para comprender mejor las nociones de cultura que hemos expuesto, debemos saber qué se entiende por sociedad, puesto que la “realidad social” necesariamente se gesta, desarrolla y transforma en un contexto sociocultural, en un sentido histórico evolutivo.

Al respecto, Chinoy (1992) señala que el dato primario que el observador social debe tener en cuenta es la asociación humana. La acción humana está determinada o dirigida de muchas maneras por o hacia las conductas y expectativas de otras personas, en una trama de relaciones sociales de distintos tipos, grados y niveles, que se integran mediante comportamientos y conductas sociales complejas, pero no caóticas, sino reguladas por un sistema de normas de conducta, por instituciones. No sólo coexisten los seres humanos, sino que interactúan, se interfieren recíprocamente, se interrelacionan de múltiples modos respondiendo uno frente al otro.

El tramado de las relaciones sociales es la característica más relevante de la sociedad, estructurada en múltiples y diversos papeles y estatus sociales organizados en una enorme variedad de grupos sociales y categorías sociales. Las redes sociales ponen actualmente en contacto a personas de culturas diferentes, que pueden integrarse relativamente e

influenciarse recíprocamente, planteando escenarios multiculturales. La sociedad es, por tanto, esa trama de las relaciones sociales.

1.2. La comprensión de la cultura

Los animales humanos, además de percibir la realidad natural construyen una realidad simbólica. Un objeto de la realidad sensible es observado por un sujeto que busca en su mente una idea que se refiera a ese objeto. Lo piensa y luego lo describe mediante el lenguaje. Los fenómenos naturales y sociales se observan directamente como hechos reales, mediante una experiencia existencial, pero son interpretados de acuerdo con el sistema de símbolos y significados dominantes en una sociedad, en un tiempo dado. A partir de una realidad empírica se construye una realidad cultural.

La naturaleza puede explicarse si se entienden sus relaciones de sucesión y causalidad, sus leyes están vigentes sin hesitaciones en cualquier lugar del planeta. En cambio, las perspectivas culturales de las sociedades son relativas, diversas, diferentes. En ocasiones se integran representaciones de dos o más comunidades, que tienen cercanía o realizan frecuentes intercambios, configurándose perspectivas multiculturales complejas (la Naturaleza y la Pachamama). Vale decir que un mismo evento fenoménico puede ser, en ciertos casos, interpretado de distintas maneras por culturas diferentes. Ello así, hasta en una misma sociedad integrada por complejos subsistemas culturales.

"Con el desarrollo de los medios de difusión de la palabra, la comunicación interpersonal se implanta cada vez más en un mundo diverso y desigual. Los riesgos de malentendido, de incompreensión o de demagogia crecen en la misma medida en que aumentan las posibilidades de contacto entre gentes y grupos que pertenecen a culturas o subculturas diferentes" (Calsamiglia Blancáfort H. y Tusón Valls A, 2002).

Advertimos que el principio básico que un científico social debe respetar es cuidarse de no proyectar en la investigación sus juicios de valor, es decir sus preferencias estéticas o políticas. Efectivamente, si indaga sobre los valores que inspiran y determinan conductas sociales, debe conservar en lo posible la objetividad. Lo principal es lo que valen para los miembros de la comunidad observada, no lo que representan para el observador. Si un científico estudia comportamientos sociales, su labor específica consiste en interpretar los sentidos de las conductas que resultan del plexo de ideas, valores, creencias e instituciones propias de la comunidad en cuestión.

“Cuando el investigador se enfrenta a la realidad social no está frente a una típica situación que vincula a un sujeto (quien investiga) y un objeto (entidad a ser medida), como es habitual en las ciencias de la naturaleza. La realidad social supone una naturaleza de complejidad diferente a la existente en los fenómenos físicos y orgánicos. El investigador social, situado en un determinado orden social, intenta comprender a otros sujetos que se encuentran también posicionados como él en una determinada sociedad, para ello utiliza sus propias significaciones a fin de encontrarle sentido a lo que considera como realidad” (Serbia, J. M. y Corzi, C., 2018).

La trama cultural que canaliza las conductas sociales, impregnadas de significados, no ha de plantearse mediante esquemas inductivos y deductivos según leyes formales de causa y efecto, sino que requiere de un paso más: la cultura ha de ser comprendida en lo profundo de sus subjetividades y en la integración objetiva de ideas, creencias y valores colectivos.

Los estudios sobre el ambiente exigen una perspectiva interdisciplinaria sobre la base de los campos complementarios de las ciencias naturales y las ciencias sociales. Estimamos conveniente un replanteo metacognitivo de la labor de investigación científica

sobre el ambiente, evitando su atomización. La Ecología nos surte de una base conceptual precisa, pero conviene que el estudio del ambiente recoja también los tributos de la Antropología, la Sociología, la Economía, el Derecho, la Ética, la Axiología, la Filosofía y la Historia.

1.3. La construcción social del ambiente

De acuerdo con lo dicho, la naturaleza material puede tener distintos significados según las diversas connotaciones que diferentes culturas le atribuyen y, por ende, los humanos adoptan diferentes actitudes respecto de ella. La valoran de diversas maneras. Algunas comunidades se sienten parte inseparable de la naturaleza y la veneran, otras sociedades la ven como fuente de recursos que puede ser dominada y poseída. De modo que, según nuestro razonamiento, el ambiente no es estrictamente lo que es, sino lo que se interpreta que es en base al repertorio de ideas que tiene la sociedad. La vivencia fenoménica, el trato experimental con el ambiente, es reinterpretado a partir de la matriz de significados que pueblan la cultura de una sociedad. Para esas personas la representación simbólica de la realidad, es su realidad.

Entonces, el ambiente: ¿es lo que es?, ¿es lo que creemos que es?, ¿es lo que queremos que sea? El planteo de estas cuestiones debe sostenerse sobre la premisa de que es erróneo separar naturaleza y sociedad. No obstante, esta disociación persiste en el imaginario colectivo como idea de que la naturaleza debe ser conquistada y dominada por la cultura. En la práctica, los humanos se recortan de la naturaleza, la fragmentan, la clasifican, la cuantifican y la ponen enfrente como una cosa susceptible de apropiación (enfoque antropológico). Pierden de vista que inexorablemente forman parte del ecosistema y que no pueden escapar a las consecuencias de sus propias acciones.

Los seres humanos, a partir de la percepción objetiva de la realidad fenoménica reproducen simbólicamente un ambiente ficticio, imaginario, que adquiere para ellos la misma, y a veces mayor, relevancia que el ambiente fáctico. La realidad simbólica, entonces, sustituye en buena medida a la realidad fenoménica. Lo que el hombre imagina como real, se vuelve real en sus consecuencias.

El animal humano observa su entorno, y de la multiplicidad de cosas que le rodean recorta un objeto que capta su interés. Indaga en el arsenal de conceptos que guarda en su memoria y selecciona aquél que resulte apropiado para aplicarlo a ese objeto. Busca entre sus ideas la que más convenga al ente que observa y quiere conocer. Se da cuenta, entonces, que cada cosa individual tiene un nombre que se expresa mediante el lenguaje, en su idioma.

“En unas incisivas páginas escritas en 1922 bajo el título de *The World Outside and the Pictures in our Heads* (y que constituyen el capítulo primero de su famoso *Public Opinión*), Walter Lippmann (1922, citado en Beltrán, 1990) afirma que ‘la manera como imaginan el mundo determina en todo momento lo que harán los hombres’, ya que, ‘en el nivel de la vida social, lo que llamamos adaptación del hombre a su medio se lleva a cabo mediante ficciones’, esto es, mediante representaciones del medio que en gran medida han sido hechas por el hombre mismo”. Beltrán, M. (1990) avanza más al destacar que en buena medida ese medio “construido” lo está con palabras. Lo que implica que obtenemos nuestra visión del mundo a través del lenguaje: el sistema social viene así a estar presente en nuestros procesos cognitivos.

La dinámica de la sociedad contemporánea, cada vez más proclive a constituir comunidades multiculturales donde conviven -y se interfieren- razas, culturas y lenguas propicia el contacto lingüístico, que hace referencia a la coexistencia de dos o más lenguas en un determinado contexto geográfico o cuando estas lenguas conviven en similares entornos

sociales. Las situaciones de contacto lingüístico generan fenómenos lingüísticos como el bilingüismo, la diglosia, el contacto lingüístico y la elección de lenguas; dentro de esta última se generan unos efectos sociales del bilingüismo, como el mantenimiento y sustitución de una lengua, la lealtad y deslealtad lingüísticas, el conflicto lingüístico, la política y la planificación lingüística (Corredor Tapias, J., 2018, p. 65).

La idea de realidad simbólica remite a la pregunta: ¿distintas comunidades ven al ambiente de manera diferente? En efecto, hay pueblos que honran a la naturaleza por sus valores intrínsecos y tienen con ella un respeto reverencial, aprovechando, no obstante, los recursos que ella les brinda. Las sociedades industriales consideran a la naturaleza como una inagotable fuente de recursos y tienen un trato utilitario con ella. Ambos modelos de sociedad valoran su realidad ambiental según la realidad simbólica que cada cual construye, de acuerdo con sus ideas, valores y creencias.

1.4. Bienes y valores colectivos. Patrimonio Cultural

Claramente, dice Mazzuca (2015), nos damos cuenta de la complejidad probatoria que tienen ciertos casos de daño ambiental como la contaminación de un río, la pérdida de biodiversidad de un ecosistema o un incendio forestal. Si estos casos de evidente daño ambiental presentan dificultades, mayores inconvenientes encontraríamos en situaciones de alteraciones de los aspectos inmateriales del ambiente: la turbación del habitual modo de vida de una comunidad, la ofensa a tradiciones, usos y costumbres de un pueblo; la agresión a las ideas, valores y creencias o de la irrupción invasiva de la lengua de una comunidad de hablantes hacia otra colectividad que reacciona con lealtad lingüística a la lengua que viene utilizando.

La LGA establece en el inciso a del artículo 2º: “Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas.”

El mismo texto legal define el daño al ambiente en el 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.”

Martínez Preciado, N. (2015) afirma que: “La letra de la ley es clara: no sólo asegura la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales naturales, sino también la de los culturales, los creados a través de la actividad del hombre.” Ello implica que la tutela no se circunscribe al ámbito natural, a los recursos naturales, sino también al patrimonio cultural, histórico y social, que deben entenderse como bienes colectivos que ameritan protección jurídica.

Orozco Pardo, G. (como fue citado en Martínez Preciado, 2015), en tal sentido reflexiona: “Puede afirmarse que el concepto de bienes culturales descansa sobre criterios extrajurídicos, relativos a valores inherentes a la idea de cultura en cuanto acervo de conocimientos, bienes y principios del pasado y presente de una comunidad, por lo que se debe admitir como una categoría abierta, flexible y amplia, graduándola en función de la relevancia de los valores que cada bien comporta dentro de las distintas clases incluidas en el concepto.”

La Carta de Cracovia (2001, Principios para la conservación y restauración del patrimonio construido) expresa en su Preámbulo:

La Europa actual se caracteriza por la diversidad cultural y por tanto por la pluralidad de valores fundamentales relacionados con los bienes muebles, inmuebles y el

patrimonio intelectual, con diferentes significados asociados con todo ello y, consecuentemente, también con conflictos de intereses. Esto obliga a todos aquellos responsables de salvaguardar el patrimonio cultural a prestar cada vez más atención a los problemas y las alternativas a las que se enfrentan para conseguir estos objetivos.

Cada comunidad, teniendo en cuenta su memoria colectiva y consciente de su pasado, es responsable de la identificación, así como de la gestión de su patrimonio. Los elementos individuales de este patrimonio son portadores de muchos valores, los cuales pueden cambiar con el tiempo. Esta variabilidad de valores específicos en los elementos define la particularidad de cada patrimonio. A causa de este proceso de cambio, cada comunidad desarrolla una conciencia y un conocimiento de la necesidad de cuidar los valores propios de su patrimonio, los instrumentos y métodos desarrollados para la preservación correcta deben ser adecuados a la situación cambiante actual, que es sujeto de un proceso de evolución continua.

Este patrimonio no puede ser definido de un modo unívoco y estable. Sólo se puede indicar la dirección en la cual puede ser identificado. La pluralidad social implica una gran diversidad en los conceptos de patrimonio concebidos por la comunidad entera; al mismo tiempo los instrumentos y métodos desarrollados para la preservación correcta deben ser adecuados a la situación cambiante actual, que es sujeto de un proceso de evolución continua. El contexto particular de elección de estos valores requiere la preparación de un proyecto de conservación a través de una serie de decisiones de elección crítica. Todo esto debería ser materializado en un proyecto de restauración de acuerdo con unos criterios técnicos y organizativos.

En definitiva, el patrimonio cultural al representar la memoria e identidad colectiva de un pueblo, como bien colectivo, amerita protección por el Derecho Ambiental para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y las venideras, en el marco del desarrollo sostenible.

La Ley N° 26.118, sancionada el 5 Julio de 2006 y promulgada de hecho el 25 Julio de 2006, aprueba la “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”, del 3 de noviembre de 2003, que fuera adoptada por la Trigésima Segunda Conferencia General de la Unesco el 17 de octubre de 2003.

A los efectos de la presente Convención:

1. Se entiende por "patrimonio cultural inmaterial" los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

2. El "patrimonio cultural inmaterial", según se define en el párrafo 1 supra, 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.

3. Se entiende por "salvaguardia" las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos.

Por su parte, la Ley N ° 6.193 sancionada por la Legislatura de la Provincia de Corrientes de conformidad con la con la Ley Nacional N° 26.118, establece para su jurisdicción:

Artículo 1º: Declárase Patrimonio Cultural Inmaterial de la Provincia de Corrientes a los usos, representaciones, exposiciones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- de la comunidad correntina. Entendiéndose como patrimonio cultural inmaterial, el 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 cultura y la creatividad humana.

Artículo 2º: A los efectos de esta ley se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

Artículo 3º: EL “Patrimonio Cultural Inmaterial Correntino” comprende:

a) Tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma español y guaraní como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;

- b) artes del espectáculo; en particular los realizados en teatros y/o locales oficiales provinciales o municipales;
- c) folclore (baile y música) y literatura correntina;
- d) usos sociales, rituales y actos festivos, entre ellos y sin que la enumeración sea taxativa;
 - a. actos en honor a la Virgen de “Itatí”;
 - b. actos en honor a la Virgen de la Merced; San Juan Bautista y del Milagro de la Cruz
 - c. actos patronales de las localidades del interior;
 - d. actos o fiestas populares en relación al culto popular del “Gaucho Gil”
 - e. actos en honor al Gral. José Francisco de San Martín en su casa natal de Yapeyú;
- e) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y
- f) técnicas artesanales tradicionales.

El Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad de la Unesco, con sede en París, Francia, en sesión virtual el 16 de diciembre de 2020 declaró al chamamé “Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad”. Otorgó tal reconocimiento a este género musical debido a su trascendental aporte a la cultura en todo el continente. El chamamé compitió con otras 39 expresiones culturales de diferentes países, tales como el reggae de Jamaica, las parrandas cubanas, las tamboradas españolas, entre otros. El mencionado género musical se trata de una marca de identidad para el país suramericano que comparte la tradición viva con Brasil y Paraguay.

Ahora bien, sin perjuicio de la importancia de este reconocimiento formal a nivel global, el chamamé ya viene siendo valorado hace más de tres siglos por distintas comunidades

del Litoral argentino, lo que sugiere que el Derecho no ha creado este valor social, sino que lo ha reconocido. Merece, entonces, tutela jurídica como un derecho de naturaleza ambiental.

En situaciones de afectación de recursos naturales, ríos, bosques, la fauna y flora, el aire, el suelo o bienes y valores colectivos previamente determinados legalmente, la índole ambiental de un derecho puede ser calificada sin mayores inconvenientes. Pero cuando se trata del ambiente construido socialmente, cuando, por ejemplo, un río tiene para un pueblo un valor cultural y espiritual, como el río Whanganui en Nueva Zelanda, más allá de su mera condición de recurso hídrico, su caracterización como derecho de naturaleza ambiental no sería tan fácil.

Entonces, si la cuestión es conocer el ambiente, es pertinente considerar la complejidad de su dimensión sociocultural y sus relaciones con la naturaleza, real e imaginaria. “En la actualidad, ningún análisis serio que pretenda hacerse sobre la temática ambiental puede prescindir de su impacto en la sociedad. Y, asimismo, la sociedad, en particular el desarrollo de la misma, se vincula directamente con la naturaleza. Podríamos afirmar que asistimos hoy a una especie de ambientalización de lo social y su correlato, la socialización de lo ambiental” (Cafferatta, N. y Peretti, E. 2019).

2. El Derecho Ambiental

“Toda pretensión de indagar acerca de la evolución del Derecho Ambiental debe partir, inexorablemente, de una profunda observación de los términos de la relación entre hombre y naturaleza. Por tanto, de encontrar respuestas acerca de los rasgos, las características y -especialmente- los fundamentos de esta relación, dichas respuestas se constituirán en la fuente donde ha de abreviar cualquier construcción jurídica que permita dar sentido lógico-jurídico a esta vinculación, y su proyección hacia el futuro” (Cafferatta, N. y Peretti, E., 2019. p. 15).

El Derecho Ambiental se caracteriza por su carácter evolutivo, en constante transformación, con una dinámica: ora vertiginosa, ora lenta y pausada, pero sin detenerse. Según los autores mencionados, estas transformaciones, provocadas por la redefinición de la relación entre el animal humano y la naturaleza, pueden abordarse desde tres aspectos: el reconocimiento de derechos hacia la naturaleza, la creciente interrelación entre lo ambiental y lo social y la crisis de la idea de dualismo ontológico, que sirvió de fragua filosófica al modelo jurídico moderno.

El Derecho Ambiental, expresa Cafferatta (2004), es un “nuevo Derecho”, perteneciente a un segmento de los Derechos de incidencia colectiva o de los denominados intereses difusos, es portador de una estructura compleja, dual o bicéfala, naturaleza mixta, matriz desconcertante, y constituye a la par que un Derecho Humano de Tercera Generación (basado en la solidaridad y la paz), un Derecho Humano de Cuarta Generación (en cuanto atiende las necesidades de las generaciones futuras), representa, desde el paradigma del Principio Precautorio (ejercicio activo de la duda), un cambio profundo en la lógica jurídica, con fuerte alcance de irradiación, ya que sin desmedro de su autonomía, opera de modo heterónimo, transversal, u horizontal, se solapa y penetra, -desafiante, invasor insurgente, herético, mutante y hasta decodificador-, sobre todas las ramas del derecho en general.

Ello demanda la obligación de observar los fenómenos que influyen o incluso condicionan al Derecho Ambiental, como reflejo de un nuevo paradigma, que nos impulsa a la necesidad de repensar el Derecho Ambiental, a raíz de las transformaciones que se producen, y que constituyen un nuevo escenario, donde debe desarrollarse y evolucionar el Derecho Ambiental (Cafferatta, N. y Peretti, E. 2019).

Los aspectos socioculturales: económicos, políticos y axiológicos que describimos, ameritan ser tenidos en cuenta a la hora de calificar la índole ambiental de un

derecho, con el propósito de brindarles respuestas jurídicas eficaces que aseguren una adecuada protección. La perspectiva socioeconómica no es ajena a esta mirada, pues la interrelación entre los conceptos de desarrollo, pobreza, calidad y condiciones ambientales, es cada día más estrecha. “Los sectores vulnerables son los que se hallan más expuestos a la contaminación, toda vez que no cuentan con los recursos económicos y sociales para poder hacer frente a los riesgos ambientales...” (Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P., p. 2018, citado en Cafferatta y Peretti, 2019).

El estudio del Derecho Ambiental requiere una descripción del contexto cultural en el que se desenvuelve. De esta manera se comprende que no es una mera especialidad ni un problema de derechos individuales, sino un cambio de paradigma.

Estos autores se refieren a la noción de paradigma en estos términos: “denominamos paradigma a los modelos decisorios que tienen un estatus anterior a la regla y condicionan las decisiones. El vocablo ha sido ampliamente utilizado en numerosos campos filosóficos y científicos con acepciones diferentes, pero en nuestro caso se refiere únicamente al modelo de precomprensión que guía las acciones humanas en determinado tiempo y lugar.

“Según el Diccionario de la Real Academia Española, ‘paradigma’ es en lingüística ‘cada uno de los esquemas formales a que se ajustan las palabras nominales y verbales para sus respectivas flexiones’. En el uso corriente se entiende un modelo o esquema aceptado, Thomas Kuhn (La estructura de las revoluciones científicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1978), emplea el vocablo en metodología científica para significar los particulares esquemas conceptuales que se constituyen por varias teorías y que forman modelos y reglas, en el sentido amplio del término, de la actividad científica. Por lo tanto, paradigma es algo de jerarquía superior a las leyes, a las convenciones, a los conceptos e, incluso, a las teorías científicas” (Pastorino, L., 2005).

Es interesante advertir que la voz “paradigma” tal como fue acuñada por Kuhn, no está libre de crítica: “A fin de especificar el tema de las controversias y los debates en torno a la investigación científica, es preciso resaltar que su accionar está implicado en un posicionamiento inicial, dentro de alguna perspectiva (en algunos textos de metodología de la investigación sus autores les colocan incorrectamente el nombre de paradigmas, concepto inventado por Thomas Kuhn), ésta implica un conjunto de teorías, creencias, valores, intereses y visión del mundo (ideología) internalizada y compartida como válida por determinados científicos e instituciones. Su enunciación y explicitación en los trabajos académicos y científicos permite que sus lectores entiendan desde qué posición teórica y metodológica se hizo la investigación. Las perspectivas suponen posicionamientos científicos en base a teorías, métodos y técnicas. Cuando una instancia de investigación adscribe a un determinado enfoque, está aceptando los supuestos que constituyen la base conceptual que respalda una determinada postura del investigador” (Serbia, J. M. y Corzi, C. 2018).

Lorenzetti señala que quien se basa en paradigmas da preeminencia al contexto por sobre la norma. Por ejemplo, el artículo 14 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) 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”. A su vez, el artículo 240 al referirse a los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva expresa: “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

El procedimiento habitual es subsumir un término legal en un contexto que le da sentido, y que no es el ordenamiento jurídico, sino el modelo de decisión adoptado por el intérprete de antemano. En este sentido, Peña Chacón (citado en Peretti, E., 2014, p. 156) define la función ambiental sosteniendo que “implica la existencia de limitaciones y restricciones a la propiedad, con el fin de garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, armonizando el interés propio del particular con el interés de la colectividad”.

Pero si nos detenemos en estos últimos párrafos podemos ver que hasta el propio término paradigma proyecta un cono de sombra que dificulta su interpretación. Rodolfo Gaeta (2009), en su interesante artículo: “Los paradigmas que ya no son”, promueve la reflexión sobre el significado de este concepto: “Lo pronuncian los intelectuales, los políticos, los redactores de anuncios publicitarios, los periodistas deportivos, en fin, muchos usuarios de diferentes idiomas. Cualquier cambio que se quiera destacar, aunque se trate del formato de un asiento de bicicleta, se presenta como ‘un cambio de paradigma’. El tema merece algunas reflexiones, sobre todo porque las confusiones en torno al concepto de paradigma aparecen por doquier y son frecuentes incluso en el ambiente académico”.

Afirma Gaeta (2009) que Thomas S. Kuhn, el autor que echó a rodar el término, en “La estructura de las revoluciones científicas”, sostenía que los paradigmas son incompatibles e incommensurables entre sí: no hay un lenguaje común que posibilite la completa comunicación entre científicos partidarios de distintos paradigmas, ni posibles experiencias o argumentos que permitan resolver sus diferencias. A propósito del significado del término “paradigma”, Margaret Masterman encontró en sus páginas al menos veintiún sentidos diferentes de ese vocablo.

No queremos agotarnos con debates lingüísticos y semánticos, pero nos parece relevante mencionar que el concepto se aplica de acuerdo con la interpretación predominante

en un contexto determinado. Vale decir, que la connotación que amplíe o reduzca su campo de significación determinará los efectos de su aplicación. El lenguaje es un producto cultural, una construcción social, pero al mismo tiempo el lenguaje contribuye a construir y producir cultura.

Entonces, si para comprender el significado de la palabra “ambiente” es menester reposar en la interpretación del término “paradigma”, y éste no tiene aún aceptación unívoca, tendríamos un problema dentro de otro problema. Muchas son las expectativas cifradas en el nuevo paradigma ambiental, o perspectiva ambiental, para la comprensión del nuevo escenario de conflictividad ambiental y la pronta respuesta jurídica que para su tutela y defensa esperamos.

Lo cierto, dice Cafferatta (2004), es que el Derecho Ambiental es más que una especialidad, constituye el motor de cambio del Derecho en general: arrasa sobre todas las estructuras clásicas del instrumental jurídico de fondo y forma. El Derecho Ambiental, en su incesante búsqueda de espacios, rompe con las cadenas que atan al sistema con las soluciones de corte individualista de las leyes decimonónicas, y lo somete, desde su impronta social/colectiva a un proceso de reformulación, renovación, urgente adaptación, de instituciones tradicionales o de base, como lo son, la normativa de la responsabilidad civil por daños y del proceso judicial.

A lo dicho, agrega Cafferatta que frente a la cuestión ambiental los institutos ortodoxos del Derecho disfuncionan, se tornan obsoletos e inútiles. Sólo cabe una mudanza para adecuar la respuesta para una problemática igual pero diferente, o francamente, distinta que la normal, usual o habitual.

Un atributo del Derecho Ambiental es el poder mutagénico que ejerce en el encuadre del caso en particular. En consecuencia, demanda del operador jurídico, y sobre todo de la judicatura, frente a la problemática del daño ambiental real o potencial, nuevas respuestas,

diligentes u oportunas, inteligentes o ingeniosas, de carácter flexible, de provechosa maleabilidad, en ocasiones aparentemente audaces. Es que los principios rectores o directivos del Derecho Ambiental, por su carácter tuitivo y de fuerte compromiso social, son tan provocativos, que se constituyen en “orilleros” de la ciencia jurídica; están al borde mismo, o en la frontera de lo posible según las reglas propias del Derecho, sin violar otros principios igualmente esenciales de nuestro quehacer profesional (Cafferatta, 20024).

Pigretti (2004) expresa: “Quienes estamos interesados en el ambiente no podemos negar que enfrentamos una auténtica revolución de carácter general, abarcativa, transversal e interdisciplinaria. (...) No es necesario ser pronosticador para advertir que ya, hoy, ahora, el Derecho se ha modificado y tal vez por primera vez en la historia ha creado instituciones y modificado creencias y dogmáticas legales desde el tiempo del Derecho Romano hasta nuestros días. (...) Y que, en un futuro remoto, pero no distante asistiremos a modificaciones del pensamiento mucho más poderosas de las que hasta el presente hemos avizorado y se han podido concretar...”.

2.1. El Bien Ambiental

La reforma constitucional de 1994 incorporó en nuestro ordenamiento jurídico - junto a los derechos de primera y segunda generación- los derechos de tercera generación, también llamados difusos o de incidencia colectiva, referidos a bienes de pertenencia masiva o social, que interesan a una multiplicidad de personas, entre los cuales incluyó al medio ambiente.

Sin perjuicio de lo expuesto acerca del ambiente, en sentido corriente con este término se designa aún el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes, y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida, el entorno que nos

circunda y contiene, condicionando las circunstancias de la vida individual y social de las personas, así como la de los demás seres vivientes.

En sentido técnico, con la palabra ambiente se hace alusión a una abstracción conceptual, a un término único que en lo empírico engloba a un conjunto de factores externos a las personas, de diversa índole (materiales, inmateriales, naturales, culturales, etc.), que componen su entorno, y que permiten satisfacer las necesidades existenciales individuales y colectivas.

Históricamente, el ambiente no tuvo entidad unívoca como para merecer la atención del ordenamiento jurídico. El derecho, en general, consideraba fragmentariamente a los bienes y elementos que integraban el entorno, concentrándose singularmente en la relación del hombre con las cosas bajo las reglas del dominio (*ius utendi, abutendi*, etc.) (Mosset Iturraspe, 1999, citado en Safi, 2012).

Precisamente, esa detención por el carácter integral y social del entorno, el aprovechamiento insolidario de las cosas, la explotación abusiva de recursos perecederos, el avance arrasador de la civilización tecnológica, etc., llevó a que surgieran deterioros importantes en las condiciones físicas, naturales y espirituales que nos rodean y son necesarias para posibilitar la subsistencia del hombre.

Lorenzetti (2008, como fue citado en Lorenzetti y Lorenzetti, 2018) con énfasis declara que: “Vivimos una era de verdades implacables, en la que la naturaleza está mostrando sus límites, y en la que nos acercamos a las fronteras de los modelos que han sido la base de nuestro desarrollo”. Esto es evidente en los informes que brinda la comunidad científica sobre calentamiento global, desaparición de las especies, disminución de las áreas de bosques y muchos otros aspectos. Pero también el cine, la literatura, y la propia experiencia del ciudadano común perciben cambios relevantes en su entorno natural y cultural.

Los científicos afirman que hemos llegado a las fronteras del desarrollo poniendo en riesgo la naturaleza. Esta idea se basa en un hecho de implicancias culturales extraordinarias: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso. Estamos acostumbrados a trabajar con la escasez de bienes tangibles, como la tierra o el agua, y otros intangibles, como la libertad. Frente a ello la economía desarrolló su teoría de la acción racional individual orientada hacia la maximización de beneficios, lo cual permite explicar las opciones que realiza un individuo cuando se ve forzado a hacerlo porque los bienes no alcanzan a satisfacer las necesidades de todos quienes lo desean. Lo novedoso es que la "naturaleza", como totalidad, y no sólo sus partes, es lo que ahora aparece como escaso lo que presenta un escenario conflictual diferente a los que conocemos.

Los problemas que usualmente se señalan como disparadores de la toma de conciencia social sobre el ambiente aluden a la contaminación de los recursos naturales, la depredación de las especies, la deforestación de los bosques, el avance de las ciudades, la desaparición de espacios verdes, la superpoblación de la Tierra, la aglutinación de personas, el calentamiento del planeta. Esta problemática hizo ver que la acción del hombre sobre su entorno no siempre era inofensiva y que no podía seguir quedando desregulada. Así como es inevitable el progreso para satisfacer las necesidades de la especie, también lo es poner los límites para evitar la degradación del ambiente. La calidad de vida depende de las condiciones del entorno donde ella se desenvuelve (Falbo, A. 2009, citado en Safi 2012).

A partir de allí, surgió la atención sobre el medio ambiente como ente susceptible de protección jurídica, como un todo merecedor de tutela, como entidad superior a los bienes que lo integran, como un bien en sí mismo. Fue necesario concebir la noción de ambiente para que surgiera la atención del derecho a su respecto y se lo estimara objeto de protección jurídica.

Con el paradigma ambiental, los conflictos surgen en la esfera social, que contempla los bienes públicos y aquellos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. En este escenario, afirma Lorenzetti (2008), lo individual no tiene primacía y no rige la reciprocidad, ya que es un conflicto donde se afecta a un bien común. En estos casos los derechos subjetivos deben ser interpretados de modo tal que, no conspiren contra el deterioro de tales bienes. De ahí que, en la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente, deba reconocerse una "función ambiental de la propiedad" en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios debe coordinarse de manera tal que se orienten en la preservación del bien colectivo.

Los conflictos ambientales pueden plantearse en la esfera privada, lo que sucede en los supuestos de conflictos entre vecinos, los daños sufridos por los individuos como consecuencia de la lesión al ambiente, las afectaciones del derecho de propiedad derivada de legislaciones ambientalistas. Sin embargo, el campo típico de los conflictos ambientales se desenvuelve en la esfera social.

Lorenzetti (2008) es contundente al aseverar que “el paradigma ambiental reconoce como sujeto a la naturaleza, que es un bien colectivo, lo define como escaso o en situación de peligro y está dispuesto a limitar los derechos individuales”.

La problemática ambiental venía cobrando relevancia jurídica a nivel global, por el avance del deterioro en las condiciones físicas y espirituales del entorno humano, surgiendo la necesidad de proteger los bienes colectivos que lo integran, referidos al ambiente natural y cultural, necesarios para subsistencia de la vida en general, y de los humanos en particular.

Así fue que se incluyó la llamada “cláusula ambiental” en la Constitución Nacional, estableciéndose un núcleo duro de protección ambiental, por el que se reconoció el

derecho colectivo de todos los habitantes a la tutela del ambiente, en resguardo del patrimonio natural y cultural de las generaciones presentes y futuras (art. 41, CN).

La tutela constitucional está enfocada a la esfera colectiva del ambiente, al ambiente como bien de interés social, de incidencia colectiva (Fallos 329:2316 (in re “Mendoza”, 20/6/2006, consids. 6° y 18), ello sin perjuicio de la repercusión singular que esa tutela pudiera tener en la esfera individual (Fallos 332:111, in re “Halabi”, 24/2/2009, consid. 12). Por su parte, tal protección resulta ser amplia, pues no se reduce al entorno natural, sino que incluye el entorno cultural.

Al concebirse con entidad conceptual diferente a los bienes que lo integran, el ambiente -según sea el caso- podría englobar un conjunto de cosas, una sola cosa, o ninguna cosa material. Podría manifestarse como conjunto de cosas en el caso de un paisaje, como una sola cosa en el caso de un monumento, y como ninguna cosa al aludir a un bien inmaterial, como podría ser el silencio (Safi, 2012).

El interés colectivo por el ambiente, agrega Safi (2008), podría trasuntarse en cosas de nadie, en cosas de todos o en cosas privadas. En efecto, podría aludir a bienes sin dominio en el caso del aire, a bienes de dominio público en el caso de mares territoriales, e incluso podría incluir bienes de dominio privado como un bosque o una casa declarada patrimonio histórico.

Esto implicó la necesidad de una regulación general sobre la unidad conceptual que importa el ambiente, con reglas imperativas que impidieran el ejercicio abusivo de los derechos sobre los bienes que lo integran, entre ellos, el derecho de propiedad, en aras de satisfacer el interés general comprometido en la tutela del entorno, entendiéndose que incluso los bienes pueden ser de interés público, y merecer una limitación en su uso por preservación ambiental (Mosset Iturraspe, 1999, citado en Safi, 2012).

En directa relación con la temática, el artículo 14 del CCyCN establece: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. 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”. El artículo 240 del Código establece que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1° y 2° del Código deben ser compatibles 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 (Peretti, E., 2014).

Lo expuesto corrobora que el ambiente es un macro bien, difuso y amplio que puede integrarse con diversos bienes o valores sociales. Ciertamente, ello dificulta la posibilidad de definirlo, sin perjuicio de lo cual se vuelve necesario circunscribir la noción de ambiente para precisar el marco de actuación de la tutela a su respecto (Martín Mateo, R, citado en Safi, 2012).

Los llamados bienes colectivos son una categoría de bienes que no pertenecen al Estado ni a los particulares en forma exclusiva, y que no son susceptibles de ser divididos en partes que permitan afirmar sobre ellas la titularidad individual de un derecho dominial. Este "carácter no distributivo" impide la concesión de derechos subjetivos, ya que éstos presuponen que la titularidad se ejerce sobre una porción identificable o claramente delimitada. No hay derecho de propiedad ni posesión individual que permita adquirirla, y sólo se conceden derechos de actuación bajo la forma de la legitimación para obrar difusa o colectiva. En el mismo sentido, la transacción es limitada, porque nadie puede disponer, renunciar o efectuar reconocimientos sobre un bien del que no puede disponer (Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P., 2018).

Cabe señalar que un bien no es colectivo por el sólo hecho de que a una persona le impresione como tal (calificación subjetiva), sino que debe ser susceptible de una manifestación exterior. También corresponde diferenciar los bienes colectivos de los fenómenos de cotitularidad subjetiva. Un bien puede pertenecer a varias personas, como ocurre con el condominio sobre inmuebles, o propiedades coparticipables, o una sociedad de múltiples socios, o un fideicomiso, y en todos estos casos el individuo puede identificar la proporción que le corresponde porque no se disuelve en la totalidad. En cambio, en los bienes colectivos el individuo no puede identificar su parte, porque no le pertenece.

Se perfila, entonces, un límite respecto de nuestro objeto de estudio, pues si bien en sentido amplio el bien ambiental tendría carácter “bifronte”, incluyendo la dimensión colectiva del entorno (macro ambiente), como la dimensión individual (micro ambiente), en sentido estricto, el bien pasible de tutela diferenciada es el referido al ambiente colectivo, al entorno que compromete el interés de una multiplicidad de personas.

Esta precisión es importante porque permite adelantar que no toda afectación al espacio externo configurará un daño ambiental, sino sólo la que tenga incidencia colectiva y relevancia social. En su caso, la sola afectación del espacio privado generará un daño individual cuya tutela debe buscarse con aplicación del derecho común y por las vías tradicionales, pero no pondrá en juego el régimen que destaca al conflicto ambiental como colectivo. La doctrina ha aplicado esta distinción deslindando aquello que es propio de un conflicto ambiental, referido a la esfera social, donde se aplica el nuevo régimen de tutela, de aquellos otros conflictos vecinales, referidos a la esfera individual, regulados por el derecho tradicional. Por ello también la jurisprudencia ha rechazado amparos ambientales cuando no portaban un verdadero conflicto colectivo, sino una mera disputa vecinal por inmisiones inmateriales.

El ambiente, como bien en sí mismo, como realidad circundante y externa a la persona, es un bien colectivo, un bien que no pertenece a ningún sujeto determinado o a varios en particular, sino a un conjunto indeterminado de personas, a una colectividad, a la gente, a la humanidad (Cám. Civ. Com. La Plata, 1º, sala 3º, “Almada”; 9/2/1995, “Irazu”; 9/2/1995, “Klaus”).

El ambiente, globalmente considerado, como un todo involucra un bien de pertenencia difusa, formando parte del patrimonio colectivo. En tal sentido, la doctrina señala que el ambiente como bien jurídico, no pertenece a una persona aislada, ni a un grupo delimitado de personas, sino a un conjunto indeterminado de individuos, a una pluralidad de difícil o imposible identificación personal, como los habitantes de una determinada región, o los que viven bajo tales o cuales condiciones. De allí que su titularidad resulte indiferenciada, pertenezca a toda la comunidad entornada, como grupo amplio y amorfo (Barbosa Moreira, J. C., 1983, citado en Safi 2012).

Con este rasgo se reconoce al ambiente en el ordenamiento jurídico nacional, al reglárselo como bien difuso de incidencia colectiva (arts. 43, CN y 27, LGA). De este modo, Lorenzetti (1996, citado por Safi 2012), señala que, al lado de los bienes individuales referidos a derechos subjetivos, la CN reconoce la existencia de bienes colectivos, de incidencia colectiva, generadores de intereses difusos y equivalentes a una pluralidad de personas, entre los que se encuentra el medio ambiente.

Así también lo ha valorado la CSJN al considerar al ambiente como un bien social, “un bien colectivo, el que, por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible para las partes” (Fallos 329:2316 “Mendoza”, 20/6/2006, consid. 6º); “es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual” (“Mendoza”, consid. 18); un bien que “pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión

alguna...”; “No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que... es de naturaleza colectiva”, un bien que “no pertenece a la esfera individual, sino social” (Fallos 332:111, “Halabi”, 24/2/2009, consid. 11).

El ambiente constituye un patrimonio de la comunidad, pero no en el sentido civil del término, sino del histórico de bienes heredados de los padres, en sentido lato (Valls, M., 2006). De hecho, la pertenencia colectiva del bien ambiental compromete el interés común de todos, con prescindencia del objeto concreto sobre el cual recaiga la tutela (conjunto de cosas, una cosa o ninguna cosa material), y de las relaciones de dominio que pudieran existir a su respecto.

Este dato resulta fundamental, pues permite comprender que el ambiente representa a un bien colectivo, de pertenencia difusa, en el que está involucrado el interés de la comunidad (internacional, nacional, provincial, municipal), ello así, aunque el objeto particular que en caso comprometa la atención de la tutela resulte un bien sin dueño, dominio público o de dominio particular. De allí la trascendencia del bien ambiental, y su proyección espacial y temporal.

Lo cierto, dice Safi (2012), es que la pertenencia colectiva del interés sobre el bien ambiental trae aparejadas ciertas consecuencias: que estamos ante un bien de uso y goce común; que no es susceptible de apropiación individual; que no pertenece ni al Estado ni a los particulares en forma exclusiva; que su afectación provoca consecuencias en perjuicio de todos; que la legitimación para actuar es amplia y difusa; que el proceso iniciado a su respecto engloba a la comunidad; que en su tutela prevalece el interés general; que su defensa es indisponible; que la tutela conseguida por uno beneficia a todos.

Siendo el ambiente un bien colectivo, infiere Safi (2012), la afectación a su respecto también lo será, provocará un daño social distinto y autónomo de los clásicos daños

individuales sufridos por las personas en sus bienes particulares. De ahí que, al lado de las clásicas acciones individuales, aparezcan las acciones colectivas para su tutela general. Ahora bien, el hecho de que el ambiente en sí mismo sea un bien colectivo, no quita que existan vinculados a su respecto bienes individuales pertenecientes a las personas ligadas a ese entorno, susceptibles de ser dañados de rebote por la agresión al primero (v.gr. vida, salud, etc.). Estos bienes son individuales y por regla su defensa debe buscarse a través de las vías tradicionales. No obstante, en algunos casos de afectaciones masivas que provocan daños homogéneos a una pluralidad relevante de personas, se admitiría que todos ellos se engloben bajo una tutela común a través de una acción colectiva (“Halabi”, 24/2/2009, consid. 12).

En efecto, estos bienes pluriindividuales afectados por la lesión al ambiente, no son colectivos, sino que en ciertas circunstancias se colectivizan, se engloban bajo una misma acción, a los fines de permitir un acceso unificado y racional al servicio de justicia. En esas condiciones, tales derechos podrían quedar incluidos en el régimen especial de tutela ambiental, habida cuenta que éste se torna aplicable frente a la existencia de conflictos ambientales que afectan derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se ubican los derechos individuales homogéneos de una pluralidad de personas (art. 27, LGA). Bajo estos términos, tales derechos podrían justificar acciones colectivas como las del amparo (Safi, L., 2012).

El ambiente en sí mismo, como macro bien de interés común, supraindividual, es un bien impersonal e indivisible, en el sentido que no puede ser fraccionado o apropiado exclusivamente por nadie, ni tampoco admite exclusión alguna, pertenece a todos en general y a nadie en particular. Así lo consideró la Corte al señalar que: “... el bien jurídico ambiental comprometido es colectivo, supraindividual, indivisible, impersonal y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares... Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno...” (“Mendoza”, consid. 4°); “...

siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna... en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien, ya que no se hallan en juego derechos subjetivos...” (“Halabi”, consid. 11).

Efectivamente, cuando se afecta el ambiente, el patrimonio natural, histórico, artístico y cultural de una comunidad, la flora y la fauna de una región, etc., se menoscaban bienes indivisibles que no pertenecen con exclusividad a una persona o a un grupo determinado de personas, sino a grupos indeterminados de sujetos anónimos, sin ningún vínculo jurídico que los amalgame, a una vastedad tal como la sociedad en su conjunto, o la humanidad toda.

El ambiente es un todo único, un sistema integral que, globalmente considerado, se compone de elementos naturales y artificiales que interactúan condicionando la subsistencia y calidad de vida. Empero, tal indivisibilidad del bien no obsta a que, por razones de simplificación conceptual u operativa, se aluda a entornos más reducidos como el ambiente natural, el ambiente urbano, u otras categorías intermedias, a modo de subsistemas dentro del sistema general (Prieri Belmonte, D., 2002).

Suele decirse, Lorenzetti (1997, citado en Safi, 2012), que en materia ambiental el bien objeto de tutela, no obstante ser colectivo e indivisible, admite una distinción en dos planos: el “macrobien” constituido por el ambiente global, y “microbienes”, que son sus partes: las aguas, la fauna, la flora y demás bienes, los cuales son elementos que, pudiendo llegar a ser objetos de dominio privado, aun así, siguen formando parte del sistema global de interés colectivo que representa el ambiente. De allí que la tutela a su respecto no pueda fragmentarse de modo tal que algunos puedan quedar protegidos y otros no. No hay posibilidad de dividir su goce.

Vale decir que en el ambiente hay bienes que en sí mismos son físicamente indivisibles, y otros que siendo físicamente divisibles son idealmente inseparables del entorno,

pues representan un bien de goce colectivo. El medio ambiente *lato sensu*, como lo señala Barbosa Moreira (1983, como fue citado en Safi, 2012), es un bien indivisible en el sentido de ser insusceptible de división (aún ideal) en cuotas partes atribuibles a cada uno de los interesados. Éstos se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así, la lesión de uno solo constituye *ipso facto*, la lesión a la entera colectividad.

Una característica importante de resaltar es que el ambiente es un bien indispensable para la subsistencia. El medio ambiente constituye el sustrato imprescindible para el desarrollo de la vida en todas sus manifestaciones, así como para el suministro de recursos naturales aptos para satisfacer necesidades humanas individuales y sociales. Por ello, la regulación de su protección es de orden público, su tutela es preferente, y en caso de duda debe estarse a favor del ambiente.

Atento a ello, nos advierte Mosset Iturraspe (1999, como fue citado en Safi, 2012), que no cualquier ambiente es apropiado para la vida humana, sino aquel que garantiza condiciones favorables para la conservación de la salud física y mental del ser humano. Por lo tanto, no puede haber persona sana en un ambiente contaminado, degradado o dañado.

El ambiente, es muy importante reconocerlo, es un bien irremplazable, de carácter limitado y agotable, datos que agravan la necesidad de su cuidado habida cuenta de que un daño ambiental es de imposible, o muy difícil, recomposición. De allí la urgencia de enfocar la tutela hacia la prevención del daño.

Así, la SCBA ha dicho: “El bien ambiental es, a diferencia de otros bienes, esencialmente limitado, y su consumo irreparable en cuanto cada vez con mayor nitidez se advierte la imposibilidad de un reiterado, continuo e inmediato reemplazo, al punto de preverse en muchos casos –de persistir una utilización irracional- su agotamiento inminente, con la

consecuente repercusión directa y obviamente negativa que ello conlleva de la calidad de la vida humana” (SCBA, “Ancore SA”, 19/2/2002, Ac 77.608).

Acorde con lo dicho, Mosset Iturraspe (1999, citado en Safi, 2012) sostiene que la prevención “es el remedio... más idóneo para la protección ambiental, teniendo en cuenta que se trata de un bien no monetizable, es decir, no traducible en indemnizaciones”. Empero, si el daño ambiental se ha producido, podrán existir perjuicios reversibles que permitirán colaborar con la naturaleza en su proceso regenerativo, para restaurar el equilibrio perdido (reparación in natura).

Safi (2012) caracteriza al ambiente como un bien trascendente, con sus atributos de bien indispensable e irremplazable; extrapatrimonial, no tiene un valor pecuniario ni está en el comercio; extraterritorial, ya que se extiende allende los límites políticos y geográficos, e intergeneracional, porque se proyecta en un sentido transhistórico hacia las generaciones del porvenir.

El bien ambiental tiene un carácter extraterritorial. Desde el punto de vista geográfico se extiende a través del espacio, siendo dificultosa su delimitación territorial. En ese sentido, ha dicho Bibiloni, H. (2005), que vivimos en un mundo que es ecológicamente único pero que está políticamente dividido, de allí que los temas ambientales suelen ser extraterritoriales, pues usualmente no reconocen fronteras ni límites políticos.

No obstante, advierte Bibiloni (2005), es pertinente señalar que no todos los conflictos ambientales tendrán la misma extensión geográfica o efectos extraterritoriales. Efectivamente hay grandes problemas ambientales que involucran a todo el orbe, a todas las naciones del planeta (v.gr., cambio climático, calentamiento global), y hay problemas más reducidos atinentes al ámbito colectivo cercano y local (urbanismo, monumento municipal, etc.).

Esta gradación de los problemas brindaría una pauta para deslindar competencias legislativas entre las autoridades concurrentes en torno al tema, posibilitándose un campo para tratados internacionales, otro para normas mínimas de protección nacional, otro para legislaciones provinciales y, finalmente, otro para la regulación municipal. Dicha gradación de niveles en lo que hace a la cuestión ambiental permitiría deslindar la competencia jurisdiccional para intervenir en los conflictos que se suscitan en torno al tema (Safi, 2012).

Finalmente, la trascendencia del bien ambiental se mide desde el punto de vista temporal, por el hecho de que el entorno es un bien que se proyecta en el tiempo, tiene vocación perdurable, resultando un legado solidario de generaciones, que proviene desde antes de nuestra existencia, para perpetuarse en las generaciones futuras. La toma de conciencia sobre la continuidad histórica del planeta y la necesidad de su persistencia permite calificar al ambiente como un bien intergeneracional.

El porvenir se presenta como un aspecto medular. La decisión consciente sobre el hoy posee un ligamen importante respecto del mañana. Quienes ahora adoptan decisiones son responsables en relación al sujeto colectivo que les sucede temporalmente. “La preservación del medioambiente está obligatoriamente focalizada en el futuro. Una decisión consciente para evitar el agotamiento de los recursos naturales globales, en vez de beneficiarnos al máximo de las posibilidades que hoy nos son dadas envuelve necesariamente pensar sobre el futuro” (Kiss, A., citado en Dias Varella, M. y Barros Platiau, A. F., 2004).

La satisfacción de las necesidades presentes debe contemplar la continuidad de la especie, más allá de los límites de las generaciones existentes. Para garantizar esta continuidad del planeta se impuso un deber de preservar el ambiente en beneficio y legado de las generaciones del porvenir, aunque todavía no hayan nacido.

Existe un deber de solidaridad intergeneracional, que se traduce en el principio de sustentabilidad, que indica que “El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deben realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras” (art. 4° de la LGA).

Es importante tener esto presente porque alteraciones actuales del ambiente a veces no tienen efectos negativos inmediatos, sino que se producen tardíamente. Una actividad o el uso de un producto puede tener en el presente efectos inocuos en un ecosistema, o dentro de un margen de tolerancia, mas, transcurrido cierto tiempo, se pueden producir efectos imprevistos no deseados.

“La contaminación ambiental no tiene fronteras; no tiene límites en el tiempo ni en el espacio, ni en las personas, de manera que se presenta como un hecho que puede generar daños progresivos, acumulativos y a futuro. Debido a ello, tiene mucha importancia en el Derecho Ambiental el principio o criterio de equidad intergeneracional. Daniel Sabsay plantea que el concepto de ‘futuridad’, en el Derecho Ambiental, es clave en la interpretación de los diversos temas. Ricardo Lorenzetti señala que hay un nuevo sujeto de derecho colectivo protegido, que son las generaciones futuras”.

Lo dicho sobre las características del bien ambiental justifica el rango constitucional privilegiado que tiene la tutela ambiental como derecho humano fundamental, ligado como está al derecho a la vida, a la salud, a la integridad de la población en general. De allí también la calidad prioritaria que corresponde atribuir a la tutela ambiental, en respeto al interés público y general que subyace en su defensa, con eventual prevalencia respecto de algún interés individual o sectorial que pretendiera oponerse a ella (Lorenzetti, 1998, como fue citado en Safi, 2012).

Se ha señalado con acierto, afirma Cafferatta (2004), que uno de los caracteres o rasgos peculiares del Derecho Ambiental es su énfasis preventivo. Aunque “se apoya a la postre en un dispositivo sancionador”, sin embargo “sus objetivos son fundamentalmente preventivos”, porque la coacción a posteriori resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse, son irreversibles. De manera que “la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables”.

Por ello, se recomienda la adopción de estrategias previsoras en etapas precoces del proceso potencialmente dañoso para el medio ambiente. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad siguiera.

“Quienes estamos interesados en el ambiente no podemos negar que enfrentamos una auténtica revolución de carácter general, abarcativa, transversal e interdisciplinaria. (...) No es necesario ser pronosticador para advertir que ya, hoy, ahora, el Derecho se ha modificado y tal vez por primera vez en la historia ha creado instituciones y modificado creencias y dogmáticas legales desde el tiempo del Derecho Romano hasta nuestros días. (...) Y que, en un futuro remoto, pero no distante asistiremos a modificaciones del pensamiento mucho más poderosas de las que hasta el presente hemos avizorado y se han podido concretar...” (Pigretti, E., 2004).

Debido a su complejidad, el bien ambiental amerita una tutela judicial efectiva y temprana, y fundado en ello, el deber que las autoridades públicas tienen de proveer a su preservación (art. 41 de la CN). En esta materia cobra rigurosa importancia el instituto de la prevención de los daños. Para ello habrá que actuar jurídicamente procurando impedir razonablemente todo aquello que genere el peligro de provocar un perjuicio ambiental actual, inminente o potencial, que se puede proyectar sobre las generaciones futuras.

Lo más relevante no es la neutralización de los efectos dañosos que una actividad ya ha comenzado a originar, sino evitar que se inicie para que no se produzca el daño. Es decir, comenzar a actuar frente a la evidencia de un riesgo cierto, incluso con la sospecha plausible de un riesgo incierto. Dada la característica de escaso, agotable, difícilmente reparable –*in natura* y al *statu quo* anterior– del bien jurídico ambiental, el derecho ambiental se constituye como un derecho básicamente de prevención, siendo ésta su faceta más importante (por sobre la del daño ambiental que mira la reparación), faceta en la que entran tanto la prevención como la precaución (Bestani, 2012).

2.2. Los derechos de la Naturaleza

La sola enunciación de la posibilidad de los derechos de la Naturaleza ha detonado un proceso de discusiones, reflexiones e intentos de repensar las relaciones del ser humano con la Naturaleza. Los derechos de la Naturaleza responden a una nueva -de hecho, antigua- visión en torno a la vida. Surgen de una matriz social, cultural y cognoscitiva distinta en la relación de los seres humanos con la Naturaleza, la misma que tiene una base en el sentido comunitario y un fuerte enraizamiento en lo sagrado, no en el sentido religioso de la cultura occidental, sino en aquél que entiende lo sagrado como merecedor de respeto (Martínez, E., 2011).

Los derechos de la Naturaleza, refiere Martínez suponen una ruptura frente a posturas de tinte conservacionista y con relación a otras visiones que miran a la Naturaleza simplemente como objeto de contemplación y deleite humano. Los derechos de la Naturaleza señalan que hay un valor intrínseco que va más allá de la utilidad para los seres humanos o del valor que el ser humano le otorgue.

La naturaleza entendida como un sistema heterogéneo en el que interactúan elementos abióticos y bióticos dentro de ciertos umbrales y límites físicos de sustentabilidad y adaptación es un hecho irrefutable, por lo que es también incuestionable que las actividades humanas tienen que realizarse dentro de esos límites. Entre las causas estructurales graves que generan la destrucción de la naturaleza están el crecimiento demográfico y el consumismo desahogado, lo cual atenta contra la premisa de que no se puede crecer al infinito en un mundo finito. El Derecho tiene un compromiso ético con la naturaleza y con las generaciones presentes y futuras, porque defender la naturaleza es defender la vida de todas las especies (Crespo, R., 2009).

“Vivimos en una era de verdades implacables, en la que la naturaleza está mostrando sus límites, y en la que nos acercamos a las fronteras de los modelos que han sido la base de nuestro desarrollo. Esto es evidente en los informes que brinda la comunidad científica sobre calentamiento global, desaparición de las especies, disminución de las áreas de bosques y muchos otros aspectos.” (Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P., 2018).

Lo que está cambiando es el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura. No se trata solamente de una nueva disciplina sino de una compleja mudanza epistemológica. Es interesante destacar la existencia de un paradigma ambiental que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos (Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P., 2018).

El cambio de paradigma ocurre porque mudan dos presupuestos básicos sobre los cuales se ha construido gran parte de la cultura occidental: por una parte, la naturaleza ya no es “fuerte”, sino “débil” frente al potencial humano. La naturaleza aparece como un sujeto vulnerable necesitado de protección. En la comunidad científica se afirma que hemos llegado

a las fronteras del desarrollo poniendo en riesgo el funcionamiento del ecosistema. El segundo presupuesto que ha cambiado se refiere al carácter ilimitado de los recursos naturales. En la actualidad hay evidencias suficientes para afirmar que los recursos son limitados y que no toleran cualquier acción humana: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso. Lo novedoso es que la “naturaleza” como totalidad, y no sólo sus partes, es lo que ahora aparece como escaso, cuestión que nos presenta un escenario de conflictos diferente a los conocidos (Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P., 2018).

Los derechos de la Naturaleza, expresa Guadynas, E. (2011), implican un cambio radical en los conceptos de ambiente, el desarrollo y la justicia, entre otros. No es fácil comprender las aristas que ofrece esta temática, no obstante, expresan un avance de enorme importancia. Para que estos derechos sean tomados en serio el ambiente debe ser valorado en sí mismo, en formas independientes de cualquier utilidad o beneficios para los seres humanos. Esto no concluirá los debates sobre cómo utilizar la naturaleza, ni resolverá todas las discusiones políticas, sino que las colocará en nuevos escenarios, con nuevos argumentos y otros criterios de legitimidad y justicia.

El reconocimiento de los derechos de la Naturaleza/Pachamama, añade el mismo autor, implica que ésta posee valores que le son propios, independientes de las valoraciones que le adjudican las personas. Ese reconocimiento hace que el ambiente deje de ser un objeto (o un conjunto de objetos), que sirve como medio para fines humanos, y para volverse un sujeto.

Este tema de los derechos de la Naturaleza ha tenido consagración constitucional en América Latina, en la Constitución de la República de Ecuador de 2008 que reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos en el segundo inciso del artículo 10, al disponer que “...La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Más adelante,

desde los artículos 71 hasta el 74, se reconoce a la naturaleza los siguientes derechos: el respeto integral de su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos y el derecho a su restauración. El artículo 396, segundo inciso, señala que la restauración deberá ser integral.

Asimismo, es interesante destacar que el artículo 14 de la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, es decir *sumay kawsay*. “La defensa del *sumay kawsay* aglutina reivindicaciones tradicionales del indigenismo ecuatoriano, tales como: el Estado plurinacional, la autodeterminación, el uso y la puesta en valor de las lenguas indígenas, el cuidado de la Pachamama, el respeto de las tradiciones y costumbres indígenas, y la organización comunitaria de la sociedad” (Antúnez Sánchez y Díaz Ocampo, 2017, como fue citado en Cafferatta, N. y Peretti, E. 2019, p. 29).

“Entre quienes vivimos en América del Sur, un giro copernicano ha sido la creativa construcción del modelo del ‘buen vivir’ y su derecho derivado: el derecho de la Naturaleza, de la Madre Tierra o Pachamama, lo que sin dudas se encuentra en la base del viraje ecológico de nuestros países, este modelo ha venido a modificar definitivamente nuestra manera de concebir el modo de elaborar la respuesta jurídica a los grandes conflictos y problemas ambientales, aun en los países en los cuales otras constituciones nos rigen” (Sozzo, G. 2019, ps. 9 y 10).

También la Constitución Política de Bolivia consagra en su artículo 33 que el ejercicio del derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, debe permitir que los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, y además a los “otros seres vivos”, desarrollarse de manera normal y permanente. Esta referencia a los “otros seres vivos” realizada sin establecer jerarquías, los pone en un plano de igualdad con los

“individuos y colectividades presentes y futuras generaciones”, dotándolos de un mismo nivel de tutela. De ello se deduce inobjetablemente el reconocimiento constitucional de los derechos de la Naturaleza (Cafferatta, N. y Peretti, E., 2019).

La tesis de los derechos de la Naturaleza conlleva la aceptación de sus valores intrínsecos, propios de ella, independientes de la valoración que otorgan los seres humanos, sea en su conjunto o en sus elementos constitutivos, como las plantas, animales y ecosistemas.

La Naturaleza debe ser valorada, respetada y protegida. Sobre esta base se estructuran los derechos que le son inherentes. No obstante, la atribución del estatus de sujeto de derechos a la Naturaleza es una estrategia que no tiene el camino libre a través del campo de las discusiones jurídicas, económicas y políticas. La Naturaleza debe ser respetada por su propia finalidad de mantener la vida, reconoce Crespo Plaza, pero no se le puede otorgar derechos porque, como afirma Luc Ferry (citado en Cafferatta, N. y Peretti, E., 2019), la tesis se fundamenta sobre un error, y es que la Naturaleza y los animales no pueden ser considerados sujetos de derecho dado que no son capaces de actuar de manera recíproca, es decir que no pueden asumir deberes.

Esta postura ha sido rebatida por otros autores, como Segovia (como fue citado en Cafferatta, N. y Peretti, E., 2019), que entiende que la argumentación negatoria sustentada en que la Naturaleza no puede obligarse no resulta convincente, pues en nuestra realidad tenemos seres humanos, que son personas (y por lo tanto tienen derechos) y nadie se le ocurriría que tienen obligaciones, como los niños o incapaces mentales.

Pero la cuestión más relevante, a nuestro ver, se refiere a la eficacia de estos derechos, es decir, su acceso a la realidad jurídica, ya que como ideas están confortablemente seguras en su sede teórica. La Naturaleza tendría que ser representada por los seres humanos mediante alguna organización cuyo fin sea la conservación de la naturaleza para eliminar

posibles relativizaciones en función del interés humano. Serían los seres humanos quienes le pondrían voz a la Naturaleza.

Pero, como reflexiona Crespo (2009), “¿o estaremos cayendo nuevamente en la trampa del antropocentrismo? Quien le representa y le da voz a la Naturaleza es el propio ser humano, con sus prejuicios e intereses ¿No será más viable fortalecer nuestros deberes y obligaciones estableciendo reglas claras y umbrales científicos y rigurosos con la naturaleza en función de su valor intrínseco? Y si no es posible que la certeza científica acompañe al Derecho, pues habrá que fortalecer y regular mejor el principio de precaución, así como otras obligaciones jurídicas que constan en la Constitución como la responsabilidad objetiva por daños ambientales, el principio de prevalencia a favor de la naturaleza y la intangibilidad de las áreas protegidas, entre otras”.

2.3. El artículo 41 de la Constitución Nacional

El derecho a un ambiente sano comenzó a ser reconocido por el Derecho Internacional a partir del año 1972, cuando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano expresó que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”. Desde entonces, se inició una tendencia cada más extendida de consagración de este derecho a nivel nacional.

En el caso argentino, la reforma constitucional del año 1994 lo incorporó en el capítulo “Nuevos derechos y garantías” como un derecho fundamental de todos los habitantes a “gozar 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

generaciones futuras”. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal reconocimiento constituye una “precisa y positiva decisión del constituyente (...) de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente”¹.

La cláusula ambiental incorporada a la Constitución Nacional refleja la influencia de las iniciativas que a nivel internacional tuvieron lugar en foros mundiales (Estocolmo 72' y Río 92', entre otros), donde se manifestó la preocupación por la problemática del medio ambiente a nivel global. Cabe destacar, señala Sbdar (2023), que existieron antecedentes en América hispana, lusitana y el Caribe con motivo de la corriente conocida como "Constitucionalismo Verde" que se inició con la reforma en 1972 de la Constitución Política de Panamá y que se proyectó luego en la región.

El art. 41 de la Constitución Nacional reconoce el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes en forma sustentable; es decir, "sin comprometer las de las generaciones futuras", imponiéndole a su vez al Estado el deber de preservarlo.

El constituyente de 1994 al incorporar el nuevo artículo 41 asumió la importancia que, desde la perspectiva de la Conferencia de Río, se le otorgó a la función del Derecho como instrumento de los cambios ambientales propiciados por la propia Conferencia, que en el Principio 11 de la Declaración de Río había establecido que "los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente" (Sbdar, 2023).

El texto constitucional introduce la expresión "para el desarrollo humano", una verdadera novedad, ya que la Constitución argentina es la primera en el mundo en recoger

¹ 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)”, Fallos 329:3316, sentencia del 20 de junio de 2006, considerando 7.

expresamente este concepto, en consonancia con los informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). En efecto, "la introducción de la expresión 'desarrollo humano' plantea un claro pronunciamiento del constituyente en torno a los parámetros que deben ser considerados en la toma de decisiones gubernamentales, cuando están en juego las condiciones para la vida humana en lo que hace a su dignidad, calidad e igualdad (Sbdar, 2023).

Se trata de un verdadero programa de políticas públicas en el que debe estar presente una nueva noción de equidad en su versión intergeneracional, el que deberá concretarse mediante los institutos desarrollados por la evolución del constitucionalismo en su vertiente social y de pleno reconocimiento a los derechos de incidencia colectiva.

Por último, cabe resaltar que la reforma de 1994 proclamó al ambiente como un derecho-deber en tanto se advierte que todos los habitantes "tienen el deber de preservarlo. Se debe actuar cuidando y preservando el medio ambiente, con vocación de futuridad y teniendo en cuenta a las generaciones futuras.

Explica Bibiloni, H. (2005) que "si entendemos al Derecho Ambiental como prerrogativa a usufructuar los elementos que integran el entorno humano, a gozar de los placeres y beneficios que ellos generosamente nos brindan, recordemos que son bienes de pago anticipado, a los que solo accedemos cumpliendo primero nuestros propios deberes, y en esa misma medida.

2.4. El Desarrollo Humano: Sustentabilidad, calidad de vida, vida digna, salud

Antes de abordar los conceptos de sustentabilidad, calidad de vida, solidaridad, como nuevos pilares del Derecho Ambiental, advertimos que ese estudio tiene como punto de

partida la concepción del Derecho Ambiental desde una visión transformadora, que trae aparejada una verdadera revolución social, jurídica y política. En efecto, el Derecho Ambiental implica una auténtica revolución de carácter general, abarcativa, transversal e interdisciplinaria (Cafferatta, N. y Peretti, E., 2019).

Cabe decir, señala Lorenzetti (2008), que el concepto de ambiente ha ido evolucionando y todavía presenta un alto grado de confusión. En efecto, para una tendencia restrictiva se incluyen sólo los elementos naturales, tales como el agua, el aire, la tierra, la fauna y la flora. Un enfoque más amplio incluye a los bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa abarca problemas de política social, como la pobreza, la vivienda y la calidad de vida en general. Otros concluyen que el concepto de calidad de vida es comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del humano. Es evidente que coexisten conceptos, principios, valores, que deben diferenciarse.

Esta evolución del concepto de ambiente no sólo fue ampliando el escenario de conflictos ambientales, sino que lo fue tornando cada vez más complejo y difícil de discernir, se trata de un contexto diferente con problemas novedosos que requieren respuestas jurídicas atinadas, ello implica un cambio en el modo de ver los nuevos problemas. Añade a lo expuesto Lorenzetti (2008) que “desde este punto de vista podemos decir que surge un problema descodificante porque impacta sobre el orden existente, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades”.

El Derecho Ambiental se caracteriza por ser una disciplina en constante cambio y transformación que, en su devenir, impacta transversalmente en el resto de las disciplinas jurídicas (Cafferatta, N. y Peretti, E., 2019, p. 13). La realidad social cambia permanentemente en un sentido evolutivo: ora lenta y pausadamente, ora acelerada y a veces dramáticamente. Lo cierto es que no se anquilosa, al menos por mucho tiempo. En esta era posindustrial,

tecnológica, informática, en donde las relaciones sociales no guardan fronteras y la información se moviliza caudalosamente en tiempo real, a un ritmo que supera la capacidad de asimilación y organización de los datos, el Derecho Ambiental debe, por lo tanto, adaptarse permanentemente a estos cambios.

Bauman, Z. (2012) sintetiza claramente la fluidez de la información y advierte que: “La información es muy fácil de conseguir ahora. Vas a *Google*, haces una pregunta y recibes una respuesta. El problema es que no es una sola, sino que son millones. Cuando yo era joven anhelaba tener la clase de acceso a la información que tengo ahora, pero con el pasar de los años he descubierto que el exceso de información es peor que la escasez. Ahora los temas cambian continuamente. El interés de las personas fluctúa con enorme facilidad”.

En su continuo fluir el Derecho Ambiental se va nutriendo de elementos socioculturales que configuran escenarios con novedosos problemas y conflictos que demandan planteos nuevos, inéditos. El actual escenario social, trazado por la sustentabilidad y la solidaridad, se presenta como una dimensión compleja y profunda que pone al Derecho Ambiental de cara ante nuevos desafíos. Lo “nuevo” interpretado como: “distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido”, y “desafío” tomado como: “enfrentarse a las dificultades con decisión”. (Cafferatta, Néstor y Peretti, Enrique, 2019, p. 14).

“El acceso a la justicia y la gestión de la conflictividad en el ámbito del Poder Judicial en materia ambiental constituyen un tema de radical importancia con relación al ejercicio del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, en el marco del desarrollo sostenible reglado en el artículo 41 de la Constitución Nacional. De allí surgen las acciones de defensa del ambiente, algunas de las cuales se presentan como procesos constitucionales, otras como procesos civiles, otras como penales o contenciosos administrativos. Es que, en materia ambiental por impulso del principio de integración (art. 5° de la LGA), todas las instituciones

del Derecho Ambiental poseen doble naturaleza; es decir que pertenecen, por un lado, al Derecho Ambiental y, por el otro, a alguna otra disciplina jurídica” (Mazzuca, M., 2015, p.383).

Al respecto, Lorenzetti (2006) explica que: “el surgimiento de los problemas relativos al ambiente ha producido un redimensionamiento de nuestro modo de examinar el derecho, puesto que incide en la base de planteamiento de los problemas jurídicos. La cuestión ambiental no suscita una mutación solamente disciplinaria, sino epistemológica. Desde el punto de vista jurídico, es un problema descodificante porque impacta sobre el orden legal existente, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y es, por ello, profundamente herético.”

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece que: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo...”.

El desarrollo humano no se trata de un conjunto de preceptos fijos y estáticos, sino de un concepto complejo en constante evolución que involucra a la calidad de vida de las personas, una expectativa de vida más prolongada y saludable, un salario digno, necesidades básicas satisfechas, acceso a la educación y la cultura, así como a una amplia gama de bienes y servicios. También en la capacidad de la gente para elegir a sus líderes, influir en las decisiones públicas y compartir conocimientos.

Ul Haq, Mahbub, creador del Informe sobre Desarrollo Humano, expresa: “El objetivo principal del desarrollo es ampliar las opciones de las personas. En principio, estas opciones pueden ser infinitas y cambiar con el tiempo. A menudo las personas valoran los logros que no se reflejan, o al menos no en forma inmediata, en las cifras de crecimiento o

ingresos: mayor acceso al conocimiento, mejores servicios de nutrición y salud, medios de vida más seguros, protección contra el crimen y la violencia física, una adecuada cantidad de tiempo libre, libertades políticas y culturales y un sentido de participación en las actividades comunitarias. El objetivo del desarrollo es crear un ambiente propicio para que la gente disfrute de una vida larga, saludable y creativa”.

Sen, Amartya, Premio Nobel de Economía 1998, manifestó que: “El desarrollo humano, como enfoque, se ocupa de lo que yo considero la idea básica de desarrollo: concretamente, el aumento de la riqueza de la vida humana en lugar de la riqueza de la economía en la que los seres humanos viven, que es sólo una parte de la vida misma”.

Clark, Helen, Administradora Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, expresó: “Comprender los vínculos entre sostenibilidad ambiental y equidad es fundamental si queremos ampliar las libertades humanas para las generaciones actuales y futuras. No es posible continuar con los notables avances en materia de desarrollo humano conseguidos en las últimas décadas -debidamente documentados en los Informes sobre Desarrollo Humano mundiales- sin que se tomen medidas audaces para reducir tanto los riesgos ambientales como la desigualdad. Este informe identifica vías de acción para que las personas, las comunidades locales, los países y la comunidad internacional promuevan la sostenibilidad ambiental y la equidad de maneras que se refuercen entre sí.”

Si los factores del desarrollo humano se sostienen en el tiempo y abarcan a las generaciones futuras hablamos, entonces, de desarrollo sostenible. El texto constitucional lleva implícita la idea de desarrollo sustentable, concepto que cuenta con una interesante historia surcada por notables debates, no siempre pacíficos, donde el *oiko-nomos* y el *oiko-logos*, no obstante su raíz común (*oikos*: casa), se disputaban (¿se disputan?) la preeminencia, para (¿definitivamente?) emplazarse sobre tres pilares: el ambiental, el económico y el social,

requiriendo la existencia de un perfecto equilibrio entre esos tres elementos constitutivos, sin que ninguno de ellos adquiriera mayor relevancia que los demás, lo que permite un verdadero desarrollo integral del ser humano -desarrollo económico, social, cultural y político-, puesto que el hombre es el centro de las preocupaciones (Martínez y López Alfonsín, 2008).

Esta proyección del “desarrollo sustentable” deriva en una reflexión sobre la sustentabilidad, entendiendo que su forma sustantivada corresponde a una etapa nueva del proceso de su evolución conceptual, poniendo énfasis en el aspecto social. La sustentabilidad guarda una íntima vinculación con las concepciones de calidad de vida, vida digna y solidaridad.

El Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972 expresa: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y condiciones adecuadas de vida, en un ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras...”.

El ambiente es un sistema integrado por elementos naturales, sociales y culturales. La cultura es una construcción social, pero a la vez la cultura es un factor de cambio social. Es en ámbito donde se configuran los valores sociales, de especial relevancia, que requieren tutela jurídica: la calidad de vida, la vida digna y la solidaridad, que se integran en el concepto más amplio de sustentabilidad. Cada individuo tiene la posibilidad de autorrealizarse como persona de manera integral en sus aspectos físico, psicológico y emocional, en su propia sociedad y sus autodeterminaciones son dignas de reconocimiento y respeto.

El concepto “desarrollo sustentable” es resultado de un proceso evolutivo que pasó por varias etapas que cuenta con antecedentes en la Convención de Estocolmo de 1972², se materializa en el Informe Brundtland³ -Oslo 1987- que definía el desarrollo sostenible como “aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”. Sigue a ello Río 92⁴. Luego Río + 20⁵. El 25 de setiembre de 2015, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de objetivos globales para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de

² La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que tuvo lugar en junio de 1972, fue el evento que convirtió al medio ambiente en un tema de relevancia a nivel internacional. La conferencia reunió tanto a países desarrollados como en desarrollo, aunque debe señalarse que la entonces Unión Soviética y la mayoría de sus aliados no asistieron.

La Conferencia de Estocolmo emitió una Declaración de 26 Principios y un plan de acción con 109 recomendaciones. Se fijaron algunas metas específicas: una moratoria de diez años a la caza comercial de ballenas, la prevención de descargas deliberadas de petróleo en el mar a partir de 1975, y un informe sobre los usos de la energía para 1975. La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano y sus Principios formaron el primer cuerpo de una «legislación blanda» para cuestiones internacionales relativas al medio ambiente (Long 2000). <https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencia-de-las-naciones-unidas-sobre-el-medio-humano-estocolmo-5-a-16-de-junio-de-1972/>

³ Se define «el desarrollo sostenible como la satisfacción de «las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». (Informe titulado «Nuestro futuro común» de 1987, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo), el desarrollo sostenible ha emergido como el principio rector para el desarrollo mundial a largo plazo. Consta de tres pilares, el desarrollo sostenible trata de lograr, de manera equilibrada, el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente.

⁴ En 1992, la comunidad internacional se reunió en Río de Janeiro, Brasil, para discutir los medios para poner en práctica el desarrollo sostenible. Durante la denominada Cumbre de la Tierra de Río, los líderes mundiales adoptaron el Programa 21, con planes de acción específicos para lograr el desarrollo sostenible en los planos nacional, regional e internacional. Esto fue seguido en 2002 por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, que se aprobó el Plan de Aplicación de Johannesburgo. El Plan de Aplicación se basó en los progresos realizados y las lecciones aprendidas desde la Cumbre de la Tierra, y prevé un enfoque más específico, con medidas concretas y metas cuantificables y con plazos y metas. <https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>

⁵ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20) se realizó en Río de Janeiro, Brasil, los días 20-22 de junio de 2012. El resultado fue el documento “El futuro que queremos” 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 sostenible. Entre las numerosas medidas, los Estados Miembros acordaron iniciar un proceso para desarrollar los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), que se basarán en los Objetivos de Desarrollo del Milenio y deberán converger con la agenda de desarrollo post-2015. Río+20, obtuvo también la atención de miles de representantes del sistema de las Naciones Unidas y de grupos principales. El resultado fue más de 700 compromisos voluntarios y la creación de nuevas alianzas para promover el desarrollo sostenible. <https://www.cepal.org/rio20/es/index>

una nueva agenda de desarrollo sostenible. Cada objetivo tiene metas específicas que deben alcanzarse en los próximos quince años.

La construcción de nuevas categorías conceptuales no es unidimensional, sino que se va integrando en una trama sistémica con unidad de sentido. No escapa a ello la idea desarrollo sustentable. “La producción científica supone, por lo tanto, el resultado de un proceso dinámico de conflictos y consensos entre actores sociales con determinado reconocimiento de la sociedad que los habilita en su posicionamiento de generadores de conocimiento científico. La validación del proceder científico no implica un proceso lineal y simple, ya que involucra la emergencia de múltiples miradas que no necesariamente convergen y acuerdan sobre los resultados producidos, tanto por desacuerdos metodológicos como por entrecruzamiento de intereses personales e institucionales”. (Serbia, José María y Cozzi Carlos, 2018).

“En esencia, el desarrollo sustentable busca unir la ecología, el desarrollo económico y la ética como elementos básicos en el camino ambiental común, y en las metas de la humanidad en el próximo siglo. Este trípode sobre el que se sostiene la noción es lo que la hace tan compleja. Cada una de estas áreas y sus respectivos defensores han desarrollado un enfoque individual del concepto y cada una de estas definiciones parece contradecir las otras. Al enfocarse exclusivamente o en el aspecto ecológico, o de desarrollo, o ético para la protección del medio ambiente, se malinterpretaría la verdadera naturaleza del concepto y por lo tanto se limitarían sus potenciales beneficios”. (Franza, Jorge, 2007, p. 75)

En relación con el concepto de sostenibilidad, Real Ferrer afirma que: “es la capacidad de permanecer indefinidamente en el tiempo, lo que aplicado a una sociedad que obedezca a nuestros actuales patrones culturales y civilizatorios supone que, además de adaptarse a la capacidad del entorno natural en la que se desenvuelve, alcance los niveles de

justicia social y económica que la dignidad humana exige. Nada impone que ese objetivo deba alcanzarse con el desarrollo ni tampoco nada garantiza que con el desarrollo lo consigamos. La sostenibilidad persigue la pervivencia de la sociedad humana en unas determinadas condiciones de dignidad y en esa búsqueda no hay caminos establecidos ni condiciones apriorísticas”. (Cafferatta, Néstor y Peretti, Enrique, 2019, p. 13).

La sustentabilidad deja de ser un adjetivo para ser un sustantivo. Por eso se desarrollan los conceptos de empatía, conciencia biosférica. Este enfoque se basa en los trabajos de Leonardo Boff (citado en Lorenzetti, Ricardo en Cafferatta, Néstor y Peretti, Enrique, 2019, p. 10), quien sostiene que “sustentabilidad es toda acción destinada a mantener las condiciones energéticas, informacionales y fisicoquímicas que sustentan a todos los seres, en especial la tierra viva, la comunidad de vida y la vida humana, en orden a su continuidad, además de atender a las necesidades de las generaciones futuras, así como de la comunidad de vida que las acompaña, de forma tal que el capital natural sea mantenido y enriquecido en su capacidad de regeneración, reproducción y evolución.

La noción de calidad de vida está ligada a la idea de desarrollo sostenible. “En 1987 el informe Nuestro Futuro Común de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas presidida por Gro Harlem Brundtland establece una nueva fórmula para el desarrollo, consistente en satisfacer el crecimiento económico y las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer los recursos y capacidades de las generaciones futuras. Se incorpora una nueva fórmula para pensar el modelo de desarrollo y lo es en términos de equidad intergeneracional” (Martínez Preciado, 2015).

Al respecto, dice el artículo 41 de la Constitución de la Nación Argentina: "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...”.

La concepción de calidad de vida es inherente al ámbito de la cultura, es una construcción social. No debe entenderse, de acuerdo con estas reflexiones, que lo que una comunidad tiene por calidad de vida, necesariamente debe serlo para otra sociedad. Ello depende de cada cultura: de los sistemas de normas, usos sociales, costumbres, tradiciones; valores, ideas y creencias. La urdimbre de sentidos y significados sociales caros a la identidad de los pueblos tienen que ser comprendidas y protegidas. No solamente tiene valor social y cultural lo que está impreso en declaraciones de convenciones internacionales. El Derecho reconoce estos valores sociales preexistentes, los formaliza y les brinda tutela jurídica, pero no los crea.

El inciso b del artículo 2° de la Ley 25.675 establece entre los objetivos de la política ambiental nacional: “Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria”.

Tras lo expuesto, y sin cejar en el propósito de esclarecer conceptos, es pertinente aproximarnos a una noción de calidad de vida. Lorenzetti (2008) enfatiza que debemos partir de la base de que existe una relación imperfecta -casi distorsionada- entre las condiciones de vida y la propia percepción del sujeto que las vivencia. No se trata, entonces, de la sola posesión de recursos o bienes disponibles, sino de la capacidad de disfrute, y de la propia conciencia acerca de ese disfrute.

Hablar de calidad de vida nos remite al concepto de bienestar, y esto depende de la posibilidad que tenga cada persona de pensar bien acerca de su propia vida. Como se ve, la noción se integra de elementos objetivos y subjetivos y, consecuentemente, demanda un enfoque multidireccional. Es un principio organizador, un estándar que permite hacer un corte

en el tiempo y evaluar el estado de la sociedad en un momento dado (Lorenzetti, Ricardo, 2008 p. 60).

No obstante, este autor aclara que: “si bien se trata de un tema complejo que excede en mucho lo estrictamente ambiental; la calidad de vida tiene un arraigado trasfondo ambiental puesto que sin mínimas condiciones en el entorno físico no hay calidad de vida posible. El medio ambiente, entonces, funciona como condición necesaria previa de la calidad de vida”.

Explica Bustamante Alsina (1992, como fue citado en Lorenzetti, 2008) que “la calidad de vida funciona como parámetro de las condiciones mínimas que debe tener el medio físico en sentido amplio, relacionándose con los recursos naturales, pero implicando también sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social”.

De lo dicho surge otra cuestión: ¿cuál es el nivel aceptable de calidad de vida? cumplimentar esta consigna será, sin dudas, una tarea ardua, dramáticamente relativa y temporaria. Decimos esto porque va a depender de las carencias y demandas existentes en un momento dado y porque, aun cuando las mismas sean cubiertas, luego surgirán otras, como consecuencia de la diversidad de factores que el concepto sintetiza y del ritmo del cambiante mundo globalizado (Lorenzetti, Ricardo Luis, 2008, p. 62).

Otro concepto de relevancia decisiva que se manifiesta en el marco del desarrollo humano, es la “dignidad de vida”. A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en sus respectivos Preámbulos se reconoce que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales, por lo que se ha convertido en el valor básico que fundamenta la construcción

de los derechos de la persona como sujeto libre y partícipe de una sociedad (García González, Aristeo, 2015, p. 2).

Etimológicamente, el término dignidad proviene del latín *dignitas*, cuya raíz es *dignus*, que significa “excelencia”, “grandeza”. Cabe agregar que la dignidad que posee cada individuo es un valor intrínseco, puesto que no depende de factores externos. Así, la palabra dignidad no sólo significa grandeza y excelencia, es decir, el portador de esta cualidad no sólo se distingue y destaca entre los demás, sino también denota un merecimiento a un cierto tipo de trato. Por lo anterior, la dignidad se puede definir como “la excelencia que merece respeto o estima”. (García González, Aristeo, 2015, p. 4)

La dignidad humana es un valor fundamental e inalterable, aun y cuando puede ser interpretado por la persona de manera diversa, su fundamento radica en que todo ser con capacidad para razonar y decidir se hace acreedor a ella, es decir, a todo ser humano le corresponde. Esto es, la dignidad se encuentra presente en los seres racionales, misma que se constituye como un fin en sí mismo, y nunca como un medio que permita satisfacer bienes ajenos. (García González, Aristeo, 2015, p. 26).

La sustentabilidad involucra, asimismo, la noción de solidaridad. Plantear a la solidaridad como virtud es plantearla siempre desde el individuo, plantearla como valor superior es hacerlo desde una función inspiradora de la organización social, aunque pueda tener un reflejo individual, que se concreta en derechos humanos. Como valor fundante de los derechos humanos. (Peces, G. y Martínez, B., 1991, p.221)

Para Adela Cortina (como fu citada en Peces, G. y Martínez, B., 1991, p. 236): “...la solidaridad significa una relación entre personas que participan con el mismo interés en cierta cosa, y expresa la actitud de una persona con respecto a otras cuando pone interés y esfuerzo en una empresa o asunto de ellas...”. Y añade: “... El hombre solidario se sabe inscrito

ya en una comunidad humana, con la que ya comparte intereses y además valora como en sí valioso a cada uno de sus componentes...”. Es un enfoque interesante como punto de partida, pero que carece de planteamientos políticos y jurídicos.

La solidaridad, como valor relacional, incide también en la libertad y en la igualdad, las vivifica y completa; pero tiene su ámbito de acción propio que explica derechos como los referidos al medio ambiente, y también actitudes ante los derechos, y puede ser un elemento interesante para ponderar, por contraste, las actitudes de desobediencia, más basadas en una ética del amor propio que de la solidaridad.

Un uso adecuado del valor solidaridad, tanto en el ámbito de los derechos fundamentales, como en el de los principios de organización, conduce a un tipo de comportamientos positivos de los poderes públicos para remover los obstáculos que impidan o dificulten la realidad de la libertad y la igualdad. (Peces, G. y Martínez, B., 1991, p.241)

La actual amplitud del campo de significación ambiental nos remite al enfoque ecocéntrico, con categorías como: *sumak kawsay*, derechos de los animales, derechos de la naturaleza. Esta evolución conceptual amplió el escenario de conflictos ambientales tornándolo más complejo y difícil de discernir y que impacta sobre el orden existente planteando uno distinto.

La expresión *kichwa sumak kawsay* (traducida al español como buen vivir) y la expresión *aymara* análoga *suma qamaña* (traducida como vivir bien) hacen referencia a una forma de vida y convivencia en armonía con la naturaleza y con otros seres humanos, inspirada en la cultura ancestral de los pueblos indígenas andino-amazónicos, que se apoya en los principios de equidad social y sustentabilidad ambiental y que aspira a convertirse en una alternativa frente a la noción de desarrollo de la civilización occidental.

Dichas expresiones han cobrado una gran relevancia académica desde que ambas fueron recogidas por las Constituciones de Ecuador y Bolivia en 2008 y 2009, respectivamente, como una manera de integrar las reivindicaciones económicas, ambientales y culturales de los pueblos indígenas de ambos países (Cubillo Guevara, A. – Hidalgo Capitán, A., 2015).

3.2.1. La Ley General del Ambiente

Ley 25.675 (LGA), sancionada el 06 de noviembre de 2002 y promulgada parcialmente por decreto 2.413, el 27 de noviembre de 2002, establece los presupuestos mínimos generales para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sostenible. Establece también un marco general sobre información y participación en asuntos ambientales, la responsabilidad por daño ambiental y la educación ambiental.

Los objetivos de la ley, responden a los fines de lograr "una gestión", tanto privada como pública, "sustentable y adecuada del ambiente"; como asimismo "la preservación y protección de la diversidad biológica"; y en términos generales, "la implementación del desarrollo sustentable".

La nueva distribución de competencia legislativa entre la Nación y las provincias (arts. 75 inc. 12 y 121 CN), se orienta a lograr una más equilibrada y homogénea tutela ambiental en las distintas provincias argentinas a partir de la determinación de niveles mínimos de protección uniforme o común en todo el territorio, a lo que contribuye la política ambiental de concertación prevista en la LGA.

La ley 25.675, observa Cafferatta (2003), fija como fines de la política ambiental, objetivos de base ecológico- biológico, vinculado directamente con las ciencias de la

naturaleza, así, por ejemplo, se indica el uso racional de los recursos naturales, el equilibrio de los sistemas ecológicos y la conservación de la diversidad biológica (artículo 2, incisos d, e, f del texto de ley). Todo ello enmarcado, en fines más amplios y generales que enuncia la ley, para asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, naturales, culturales (artículo 2°, inciso a), para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo (artículo 2°, inciso g)

Los objetivos de la ley se integran con una inexorable alusión al carácter preventivo del derecho, cuando enuncia como fines de la misma, en el inciso J del art. 2°, 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 (principio de regulación jurídica integral), como asimismo (art. 2°, inc. g), prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente.

Es pertinente, sostiene Sbdar, C. (2023), remarcar que la LGA prolongó el soporte de la CN en el ámbito inmediato de las leyes inferiores. En esa línea, la CSJN dijo reiteradas veces que la Ley 25.675 contiene normas sustantivas y procesales, junto con "principios ordenatorios" de derecho ambiental, como si fuera el "largo brazo" de la propia Carta Magna

Vale la pena destacar, dice Sbdar, C. (2023), que la LGA contiene los fines o metas de la especialidad o valores jurídicos -previstos en su art. 2°- y principios jurídicos (arts. 4° y 5°), que constituyen la base misma de la disciplina. El art. 2° del Código Civil y Comercial dispone que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta los principios y los valores jurídicos". A fin de evidenciar la función esencial y configurativa de los principios de derecho

ambiental es pertinente detenerse en ellos y en la interpretación que han alcanzado en las decisiones de los tribunales del país.

3.2. Los principios del Derecho Ambiental

La problemática ambiental plantea a los operadores jurídicos enormes desafíos para dar respuestas a nuevas y acuciantes necesidades sociales. En esa tarea, despiertan interés de la doctrina el estudio de los principios rectores de derecho ambiental, y el análisis de institutos clásicos, que están en franca revolución.

Es de advertir que al Derecho Ambiental lo integran normas de base interdisciplinaria, que exceden el ámbito jurídico, con rigurosa regulación técnica, de agrupamiento de derecho privado y de derecho público, con primacía de los intereses colectivos, aunque también hay instituciones de derecho ambiental que producen efectos simultáneos en ambos órdenes.

Barreira Custódio H. (1996, como fue citado en Cafferatta. 2004) entiende por derecho ambiental el “conjunto de principios y reglas impuestas, coercitivamente, por el Poder Público competente, disciplinadora de todas las actividades que están directa o indirectamente relacionadas con el uso racional de los recursos naturales (aire, aguas superficiales y subterráneas, aguas continentales o costeras, suelo, espacio aéreo y subsuelo, especies animales y vegetales, alimentos y bebidas en general, luz, energía), bien como la promoción y protección de los bienes culturales (de valor histórico, artístico, arquitectónico, paleontológico, ecológico, científico), teniendo por objeto la defensa y preservación del patrimonio ambiental (natural y cultural) y por finalidad la incolumidad de la vida en general, tanto la presente como la futura.”

Sbdar, C. (2023) sobre el tema expresa: “El derecho ambiental se compone de reglas y principios. Advierte Berizonce que existen dificultades semánticas relacionadas con la expresión ‘principios’, su relación con los valores e incluso su asimilación (Alexy) o con las denominadas ‘directrices políticas’ (Dworkin). Los principios son ‘normas fundantes’, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas ‘inspiradoras’ de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones (Arruda Alvim Wambier). Los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio las reglas, aun cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan; a los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece (Zagrebelsky). Los principios constituyen pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento”.

Se ha dicho con razón que “ninguna ley de orientación deja de mencionar los “grandes principios” o como se ha calificado -según la doctrina del Consejo de Estado francés-, “principios fundamentales de ley”, o de manera más amplia, principio deontológico fundamental, exigencias fundamentales, principios generales del derecho, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho: el ambiente no escapa a esta pasión, contribuyendo sólidamente a esta actividad creadora (Morand Deviller, J., citado en Cafferatta, 2004).

Bibiloni, H. (2001) nos recuerda que, según el Diccionario de la Real Academia Española, los principios son la base, el origen o la razón fundamental sobre la cual se procede en cualquier materia. También la causa y el origen de algo; pudiendo resultar cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.

“Los principios son ideas directrices que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica. Líneas fundamentales e informadoras de la organización que inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”. Para Esser son criterios o justificaciones de una directiva del obrar humano ante una situación determinada. En otras palabras, “razones que justifican decidir una cuestión en un sentido o en otro y que no necesariamente se encuentran positivados” (Cafferatta 2004).

El principio es un enunciado normativo general, es decir no define un supuesto de hecho específico, ya que constituye un mandato para la realización de un valor en su nivel de óptimo. Como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, son nociones germinales; *prima facie*, y por ello susceptibles de ser completados. Estas normas receptan valores, y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos y la relación con las reglas (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018).

Los principios no pueden aplicarse lógico-deductivamente como las reglas, que contienen mandatos, prohibiciones y permisiones. Las reglas son normas que establecen una conducta debida para un supuesto de hecho determinado, y por lo tanto pueden ser cumplidas o incumplidas de un modo claro. El principio recepta los valores y ordena cumplirlos en la mejor medida posible. Por lo dicho, es una norma jurídica *prima facie*, es decir, inacabada, no contiene un supuesto de hecho ni es determinado, sino por el contrario, es abierto.

El principio es un mandato, ordena hacer algo, pero no lo dice de modo preciso ni en relación a un supuesto de hecho, como lo hace la regla, sino en la mejor medida posible. Por ello es un mandato de optimización, ya ordena la realización de un valor en el nivel más

pleno posible. La aplicación del principio lleva a establecer una relación con otros principios competitivos o contradictorios y a buscar el punto óptimo de realización.

Advertimos en Lorenzetti y Lorenzetti (2018) que los principios cumplen numerosas funciones:

- a) Integrativas: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento.
- b) Interpretativa: es un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio. Ayuda al intérprete a orientarse en la interpretación correcta, adecuándola a los valores fundamentales.
- c) Finalística: son orientaciones de una regulación posible en materia legislativa o en políticas públicas.
- d) Delimitadora: constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores, a las bruscas oscilaciones de las reglas. En el proceso de decisión judicial pueden controlar el excesivo activismo judicial, cofiriéndole un marco de actuación.
- e) Fundante: ofrecen un valor para fundar internamente al ordenamiento, y dar lugar a creaciones pretorianas.

Para Guillermo Malm Green y James W. Spensley (1994, como fue citado en Cafferatta, 2003), el Derecho Ambiental, como rama del Derecho, reposa sobre una serie de principios jurídicos que encuentran su fundamento en la auto conservación del medio ambiente y que están dotados de autonomía propia. Estos principios jurídicos representan las directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental, con las características 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.

Los principios sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico. 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 los principios 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 del intérprete.

Los principios generales, y en especial los principios generales propios 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 rama específica. Suelen servir como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. No solamente sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones, sino que también actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación, de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad (Cafferatta, 2004).

La LGA contiene principios de interpretación y aplicación de la normativa y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, que en general, son identificados o reconocidos por la doctrina del derecho ambiental. El artículo 4° establece que: 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:

- 1) Principio de congruencia: la legislación provincial, municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que asó no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga

2) 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 puedan producir

3) Principio precautorio: la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública.

4) Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

5) 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.

6) 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

7) Principio de subsidiariedad: El Estado Nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales

8) Principio de sustentabilidad: el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social. La gestión sustentable del

ambiente deberá garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras

9) Principio de solidaridad: la Nación y los Estados Provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

10) Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrolladas en forma conjunta

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

Al ambiente se le reconoce una tutela diferenciada, urgente, de trato preferente, anticipada, con énfasis preventivo. Esto quiere decir que no se debe esperar a que ocurra un daño ambiental para reaccionar, sino evitar que acontezca, porque sus consecuencias, en general, son difíciles de recomponer, y en muchos casos son irreversibles. Esto implica situarse en la instancia del riesgo de daño al ambiente.

Si ciertamente se conocen los efectos que provocará una actividad o el uso de cierto producto, se deben tomar las medidas preventivas necesarias para evitarlos o disminuirlos a valores tolerables por el ambiente. Pero, si una actividad genera sospechas plausibles acerca de la existencia de un riesgo de daño ambiental, y al respecto no existe certeza científica de que así sucederá, o si no se puede establecer un nexo de causalidad entre dicha actividad y la consecuencia temida, ello no es motivo para la inacción.

En la legislación nacional sobre política ambiental (art. 2° de la LGA) se advierte claramente este énfasis preventivo al enarbolarse como objetivos a cumplir: “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;...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”.

No se trata de prevenir aquellos riesgos cuya materialización se conoce de manera probabilística, sino de anticiparse a que se desencadenen perjuicios para el ambiente, aun cuando no se conocen sus posibles consecuencias. Justamente, el principio precautorio es una herramienta para la gestión de riesgos inciertos de daños ambientales.

Cafferatta (2013) asevera que el principio precautorio es una herramienta de defensa del ambiente y de la salud pública, que amplía enormemente los límites de acción del Derecho de Daños, con un sentido preventivo y anticipatorio, intenso, enérgico, fuertemente intervencionista, con la finalidad de impedir la consumación de un daño grave e irreversible.

Lorenzetti (2008, como fue citado en Lorenzetti y Lorenzetti, 2018) dice que el principio precautorio o principio de cautela (precaución) es relativamente reciente en el campo ambiental, pero se ha expandido con rapidez inusitada. El principio precautorio gana consenso en los corazones, ello así, por la aversión al riesgo y el cambio que se está produciendo respecto de la percepción de los riesgos sociales. Pero también genera disenso en las razones, debilidad en el andar. Las decisiones bajo un ambiente de incertidumbre son naturalmente difíciles.

El principio precautorio es una herramienta para el gobierno de riesgos controvertidos o inciertos de daño grave al ambiente. Con Isidoro H. Goldenberg hemos sostenido, dice Cafferatta (2013), que el principio precautorio constituye un nuevo fundamento de la responsabilidad civil por daños, fundado en los presupuestos de peligro (riesgo, amenaza, factor objetivo) de daño grave o irreversible, y la falta de certeza científica o ausencia de información).

Sin embargo, no hay una definición canónica de este principio, se han distinguido más de diecinueve definiciones que no son meras variaciones lingüísticas o formales, sino que remiten a diferencias sustanciales sobre su significado (Txetxu, 2015).

En este sentido, oportuno es mencionar el Informe realizado por el Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) que, mediante mandato de los Estados Miembros de la UNESCO, se propuso establecer una “definición clara del principio de precaución y brindar los esclarecimientos necesarios sobre los posibles usos de dicho principio, a fin de ofrecer una plataforma ética que asegurara una gestión adecuada de los riesgos y entregara una información fidedigna al público y a los responsables políticos en lo tocante a las repercusiones de las nuevas tecnologías (Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio, Paris, 25 de marzo de 2005, prólogo, p. 5).

El informe recoge las definiciones y se ocupa inicialmente de señalar los elementos comunes que presentan las distintas acepciones que ha ido teniendo el principio de precaución en el plano internacional. Así, de manera resumida expone que:

- El principio se aplica cuando existe una apreciable incertidumbre científica acerca de la causalidad, magnitud, probabilidad y naturaleza del daño.
- Es necesario cierto análisis científico en cuanto a la plausibilidad del daño que pudiera ser causado.
- Su aplicación se limita a peligros que resultan inaceptables.
- La intervención será proporcional al posible daño.
- Es preciso buscar constantemente más elementos de prueba para entender mejor la situación y los riesgos.

Pero al mismo tiempo nos preguntamos: ¿Cuáles son las condiciones de aplicación de este principio? ¿Cuál es el grado de conocimiento del operador jurídico para poner en acción el principio precautorio? ¿Posible, probable, o cierto (certeza de la incerteza)? Y si se inscribe como fuente de obligaciones, generando responsabilidad, en esta tesitura: ¿Cómo se define el contenido clásico de los elementos o presupuestos de la responsabilidad precautoria? ¿Cuál es el factor de atribución? ¿Qué se entiende por daño ambiental en el supuesto caso de precaución? ¿Cómo incide en la prueba del nexo o relación de causalidad?

Entre sus caracteres esenciales se destaca la incertidumbre científica respecto de la posibilidad de un daño ambiental grave, pero esta incertidumbre debe resultar de una actividad científica que no termina de arrojar datos seguros. La sospecha de que una actividad o producto genera un riesgo potencial de daño ambiental debe ser racionalmente plausible, aunque no pueda establecerse un nexo de causalidad con el daño temido, ni demostrarse la probabilidad de efectos inesperados.

La LGA, en su definición del principio precautorio, hace referencia al peligro de daño grave o irreversible y a la ausencia de información o certeza científica. Al analizar su texto observamos que se trata de una definición compleja compuesta por términos vagos e imprecisos: ¿Peligro es sinónimo de riesgo? ¿Probable equivale a posible? ¿La causalidad es siempre lineal? ¿Existen grados de incertidumbre científica? ¿La producción de conocimiento científico es verdaderamente incuestionable u ofrece algún flanco a la duda? ¿Lo que se tiene por daño grave es unívoco o relativo?

La palabra complejidad, reflexiona Morin, E. (1990), sufre una pesada carga semántica, porque lleva en su seno confusión, incertidumbre, desorden. Su definición primera no puede aportar ninguna claridad: es complejo aquello que no puede resumirse en una palabra

maestra, aquello que no puede retrotraerse a una ley, aquello que no puede reducirse a una idea simple. Dicho de otro modo, lo complejo no puede resumirse en el término complejidad, retrotraerse a una ley de complejidad, reducirse a la idea de complejidad. La complejidad no sería definible de manera simple para tomar el lugar de la simplicidad. La complejidad es una palabra problema y no una palabra solución.

En efecto, teniendo en cuenta lo dicho acerca de la construcción social del ambiente, distintas comunidades se representan al ambiente de manera diferente, según sus ideas, valores y creencias. Entonces, lo que es conflicto ambiental para una comunidad puede no serlo para otra, según el significado y el valor atribuido en cada caso al ambiente, a los recursos naturales y a la satisfacción de necesidades. Es pertinente, entonces, hablar de conflictos “socio-ambientales” porque no se pueden separar los aspectos naturales, sociales y culturales del ecosistema.

Ya se ha sostenido, dice Azuela, A. (2006, como fue citado en Berros, V, 2013), que se trata de conflictos “socio-ambientales” y no “ambientales” a los fines de poner de relieve la imposibilidad de aislar la “variable” ambiental de las condiciones sociales e históricas en las que trasunta la conflictividad. El acceso al agua y desagües cloacales; el acceso a la vivienda y la tasa de desocupación y subocupación, así como la pobreza e indigencia, dan cuenta de un estado de situación en el que lo ambiental no puede ser pensado por fuera de lo social debido a que el nivel de protección continúa como una tarea inacabada, aún más cuando se trata de grupos desaventajados. Entender lo socio ambiental no solamente como lo expuesto, sino como parte del ambiente. Lo cultural, como producción humana: ideas, valores y creencias, en el seno de un ecosistema.

Esta situación le granjeó al principio precautorio críticas por su “vaguedad”, lo que podría ser un obstáculo para su aplicación jurisprudencial o administrativa, sobre todo

desde la perspectiva del progreso económico y porque plantea situaciones dilemáticas que ponen en conflicto derechos reconocidos constitucionalmente. No obstante, de acuerdo con Bestani (2012), por ser un concepto jurídico indeterminado, como tal no es vago y tiene por cualidad su aplicabilidad a distintas situaciones, lo que es la característica típica de los principios.

1. Naturaleza Jurídica

Para Lorenzetti (2008), "el principio es una norma jurídica y no una mera declaración, pero el grado de obligatoriedad es diferente de la regla de derecho. El principio es un concepto jurídico indeterminado, un mandato de optimización, es decir, obliga a hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo; y tiene diferente peso en el caso concreto, muestra la dirección en que debería buscarse la decisión, pero la fuerza depende de los bienes en juego".

En tal sentido, en referencia al principio precautorio, Cafferatta (2013) expresa que se trata de un principio de derecho, y como tal vinculante u obligatorio, que produce, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una "obligación de previsión anticipada y extendida en cabeza del funcionario público", pero que alcanza en primer lugar a los particulares, o titulares del emprendimiento (obra o actividad) que introduce semejante riesgo en la comunidad. Es por lo expuesto, un principio sustantivo o estructural del Derecho Ambiental.

Refuerza Cafferatta lo dicho al señalar que: "esta afirmación viene ganando valiosos espacios en la doctrina jurídica Argentina, a punto tal que es una de las Conclusiones a las que arribó las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Tucumán, de 30 de septiembre 2011, que se pronunció por la siguiente fórmula: 'El principio precautorio es un

principio general del Derecho de Daños que impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente’”

En este contexto, sigue Cafferatta, se teme que, de abusarse de esta noble idea directriz, base de una norma jurídica "*prima facie*" o en "estado germinal" (como caracteriza Ricardo Lorenzetti los principios de derecho), se convierta en un medio de presión ilegítima (o de extorsión) frente a cualquier obra, proyecto, o actividad, que modifique o altere de modo significativo el ambiente, cuando concurra el presupuesto de aplicabilidad del principio precautorio, peligro de daño grave o irreversible, sin que exista certeza científica de la ocurrencia del mismo. Quienes así piensan, contrariamente a la posición que postula la aplicación del principio precautorio, hablan en ese caso, de las "leyes del temor" (sinónimo de leyes del miedo).

Además, advierte Lorenzetti (2008, citado en Lorenzetti y Lorenzetti, 2018) en el derecho internacional ambiental, existen dos corrientes de opinión. Una versión débil, que ve en el principio precautorio una declaración exhortativa y que es una opción de política pública de aplicación voluntaria (por lo que lo asimilan a un criterio, enfoque o aproximación). En tanto que existe una versión fuerte, integrada por todos aquellos que creen firmemente que el principio precautorio es una norma jurídica que obliga a decidirse por la más precautoria de las opciones que se tenga a disposición (principio de derecho).

No obstante, con el afán de delinear contornos conceptuales más claros, consideramos pertinente señalar lo que el principio precautorio no es. Es atinado destacar que el principio precautorio no está basado en el riesgo cero, no exige siempre ni en todos los casos la inocuidad absoluta de una actividad o producto, sino en lograr que los riesgos se encuentren en un rango de tolerancia.

2. Riesgo Científicamente Incierto

Existen riesgos no verificables científicamente, pero que se sospecha razonablemente que pueden existir. El conflicto se plantea en las posibilidades de perjuicios que no se explican en todas sus dimensiones, en su causalidad y en sus derivaciones de manera unívoca. Se sustentan sobre una sospecha racionalmente plausible de que una actividad o producto posiblemente cause un daño ambiental. No hay estadísticas de probabilidad sino la posibilidad de que ocurra el daño temido. Ya no se trata de revertir a *posteriori* un estado de cosas, tampoco de prevenir aquellos riesgos cuya materialización se conoce de manera probabilística, sino de anticiparse a que se desenvuelvan perjuicios para el ambiente y la salud, aun cuando no se conoce o se controvierten sus posibles consecuencias (Berros, 2013).

El planteo de estas cuestiones de certezas e incertidumbres nos motiva para indagar sobre la gestión de la incertidumbre en supuestos de riesgo potencial de daño ambiental, a fin de conocer -y ayudar a conocer- el principio precautorio, en tiempos en que Bestani (2012) presume que debe instalarse la cautela y reforzarse las funciones preventivas en casi todas las áreas del derecho. Hoy es el momento en el que todo lo que se diga de él, las aportaciones que desde el plano teórico o práctico se hagan de él, ayuda, presta un servicio, es útil.

Discernimos que el principio de cautela se tipifica con el “peligro de daño ambiental”, porque la gravedad ya está contenida en la relevancia que establece la definición. A la gravedad objetiva del riesgo de daño ambiental acompaña una dimensión subjetiva de la sociedad, lo que ésta considera como riesgo aceptable o no. Si está dispuesta a tolerar una actividad o un producto potencialmente riesgosos luego de un cálculo costo-beneficio favorable a los primeros. De ello deriva una construcción social del riesgo y el relativismo social de lo que se estima daño grave.

Aunque la LGA se refiere expresamente a peligro de daño grave como sinónimo de riesgo, no nos resulta ocioso señalar que algunos autores marcan una diferencia entre estos términos. Bestani (2012) describe distinciones entre peligro y riesgo que emanan de diversas concepciones epistemológicas: realistas, cognitivas, constructivistas y sus distintas versiones. Kourilsky y Viney (como se citó en Bestani, 2012) explican que el peligro es el perjuicio que amenaza o compromete la seguridad o la existencia de una persona o de una cosa, en tanto que el riesgo es un peligro eventual más o menos previsible.

El estudio sobre riesgos es una herramienta muy importante para la toma de decisiones públicas, y obviamente en el ámbito de la política ambiental. La toma de decisiones oportunas y eficaces supone el conocimiento de su existencia, su alcance y relevancia. La investigación sobre riesgos tiene dos momentos relevantes: el conocimiento y la valoración del riesgo, por una parte, y la gestión de los mismos. El primero reservado al poder científico y el segundo al poder político-jurídico.

La complejidad del principio precautorio, dice Cafferatta (2013), estriba no sólo en que incursiona en un terreno al que no está habituado el derecho en general, de la incertidumbre, sino también en que ese territorio tiene otros convidados con pretensiones de operatividad ejecutiva: la política y la moral. Y decimos la política, porque el principio precautorio, es además de un principio jurídico, un principio político que encierra en su seno la difícil, intrincada, o tortuosa decisión sobre qué hacer, cómo proceder, frente a situaciones de este tipo, para satisfacer los derechos en juego, algunos de tipo económicos, patrimoniales, más vinculados al derecho de propiedad, la industria, el comercio, el desarrollo económico, o el riesgo del desarrollo, y otros, en cambio, a derechos sociales, el derecho de la salud pública, la defensa de los intereses de las generaciones futuras, el porvenir, el desarrollo sostenible, etc. Así, por ejemplo, en la LGA, se lo enuncia como principio de política ambiental.

Una tercera dimensión del principio precautorio es moral. La UNESCO en el año 2005 reunió a un Grupo de Expertos (que integró entre nosotros Aída Kemelmajer de Carlucci) para tratar de analizar la naturaleza jurídica del principio precautorio. ¿Y cómo definió la UNESCO ese principio? Diciendo que es de aplicación cuando hubiera una actividad "científicamente plausible, pero moralmente inadmisibles", ¡acá está una nueva dimensión del principio de precaución! La moral (Cafferatta, 2013).

Dice el informe (UNESCO y COMEST, p. 14): Cuando las actividades humanas pueden acarrear un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño. El daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos o al medio ambiente que sea:

- Una amenaza contra la salud o la vida humanas, o
- grave y efectivamente irreversible, o
- injusto para las generaciones presentes o futuras, o
- impuesto sin tener debidamente en cuenta los derechos humanos de los afectados.

El juicio de plausibilidad deberá basarse en un análisis científico. El análisis tendrá que ser permanente de modo que las medidas resueltas puedan reconsiderarse. La incertidumbre podrá aplicarse a la capacidad o a los límites del posible daño, pero no se circunscribirá necesariamente a esos elementos. Las medidas constituyen intervenciones iniciadas antes de que sobrevenga el daño y que procuran evitarlo o disminuirlo. Deberá optarse por medidas que sean proporcionales a la gravedad del daño potencial, habida cuenta de sus consecuencias positivas y negativas, y se procederá a una evaluación de las repercusiones morales tanto de la acción como de la inacción. La elección de la acción deberá ser el resultado de un proceso de participación.

Con respecto a las posturas críticas que piensan que el principio de precaución es contrario a la innovación y al progreso, los expertos argumentan que, si se da un uso adecuado del principio, el mismo fomenta la innovación y el desarrollo de alternativas a tecnologías potencialmente peligrosas, aumentando la seguridad al obligar a la diversificación de tecnologías y la competitividad entre ellas.

¿Qué hacer frente a la incertidumbre? Implica finalmente adoptar una decisión política, que debe responder necesariamente a otra pregunta: ¿Qué es lo que quiere la comunidad para su medio ambiente? Y esa es una labor sociológica, de psicología social y política. Indagar sobre las razones de lo que quiere o necesita la colectividad del entorno, es labor del hombre político.

No hay acuerdo entre los autores sobre si, para clasificar un riesgo, hay que tener en cuenta tanto su aspecto objetivo, la evidencia empírica; como su aspecto subjetivo, lo que la gente percibe como riesgo. Entendemos que ambos aspectos son relevantes. Distintos grupos prestan atención a ciertos riesgos e ignoran otros y se concluye que el riesgo es una construcción colectiva, imbricada en contextos socio-culturales particularizados. Hannigan refiere a la construcción social de los problemas ambientales (Berros, 2013).

Toda indagación acerca del Derecho Ambiental debe partir de la observación de los términos de la relación entre hombre y naturaleza. Ello debe hacerse desde una perspectiva social, lo que nos remite al campo de la sociología del riesgo.

3. Condiciones de Aplicabilidad

¿Qué es necesario para aplicar el principio de precaución? ¿que el daño, dentro del ámbito del riesgo sea posible o por el contrario probable? O siempre dentro de este espacio

de peligro, ¿certeza? Parece que esta última contradice el principio de precaución que demanda incerteza. También parece que, si exigimos probabilidad, prueba del riesgo de daño grave e irreversible, ingresamos en el campo de la prevención. En cambio, posibilidad sería lo propio de la precaución. ¿Es esto así? El Juez, el operador jurídico en general, el funcionario público, el abogado, el agente fiscal, cuando piden por la aplicación del principio precautorio ¿deben demostrar la existencia de una o más posibilidades que amenazan con la producción de un daño mayúsculo, o por el contrario es que deben probar el riesgo de daño grave e irreversible?

Bestani (2012) plantea otro interrogante sobre este enigmático principio de precaución, relativo al conocimiento que debe portar la Autoridad de Aplicación ¿Es una posibilidad cercana a la probabilidad? o ¿es la certeza de la incerteza? A la manera de un jeroglífico, el principio precautorio se presenta hoy como un verdadero galimatías. Desentrañar su naturaleza es uno de los desafíos más ricos, enormes, y atractivos que ofrece la Ciencia Jurídica en la actualidad. Más aún en el Derecho Ambiental.

Cafferatta (2013), refiriéndose una vez más a las Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 30 de septiembre 2011, dice que, "... Los presupuestos de activación del principio precautorio son: a) riesgo, amenaza o peligro de daño grave o irreversible; b) incertidumbre o ausencia de información científica". Y que, "son condiciones de aplicación de las medidas precautorias: a) proporcionalidad o razonabilidad; b) transparencia; c) provisionalidad; d) eficacia en función de los costos. El principio precautorio está dirigido tanto al Estado, como también a los particulares".

Andorno (2002, como fue citado en Cafferatta, 2013) afirma que: "Una parte de la doctrina considera que los requisitos específicos o estrictos de aplicación del principio precautorio son los siguientes: 1.- peligro, amenaza o riesgo, por lo que se instala en la etapa del pre-daño o 'ex ante' (Alterini); 2.- de daño grave o irreversible, mayúsculo, que puede

implicar una lesión de enorme relevancia e irreparable; 3.- la evaluación científica del riesgo. Y una vez decidida la adopción de medidas precautorias, 4.- la transparencia. 5.- la proporcionalidad de las medidas seleccionadas, que lleven en función de los costos, a impedir la degradación del ambiente”.

Lorenzetti (2008) apunta los siguientes requisitos: 1.- Amenaza de daño grave o irreversible: Identificación de un producto, actividad o sustancia. Identificación de un daño futuro. Debe tratarse de un daño grave (casos extremos). 2.- Incertidumbre científica; La evaluación científica no permite evaluar el riesgo con suficiente exactitud para actuar.

También se pregunta: ¿Cuánta evidencia es necesaria para actuar o dejar de hacerlo? La incertidumbre requiere determinar si al momento de tomar la decisión existe la falta de conocimiento científico sobre la probabilidad de un daño grave o irreversible, y en tal caso ordenar las medidas de investigación para reducirla. Si se agotan las investigaciones, debería probarse al menos, un escenario en que la actividad produzca un daño grave e irreversible, para descartar los supuestos inocuos.

Lorenzetti postula en doctrina la necesidad de realizar un balance entre riesgos y beneficios. Para cumplir dicha tarea hermenéutica, sostiene que la técnica procedimental adecuada presupone el siguiente procedimiento: 1.- identificar márgenes de probabilidades. 2.- debe valorarse los beneficios relativos para las partes relevantes. 3.- debe examinarse los costos comparativos de las diversas alternativas. 4.- hay que valorar experiencias anteriores. 5.- experimentar paso a paso. 6.- comparaciones intra e intergeneracionales.

Con respecto a los componentes del principio de precaución, en la Comunicación de la Comisión sobre el Recurso al Principio de Precaución (2000), se establecen tres factores desencadenantes del principio, que son: a) Identificación de los efectos potencialmente peligrosos; b) evaluación científica, y c) incertidumbre científica.

3.1. Identificación de Riesgos

La identificación de riesgos es una condición previa y necesaria para aplicar el principio de precaución, por tanto, antes siquiera de realizar una evaluación científica, es preciso intentar determinar los efectos perniciosos de la actividad o fenómeno en cuestión. Este paso es de vital importancia ya que, de no darse un correcto análisis de los efectos potenciales de la propuesta, se pueden ignorar riesgos inherentes a la misma, lo que puede provocar resultados irreversibles en la sociedad.

Por otro lado, dado el alto nivel de desarrollo de nuevas tecnologías, esta tarea de identificación de riesgos se ha venido convirtiendo en un proceso cada vez más complejo, ya que la falta de datos científicos sobre los efectos tanto positivos como negativos de ciertas actividades es lo habitual en vez de lo excepcional. Concretamente, y como desarrollaré más adelante, esta tarea tiene especial relevancia en el ámbito de la biotecnología, donde el avance constante hace especialmente difícil este análisis, máxime cuando los gobiernos no son capaces de regular la materia a la misma velocidad a la que se descubren nuevas aplicaciones.

3.2. Evaluación Científica

El siguiente paso, una vez identificados los posibles riesgos, es llevar a cabo una evaluación con datos científicos fiables y mediante un razonamiento lógico para llegar a una conclusión que exprese la posibilidad del acontecimiento y la gravedad del impacto de un peligro sobre el medio ambiente o sobre la salud de una población dada, incluida la magnitud del posible daño, su persistencia, reversibilidad y efectos posteriores.

Además, la Comunicación afirma que se debe realizar un informe, cuando sea posible, indicándose la evaluación del conocimiento existente y la información de que se

dispone, así como las conclusiones de los científicos sobre la fiabilidad de la evaluación y las incertidumbres que se mantienen. Este informe debería ir actualizándose con el transcurso del tiempo para garantizar un uso correcto del principio de precaución.

En el Anexo III, la Comisión describe los cuatro componentes en la Evaluación de Riesgos, que deben intentar completarse antes de tomar la decisión de actuar y que son los siguientes:

- La identificación del peligro significa determinar los agentes biológicos, químicos o físicos que pueden tener efectos adversos. (...)
- La caracterización del peligro consiste en determinar, en términos cuantitativos y cualitativos, la naturaleza y gravedad de los efectos adversos asociados con los agentes o la actividad que los causa. (...)
- La evaluación de la exposición consiste en evaluar cuantitativa y cualitativamente la probabilidad de exposición al agente estudiado. Aparte de la información sobre los propios agentes (fuente, distribución, concentraciones, características, etc.), se necesitan datos sobre la probabilidad de contaminación o exposición al peligro de la población o el medio ambiente.
- La caracterización del riesgo corresponde a la estimación cualitativa o cuantitativa, teniendo en cuenta las incertidumbres inherentes, la probabilidad, la frecuencia y la gravedad de los potenciales efectos adversos que pueden incidir sobre el medio ambiente o la salud. Esta caracterización se establece basándose en los tres elementos anteriores y depende en gran medida de las incertidumbres, variaciones, hipótesis de trabajo y conjeturas que se hayan formulado en cada fase del proceso (...).

La correcta definición de estos cuatro elementos no siempre es posible con el nivel de conocimiento científico actual, lo que añadirá una mayor incertidumbre e influirá en la decisión que tomen los gestores de riesgos.

3.3. La Incertidumbre Científica

El tercer factor que desencadena el recurso al principio de precaución es la incertidumbre científica, entendida como la controversia sobre datos existentes o la falta de datos necesarios tanto cualitativos como cuantitativos.

El problema que surge con la incertidumbre es que, si bien es posible esbozar un número determinado de resultados para la acción que se pretende realizar, es imposible asignar el orden de probabilidad de aquellos, pues no existen bases empíricas o teóricas para soportarlo.

Es en estas circunstancias cuando los evaluadores de riesgo deben emitir dictámenes científicos basándose en elementos de prudencia (como, por ejemplo, basarse en modelos animales para establecer los posibles efectos sobre el hombre) y delimitando claramente los factores de incertidumbre para que los responsables de decisiones (es decir, los políticos) sean capaces de juzgar cuál es el nivel de riesgo aceptable para la sociedad y encontrar respuestas adecuadas.

Asimismo, la Comunicación de la Comisión (2000) establece cinco principios por los que han de guiarse los evaluadores de riesgos, y se citan a continuación.

En primer lugar, se exige proporcionalidad, es decir, las medidas consideradas deben alcanzar un nivel de protección adecuado. Sin embargo, debe huirse de la sobreprotección o la búsqueda de nivel de riesgo cero, pues serían perniciosas para la sociedad, ya que no permitirían el avance científico. Por otro lado, en cuestiones donde los posibles

efectos peligrosos pudiesen tener efectos a largo plazo, cobra especial relevancia el estudio sobre la proporcionalidad de las medidas tomadas, ya que no sólo ha de evaluarse el impacto que generan estos fenómenos en la situación actual, sino en generaciones posteriores.

En segundo lugar, ha de aplicarse el principio de no discriminación, lo que significa que “las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente, y que las situaciones diferentes no se traten del mismo modo, a menos que tal tratamiento esté justificado objetivamente”.

En tercer lugar, ha de aplicarse la coherencia, es decir, la evaluación de riesgos deberá seguir los mismos criterios para situaciones similares y, consecuentemente, las medidas que se tomen deberán guardar similitud con otras que se hayan aplicado a casos anteriores parecidos. Si no se contase con datos científicos suficientes para caracterizar el riesgo, este principio nos llevaría a aplicar medidas de precaución comparables a medidas adoptadas en situaciones equivalentes en donde se tenían todos o la mayoría de los datos.

En cuarto lugar, debe realizarse un análisis de las ventajas e inconvenientes que se derivan de la acción o falta de acción, es decir, comparar las posibles consecuencias positivas y negativas tanto de la acción como de la inacción para la sociedad, a corto y a largo plazo. Con respecto a dicho análisis, no basta con centrarse en un análisis económico, sino que deben tenerse en cuenta otros métodos de análisis como los que se refieren a la eficacia y al impacto socioeconómico de las opciones posibles.

Por último, debe darse un estudio de la evolución científica. Esto significa que las medidas de precaución sólo deben mantenerse mientras los datos científicos sigan siendo insuficientes o mientras los riesgos sigan siendo considerados suficientemente altos como para no ser tolerables. Por tanto, debe proseguirse la investigación para intentar resolver las

incertidumbres y cuantificar adecuadamente los riesgos, actualizando las acciones precautorias tomadas a medida que se descubran nuevos datos científicos.

4. Revisión del conocimiento científico

El problema de la precaución se configura como la introducción de lo posible, lo incierto, lo controversial, lo desconocido. Esta incertidumbre se refiere a la ausencia de testimonios científicos decisivos y seguros respecto del daño temido o a la falta de acuerdo en la comunidad científica. Esto plantea la conveniencia de revisar el vínculo entre derecho y producción científica de saberes. La racionalidad científica está siendo objetada como única manera de producir conocimientos.

Berros (2013) afirma que si se observa el funcionamiento interno de la producción de conocimientos científicos; en donde campean incertidumbres, controversias y cambios constantes; se observa la relatividad del conocimiento científico. Parece transitarse hacia la deconstrucción de una imagen de la ciencia como aquel dominio de la certeza y de las verdades verificables a partir de datos de la experiencia.

La producción científica supone el resultado de un proceso dinámico de conflictos y consensos entre actores sociales con determinado reconocimiento de la sociedad que los habilita en su posicionamiento de generadores de conocimiento científico. La validación del proceder científico no implica un proceso lineal y simple, ya que involucra la emergencia de múltiples miradas que no necesariamente convergen y acuerdan sobre los resultados producidos, tanto por desacuerdos metodológicos como por entrecruzamiento de intereses personales e institucionales (Serbia y Cozzi, 2018).

Txetxu (2015) menciona la Declaración de Lowell (Massachusetts 2001) sobre la ciencia y el principio de precaución: “la toma de decisiones en forma precautoria es consistente con la buena ciencia debido a las grandes lagunas de incertidumbre e incluso ignorancia que persisten en nuestra comprensión de los sistemas biológicos complejos, de la interconexión entre los organismos y del potencial de impactos interactivos y acumulativos de peligros múltiples”.

“El fin de la ciencia es generar conocimiento que sirva para responder (algunas) preguntas y solucionar (algunos) problemas de la humanidad. Para eso, utiliza determinado método -el método científico- que tiene ciertos estándares y que la diferencian de otras maneras de aprehender la realidad. No es un método infalible, por supuesto, de hecho, todo (o casi todo) lo descubierto por la ciencia a lo largo de la historia ha sido refutando con el correr de los años, de manera que el conocimiento científico es siempre provisorio, útil en el mejor de los casos, pero nunca sabemos qué tan cerca de la verdad está. Pero, esto no le resta valor, y en complemento con otras maneras que tiene la humanidad de conocer el mundo (y más allá), puede ser muy útil y necesaria” (Fernández, 2021).

El Comité (UNESCO y COMEST, p. 28) quiere dejar claro que la ciencia no puede dar respuestas definitivas sobre la causalidad, naturaleza y probabilidad de numerosos riesgos contemporáneos, debido precisamente a que en situaciones de incertidumbre las pruebas científicas realizadas dan lugar a más de una interpretación defendible, por lo que “una conciencia más clara de los límites de la misma como analista de riesgos puede contribuir a evitar equívocos y falsas expectativas acerca del papel y competencia de la ciencia.”

Por tanto, sigue el informe, en base a la definición anterior, el principio de precaución entra en juego cuando se dan casos en los que existe incertidumbre y no se sabe cuantificar la magnitud del daño ni la probabilidad de que éste ocurra. Debe utilizarse cuando

no es posible tomar una decisión satisfactoria mediante el uso de los demás principios tradicionales, ya sea porque no se conocen las consecuencias posibles de una determinada decisión, porque no hay antecedentes verosímiles para la cuantificación de probabilidades de riesgos o porque están en juego dimensiones éticas intergeneracionales. Todas estas características son las que deberán probarse para recurrir al uso del principio de precaución.

En este proceso de deconstrucción, en el cual se ha puesto al descubierto la relatividad del conocimiento científico, advierte Berros (2013), cabe consolidar herramientas que asignen trascendencia a la duda, a las opiniones disidentes, a la integración de conocimientos provenientes de disciplinas diversas pero convergentes en torno a una problemática determinada, a otras formas de conocimiento opacadas y marginadas modernamente. El paradigma ambiental se orienta a la armonización del sistema legal con el ecológico.

5. Replanteo de la causalidad

El principio de precaución se vincula con riesgos sobre los que no existe certidumbre científica de una relación causal entre la actividad o producto cuestionado y el daño sospechado. Esta conexión puede ser el resultado de una larga cadena causal. Txetxu (2015) plantea el problema de la ambivalencia de los efectos: una práctica o producto que tiene una intención y efectos, más o menos previsibles, puede conllevar sub-efectos no deseados imprevisibles: ¿Cuáles son los efectos tóxicos de un compuesto a corto, mediano y largo plazo? ¿Cuáles son los efectos acumulativos de un compuesto, aun cuando se detecte en cantidades inferiores a las tóxicas? ¿El hecho de que una concentración de contaminante aparezca como tolerable garantiza que no produzcan efectos dañosos en el futuro? ¿Cómo responden distintos ambientes u organismos a iguales contaminantes, incluso a iguales concentraciones? ¿Cuál ha

sido el foco emisor de una contaminación detectada? ¿Hay un solo foco emisor? ¿En qué medida ha contribuido cada distinto foco emisor de la contaminación?”.

Txetxu (2015) pone al principio de cautela como ejemplo de lo que en teoría de la argumentación se conoce como “argumento de la pendiente resbaladiza”, se afirma que un paso relativamente pequeño conduce a una cadena de eventos relacionados que culminarán en algún resultado indeseable, de modo que hay que oponerse a ese primer paso. En términos del principio precautorio, no permitir una cierta actividad o producto que pueda provocar una serie de resultados indirectos no deseados, aunque no haya indicios suficientes para afirmarlo con seguridad, dado que no está demostrada la cadena de causalidad en la cadena de sucesos aludida.

Es pertinente recomponer el presupuesto de causalidad dejando de lado la relación causal de tipo directa construida a manera de causa - efecto, como también aquella basada en el criterio de regularidad y normalidad de los acontecimientos y transformar la misma a partir de la incorporación de lo incierto, lo controversial, en su seno constitutivo.

A lo dicho, es preciso introducir un principio de causalidad social que tenga presente la trama de relaciones sociales porque, recordemos, daño ambiental también es la afectación de bienes inmateriales culturales, la turbación del habitual modo de vida de una comunidad; la ofensa a tradiciones, usos y costumbres; la agresión a las ideas, valores y creencias.

“Cuando el investigador se enfrenta a la realidad social no está frente a una típica situación que vincula a un sujeto (quien investiga) y un objeto (entidad a ser medida), como es habitual en las ciencias de la naturaleza. La realidad social supone una naturaleza de complejidad diferente a la existente en los fenómenos físicos y orgánicos. El investigador social, situado en un determinado orden social, intenta comprender a otros sujetos que se

encuentran también posicionados como él en una determinada sociedad, para ello utiliza sus propias significaciones a fin de encontrarle sentido a lo que considera como realidad” (Serbia, 2018).

La incertidumbre misma se presenta de variadas maneras, científicas y no científicas, y pueden clasificarse en distintas categorías: a) incertidumbre respecto de los parámetros; b) respecto de la variabilidad; c) respecto de los modelos; d) sistémica o epistémica, y e) causada por intereses económicos o políticos. Algunas formas de incertidumbre pueden reducirse, otras no. La indeterminación significa que la incertidumbre involucrada es de tal magnitud y variedad que no puede reducirse (Bestani, 2012). Lo que plantea la pregunta sobre cuál sea el umbral de incertidumbre suficiente para aplicar el principio precautorio. Algunos tribunales distinguen entre baja incertidumbre, cuando las diferencias entre expertos son marginales, o alta cuando la carencia de conocimiento científico imposibilita conclusiones (Txetxu, 2015).

6. Los riesgos de la tecnología

Vivimos en una sociedad en la que el desarrollo e innovación en todas las industrias están a la orden del día. Continuamente surgen nuevas aplicaciones o productos que satisfacen nuestras necesidades de una manera más completa, simplifican nuestras vidas o nos ayudan física y psicológicamente. Sin embargo, este incesante desarrollo tecnológico conlleva una serie de riesgos y situaciones de incertidumbre difíciles de abordar por parte del legislador, que no es capaz de actualizar el Derecho a la misma velocidad que el cambio tecnológico. Por este motivo, es preciso recurrir al principio de precaución, que deberá servir como protector de la sociedad cuando no existan leyes que regulen actividades con altos riesgos potenciales e incertidumbre sobre sus efectos a corto y largo plazo (Jarabo Sastre, A., 2018).

Con respecto a la continua innovación de las industrias, destaca el autor mencionado la biotecnología, pues en los últimos años se han desarrollado técnicas de edición genética altamente precisas con un coste relativamente bajo, lo que cambia el panorama actual y abre multitud de alternativas de uso de la llamada técnica CRISPR. Aquí, una vez más es preciso aplicar el principio de precaución, pues los riesgos de esta nueva técnica todavía no son cuantificables, existe incertidumbre acerca de los efectos a largo plazo y requiere un amplio consenso social para la permisión de algunas de sus aplicaciones.

El estudio del riesgo involucra, además, a las consecuencias no deseadas del desarrollo científico y tecnológico. Los beneficios que la ciencia y la técnica han aportado a nuestra sociedad son incuestionables. Favorecen las transformaciones sociales y el desarrollo de la calidad de vida. Sin embargo, no se discute que la aplicación de la ciencia y la tecnología han generado nuevas formas de riesgos al ambiente y a la misma calidad de vida. Es la época de la “sociedad del riesgo”: de los mega-peligros tecnológicos, de la neo-industrialización, de la nanotecnología, de la experimentación genética, de la energía nuclear, de los riesgos incontrolables.

Bergel (como se cita en Bestani, 2013) señala que el riesgo se ha convertido en un protagonista fundamental en la sociedad contemporánea. Él revela “la cara oscura del progreso”. El riesgo concebido como fenómeno social, como consecuencia del progreso, exige una gestión jurídica fundamentalmente desde el punto de vista de su prevención.

En ocasiones, afirma Sunstein (2009), los individuos sienten miedo cuando no deberían tenerlo, y en otras no tienen miedo cuando sí deberían tenerlo. El problema atraviesa innumerables áreas fundamentales, entre ellas, el calentamiento global, la ingeniería genética, el poder nuclear, la biodiversidad, los pesticidas, las transfusiones de sangre, la seguridad de los alimentos, la clonación, las sustancias químicas tóxicas, los delitos e, incluso, el terrorismo

y los intentos por combatirlo. El “pánico al riesgo” desempeña un papel importante en los grupos, las ciudades e, incluso, las naciones. Pero, ¿qué se considera miedo? Interpreta Sunstein que el miedo depende la idea de que estamos en peligro. Desde luego, las creencias sobre las cuales se basa el miedo pueden estar justificadas o no.

Sunstein estudia el principio de precaución como manera de anticiparse a los posibles riesgos de los que el miedo avisa: “evite los pasos que supongan un riesgo de daño”, lo que obliga a comprobar la eficacia del intervencionismo positivista como la acción legal de respuesta a los miedos de la sociedad moderna. El principio de precaución, además de avisar de los riesgos, transmite información de los comportamientos sociales e individuales ante ellos. Se conecta, por tanto, con la racionalidad. Esto supone un marco jurídico institucional que inmunice contra la generación y difusión de miedos injustificados y las manipulaciones demagógicas.

En este escenario de nuevos riesgos inciertos, preguntamos: ¿Es peligroso el uso de Internet? ¿Existen riesgos generados por el uso de la IA?, ¿deberíamos preocuparnos por lo que pueden hacer los modelos de IA como ChatGPT y DALL-E?, ¿la IA generativa es peligrosa?, ¿se apropia la IA de la cultura?, ¿se alcanzó un punto de inflexión en el que ciertos tipos de IA ya han superado a la mente humana? Aunque más de cien millones de personas ya probaron ChatGPT desde que fue habilitado en todo el mundo, la capacidad de esta herramienta revolucionaria todavía suscita numerosos interrogantes ¿Qué es?, ¿es realmente inteligente?, ¿para qué sirve?, ¿qué conviene preguntar y de qué manera?

Cabe señalar que se está comenzando a prestar atención a la tecnología wifi y sus posibles consecuencias ambientales y relativas a la salud, verbigracia, “...el Gobierno de Salzburgo, Austria, aconseja a las escuelas que no instalen el wifi; en Frankfurt ya se ha prohibido en todos los colegios, se ha retirado de la Biblioteca Nacional de Francia en París y

de la Universidad de Lakehead en Ontano, Canadá; el Gobierno Federal Alemán desaconseja su uso...” La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo identifica los campos electromagnéticos como peligrosos. En similar sintonía, una de las conclusiones de la *Conference de citoyens: ondes, santé et société*, realizada en París en junio de 2009, recomienda no utilizar ondas en los lugares públicos, reemplazando el uso de *Wifi* por el cableado en todos los edificios públicos donde sea posible: administración, bibliotecas, hospitales, escuelas, universidades. Asimismo, en la propuesta sobre legislación de presupuestos mínimos sobre contaminación electromagnética presentada en 2011 y reingresada en 2012 en nuestro país, se comienza a hacer alusión a este tópico dentro de su exposición de motivos (Berros, 2013).

Según nota publicada en La Nación (8 de nov de 2022), desde 2016 cada 8 de noviembre se conmemora el Día Internacional sin Wi-fi: una fecha que fue conferida para hacer visible el riesgo que provoca para millones de personas estar expuestas ante esta red. La Federación Ambientalista Internacional (FAI) fue quien propuso celebrar este día, y lo hizo con el fin de dar a conocer nuevas formas de conectividad en el mundo que cuiden la salud de todos los ciudadanos. De esta manera, esta jornada pone el ojo sobre algunas de las consecuencias que, por su radiación continua, le provoca a los seres humanos estar en contacto permanente con estas tecnologías y concientiza sobre el alto riesgo de la exposición permanente. En relación a esto, cabe resaltar que cada vez son más los países que se unen a esta iniciativa para descansar de este tipo de uso del Internet y que, si bien esta efeméride no es reconocida por organismos como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), estas asociaciones cuentan con estudios sobre sus efectos en la humanidad.

FAI establece que este tipo de conexión inalámbrica emite más radiación que las antenas telefónicas y repetidores, lo que pone en riesgo la salud de todas las personas. En este

sentido, en un estudio realizado en 2011, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Agencia Internacional de Investigación del Cáncer establecieron que las ondas electromagnéticas de los routers son consideradas como posibles carcinógenos del tipo 2B. Esto significa que sus agentes podrían causar cáncer en algunas personas.

Asimismo, el Instituto de Ingeniería Eléctrica y Electrónica (IEEE) y la Comisión Internacional de Protección contra la Radiación No Ionizante (Icnirp) agregaron los siguientes efectos detectados en estudios sobre la conexión inalámbrica:

- Interrupción del desarrollo celular normal en infantes y en el crecimiento fetal
 - Problemas de fertilidad
 - Propensión a desarrollar un tipo de cáncer de grado 9 o 10
 - Daños cognitivos que provocan la incapacidad de concentración
 - Aparición del estrés oxidativo
 - Ansiedad, depresión y pérdida de libido
 - Daños en el ADN
 - Síndrome de hipersensibilidad electromagnética
 - Tendencia al insomnio y trastornos del sueño

El “Centre de Recerca en Epidemiologia Ambiental” (CREAL), en Cataluña, España, realizó el "Interphone", uno de los estudios más importantes que se llevaron a cabo sobre el tema. En él participaron trece países, y como resultado se encontraron ciertos indicios que demuestran que aquellas personas con más horas acumuladas de uso del celular podrían tener más posibilidades de desarrollar un tumor cerebral poco frecuente llamado glioma (Clarín, 08/12/2016).

La misma fuente sostiene que: “Por otro lado, los pacientes que participaron en la investigación empezaron a hacer uso de la telefonía móvil a una edad más tardía que los jóvenes de hoy en día, si se tiene en cuenta que un cáncer o tumor puede tardar años en manifestarse. Por este motivo la OMS considera que todavía no está nada dicho sobre si es peligroso o no, y que se deben ahondar las investigaciones en los grupos de población específica como los niños y los adolescentes”.

No hay nada nuevo en los "*chatbots*" capaces de mantener una conversación en lenguaje natural, comprender la intención básica de un usuario y ofrecer respuestas basadas en reglas y datos preestablecidos. Sin embargo, la capacidad de estos *chatbots* se ha incrementado drásticamente en los últimos meses, lo que ha generado preocupación y pánico en muchos ámbitos. El verdadero peligro no es que las personas confundan a un *chatbot* con una persona real, sino que comunicarse con los *chatbots* hará que las personas reales hablen como *chatbots*, perdiendo todos los matices e ironías, diciendo obsesivamente sólo lo que creen que quieren decir (Zizek, 2023).

Podríamos estar leyendo una tesis producida por ChatGPT sin que el “autor” haya realizado una genuina actividad de investigación científica, pasando por los procesos de ensayo, error, rectificación y corrección. Asimismo, se pueden arriesgar diagnósticos médicos, crear imágenes como si fueran fotografías, componer piezas musicales, escribir poemas y explicar conceptos científicos en múltiples niveles de dificultad. Todo ello, no obstante, sabiendo que los sistemas con IA no son infalibles. Entonces, se advierte como muy relevante la prudencia precautoria.

Estamos transitando escenarios con nuevos riesgos potenciales de daño ambiental, lo que implica novedosos conflictos, complejos y difíciles de discernir. Por una parte, la naturaleza, considerada desde un enfoque antropocéntrico, está mostrando sus límites

al desarrollo. Por otra parte, conviene plantear a estos conflictos como socio-ambientales en contextos de acelerados y profundos cambios sociales, con generación de nuevas necesidades demandantes de recursos naturales cuya satisfacción impacta en el ambiente.

El interés de nuestro trabajo se enfoca, no tanto en los riesgos de daño ambiental informados por la certeza, sino en aquellos caracterizados por la incertidumbre, rebeldes a todo cálculo de probabilidades. Es prudente, entonces, no esperar a que la amenaza sea inminente para actuar. Es este el ámbito de aplicación del principio precautorio, cuya justificación primordial es la incertidumbre científica respecto de un peligro de daño ambiental.

Ahora, conocer el principio precautorio como instrumento de gestión de riesgos potenciales es una ardua tarea. Su análisis revela que está constituido por términos complejos, vagos, imprecisos, lo que dificulta su comprensión y ulterior aplicación. La condición esencial de incertidumbre científica es embarazosa de discernir, no es un camino llano y lineal. El estudio de los riesgos potenciales debe explicarlos según aquella condición de incerteza, que puede ser por falta de información precisa y segura o por falta de acuerdo entre los científicos intervinientes. Ello pone de relieve que el proceso de producción de conocimientos científicos no es infalible y no debe detentar la exclusividad dogmática del conocimiento válido. No de manera lineal. No todo debe ceñirse a la actividad de los expertos y funcionarios políticos.

Lo antedicho se agrava con la posibilidad de producción de daño por actividades que consideramos beneficiosas para el desarrollo y la calidad de vida. La aplicación de la ciencia y la tecnología que nos proveen de bienestar son susceptibles de generar riesgos de daño sobre el ambiente y ese mismo bienestar. Los llamados riesgos manufacturados o tecnológicos. Los factores en juego son el ambiente y la calidad de vida. Hasta qué nivel de peligro de daño una sociedad está dispuesta a tolerar en pos de lo que considera calidad de vida. Entendiendo que lo que es calidad de vida para una comunidad no necesariamente debe serlo

también para otra, sino que depende de cada cultura. No obstante, en cada caso el ambiente debe considerarse como presupuesto de la calidad de vida y por ello su explotación tiene que ser racional.

Nuestra intención no pasa por imponer criterios para interpretar los términos que consideramos imprecisos y vagos, sino proponer una agenda que incorpore estas cuestiones para allanar la aplicación del principio precautorio, que gestione la incertidumbre de los riesgos, que aclare que no se trata de una postura anti-científica ni de entronizar al principio de cautela sin considerar un principio de proporción, que module los temores sociales puesto que este principio no se basa en la ansiedad ni en la emoción, no es un principio anti-catástrofe. Está basado en reglas de racionalidad.

El problema emerge cuando el principio de cautela se manipula en diversas direcciones y se convierte en un principio ideológico que se utiliza para bloquear la investigación científica o impedir el ejercicio de la industria o de actividades productivas.

Los estudios sobre riesgos se realizan -deben realizarse- según el estado del arte y de acuerdo con la mejor tecnología disponible, lo que permite ver la situación actual, calcular ciertas probabilidades o sospechar posibles peligros potenciales. Es importante tener en cuenta las potenciales consecuencias negativas del volumen de procesos acumulativos del uso de un producto o de una actividad, o los efectos que la aplicación de una nueva tecnología puede tener de cara al futuro y que afecten a las generaciones del porvenir.

7. El principio precautorio y las generaciones futuras

En un trabajo por demás interesante, Valeria Berros (2012), se propuso revisar dos de los principios que fueron consagrados en la LGA, a partir de un común denominador

que permite en cierto modo enlazarlos. El principio de precaución y el principio de equidad intergeneracional. Ambos principios viabilizan interrogar el lazo entre el presente y el futuro. El primero, en virtud de la necesaria toma de decisiones en la actualidad ante daños graves o irreversibles, aun cuando el conocimiento sobre éstos sea incierto o se carezca de información. El segundo, por la imposición a los responsables de la tutela del ambiente de la obligación de velar por el uso y goce apropiado del mismo, no sólo con relación a las generaciones actuales sino, también, respecto de las que las sucederá.

La decisión consciente sobre el hoy posee un ligamen importante respecto del porvenir. Quienes ahora adoptan decisiones son responsables con relación al sujeto colectivo que les sucede temporalmente. Ello ante la posibilidad de graves e irreversibles daños que pudieran producirse y en consideración de un sujeto colectivo futuro - referenciado en la Constitución Nacional desde su reforma en 1994 - respecto del cual nos une un lazo solidario según el principio de equidad intergeneracional dispuesto por la LGA. El cómo se decide, esto es, mediante qué procedimientos e instituciones estatales y de qué manera se asume la necesidad de considerar a las generaciones futuras son los dos ejes sobre los que Berros trabajó.

El primero de los ejes mencionados remite a la revisión de los procedimientos para la toma de decisiones en torno a hipótesis controvertidas científicamente, es decir, alude a los procesos de decisión política en torno a riesgos. El segundo, intenta poner de relieve la necesidad de consolidar espacios de representación de este sujeto colectivo y futuro que posee protección constitucional y que no puede ser soslayado al momento de decidir en torno a riesgos no completamente conocidos cuyas consecuencias para el futuro podrían ser graves o, incluso, irreversibles.

De esta manera, explica Berros, en términos de “presente” las hipótesis de precaución se configuran mediante la existencia de un riesgo no acabadamente conocido que,

de materializarse, podría devenir en un grave o irreversible daño en términos de “futuro”. Se puntualiza en la inexistencia de certeza científica, o bien, en la carencia de información lo que remite a la necesidad de revisar la relación entre Derecho y ciencias. De hecho, este principio se presenta como la introducción más clara de la incerteza en el campo del Derecho, canalizando la necesidad, por un lado, de ahondar en la producción de conocimientos sobre las hipótesis que se identifican como riesgosas y, por el otro, de incorporar otros modos de producción de saberes que se advierten relevantes, lo que aparece claro si uno efectúa un estudio sobre procesos de resistencia social a diversos riesgos en desarrollo.

El principio de equidad intergeneracional se encuentra estipulado en el artículo 4° de la LGA: “Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”. Esta remisión a las generaciones futuras, a la vez, se encuentra en otro de los principios que integran la norma citada, el de sustentabilidad, que afirma que: “El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras”. Asimismo, dentro de los objetivos de la ley se contempla una referencia expresa al determinarse que entre ellos debe estarse por: “Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria” (art. 2b LGA).

Cabe señalar que este principio se encuentra ampliamente extendido en diferentes regulaciones jurídicas de distinto alcance, del mismo modo que sucede con el principio precautorio. Ambos integran normas internacionales, regionales, nacionales (art. 41 CN) y locales, así como documentos de *soft law*.

Un documento clave en este sentido es la Declaración de Rio de Janeiro sobre Medioambiente y Desarrollo de 1992, que estima como Principio 3 que: “El derecho al

desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”, y estipula como Principio 15 que: “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 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”.

Veinte años antes, en la Declaración de Estocolmo de 1972, ya se aludía a esta última categoría. En el principio 1 se estipulaba que “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras” y en el principio 3 se establecía que “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 u ordenación según convenga”.

Se ha hecho alusión a las generaciones futuras o bien a la equidad intergeneracional en numerosas sentencias judiciales, entre ellas: CODECI de la Provincia de Río Negro s/Amparo, STJ de Río Negro, 16.08.2005; Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza – Riachuelo), CSJN, 20.06.2006; Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta, CSJN, 13.12.2011; Municipalidad de Magdalena c/Shell y otros, Juzgado de Primera Instancia N°4 de La Plata, 03.05.2007; Werneke Adolfo Guillermo y otros c/Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo, Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de la ciudad de La Plata, 23.12.2004; Leño, Julia, Leño, Remoe, Cruz de

Mamaní, Victoriana; Licantica, Dámaso, Valenzuela, Víctor; Moreau, Roger y otros c/ Estado Provincial, STJ de Jujuy, 23.02.2010; Calderón, Jorge c/Municipalidad de Yala s/amparo, STJ de Jujuy, 16.4.2007; Giménez, Juan Ramón c. Empresa Telecom Personal S.A. y/o Municipalidad de la Eduvigis y/o Muñoz, Eulalio Enrique y/o quien resulte responsable s/amparo, Juzgado Civil y Comercial N°6 de Resistencia, 07.02.2008 (como fue citado en Berros, 2012).

La UNESCO se ha manifestado en ese sentido en su “Declaración sobre la responsabilidad de las generaciones actuales para con las generaciones futuras de 1997”, que estima en su artículo 4 que: “Al recibir la tierra en herencia temporal cada generación debe procurar utilizar los recursos naturales razonablemente y atender a que no se comprometa la vida con modificaciones nocivas de los ecosistemas y a que el progreso científico y técnico en todos los ámbitos no cause perjuicios a la vida en la tierra”, a lo que sigue en el artículo 8 la afirmación de que: “Las generaciones actuales han de utilizar el patrimonio común de la humanidad según lo define el derecho internacional, sin comprometerlo de modo irreversible”.

En definitiva, dice Berros que el objeto de su trabajo consiste en efectuar una contribución para pensar qué desafíos se presentan en la articulación entre ambos principios, no tanto en términos de decisión judicial sino en materia de decisiones políticas sobre riesgos. En particular, se remite a las construcciones existentes para la toma de decisiones sobre riesgos no acabadamente conocidos considerando que éstas podrían afectar a un colectivo futuro que posee protección constitucional.

En este contexto, desde el Derecho el aporte a realizar se plasma en el diseño de mecanismos para la toma de decisiones que visibilicen la contradicción de posicionamientos sobre una situación precautoria, así como, también, la representación no sólo de los posibles afectados actuales, sino de aquellos que nos sucedan en un porvenir más o menos lejano.

8. El principio precautorio y la acción de amparo

Corresponde señalar, dice Safi (2013), que para las acciones ambientales preventivas -y dada la premura que usualmente ellas conllevan- la jurisprudencia ha enfatizado la procedencia de los procedimientos judiciales más urgentes que prevea el ordenamiento local, como pueden ser el juicio de amparo, el proceso sumarísimo, las medidas autosatisfactivas, las medidas cautelares anticipadas, etc. En este sentido se ha dicho: "Cuando hay peligro de contaminación en el ambiente, la legislación específica... permite el acceso a la justicia en forma rápida con el objeto de impedir la degradación o, ya producida, repararla en lo inmediato, erigiéndose la vía del amparo como la más adecuada para el efectivo cumplimiento de los fines de las leyes de protección ambiental sobre la base de los principios de prevención y precautorio que la sustentan". (Sup. Corte Bs. As., C-103.798, "Capparelli", s. 2/9/2007).

Y la propia Corte Suprema ha reconocido la prioridad de las vías urgentes, señalando que la prevención y recomposición de daños ambientales obliga al dictado de decisiones rápidas y efectivas a través de un proceso urgente (Fallos 331:1622, "Mendoza", s. 8/7/2008).

Ahora bien, ocurre que los procesos urgentes -como el amparo-, si bien son muy idóneos para acelerar la tutela judicial y prevenir los riesgos ambientales, también suelen tener algunas condiciones de admisión para su planteo, entre las que se encuentra la necesidad de enjuiciar un conflicto sencillo en el que se evidencie una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, que no requiera para su decisión de mayor debate y prueba, y permita lograr un objetivo acotado y concreto de tutela, ajeno a una multiplicidad de diligencias, no siendo usualmente estas vías judiciales las más idóneas para enjuiciar controversias difíciles o que propendan a una recomposición ambiental compleja. En estos casos ambientales complejos, admite Safi, la

propia Corte Suprema ha rechazado la procedencia de las vías urgentes o las ha reconducido a los procesos ordinarios paralelos.

Señala Leandro Safi (2013, como fue citado en Sbdar, 2023) que en "Martínez" la Corte Suprema "reafirma el rol esencial del amparo para la atención del conflicto ambiental, enfatizando la necesidad de utilizar las vías más expeditivas frente a la naturaleza fundamental de los bienes en juego (cons. 7º), así como la urgencia y prevención que exigen esta clase de derechos (cons. 9º). Pero tal reconocimiento no la lleva a postular la desnaturalización de la vía sumarísima del amparo, ni a liberar a este proceso de sus recaudos clásicos de procedencia, aclarándose que el criterio amplio que se postula respecto de esta vía lo es '...sin trascender el límite de su propia lógica...' de funcionamiento (cons. 7º), aspecto que conlleva a reivindicar la necesidad de enjuiciar un conflicto sencillo, que evidencie ilegitimidad manifiesta y no requiera mayor debate y prueba (art. 43 CN)" (51).

Efectivamente, el artículo 43 de la CN establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Bibiloni, H. (2005) expresa que, aunque el amparo se ha ganado un merecido lugar, transformándose en la acción por excelencia cuando se intenta detener inmediatamente los perjuicios ambientales, no siempre los hechos se enmarcan en sus estrictos requisitos de admisibilidad, ni cumplen las precisas condiciones de procedencia de dicha acción.

Por las concretas exigencias de actualidad o de inmediatez con relación al daño que requiere la acción de amparo, este remedio no se muestra eficaz a la hora de precaverlo. Como ya vimos, al daño le precede el peligro, por lo que la prevención del perjuicio exige

operar sobre la zona de peligro, pero la precaución es un paso más, porque exige no ingresar en esa zona. Si prevenir es evitar el daño, precaverse es evitar el riesgo.

Continuando con el análisis de Bibiloni, la inminencia que opera como requisito de admisibilidad de la acción de amparo implica la existencia de un riesgo, y la precaución es precisamente lo que impide que se llegue a esa situación de riesgo. La precaución exige actuar con un margen de tiempo suficiente y razonable, y esto resulta un obstáculo porque se corre el riesgo de que la lesión no sea considerada como inminente. Por ejemplo:

a) Hay conductas, situaciones o circunstancias que, aunque se vislumbren como violatorias de garantías constitucionales, no se traducen en una lesión o alteración “actual o inminente”, o no muestran esa “arbitrariedad o ilegalidad manifiestas”, que son condiciones de precedencia ineludibles, a la hora de promover una acción de amparo.

b) También hay numerosos casos en los que están en juego derechos inciertos o litigiosos, de cuyo ejercicio o abandono pueden derivar serios riesgos, o graves daños ambientales. Éstas son situaciones que ocurren con harta frecuencia, aunque por lo general pasen inadvertidas para el hombre común. Piénsese también, como ejemplo, en la cantidad de predios urbanos o semiurbanos en estado de abandono; o usurpados; o que son de titularidad dominial incierta o disputada, y que se convierten en vertederos ilegales o clandestinos de residuos, basurales y depósitos de desechos de toda índole. Piénsese en la invocada propiedad de residuos peligrosos que se retienen bajo otra calificación, o en la responsabilidad por los daños derivados de residuos tóxicos que se trafican como si fueran productos o materias primas, o los que quedan abandonados en establecimientos industriales que han sido desmantelados o que cierran por quiebras.

c) Los estándares de protección ambiental son variables, también lo es la capacidad de carga de los cuerpos receptores, especialmente el agua y el aire. La contaminación puede ser consecuencia de actividades lícitas, que fueron autorizadas en su momento, pero bajo otras normas que han quedado derogadas, bajo otros estándares de resguardo o con otros límites en las capacidades de carga. La inmensa mayoría de los daños ambientales que origina la contaminación se produce como consecuencia de la defectuosa, errónea o malintencionada interpretación de las normas aplicables, o de las situaciones jurídicas en las que se asientan las actividades lesivas.

d) También sucede, a veces, que el perjuicio o el riesgo derivan de la aplicación de un precepto legal vigente, que sin embargo colisiona con las nuevas normas de protección, o con las actuales ampliadas garantías constitucionales.

e) Es más que evidente que se presenta una gran cantidad de situaciones que violan derechos pero que no son “amparables”. La acción declarativa es una herramienta idónea para revisar (y en su caso cuestionar) la constitucionalidad de cualquier ley (en sentido material del término, comprensivo de ordenanzas, reglamentos, circulares, etc.). En nuestro caso se erige en un excelente instrumento para atacar la validez de cualquier norma de cuya aplicación puedan derivar daños ambientales, en especial si esa norma ha quedado obsoleta, por haber sido dictada en otro marco constitucional, o para una realidad que ya no existe.

f) La utilidad práctica, y los beneficios que puede aportar a la preservación y cuidado del ambiente el ejercicio de esta acción, surgen con toda su evidencia cuando comparamos su letra y su espíritu con los principios de prevención y de precaución que rigen la política ambiental nacional e internacional.

El llamado principio de precaución ha inspirado en los últimos años la evolución global del pensamiento científico, jurídico y político en materia ambiental. La misma evolución

jurídica que ha impulsado la aceptación e incorporación del principio precautorio es la que informa el espíritu de esta acción declarativa que confiere asistencia jurisdiccional frente a la incertidumbre, y sin exigir, ni la inminencia del daño, ni la transgresión de la norma.

“El Estado al atender el interés público en la observancia del derecho que constituye la base de la jurisdicción, considera como función igualmente suya no sólo el reaccionar contra la transgresión ya ocurrida, sino también intervenir en vía preventiva para crear la certeza oficial en torno a un precepto jurídico incierto pero todavía no transgredido, en torno a una relación o a un estado jurídico del que puedan derivarse derechos y deberes futuros, pero de momento estimados inciertos, con el objeto de alejar anticipadamente el peligro de la transgresión posible, en lo venidero (Morello, A. citado por Bibiloni, H. 2005).

Entre los canales procesales, señala Camps (2014), el más usual es el amparo ambiental, por más que se han visualizado resoluciones judiciales que reputan que el amparo no es la vía adecuada para propiciar la aplicación de la tutela ambiental contemplada por el principio precautorio. Tal concepción se funda en:

a) que la celeridad y simplificación de trámites correspondientes al amparo no concordaría con la amplitud de debate y prueba que reclama una incertidumbre científica que necesariamente acompaña al funcionamiento del principio precautorio; resultando entonces inevitable someter el caso a un trámite de conocimiento amplio. Esto es inaceptable porque la duda científica persistirá por más que se acuda a un proceso de conocimiento amplio, y

b) que, en la especie, por definición no existiría (por imperio de la incertidumbre científica que conlleva) la 'arbitrariedad' o 'ilegalidad' manifiestas que reclama el juicio de amparo. Obvia dicho argumento que debe estar probado científicamente (y así 'manifiestamente'), aunque no fuere con certeza, el riesgo

potencial del caso. Por añadidura, cabe decir, que el principio precautorio es un principio sustantivo -como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Corte Federal- que no puede resultar desconocido o vulnerado por ápices procesales de opinable aplicación en el caso

Al respecto sostiene Bestani (2012) que atento al carácter manifiesto de la arbitrariedad e ilegalidad del acto que exige la acción de amparo para su procedencia, y en tanto que igualmente se requiere lesión o amenaza inminente, se ha cuestionado el papel que puede jugar el principio precautorio en este especial de proceso. El tema no es menor, si pensamos que la mayoría de las causas ambientales transcurre por los carriles del amparo. Unas expresiones del voto del doctor Lutz en “Codeci” permiten entender la habilitación del papel del principio precautorio en el amparo.

“En los casos en que falte la certeza científica respecto del daño que puede causar una determinada actividad, impedir que la cuestión tramite por la vía rápida y expedita del amparo para derivarla a los procedimientos ordinarios constituye una dilación que atenta contra los mismos derechos que se pretenden tutelar al incoar la acción.... En materia ambiental es frecuente que sólo una vez que el daño se produce puede establecerse el nexo causal entre aquél y la actividad que lo causa, razón por la cual el principio precautorio sirve de fundamento legal para la adopción de medidas, aun cuando dicho nexo causal no esté debidamente acreditado, es decir, pretende operar en los casos de incertidumbre donde no haya relación de causalidad alguna acreditada y, por consiguiente, cuando la arbitrariedad o ilegalidad del acto no es todavía manifiesta.... No existe contradicción entre la acción de amparo y el principio precautorio aplicable en materia ambiental, ya que el peligro inminente y la arbitrariedad manifiesta requerida por el amparo se presenta en la amenaza que deriva de la falta de certeza científica respecto de una actividad y tal amenaza es inminente y manifiesta... Como se suele citar: ‘La ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia’ con lo cual esta falta de evidencia

sobre la inocuidad se traduce en una amenaza que, más allá de que el daño eventual sobrevenga en el corto o largo plazo, ella –amenaza- en sí misma es inminente... y manifiesta. En este último sentido, carece de asidero el argumento que señala que ante la incerteza sobre los datos se necesitaría un proceso en que se debata ampliamente la prueba (por lo que se excluiría al amparo). Ello así en tanto en ningún tipo de proceso está garantizada la prueba que brinde certeza a lo que en el estado actual de la ciencia es rigurosamente ‘incierto’. De allí que este argumento por sí solo no puede ser efectivo para trasladar a la cuestión ambiental que llama al PP a un tipo de proceso ordinario (STJ Río Negro, 16/8/05, LL, 2006-C223, citado por Bestani, A. 2012).

En la misma línea, expresa Esaín, J. (2014) citando el mismo fallo, que en los casos en que falta la certeza científica respecto del daño que puede causar una determinada actividad, impedir que la cuestión tramite la vía rápida y expedita del amparo para derivarla a los procedimientos ordinarios constituye una dilación que atenta contra los mismos derechos que se pretenden tutelar al incoar la acción.

A ello agrega Esaín (2014) que: si bien la invocación del principio precautorio obedece a la falta de certeza científica que demuestre que una determinada actividad puede ser la causa del daño temido, esta misma falta de certeza impide determinar que la mentada actividad no produce el daño que se teme, por lo cual la amenaza es siempre inminente y esto es lo que se pretende tutelar mediante la acción de amparo, independientemente de que el daño tarde décadas en producirse.

Safi (2012) analiza que uno de los temas que suele vincularse con el presupuesto de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta es el principio precautorio que rige en materia ambiental. Merced a este principio de ascendencia general, no sólo se exige anticipar la tutela para evitar daños ambientales evidentes (prevención), sino también para evitar riesgos

ambientales, aunque el daño sea incierto. Precisamente la norma general en la materia dispone: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente (art. 4º, párr. 4º, LGA).

El fundamento para la aplicación de este principio está dado por el hecho de que, frente a la gravedad y magnitud que puede tener el daño ambiental, es preferible precaver los riesgos que pudieran desencadenarlo, a tener que recomponer o reparar el posible daño a la salud o al entorno. Vale aclarar, dice Safi (2012), que para la aplicación de esta pauta precautoria no basta con su mera invocación, sino que previamente debe justificarse la seriedad de un riesgo basado en información calificada.

En consideración a lo expuesto, y en lo que aquí interesa, se ha sostenido que de la interpretación del principio derivaría como resultado una suerte de presunción a favor del ambiente: “*in dubio pro ambiente*”. Con base a esta regla alguna doctrina y jurisprudencia consideró que en el caso especial del amparo resulta inaplicable el presupuesto clásico del amparo tradicional que exige acreditar la existencia de un ilegalidad o arbitrariedad manifiesta (art. 43-1, CN). Para esta postura, observa Safi, habría una incompatibilidad excluyente entre ambas exigencias, porque una impone la tutela ante la duda, y la otra ante la certeza manifiesta, por ende, concluyen, en el amparo ambiental no debe exigirse la ilegitimidad manifiesta.

Expresamente en algún fallo se dijo: “... existe un conflicto entre los presupuestos clásicos de admisibilidad de la acción de amparo y los principios precautorio y de prevención receptados por la ley 25.675. Es que las normas que regulan la acción exigen como presupuesto la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Dichas exigencias parecen contraponerse con los principios enunciados en la medida que los mismos exigen que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atiendan en forma prioritaria sin que la ausencia de información o

certeza sirva como razón para postergar la adopción de medidas eficaces...” (Cám Fed Mar del Plata, “Cámara Pesquera Marplatense”, 12/11/2009).

Safi no comparte esta postura porque considera que la contradicción entre las exigencias normativas es sólo aparente. En efecto, ambos estándares actúan en planos diferentes de la responsabilidad considerada a los fines de la procedencia del amparo. La ilegalidad manifiesta se vincula con el elemento antijuridicidad de la responsabilidad, exigiendo que el vicio del comportamiento enjuiciado sea patente, evidente, que no requiera mayor debate y prueba, único supuesto en que el proceso urgente del amparo resultaría idóneo para encauzar la controversia (este elemento equivaldría a lo que en clave cautelar es el recaudo de la verosimilitud del derecho).

El principio precautorio se vincula con el elemento daño de la responsabilidad, y/o con el nexo causal aún borroso entre la conducta y su resultado, permitiendo trazar una conexión entre ellos que autorice una tutela precautoria, aunque no haya certeza en el desenlace final de los acontecimientos (este elemento equivaldría a lo que en clave cautelar es el recaudo del peligro en la demora). Es decir, mientras que el presupuesto de la ilegitimidad manifiesta se refiere a la conducta enjuiciada, el principio precautorio se vincula con el daño.

Para Safi (2012) se evidencia que no existe una relación de incompatibilidad, sino de concurrencia o eventual complementación entre las referidas exigencias. A estos efectos, cabe decir que el amparo es particularmente idóneo para satisfacer el principio precautorio. Ello así porque la responsabilidad que se atribuye a través de este proceso, si bien exige antijuridicidad manifiesta, prescinde en cambio de daño, admitiéndose que proceda el reproche ante la sola amenaza, aunque el daño no esté acreditado, favoreciendo ello la tutela precautoria.

La actuación del amparo ante la amenaza, no es nueva, está dentro de las posibilidades tradicionales de su funcionamiento. A los fines del amparo preventivo basta la mera amenaza de que el daño acontezca, favoreciendo el principio precautorio la procedencia en este aspecto. De allí que este principio pueda ser receptado en el amparo, sin alteración de sus presupuestos.

Ahora bien, dice Safi, lo expuesto no significa que el principio precautorio obligue a dar trámite de amparo a todo conflicto ambiental, dispensando de todo otro presupuesto de procedencia, pues aquel principio sólo morigeró la exigencia de la prueba del daño, pero no exime de la necesidad de reprochar una antijuridicidad manifiesta a la conducta que permita enjuiciar el caso a través de la vía sumarísima del amparo.

El amparo funciona precautoriamente ante el sólo riesgo, siempre que concurra el presupuesto de ilegitimidad manifiesta en la conducta enjuiciada. Este recaudo, ligado al reproche normativo de la conducta, es previo e indiferente a la existencia de daño, y no se ve dispensado porque exista una urgencia en la tutela, pues ambas condiciones deben estar presentes en el amparo: claridad y urgencia, agrega el autor mencionado.

Esto es lo que habría resuelto la propia CSJN en un caso concreto, al supeditar la tutela a la concurrencia de ambos elementos independientes, y señalar que, si bien no era necesario exigir mayor prueba sobre daño ambiental, pues allí regía el principio precautorio, en cambio sí se requería mayor certeza respecto de la ilegitimidad reprochada a la contraria, sugiriendo que allí la presunción no alcanzaba (Fallos 332:1600 “Municipalidad de Berazategui”, 28/7/2009, consids. 11 y 12).

El principio precautorio colabora a la procedencia del amparo, pero no dispensa la carga de tener que acreditar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Desde ya, advierte Safi, si no se presenta el presupuesto de la ilegitimidad manifiesta, no hay que sacrificar la fisonomía

del amparo para extenderlo hacia litigios complejos, ni tampoco faltar al principio precautorio que rige en esa materia. Esa disyuntiva es improcedente. En su caso debe recurrirse a una vía paralela, que sea más adecuada para encauzar la controversia, con eventual solicitud de medidas cautelares para precaver los riesgos.

En otros términos, el principio precautorio no obliga a tener que dar trámite de amparo a cualquier controversia ambiental. De lo contrario, si aquel principio fuera utilizado como excusa para justificar que toda cuestión ambiental tenga que tramitar por amparo, incluso las que resulten complejas, o requieran de mayor debate y prueba, sucedería que el amparo vendría a transformarse en un proceso ordinario en la materia, perdiendo su rango constitucional.

Nos inclinamos hacia la postura de la falta de idoneidad de la acción de amparo en casos de acción u omisión estatal lícita que genera un riesgo potencial de daño ambiental, lo que legitima la aplicación del principio precautorio. Ahora bien, nuestra atención se posa en la variable tiempo entre la presentación de la demanda y la decisión definitiva, ya que de las fuentes jurisprudenciales estudiadas surge que, entre el inicio de la causa y el fallo (por ejemplo, del STJ de Río Negro citado), ha transcurrido un tiempo considerable. Incluso, un caso en el que la Corte no tenga competencia originaria (art. 117, CN) nos hace pensar en el peligro en la demora.

El fallo del Juzgado Federal de Catamarca que denegó el amparo originalmente fue dictado el 29 de abril de 2010; luego de que la CSJN devolviera la causa a la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, ésta emitió un nuevo fallo el 10 de julio de 2017, acorde a lo expresado por la CSJN. En el mismo dispuso la cesación de la actividad minera en cuestión, a la espera de que se realicen los informes periciales correspondientes y de que la demandada

acredite la contratación de un seguro para financiar la recomposición del daño según manda el art. 22 de la Ley General del Ambiente.

Si el daño provocado por esta actividad fuera irreversible, advierte Bertrand (2020), durante siete años se estuvo llevando a cabo sin frenos por parte de la justicia y sin cumplir con las pautas indicadas por la ley en cuestión, volviendo ilusoria la protección que se pretende lograr. “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/sumarísimo” (Fallos 339:142, 2016).

Aunque finalmente la Corte prioriza el derecho al goce de un ambiente sano, se llegó a ello luego de que las instancias previas ignoraron hacer referencia en sus sentencias a importantes principios de la LGA. Ante la necesidad de adelantarse al posible daño, las medidas cautelares aparecen como el método más apropiado para evitar que el cumplimiento del principio precautorio se vuelva ilusorio.

CAPÍTULO IV

LA JUSTICIA CAUTELAR

Peyrano (2022) observa que la expresión “justicia cautelar”, aunque muy en boga en estos días, suele ser utilizada con un sorprendente tono despectivo cuando se memora que el terreno de lo precautorio es también el ámbito del derecho de acción, es decir, el del derecho de todos y cada uno a reclamar Justicia y el restablecimiento de derechos conculcados. “La acción es un derecho subjetivo público, abstracto, autónomo del que goza toda persona, física o jurídica, para postular el ejercicio de la actividad jurisdiccional”

Desde una perspectiva más llana también puede decirse que es el derecho de cualquiera a demandar a cualquiera lo que fuere y cualquiera fuera la dosis de razón que le asistiera. Se ha dicho que una restricción severa del poder cautelar importa una merma inaceptable de la garantía constitucional de gozar de un debido proceso o, más modernamente, de disfrutar de una tutela jurisdiccional efectiva (Peyrano, 2012, citado en Peyrano 2022).

Sin embargo, aclara Peyrano (2022), cierto es que en razón de la existencia de una emergencia económica-financiera se han admitido restricciones temporarias de la potestad cautelar, pero tales cortapisas deben ser razonables y no implicar en los hechos una erradicación absoluta de la facultad asegurativa con la que cuentan los justiciables. No es reprochable, agrega este autor, que –partiendo de la premisa de que siempre se presume que el Estado es solvente– se decrete (tal como lo han hecho varias regulaciones provinciales, como la ley 12.036 de Santa Fe, por ejemplo) la inembargabilidad y la prohibición de trabar la libre disponibilidad de fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución de presupuestos estatales.

En 2001 se sancionó la Ley N° 25.453, que pregonó el equilibrio fiscal (déficit cero) y agregó un nuevo párrafo en el artículo 195 del CPCyCN, quedando redactado el mismo

de la siguiente manera: “Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida. Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias” (Aberastury, 2020, p. XVII).

El dictado del DNU 1.387/2001, que transformó el mecanismo de obtención y de impugnación de las medidas cautelares, fue, según Aberastury (2020), un intento de prohibirlas en forma indirecta. La norma regula, en el Título VII, la intervención de la CSJN en las medidas cautelares dictadas entre entidades estatales. El artículo 50 incorpora al CPCyCN el artículo 195 bis, que establece: “Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales de entidades estatales, éstas podrán ocurrir directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación pidiendo su intervención. Con el pedido deberá acompañarse copia simple suscripta por el letrado de la representación estatal del escrito que dio lugar a la resolución y de los correspondientes a la sustanciación, si esta hubiese tenido lugar y de la medida cautelar recurrida. La Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá desestimar el pedido sin más trámite o requerir la remisión del expediente. La recepción de las actuaciones implicará el llamamiento de autos. La Corte dictará sentencia confirmando o revocando la medida cautelar”.

La Ley 25.561 modifica la redacción del artículo 195 bis, el que quedó redactado de la siguiente manera: “Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las

Municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá, por sí sola, efecto suspensivo de la resolución dictada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido éste, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que peticionó la medida por el plazo de CINCO (5) días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida.”

La Ley 25.587 de Emergencia Pública y reforma del régimen cambiario trató de evitar el efecto de la escapada de fondos en forma permanente, por lo que se la denominó “ley antigoteo”, apelando a regulaciones de tipo procesal que restringían el *imperium* del juez, al establecer un efecto suspensivo de los recursos que se interpusieran contra una medida que receptaba de manera cautelar la posibilidad de hacerse del dinero “acorralado” en las instituciones financieras. Asimismo, sólo se permitía el dictado de la prohibición de innovar, regulado en el artículo 230 del CPCyCN, y derogaba el artículo 195 bis del mismo, suspendiendo por 120 días el dictado de todas las medidas cautelares y las sentencias definitivas en los procesos judiciales por el decreto 1316/2002 (Aberastury, 2020, p. XVIII).

No obstante, consideramos pertinente prestar adecuada atención a Peyrano (2022), que entiende que “sería motivo de censura jurídica y jurisprudencial todo intento irrestricto de obstruir el despacho y materialización de medidas cautelares de máxima energía –como son la innovativa y la prohibición de innovar- que pudieran entorpecer el accionar estatal. Asimismo, el referido autor considera el caso muy especial de la postulación de cautelares que persiguen suspender temporariamente la aplicación de una ley a la que se imputa la tacha de inconstitucionalidad. Debe mensurarse en la especie la presunción de validez y constitucionalidad que adorna a toda ley. Todo debe ponderarse a la hora de conceder o denegar

la cautelar de que se trata. Lo que no se puede ni se debe es negar vestibularmente toda posibilidad de que una ley no sea aplicada a raíz de una cautelar fundada y exitosa”.

Innegable es la abundancia del abuso cautelar, pero el mal uso que pueda darse a un instituto jurídico no lo descalifica por siempre y en todos los supuestos. Se ha escrito y debatido sobre la existencia de una suerte de “explosión cautelar” caracterizada por la aparición de nuevas herramientas cautelares (medida innovativa) y paracaunterales (medida autosatisfactiva), y justificada por el fracaso del proceso contencioso para dar una respuesta pronta y efectiva a las expectativas de quienes demandan justicia. Como tal estado se ha agravado, los jueces deberán seguir impartiendo justicia cautelar como un aspecto del quehacer judicial necesario. Todo ello sobre el sustrato de la tutela judicial efectiva para que la idea de justicia cautelar no quede en la senda empedrada de las buenas intenciones.

1. La tutela judicial efectiva

Desde el momento en que el Estado se ha reservado el uso de la coacción por medio de la fuerza, un individuo frente a un conflicto con un tercero no puede hacerse justicia por mano propia, sino que debe recurrir al proceso judicial para obtener el reconocimiento de su derecho en crisis. La tutela del proceso es inherente al Estado de Derecho, pues sin ella no puede ser adquirido tal estatus (Aberastury, P., 2020, p. 3).

Expresa González Pérez (2001, citado en Aberastury, 2020) que: “Sólo impidiendo el ejercicio de la fuerza privada como modo de satisfacer las pretensiones y el reconocimiento de los derechos, podrá asegurarse el imperio de la justicia”.

En el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional se revela el propósito que los constituyentes pusieron de manifiesto al proclamar, entre los fines del Estado, el de “afianzar

la justicia”, configurando un principio jurídico afín, en cuanto el único modo en que se puede operar ese afianzamiento radica en la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares (Cassagne, J.C., 2011, p.130).

La finalidad de afianzar la justicia, reflexiona Aberastury (2020), encierra un concepto valorativo que se entrelaza con el afianzamiento del bienestar general y para lograrlo, tanto en las relaciones entre privados como entre éstos con el Estado, la igualdad ante la ley ha de ser permanente ya que, en un Estado de Derecho, ambas partes se encuentran obligadas a respetarla y someterse a ellas. Cuando ello no sucede o cuando la justicia no contribuye a su propio reconocimiento, por diferentes razones, aflora la desconfianza de la sociedad y se vislumbra una situación de incertidumbre que conduce al caos en hechos particularmente graves, y cuando esto ocurre siempre lo es a costa de la pérdida de derechos de los particulares. La tutela judicial es uno de los principales remedios que ha prevalecido para enfrentar esta crisis. Para que prevalezca la confianza sobre el sistema el fortalecimiento del derecho a la tutela es necesario y ello se logra evitando situaciones de desigualdad en la relación Estado-particular.

La Constitución Nacional Argentina consagró en su artículo 18 la garantía de la inviolabilidad “de la defensa en juicio de las personas y los derechos”, siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi que, en la parte primera, Capítulo II, el artículo 19 expresa: “el derecho de defensa en juicio es inviolable”. Esa garantía apuntaba a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamentalmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional (Cassagne, J. C., 2011, ps. 125-126).

Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y afianzar la seguridad jurídica. Actúan como instrumentos para

contener el poder y lograr una buena Administración, han sido establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución Nacional y de las leyes (Linares, J. F., 1944, ps. 203-206).

En su evolución posterior, profundiza Cassagne (2011), la garantía de la defensa en juicio fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo proveniente del derecho norteamericano y, más modernamente, con el llamado “derecho a la jurisdicción”.

Para Carrió (1959, citado en Cassagne 2011), cuando se alude a las formas de protección de los derechos se quiere aludir a la acepción restringida que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele.

Safi (2013) expresa que el acto de postulación procesal que, ubicado al inicio del trámite judicial, habrá de activar un proceso dirigido a encauzar la pretensión de resolución de un conflicto, está representado por la demanda. Aunque se trata de un acto singular, el primero dentro de la serie sucesiva de actos que componen el proceso, la demanda condensa en sí misma las vicisitudes de todo el trámite subsiguiente, de suerte que, no obstante ser un acto instantáneo que se consuma con su presentación, tiene una elaboración previa que precede a su planteo y produce efectos continuados que se proyectan y se hacen sentir en todas las etapas del pleito. La demanda contiene en potencia todas las vicisitudes ulteriores que habrá de sufrir o sortear el proceso, lo que implica asumir desde su inicio una visión anticipada a ese respecto. Ello exige representarse en simultáneo las cuestiones sucesivas a las que quedará expuesta la pretensión, tanto en lo que hace a los controles de admisibilidad y fundabilidad, como en lo relativo a su tránsito por la etapa de postulación, prueba, decisión, recursos y ejecución.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables (Bidart Campos, 1969, como se citó en Cassagne J. C. 2011, ps. 126 y 127).

Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del artículo 18 o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva. No obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo, se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena administración proyectándose también al procedimiento administrativo (Fernández T. M., 1994, citado en Cassagne J. C, 2011).

La tutela judicial efectiva apunta tanto a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción. Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución, al prescribir positivamente el sistema judicialista (arts. 116 y 117), en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado (Cassagne, J. C., 2011, p.128).

En Argentina, advierte Cassagne J. C. (2011), un destacado sector de la doctrina propició una serie de posturas que afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Cassagne J. C. (2011) aborda el tema de la recepción de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico argentino y la incompatibilidad que plantea su vigencia constitucional con el dogma revisor y, particularmente, con “el carácter preceptivo del requisito del agotamiento de la vía administrativa (mal llamada ‘instancia administrativa’)”, sin dejar de advertir que, tal como ha dicho González Pérez (1998), “el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega básicamente en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficacia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se haga justicia, que se traduce, en el plano jurídico administrativo, en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados”.

Cassagne J. C. (2011, p. 137) observa que el dogma revisor ha hecho incurrir a un sector de la doctrina y buena parte de la legislación procesal en el error de suponer que el proceso contencioso administrativo consistía en una suerte de revisión en segunda instancia de una decisión administrativa previa, limitada, como tal, a las pretensiones planteadas en sede administrativa, “funcionando como una cortina de humo que le impide al juez la visión sobre la pretensión procesal, y no le permite decidir sobre el contenido material de la pretensión, transformando el resultado de los procesos en sentencias que eluden el juzgamiento pleno de la pretensión, mediante meros artilugios formales”.

De allí que la tendencia a eliminar o morigerar sustancialmente los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal como la decisión previa, el agotamiento de la vía y los plazos de caducidad fijados para la articulación de las pretensiones ante un juez imparcial e independiente, infiere Cassagne J. C. (2011) haya crecido en los últimos tiempos hasta el punto de llevar a preguntarnos si no sería oportuno que la doctrina propiciara su total supresión, a fin de garantizar a todos los habitantes la efectividad de la protección judicial. De lo contrario, como a causa del dogma revisor y sus proyecciones procesales siempre quedan actos o zonas de la actividad administrativa que escapan al control judicial, “se estaría reconociendo, en realidad, que el juzgamiento de esos conflictos compete únicamente, en esos casos, al poder administrador, trastrocando el principio de la división de poderes que coloca esa función en cabeza de los jueces, y no de la Administración”.

Argumentos como la seguridad jurídica o la conveniencia de conciliar los derechos o intereses opuestos en sede administrativa, frente a las denegaciones de justicia o las demoras que provocan las consecuencias procesales del dogma revisor, constituyen erróneas peticiones de principio que soslayan que la única garantía plena – tanto para la Administración como para las personas privadas – radica, según lo plantea Cassagne (2011), en la intervención de un juez con amplias potestades para decidir sobre las pretensiones que cabe plantear en un proceso, sin cortapisas formales ni exigencias que terminan por desnaturalizar la propia función judicial, encorsetada en la anulación o confirmación de un acto administrativo previo.

En el derecho procesal administrativo argentino, Cassagne (2011) hace alusión a una situación paradójica: “mientras que en la Nación no estaba legislado el requisito del agotamiento de la vía administrativa para promover una demanda judicial contra el Estado y sus entidades hasta la sanción de la ley 19.549 de Procedimiento Administrativo (LNPA) en 1972, algunas provincias, en particular Buenos Aires, exigían la previa denegación, la retardación o agotamiento de la vía administrativa, según las respectivas regulaciones locales.

En la Nación, con anterioridad a la LNPA, el único requisito era la promoción de un reclamo administrativo previo (ley 3.952)”.

Es de notar que, mientras el Estado federal ha establecido el requisito del agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar ante la justicia un acto de alcance particular o general, con plazos de caducidad a los que la jurisprudencia y una parte de la doctrina les asigna un carácter fatal y perentorio, manteniendo, para los otros supuestos, la figura del reclamo administrativo previo, por su lado, el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires ha restringido sustancialmente la procedencia de este recaudo procesal habilitante de la jurisdicción, como se ha visto, a sólo dos supuestos, que han reducido la exigencia procesal limitándola a los casos en que la acción tuviere por objeto una pretensión anulatoria o resarcitoria proveniente o vinculada con la invalidez de un acto administrativo, sin exigir el reclamo administrativo previo para los otros supuestos – excepto la pretensión prestacional (art. 17, CPCA) -, cuya inutilidad ha sido debidamente destacada por un importante sector de nuestra disciplina.

En el orden nacional, la sanción de la LNPA en 1972 implicó un verdadero retroceso garantístico, en la medida en que introdujo dos instituciones entonces extrañas al contencioso-administrativo federal, como son el requisito del agotamiento de lo que la ley denomina “la instancia administrativa” y el establecimiento de plazos de caducidad para promover el proceso (arts. 23 a 25). Al propio tiempo, la LNPA (arts. 30 a 32) mantiene el régimen, aunque morigerado, de la reclamación administrativa previa, que la pretensión no tenga por objeto la impugnación o la invalidez de actos administrativos (en sentido estricto) (Cassagne, J. C. 2011, p. 144).

Es fundamental, para el análisis de las relaciones entre los particulares y el Estado, el estudio de la regulación del derecho a la tutela en un conflicto entre éstos. El Derecho

Procesal se ha vuelto una de las más importantes garantías para que se respeten los derechos reconocidos. No obstante, Aberastury (2020) señala que ello no empece a la permanencia de obstáculos, tanto formales como sustanciales, para poder ocurrir a la justicia, como ciertas regulaciones que determinan la imposición de ocurrir a medidas previas, tales como el agotamiento de la vía administrativa, la falta de medidas para aquellas personas que no tengan los medios o instrumentos suficientes para ocurrir ante ella o su falta de protección, la duración de los procesos y la efectiva ejecución de las sentencias.

Surge de lo dicho, afirma Aberastury (2020), que cuando del Estado se trata, el legislador se ha ocupado de crear condicionamientos formales para el acceso a la justicia y para el reconocimiento del derecho en caso de condena, lo cual se presenta dudoso del posible paso del filtro del control de constitucionalidad y convencionalidad:

“Muchas veces sucede que el derecho a la tutela judicial efectiva es desconocido al momento de dictarse normas jerárquicamente inferiores o por actos del Ejecutivo, por lo que su existencia, como principio, derecho y garantía, se debe hacer valer frente a justificaciones que conllevan la finalidad de colocar a los actos del Estado por sobre los derechos de los particulares; siempre con el mismo pretexto que justifica la preeminencia del Estado en desmedro de los derechos los ciudadanos, situación que no se condice con el Estado republicano y democrático, donde impera el principio de igualdad ante la ley”.

No obstante, con cierto optimismo Cassagne J. C. (2011) ha expresado que: “El derecho del Siglo XXI implicará todo un desafío, y es probable que en muchos campos vayamos a asistir al quiebre definitivo del dogma revisor, lo que implicará sin duda recuperar no sólo los derechos antaño perdidos o soslayados sino la justicia en todas sus proyecciones, tal como lo proclaman la Constitución española de 1978 (arts. 24 y 53) y el Preámbulo de la Constitución argentina en tanto prescribe, entre los fines del Estado, el de afianzar la justicia”.

Es interesante señalar que, en este contexto, la acción de amparo funciona como atenuante del requisito del agotamiento de la vía administrativa, en calidad de proceso idóneo tendiente al pronto restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales cuando la Administración los ha violado por acción u omisión, procediendo también en el supuesto de que la acción administrativa no se hubiera consumado, siempre que ésta fuera inminente. Pero, aunque en tales casos no se exige el agotamiento de la vía administrativa, advierte Cassagne J. C. (2011) que una parte de la jurisprudencia, cuando se pretende el dictado de una medida cautelar dentro del proceso de amparo requiere que se formule previamente un pedido de suspensión del acto administrativo que afecta los derechos del particular. Resulta evidente que una exigencia de esta índole provoca demoras indebidas en el trámite procesal de la medida cautelar y puede generar la inutilidad de la sentencia a dictarse en el amparo.

No obstante, en cuanto que el proceso de amparo requiere para su aplicación, en algunos supuestos, la demostración de la no existencia de otros remedios administrativos o judiciales más idóneos para restablecer los derechos constitucionales o impedir su violación, ello implicaría restricciones al acceso jurisdiccional. Por otra parte, la exigencia como requisito habilitante de que la violación de los derechos y garantías constitucionales adolezca de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, dejaría fuera de la protección judicial los supuestos en que el vicio no surja del propio acto.

La tutela judicial efectiva asume actualmente el papel de un principio garantístico fundamental que tiende a suprimir o morigerar, al menos, todas las proyecciones procesales disvaliosas que cercenan el acceso a la jurisdicción y la plenitud de su alcance. Ahora bien, ya sea que se la conciba como principio, derecho o garantía, Cassagne (2021) sostiene que la tutela judicial efectiva, en el marco de las herramientas procesales, cobra una trascendencia principalísima convirtiéndose en el paradigma central que informa a todo el sistema protectorio de los derechos de las personas.

En el campo de la doctrina, acentúa Cassagne (2021) el enfoque de que hay generalizada coincidencia en asignarle a la tutela judicial efectiva la condición de paradigma, la cual se interpreta como una idea que engloba el derecho y la garantía de la defensa en juicio. Este carácter proporciona una visión novedosa a la tutela judicial efectiva convirtiéndola en un megaprincipio que agrupa a todos los subprincipios que en el derecho clásico integraban la garantía de la defensa en juicio (a ser oído, a producir prueba y a que se dicte una decisión fundada) poniendo énfasis en la efectividad de la protección judicial, en cuanto derecho humano fundamental.

Cassagne (2021) describe a la tutela judicial efectiva a través de tres prismas diferentes. En primer lugar, como principio general del derecho, es decir, como mandato de optimización que vincula a los jueces y los protagonistas del proceso, que se aplica en caso de vacíos normativos, además de prevalecer sobre cualquier norma que se oponga a la efectividad de la tutela judicial. En segundo término, si se toma en sentido moderno de derecho subjetivo, que incluye todos los intereses que protege el ordenamiento, la tutela judicial efectiva constituye una facultad que confiere el derecho a accionar judicialmente, sin trabas ni escollos de ninguna especie. Finalmente, la tutela judicial efectiva precisa, para su plena realización, disponer de las herramientas procesales que garanticen el acceso pleno a la justicia, la defensa en el trámite del juicio y la ejecución de la sentencia, lo que incluye también la tutela anticipada y las medidas autosatisfactivas. Este instrumento procesal, agrega Cassagne (2021), en sí mismo no constituye un principio, pero sí es la herramienta indispensable para realizar el derecho de una persona que demanda en sede judicial el cumplimiento del principio que hace a la efectividad de la tutela de su derecho.

La recepción de la tutela judicial efectiva en el orden constitucional argentino, aclara Cassagne (2021), se ha visto favorecida por el propio sistema, en principio, y por una

serie de principios de rango constitucional anteriores a la reforma de 1994 y, a partir, de ésta, por la recepción en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la Constitución Nacional, luego de su reforma de 1994, no se ha establecido una norma que expresamente consagre el derecho a la tutela judicial efectiva, pero esta falta no impide reconocer su existencia. Se trata de integrar el reconocimiento de dicho derecho, contenido en forma expresa en los tratados de derechos humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, a los derechos y garantías que se encuentran en el Capítulo I, Primera Parte, de la norma fundamental y reconociendo que el artículo 33 protege los derechos y garantías no enumerados específicamente, pudiendo concluirse que este derecho se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento constitucional (Aberastury, P., 2020).

La integración de los tratados no es directa, sino que lo es de acuerdo con las condiciones de su vigencia, conforme la doctrina emanada del caso “Giroldi”, del 7 de abril de 1995 de la CSJN (Fallos: 318:514. Cfr. Asimismo, “Bramajo”, del 12-9-96, RC J 102775/09; “Arce”, del 14-10-97. RC J 102507/09, y “Acosta”, del 22-12-98, RC J 102265/09, entre otros). En otro precedente ha reivindicado la aplicación de los tratados de derechos humanos al Derecho interno expresando que: “debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y la de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”.

La jurisprudencia y la doctrina constitucionales, señala Aberastury (2020), no parecen estar de acuerdo acerca de si los tratados internacionales con jerarquía constitucional tienen, en rigor, esa misma jerarquía y otra inferior (causas “Petric”, Fallos: 321-885; A. 533. XXXVIII, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, RC J 100734/09, y E.224.XXXIX, “Espósito, Miguel Ángel s/Incidente de la prescripción penal”, RC J 101851/09, pronunciamientos del 24 de agosto y 23 de diciembre de

2004, respectivamente). Asimismo, la Corte expresó que “De tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución (causa “Monges”, Fallos 319:3148, consids. 20, 21 y 22)”.

Es necesario, enfatiza Aberastury (2020, p. 9), adoptar una visión crítica para analizar el sistema establecido y verificar que a la tutela judicial efectiva, cuando recibe reconocimiento tanto constitucional como internacionalmente en los tratados de derechos humanos, se le debe reconocer la categoría de derecho fundamental, que tiene por significancia que su existencia no sea cercenada ni comprometida por ordenamientos locales; el análisis de cualquier reglamentación, que recaiga sobre ella, se la desconocerá mediante la aplicación de una normativa jerárquicamente inferior.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado a la tutela judicial efectiva como un derecho que exige al juez que adopte las medidas necesarias para evitar “dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (Cfr. Caso “Bulacio vs Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de diciembre de 2003, párr. 115, citado en Aberastury, 2020).

En la medida en que el acceso a la instancia judicial ha sido considerado como un derecho fundamental de protección, tiene plena aplicación en el proceso e incluye que el acceso a la vía judicial sea pleno y conlleve la eficacia suficiente para concretarlo. Asimismo, en caso de que se obtenga una sentencia favorable, que a la misma no se la desconozca y que pueda ser ejecutada. Para que esto último pueda ser cumplido, en numerosas ocasiones y por

la propia duración de un proceso, es necesario arbitrar medidas para que no se desnaturalice el derecho verosímilmente conculcado, medidas que tienen naturaleza cautelar ya que previenen los posibles perjuicios que pueden ser ocasionados. (Aberastury, 2020, p. 10)

Es por ello que se ha sostenido que “la tutela cautelar constituye un medio inescindible de la tutela judicial efectiva pues sin ella se transforma, muchas veces, en ilusoria la posibilidad de obtener protección judicial durante la sustanciación de un proceso. Conforman un presupuesto del derecho a la defensa en juicio y, como tal, es accesoria a la pretensión principal” (Aberastury, P., 2006, como se citó en Aberastury P. 2020, p. 10).

El acceso a la justicia, sin mayores calificativos, no es suficiente para tener por configurado el derecho a un proceso adecuado que permita sostener que se puede dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva. Si sólo se trata del establecimiento de una herramienta formal, ésta no es suficiente para resguardar tal derecho fundamental. Las vías procesales idóneas deberían, además del acceso al proceso, permitir transitarlo en su totalidad hasta lograr una sentencia que sea cumplida. (Aberastury, 2020, p. 20).

En el caso “Hussar”, La Corte Suprema, luego de reiterar la doctrina emanada del *leading case* “Fernández Arias”, en el considerando 21, define a la eficacia como “un conjunto de reglas destinadas a proteger los intereses de los administrados ante los posibles desvíos o excesos del poder público en su accionar hacia el cumplimiento de su objetivo específico de satisfacer el interés público”. Y complementa este concepto en el considerando 40, en cuanto “la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agotan en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extienden a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional;

así lo exige, por lo demás, el propósito de ‘afianzar la justicia’ enunciado en el Preámbulo de la CN” (Fallos: 298:312, 302:1.102, 302:299, 311:1.644; Fallos: 315:1779, voto del juez Fayt, como se citó en Aberastury, 2020, ps. 21 y 22).

Hablar de efectividad y eficacia implica que el principio tenga aptitud para lograr el efecto esperado y, en el caso, se trata de conseguir el resultado de resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva. En este marco, el acceso a la justicia no puede ser desentendido de una tutela cautelar previa o durante el proceso pues, de lo contrario, se asiste a una vigencia ficticia de este derecho, ya que será una protección meramente discursiva pero ausente en los hechos (Aberastury, 2020).

La efectividad del acceso a la jurisdicción, por encontrarse comprometido un derecho que ha sido caracterizado como fundamental, debe comprender no sólo la posibilidad de ejecutar la sentencia para que ésta se cumpla, sino también la posibilidad de dictar medidas provisionales durante la sustanciación del procedimiento administrativo y del proceso judicial, para que una sentencia que finalmente reconozca un derecho que el Estado pusiera en crisis no se transforme en letra muerta, como también para que los daños que ocasione dicha medida puedan ser evitados o minimizados, aunque ello ocurre en numerosos ordenamientos latinoamericanos. (Aberastury, 2020, p. 29).

Se considera que dentro del concepto de derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra no sólo desterrar la existencia de vallas procedimentales para acceder a la justicia, sino el de permitir una relación de igualdad entre las partes durante la sustanciación del proceso. Uno de los componentes de esta paridad se encuentra en la posibilidad de que el juez pueda dictar medidas cautelares para que el proceso tenga la eficacia requerida en los tratados y que se evite alterar el principio de progresividad mediante el dictado de cuerpos legales, pues toda la interpretación contraria o que restrinja la protección de los derechos configura una violación

a las normas vigentes en el tratado. “Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (Caso “Baena, Ricardo y otros vs Panamá”, I, Sentencia del 2 de febrero de 2001, párrs. 124 y 127, citado en Aberastury, 2020).

Establecer los límites de las potestades públicas, y mantenerlos, es una cuestión muy controvertida, de ello dependerá la subsistencia del Estado de Derecho y su reconocimiento como tal. El artículo 109 de la Constitución Nacional debe ser interpretado junto con el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en la medida que el conocimiento de las causas en las cuales el Estado es parte no puede ser desmembrado de la garantía de su cumplimiento, y esta interpretación armónica del control judicial conforma también el derecho a la tutela judicial efectiva. (Aberastury, 2020, p. 26).

En el Siglo XXI que transcurre, refiere Aberastury (2020), “no puede ya negarse que todos los seres humanos tienen, ínsitamente, derechos fundamentales y que el sistema de los derechos humanos es lo que, principalmente, lo confirma y sostiene: se defiende la igualdad frente al Estado y, si bien los derechos pueden ser reglamentados, las potestades públicas no pueden ir más allá con el objeto de socavarlos de tal manera que se llegue a una restricción que equivalga a su prohibición”.

Nótese, advierte Aberastury (2020), que la utilización de una contraposición de valores para justificar restricciones se realiza bajo conceptos indeterminados, cuyo examen de razonabilidad y proporcionalidad se tornan necesarios para no trastocar el alcance de la tutela judicial efectiva y los derechos de los individuos, frente a las tareas a cargo del Estado que deberían beneficiar a la comunidad.

Tutela Administrativa Efectiva

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII se refiere al derecho a la justicia en los siguientes términos: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 25, sobre la protección judicial, dispone:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El artículo 8° de dicho tratado se expresa sobre garantías judiciales, en su inciso 1 establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella,

o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Esta normativa ha sido receptada en el Derecho Administrativo argentino, en tanto recibió una interpretación en la manera que debe ser conducido el procedimiento y el proceso de índole administrativa que no tuviera naturaleza penal, pues “Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”, conforme lo decidido en el caso Baena (Corte IDH, párrafo 127) y que fuera expresamente receptado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Losicer” (conside. 8°), del 26 de junio de 2012 (Fallos: 335:1126).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso llevado a sus estrados, dando definitiva carta de ciudadanía a la tutela administrativa efectiva, considerando sin hesitaciones que se trata de una garantía. El caso que dio origen al fallo resultaba del pedido de inconstitucionalidad de una disposición emanada de un ente público (Resolución N° 16/1999 del COMFER), por la cual se establecía que aquellos que se presentaban en un procedimiento de selección en un concurso para la adjudicación de determinadas estaciones de radiodifusión debían acompañar en su presentación un escrito dirigido al ente mencionado, en el que se indicara expresamente que desistían, de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieran interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, como así también contra cualquier acto administrativo emitido por distintos órganos estatales. El Alto Tribunal, en base a la presentación de los actores, estableció que una disposición de ese tipo resultaba violatoria no solo de las garantías de la tutela judicial efectiva, sino también de la tutela administrativa efectiva en tanto y en cuanto no se puede privar a los particulares de los derechos de “ocurrir ante los tribunales de justicia – a lo que cabe agregar, ante las autoridades

administrativas competentes – y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes...”. (“Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER – Decreto 310/98 s/ amparo ley N° 16.986” del 14/10/2004, comentado por Canosa 2020).

En su comentario al fallo de la CSJN “Astorga Bracht”, Canosa (2020) interpreta: “Nuestro más Alto Tribunal, en una impecable decisión, funda la protección de los derechos de los particulares en sede administrativa en la vigencia del principio de la denominada ‘tutela administrativa efectiva’, lo cual aparece, por lo menos como novedoso, dentro de nuestro espectro jurídico en lo que hace a las relaciones entre los particulares con la Administración. Más allá de lo descrito, la Corte alude también a la tutela judicial efectiva, al que ya se había referido en otros precedentes”.

En efecto, la CSJN sostiene categóricamente que la Resolución N° 16/1999 del COMFER es violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional y diversas normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional “en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa efectiva”.

La CSJN ya se había referido a que esta tutela también se la debía aplicar en el procedimiento administrativo en tanto que, a partir del caso “Astorga Bracht”, del 14 de octubre de 2004, consideró que resultaba violatorio del artículo 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, aplicando el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva a todo el procedimiento administrativo que impida el acceso a la justicia (Fallos: 327:4185). Armando Canosa entiende que, por ello, la doctrina la ha denominado “tutela administrativa efectiva”.

La tutela administrativa efectiva debe ser considerada como una verdadera garantía, en tanto y en cuanto éstas, según Bidart Campos (1994, como se citó en Canosa 2020), serán entendidas como “instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las

personas para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos”, dando origen estas garantías a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el Estado exclusivamente.

Al respecto, Canosa (2020) advierte que la doctrina se inclinó por considerar a este instituto como una verdadera garantía, en primer término, porque tiene una vinculación con la denominada tutela judicial efectiva, aunque debemos destacar que este nexo tiene su correlato en la existencia de institutos –como el del agotamiento de la vía administrativa– respecto de los cuales propugnamos su eliminación. Además, por la importancia que asume dentro de éste el denominado debido proceso adjetivo, entendiéndose por ello el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y a obtener una resolución fundada, lo que fue considerado por un sector de la doctrina como una garantía constitucional innominada. En definitiva, esta garantía –la del debido proceso adjetivo –es lo que se considera el requisito basilar dentro del procedimiento administrativo y, por ende, componente central (no exclusivo, ya que tiene otros importantes componentes) de la tutela administrativa efectiva (CN Fed. Cont. Adm., Sala I, 31/3/2000, “Dima, Juan Carlos c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”).

De acuerdo con su contenido, pareciera que la tutela administrativa efectiva tiene una suerte de estructura jurídica compleja. No tenemos dudas de que se trata de una garantía porque dentro de la misma se hallan contenidos una serie de derechos que hacen al buen y legítimo desarrollo del procedimiento administrativo, pero también debe aplicársela como un principio sustantivo del procedimiento administrativo.

Del mismo modo, plantea Muñoz (2012, como se citó en Canosa 2020), podemos afirmar que la vigencia de la tutela administrativa efectiva también responde a los principios de buena administración y buen gobierno y en el mismo plano esta garantía contiene, en lo que atañe a la Administración, el derecho que tiene el ciudadano a la buena marcha de los asuntos

públicos. En este estadio cabe señalar que los principios que rigen en todo procedimiento administrativo tienen una interconexión entre sí, todos ellos con el fin de alcanzar una optimización en el desarrollo de la actividad administrativa.

Se considera que la garantía a la tutela administrativa efectiva tiene basamento constitucional en el artículo 18 de nuestra Ley Fundamental y además en una serie de normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional citados expresamente por el tribunal (artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”. “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”).

El mismo artículo 18 de la Constitución Nacional da fundamento no sólo al derecho al debido proceso adjetivo –tanto sea en sede administrativa y judicial– sino también que esta misma norma y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dieron cabida en nuestro derecho positivo a la ya mencionada tutela judicial efectiva, sin perjuicio de que del pronunciamiento de la Corte surge que estas dos tutelas configuran distintos institutos. Si tuviéramos que calificar la calidad de cada uno de los derechos que involucran a estas garantías podemos llegar a afirmar que se trata de verdaderos derechos humanos, máxime si tenemos en cuenta las normas que sustentan su existencia y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, debe conceptualizarse, de acuerdo a la normativa aplicable, que el sujeto titular de la garantía de la tutela administrativa efectiva es el particular que tiene

vinculación con la Administración y, como contrapartida de lo dicho, el sujeto obligado es, como sujeto estatal, la Administración pública (Canosa, 2020).

Urrutigoity (2005, como se citó en Canosa 2020), considera que también puede ser evaluada la tutela administrativa efectiva como un verdadero principio propio del procedimiento administrativo y, por lo tanto, que la misma cumpla con una “funcionalidad informadora y estructurante de todo de todo el conjunto de normas y actos que configuran todo procedimiento administrativo”, lo cual debe incardinarse en lo que hace a la exigencia de los principios de la garantía analizada y sobre todo a la existencia de un debido procedimiento.

Podríamos, en consecuencia, comprender desde la normativa hasta aquí mencionada que la tutela administrativa significa ni más ni menos que la Administración debe cumplir con el debido procedimiento legal, el cual surgirá no solo de las disposiciones procedimentales vigentes para el desarrollo de la actividad administrativa, sino también de los principios que surgen de las normas constitucionales aplicables en la materia. De allí que en otra oportunidad hemos sostenido que existiría una vinculación estricta entre la tutela administrativa efectiva y el debido procedimiento previo, Canosa (2014), tal como se halla previsto en el actual artículo 7º, inc. D, de la LNPA. En definitiva, esta garantía representa, para el particular, el respeto de una serie de derechos que pueden resumirse en que éste al tener vinculación –cualquiera fuere el origen de dicha vinculación– con la Administración tenga un debido procedimiento.

3. Tutela Cautelar Efectiva

La Corte IDH, 2006, a partir del caso “Almonacid Arellano”, dispuso el control de convencionalidad: “la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el

ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Interamericana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar por que los efectos de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Aberastury, 2020, p. 33).

En el caso de una norma que no respete el principio de progresividad -que implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida (Cfr. Informe anual Corte IDH, 1993)-, y el principio *pro homine* -que establece que, frente a la existencia de dos normas, se debe aplicar la más favorable (Cfr. OC 5/58)-, el artículo 2° de la Convención Americana dispone que el Poder Judicial tiene la opción clara de cómo resolver un caso particular cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir o adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, pues el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella y no evadirse alegando el incumplimiento al Derecho interno (Aberastury, 2020).

Se infiere de lo expuesto que tanto el control de convencionalidad como la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implican, por un lado, suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio y, por otra parte, el dictado de normas que permitan su efectiva observancia.

En el Derecho Procesal Administrativo, Aberastury (2020) observa que, con el objeto de validar los efectos de los actos administrativos que ostentan la presunción de legitimidad, aunque sujeta a prueba en contrario, los jueces deniegan pretensiones cautelares en base a este precepto al exhibir una argumentación dogmática e incurren en el vicio de no controlar los actos de la Administración.

Aunque la CSJN ha consolidado la doctrina que, si bien por vía de principio, las medidas de no innovar no proceden respecto de actos administrativos o legislativos, teniendo en cuenta la presunción de validez que exhiben, tal doctrina cede cuando se los impugna sobre bases verosímiles (Llera, C., 2015). La igualdad de armas es necesaria y se trata de un principio reconocido, pero en el caso de que la acción se plantee contra el Estado es necesario que esta paridad se restablezca con medidas asegurativas que impidan la subsistencia del agravio mientras dura el procedimiento administrativo o el proceso judicial. (Aberastury, 2020, p. 35)

Las medidas cautelares que el juez puede decretar durante la sustanciación de un proceso se tornan conflictivas cuando del Estado se trata, pues en estos casos, por un lado, se encuentra el interés público comprometido y, por el otro, el derecho del particular. El accionar gubernativo se basa en la utilización de las potestades públicas que el Estado administra en pos de un bienestar general, que puede no conformar a todos o que perjudica a unos para beneficiar a otros, por lo que la ponderación se torna conflictiva por los valores que se encuentran en juego, que exceden los de una controversia entre intereses particulares.

Ahora bien, Aberastury (2020) insiste en este punto, no por ello se le debe restringir al juez la facultad de controlar a la Administración invocando ese interés público, cuyo concepto es indeterminado, ya que de lo contrario se desconocerá el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el Estado de Derecho entrará en crisis a través de este tipo de planteos.

Las medidas cautelares se encuentran reconocidas en el derecho Internacional, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención Americana mediante la adopción de medidas provisionales, conforme el artículo 27 de su Reglamento. Para su dictado la reglamentación establece que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables.

Existe una diferencia entre las medidas provisionales establecidas en la Convención Americana con las medidas cautelares previstas en el Reglamento de la Comisión Interamericana (art. 25), en cuanto ésta tiene la posibilidad, *per se*, de solicitar a un Estado la adopción de medidas cautelares con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 18.b del Estatuto de la Comisión, y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a iniciativa propia o a solicitud de parte, en el caso de que “guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano” (Aberastury, 2020, p. 37).

Nótese que en el citado reglamento se ha considerado que se deben ponderar tres aspectos en forma conjunta, a saber:

- a) La gravedad de la situación significa el serio impacto que una acción y omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso petición ante los órganos del Sistema Interamericano.
- b) La urgencia de la situación se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar.

c) El daño irreparable significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

Los requisitos para el dictado de estas medidas, que se han denominado “tutelares” para las de la Corte Interamericana y “cautelares” para las dispuestas por la Comisión, tienen por finalidad no sólo asegurar la vida de las personas que se puedan encontrar en situación de riesgo, sino posibilitar que durante la sustanciación del proceso se puedan preservar sus derechos en caso de una sentencia favorable.

Que, asimismo, es imprescindible considerar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de derechos humanos, pues su propósito es –por encima de cualquier interés propio de los Estados– la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

En tal sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que “el objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello (...) debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su efecto útil” (ver Corte IDH, caso “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de 26 de junio de 1987).

La característica que distingue a todos los sistemas cautelares, según Rojas (2015), es su actuación con carácter conservatorio o tuitivo. Mientras conservar, como enseñaba Calamandrei (1997, citado en Rojas 2015), era mantener o alterar un *statu quo* determinado, el sentido tuitivo o protectorio tiene la misma finalidad, aunque con una intensidad mucho mayor. Sin embargo, en ambos casos, la finalidad conservatoria o tuitiva de los sistemas cautelares apunta al resguardo de un derecho humano esencial que no es otro más que el derecho a la jurisdicción que tiene toda persona, dentro del cual se destaca la tutela

efectiva como norte y el desarrollo del debido proceso legal, que es el ámbito para la consecución de aquella porque en definitiva es donde se permite la actuación de la voluntad de la ley por parte de la jurisdicción.

4. Medidas Cautelares: Concepto y caracteres

Toda pretensión es la afirmación de un derecho autoatribuido y el pedido de protección jurisdiccional para él. El interés procesal debe ser diferenciado del interés sustancial. Alguien tiene un interés sustancial sobre algún bien cuando percibe que sirve para satisfacer una necesidad o un deseo. Un derecho subjetivo es un interés sustancial jurídicamente protegido. En cambio, existe interés procesal cuando para procurar la defensa de un interés sustancial necesita su titular instar la intervención de la justicia (Sosa, T., 2022, p. 67).

Existen pretensiones principales, incidentales y recursivas. Asimismo, es posible hablar de pretensión cautelar que consiste, por un lado, en la afirmación de un derecho -que se pretende asegurar- y, por otro, en el pedido de su protección preventiva hasta su efectiva realización, a través de tal o cual medida. Cualquier persona, en ejercicio de su defensa en juicio, puede introducir una pretensión cautelar cuando lo considere oportuno, lo que no implica que inmediatamente se le haga lugar a su pedido. Si la pretensión cautelar se gestiona antes del planteo de la pretensión principal, se la denomina antecedente. Si la pretensión cautelar se gestiona luego del planteo de la pretensión principal, se la llama incidente, porque “incide” sobre una pretensión principal (Sosa, T. 2022, p. 68).

Las medidas cautelares cumplen un rol fundamental en la vida del proceso, cuya eficacia depende, muchas veces, de la existencia y alcance que se les reconozca a aquellas. El tiempo necesario para resolver los pleitos, la mora derivada del recargo de tareas de los

tribunales o la naturaleza de los derechos afectados, van tornando cada día más inconcebible la idea de un proceso sin protección cautelar (Vallefín, C., 2013, p. 19).

Calamandrei (1945, citado en Vallefín, 2013) enseña que la función de las providencias cautelares nace de la relación entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es este uno de aquellos casos en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien. A fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un período - frecuentemente no breve - de espera, pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario *iter* procesal ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que “parece destinada a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto”.

Las providencias cautelares, continúa la cita de Vallefín (2013), representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de celeridad y la de la ponderación. Entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacer las cosas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. De este modo permiten al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.

(Cassagne E., 2011), citando a Palacio, sostiene que el proceso cautelar “es aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento a actuación se pretende obtener a

través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”. En este escenario surge una actividad preventiva que, por medio de una resolución temprana en el mismo proceso, asegura en forma provisoria que el transcurso de tiempo que demanda la labor jurisdiccional no perjudique o agrave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, situación que de no resguardarse podría provocar que la sentencia que luego se dicte resulte ineficaz. Para proteger ese derecho existe en nuestro ordenamiento el proceso cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en el proceso al que accede. En tal sentido, el proceso cautelar es accesorio de otro proceso.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional existen distintas medidas cautelares, llamadas también precautorias, que el administrado puede requerir al juez en orden a satisfacer esa necesidad inmediata mientras tramita el proceso principal, conforme las particularidades de cada caso concreto.

Podetti (1969, como se citó en Rojas 2015), expresa que; atendiendo a su objeto, sus resultados, a la manera en la cual se adoptan, y a sus características más peculiares; puede decirse que las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional, adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo, o previamente a él, a pedido de los interesados o de oficio, para asegurar bienes, o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de sus necesidades urgentes, como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 C.N.), y para hacer eficaces las sentencias de los jueces.

De esta clásica definición de Podetti, se advierte un abanico lo suficientemente amplio de alternativas o posibilidades para abordar a las medidas cautelares, por su alcance, por sus fines, y sobre todo por su comportamiento.

Rojas (2009), en este sentido, considera que: “sería una ingenuidad pretender meter todas las figuras que aparecen en estos últimos tiempos dentro de la teoría general de las medidas cautelares. Por eso es que la visión sistémica es mucho más amplia y permite una mirada distinta de un fenómeno que puede pasar inadvertido (...) Creo que esta es una llave que nos permitiría contemplar esos nuevos fenómenos que se dan en la órbita procesal, precisamente porque la postura excede el marco cautelar tradicional, y permite advertir que las medidas precautorias constituyen sólo una especie dentro de estos sistemas cautelares. Además, permite evitar discusiones banales ya que no puede pensarse lógicamente que todo esto pueda entrar en el molde tradicional de la teoría general de las medidas cautelares”.

Para caracterizar al instituto cautelar, Rojas (2015) parte de la noción de sistema, caracterizándolo como una entidad autónoma dotada de cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico. Considera, por ello, a las medidas cautelares, como un típico sistema, el cual se inserta a su vez en otro sistema superior, y así sucesivamente en otros mayores, conforme su propia autonomía funcional (vgr.: el sistema cautelar dentro del sistema proceso judicial, que se inserta dentro del sistema código procesal, y ésta a su vez en el sistema de la organización judicial, así hasta llegar a la Constitución Nacional).

A su vez, apunta Rojas (2015), existen líneas bien definidas dentro de esos sistemas cautelares. Por un lado, los sistemas cautelares en materia probatoria, los sistemas cautelares de índole asegurativa, los sistemas cautelares tradicionales, y los genéricos que conforman sistemas que por sus características podemos denominar típicos, y otros que -si bien pueden ser generados desde los mismos sistemas cautelares genéricos- de acuerdo con sus proyecciones pueden transformarse en atípicos, pues aparecen como una zona gris, o dentro de

un ámbito excepcional, que los denominamos así al solo efecto de distinguirlo de los anteriores, por las particularidades que presentan. Dentro de ese ámbito excepcional encontramos aquel sistema que la doctrina procesal ha denominado como tutela anticipada.

Calamandrei (1996, como se citó en Aberastury, 2020, p. 44) caracteriza bajo tres formas al proceso: cognición, conservación y ejecución y, de entre éstas, la de conservación cumple un claro contenido cautelar como forma autónoma de tutela. Para analizar estas líneas, Rojas (2009) considera muy pertinente partir de las enseñanzas de Calamandrei (1996), quien decía que “la ley no sólo actúa en el proceso para que el juez conozca o ejecute, sino también para que conserve. Esta última variante es precisamente la que aquí nos incumbe, pues cuando la ley permite que el juez conserve, Calamandrei enseñaba que conservar debía interpretarse con una doble acepción: conservar ‘manteniendo’ una determinada situación, o bien conservar ‘alterándola’, desde luego si el perjuicio deriva de su mantenimiento”. De ahí la necesidad de “innovar”, es decir, modificar la situación existente.

Rojas (2015, p. 370) sostiene que la resolución cautelar, por su propia índole, busca precaver los efectos de un acto en ciernes, o morigerar los que se hubieren ejecutado, retrotrayendo –en ese supuesto- las cosas a su estado anterior, en aras al resguardo de la efectividad de una sentencia. Es decir, se cautela manteniendo un determinado *statu quo*, o bien alterándolo.

Lo que la jurisdicción persigue con el dictado de este tipo de medidas, según lo afirma Rojas (2015), es precisamente evitar que por vías de hecho (positivas u omisivas) se consume una irregularidad, o un perjuicio, o una violación de un derecho o garantía de una parte en desmedro de la otra. Es decir, que a través de ella se persigue el mantenimiento de la igualdad de las partes ante la jurisdicción, tratando de evitar un perjuicio hacia alguno de los litigantes, que fuera de muy dificultosa reparación ulterior.

Y por cierto que, para ello, no sólo alcanza con mantener un determinado *status quo*, toda vez que en ese caso sus efectos se producirían hacia delante (*ex nunc*), sino que es probable que sea necesaria la variación de ese *status quo*, es decir, innovando sobre él, de modo de que en ese caso el perjuicio se manifestaría por el mantenimiento o subsistencia de esa situación, de hecho o de derecho, que resulta lesiva o perjudicial; de allí la posibilidad de retrotraer – si fuera necesario - las cosas a su estado anterior (efectos *ex tunc*) (Rojas, J., 2015).

Sería oportuno que nos preguntemos qué quiere decir cautelar. Esta palabra deriva de cautela, que a su vez deriva de cauto, y es cauto aquél que observa un determinado cuidado. De esta palabra deriva también caución (del latín *cautio*), y de allí precaver, precavido, precaución. Es decir, siempre apuntamos a evitar un riesgo, a actuar con prevención. Y en ese caso, dentro del proceso, ¿qué riesgo podemos perseguir evitar?

Por cierto, son muchos los riesgos que pueden presentarse. Por ejemplo, la guarda de personas, el resguardo de material probatorio, la continuidad o permanencia de una empresa en su giro habitual, la aplicación de una norma inconstitucional, la disposición de mercadería perecedera, el efecto que puede provocar una obra ruinosa. No actúa la ley procesal del mismo modo para resguardar una prueba, que para asegurar el efectivo cumplimiento de una sentencia. El legislador ha creado, entonces, sistemas diversos que nos permiten la implementación de estos mecanismos aseguradores o protectorios. A la ley se le presentan como inconvenientes clásicos la operatividad del derecho sustancial, que es el que perseguimos dar vida en el proceso, y el desarrollo de éste, que como señalamos, requiere consumo de tiempo.

4.1. Naturaleza Jurídica

Tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan las nociones de proceso, medida, acción pretensión, providencia o sentencia para referirse al instituto cautelar. No

existe, en tal sentido, un criterio uniforme, respecto a su naturaleza jurídica. En primer lugar, compartimos la postura señalada por varios autores que excluye la calificación de acción (Cassagne, E., 2011, p. 345), dado que, desde una concepción moderna, la acción impide su fraccionamiento, es sólo una. En tal sentido, entendemos que, a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares se debe precisar, en efecto, si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

María Cecilia McIntosh (2010) plantea que hay sectores reacios a admitir el carácter de proceso atribuido a un trámite no autónomo, ya que lo que está en discusión no es un derecho subjetivo de la parte, sino una garantía para el resguardo del verosímil reconocimiento judicial de ese derecho. Al hablar de proceso sólo se crean confusiones, se debería hablar, entonces, de procedimiento o de incidencia. Desde similar razonamiento, no se trataría de una verdadera pretensión, puesto que, una pretensión sería un acto de voluntad petitoria destinado a que el órgano judicial declare el derecho subjetivo de alguien resolviendo el conflicto nacido entre el autor de la reclamación y la otra parte y, nuevamente, la falta de autonomía del trámite en cuestión convertiría al acto de petición en otra cosa, no en una pretensión. Insistir en que se trata de una pretensión sólo serviría para aumentar la confusión reinante.

Rojas (2009, como se citó en McIntosh, 2010) explica muy bien que la confusión tiene su origen en nuevas formas de procesos urgentes, no cautelares, y cautelares autosatisfactivos, anticipatorios y autónomos, como desafíos de nuestro tiempo, a causa de la necesidad de hacer efectivo el reconocimiento de los llamados derechos de tercera y cuarta generación: los del ambiente, los del consumo, ampliación en la comprensión del alcance de los derechos humanos (vida, salud, acceso a la justicia, proceso sin dilaciones indebidas).

Se queja el profesor Jorge Rojas, dice McIntosh (2010), de que: “se clasifiquen mal las medidas urgentes, cautelares o no, y se hable de autostatisfacción cuando a veces se trata de una mera cautelar tradicional, se confunda la cautela autónoma con la autosatisfactiva, y se haga una verdadera ensalada cuando la cautela en cuestión es innovativa, olvidando que la innovativa es una típica medida cautelar”.

No obstante, en ese sentido McIntosh (2010) entiende que clasificar el trámite de las medidas cautelares dentro de los procesos y al acto que le da inicio, la manifestación de la voluntad petitoria, dentro de las pretensiones puede ser útil para distinguir una sentencia anticipada de una cautelar, aunque sea autosatisfactiva, material o sustancial, y de la cautela autónoma del artículo 12 (sustituido por el artículo 33 de la Ley N° 27.742 B O. 8/7/2024) de la Ley de Procedimientos Administrativos.

La medida cautelar denominada “autónoma”, aclara Arazi⁶, es propia del llamado contencioso-administrativo o más específicamente del campo del Derecho Administrativo, consiste en petitionar judicialmente la suspensión de los efectos del acto administrativo hasta que la Administración resuelva el recurso administrativo que agote la vía, se trata de una medida que se agota con su admisión o rechazo y no es accesoria de un proceso principal.

Si por definición proceso es: “un conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esa intervención”, el cautelar es un verdadero proceso, aunque tenga la nota de servir al buen fin de otro, de su instrumentalidad (McIntosh, 2010, p. 46).

⁶ Arazi, Roland, <https://fundesi.com.ar/la-medida-cautelar-autonoma-en-los-procesos-civiles/>

Hablar de “providencias” o “medidas” cautelares, según McIntohs (2010), sólo es útil cuando nos referimos al resultado buscado por el proceso cautelar, el objeto inmediato de la pretensión o petición cautelar. Tampoco parece útil referirse al cautelar como mero “procedimiento”, porque en ese caso también tendríamos que hacer la salvedad de que no estamos utilizando la voz procedimiento en el sentido tradicional de cada una de las fases que un proceso pueda comprender, sino en otro, que habría que definir, y sabido es que si bien un procedimiento, como en una instancia determinada, por ejemplo, también es un conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí, preestablecidos por el legislador, que conducen a la creación de una resolución judicial, sus elementos coinciden con los del proceso principal, lo que no se verifica en todos los casos al analizar los cautelares. Y el cautelar, a su vez, puede recorrer varias instancias, o sea, constar de varios procedimientos, con independencia del principal.

Según la Real Academia Española, en “Derecho” la voz providencia significa: “resolución judicial que tiene por objeto la ordenación material del proceso”. La resolución cautelar no es una mera providencia sobre el proceso, es decir, no es una providencia de mero trámite (art. 160, CPCCN)⁷. La resolución cautelar, ya sea que se haga lugar o no a la medida solicitada, constituye una resolución de mérito que se pronuncia sobre el fundamento de la pretensión cautelar; el juez debe determinar la apariencia del derecho y la concurrencia de los demás elementos que caracterizan a esta cautela. En consecuencia, el auto que provee una medida cautelar debe fundarse en los hechos sumariamente probados, en caso de que hayan debido acreditarse los presupuestos de la medida, y en el derecho (Loutayf Ranea, R., 2022, ps. 25-26).

⁷ CPCyCN: Art. 160. - Las providencias simples sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. No requieren otras formalidades que su expresión escrita, indicación de fecha y lugar, y la firma del juez o presidente del tribunal, o del secretario, en su caso.

El artículo 198 del CPCCN, continúa expresando Loutayf Ranea (2022), llama a la resolución cautelar como providencia que admitiere o denegare una medida cautelar. Pero, evidentemente, con tal denominación no está ubicando a este tipo de resoluciones entre las providencias simples a que se refiere el artículo 160 del Código citado, sino que se utiliza tal término como un vocablo genérico que abarca a toda clase de resoluciones judiciales. Tampoco es una sentencia interlocutoria porque no resuelve una cuestión que requiere sustanciación tal como lo indica el artículo 161 del mismo Código⁸. Tampoco es una sentencia definitiva (art. 163), ya que éstas son las que ponen fin a la pretensión principal, mientras que la resolución cautelar pone fin a la instancia accesoria planteada pronunciándose sobre la procedencia o no de la medida solicitada.

La resolución cuyo contenido se limita a disponer una medida preventiva provisoria que revista la modalidad de cautelar no puede equipararse a sentencia definitiva en los términos del art. 384 del CPCC. Ello, pues, carece de la naturaleza y función de definitividad exigida por el ordenamiento adjetivo, en tanto no pone fin al litigio ni se pronuncia sobre las pretensiones fundamentales de las partes de acuerdo al derecho objetivo. Por ello, no resulta impugnabile a través del recurso de casación (STJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 3-42018, ‘Cacibar, Guillermo David s/Fehrmann, Ana Érica y otro. Ordinario. Cuerpo de copias a los fines de la apelación. Recurso directo’, Expte. 6552365, auto interlocutorio 51; como se citó en Loutayf Ranea, 2022).

El análisis de procedencia se realiza conforme el presupuesto de impedir que el Derecho, cuyo reconocimiento se solicita, durante la sustanciación del proceso pierda virtualidad o eficacia y, de esta manera, torne inviable el pronunciamiento que oportunamente se dicte. Por ello, se diferencian estas medidas de las que puedan adoptarse en el marco de un

⁸ La providencia cautelar no decide artículo porque se pronuncia inaudita altera pars (CJ de Salta, Sala II, 27-874, Boletín Judicial, Provincia de Salta, t. XIV, 1975).

proceso de ejecución de sentencia que tiene por finalidad asegurar su cumplimiento, y no se busca la composición de la *litis* ni su efecto. La pretensión cautelar sólo puede ser acordada con el fin de asegurar preventivamente la ejecución de una eventual sentencia de condena, pero de ninguna manera puede convertirse en la ejecución misma de una sentencia inexistente (CNFed. CAdm., Sala II, 27-3-2001, “Derudder Hnos. SRL c/M^oE. y O.S.P., Secretaría de Transporte, dec. 958/92 s/Medida cautelar/autónoma”, consid. 4^o, causa 34.030/2000).

El proceso cautelar no es autónomo, sino que, con una naturaleza accesoria, está al servicio de un juicio principal del cual depende. Esto es lo que determina el carácter esencialmente provisional de la cosa juzgada que emana de las resoluciones que sobre ellas se dicten, por quedar siempre expedita la posibilidad de su mutación. De allí que el hecho de que la decisión emitida en su mérito tenga la eficacia propia de la preclusión, cosa juzgada formal, y que –en consecuencia– no pueda ser revisada en el marco del mismo juicio, no le da el carácter de sentencia definitiva en los términos del recurso de casación (STJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 31-12-2015, ‘A los fines de la apelación del codemandado Transmi Cor SRL Cuerpo de copia. Recurso directo (Civil). Sucesión de Rossi, Agustín Higinio c/Frencia, Delco Ítalo y otros. Ordinario. Otros’, Expte. 2789443/36, auto interlocutorio 389, Ottolengui, M. 1974, como se citó en Loutayf Ranea, 2022).

En nuestro país, afirma Cassagne E. (2011), la polémica se suscita entre autores como Di Iorio (1978), que sostienen que el instituto cautelar no es autónomo, en la medida que importa una actuación procesal vinculada a un proceso principal, y autores como Reimundín, que postulan la autonomía del proceso cautelar, y su independencia como proceso.

La primera de las corrientes reconoce su influencia en Calamandrei, autor que entiende que no se debe hablar de proceso cautelar sino de providencias cautelares, dado que el instituto cautelar no tiene una estructura exterior constante que permita considerarlo

formalmente como un tipo separado. Este jurista sostiene que las medidas cautelares carecen de un fin en sí mismo, están preordenadas a la emanación de una ulterior sentencia que busca asegurar. Esta tesis, sostenida en nuestro país por Di Iorio (1978), excluye toda idea de autonomía.

En cambio, dice Cassagne, E. (2011), quienes sostienen la autonomía del proceso cautelar reconocen las influencias de Carnelutti (1971), quien ha desarrollado originariamente esta tesis, al postular que mientras los procesos ejecutivos y de conocimiento persiguen la composición definitiva de la *litis*, el proceso cautelar, en cambio, tiene por finalidad la composición provisional.

Por otra parte, en la postura de Palacio (1998) subyace un criterio intermedio, porque si bien entiende que no son atendibles los reparos que se han formulado para desechar la mencionada autonomía del proceso cautelar, dado que, aún desde la óptica formal que hace hincapié Calamandrei, el proceso cautelar exhibe una peculiar estructura que lo distingue de otros procesos, por otra parte, sostiene que “desde un punto de vista teórico y práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares no resulta en modo desdeñable”, aunque señala que este último criterio no se opone la existencia de un verdadero proceso cautelar, “ya que si bien éste carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal”. Este autor cuestiona, así, el criterio sostenido por Podetti (1969), quien afirma que no existe un proceso cautelar específico dado que solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se actuará el derecho (Cassagne, E., 2011).

Para Simón Padrós (2005, como se citó en Cassagne, E. 2011), que comparte el criterio de la existencia de un proceso autónomo, pero accesorio, es necesario diferenciar el

concepto de pretensión del de proceso, en la medida que la pretensión cautelar es el acto fundamental del proceso cautelar y consiste en la declaración de verosimilitud del derecho y en el consecuente despacho de la medida requerida. En tal entendimiento sostiene que “el proceso cautelar se configura como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar, provisional o precautoria), que tienden en forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución judicial que garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito a recaer en otro proceso, de conocimiento o ejecución”.

Por último, también la doctrina se refiere a las decisiones de los magistrados que resuelven pretensiones cautelares como “sentencias cautelares”, aunque con el alcance provisorio, su accesoriadad, y el hecho de que el contenido de su declaración no es de certeza sino de verosimilitud del derecho. Para evitar cualquier confusión con el instituto de la sentencia procesal, Cassagne, E. (2011) se inclina en denominar a dichas decisiones como “resoluciones cautelares”.

Carnelutti (1950, como se citó Aberastury, 2020) sostiene que “mientras el proceso constituye un medio para la composición de la *litis*, existe un proceso que sirve, no inmediatamente, pero sí mediatamente a ese objeto, mientras que su fin inmediato está en garantizar el desenvolvimiento o el resultado de otro proceso distinto”.

Ugo Rocco (1977, como se citó en Aberastury 2020), señala que “la medida cautelar no es más que una acción tendiente a obtener una providencia, llamada cautelar, que conservando el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta o controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de

derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro”.

4.2. Lo urgente y lo cautelar

Rojas (2010) expresa que existen procesos que tienen carácter urgente, no sólo por la índole de la materia que en ellos resulta objeto de debate, sino, además, por la estructura que le ha dado el legislador a su desarrollo. En el XVIII Congreso de Derecho Procesal, llevado a cabo en la ciudad de Santa Fe en el año 1995, se ha concebido una nueva especie o categoría que se dio en llamar “procesos urgentes”, dentro de ella se ha involucrado a las medidas cautelares, a la tutela anticipada y a la medida autosatisfactiva, por lo cual, Rojas formula la pregunta si las medidas cautelares constituyen un verdadero proceso, y en su caso si se trata de un proceso urgente.

Las medidas cautelares, sostiene Rojas (2010, p. 58), se encuentran subordinadas a la acción principal y a la pretensión que se sustente en ellas. Tienen carácter instrumental, pues dependen inexcusablemente de un proceso principal que les dé vida, como, asimismo, resultan mutables, carecen de autonomía, se obtienen inaudita parte, caducan y tiene carácter provisional. Si bien resulta de su propia esencia la urgencia o premura que requiere su dictado para atender situaciones especiales, se las debe diferenciar de los denominados procesos urgentes, ya que, si bien el ámbito de lo cautelar contiene, en mayor o menor grado, el ingrediente de la urgencia, no todo proceso urgente es cautelar, teniendo en cuenta que, si se tuviera que conceptualizar el adjetivo urgente, sería muy sencillo pensar que es aquello que resulta impostergable, que requiere una atención inmediata, que no admite ningún tipo de dilaciones.

Peyrano (2022, p.125) refiere que, en uso de un atinado neologismo, Morello denomina “justicia temprana” a aquella que concurre cuando resulta legítimo un muy pronto desplazamiento de los derechos en disputa, aunque fuera de modo provisorio y reversible. Constituyen especies de dicho género, el proceso monitorio, la llamada “medida autosatisfactiva y la tutela anticipada de urgencia. Ahora bien, la autosatisfactiva y la tutela anticipada de urgencia forman, a su vez, parte de la categoría de los procesos urgentes, singularizada porque el pronto desplazamiento de derechos que conlleva se justifica especialmente en la necesidad apremiante de satisfacer prestamente el requerimiento del solicitante, so pena de que éste resulte gravemente perjudicado en sus afecciones, calidad de vida o patrimonio. El rasgo común a la autosatisfactiva y a la tutela anticipada de urgencia radica en que en ambos casos la urgencia es la piedra de toque fundamental, lo que ha contribuido a que en más de una oportunidad se confundan sus límites recíprocos y no se encuentren bien delineadas sus fronteras.

La medida autosatisfactiva, aclara Peyrano (2011, como se citó en Peyrano 2022), es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento; no constituye una medida cautelar por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma. La autosatisfactiva genera un proceso autónomo, que debe ser decretada favorablemente cuando se da una muy fuerte verosimilitud del derecho alegado y no resulte menester en el caso recurrir a un amplio debate y prueba compleja, amén de la consabida urgencia.

La tutela anticipada de urgencia, en cambio, no engendra un proceso autónomo sino una suerte de incidencia orientada a acreditar si existe la necesidad de dictar una resolución que anticipe, total o parcialmente, lo pretendido por la actora, incidencia que se inserta en un

proceso principal en curso, debiendo éste seguir su trámite. En todo supuesto de tutela anticipada, afirma Peyrano (2022), la matriz del proceso en cuyo seno se reclama su despacho no permite decir que se trata de una hipótesis de justicia temprana. Empero, la concurrencia de factores tales como la urgencia o la evidencia funcionan como aceleradores excepcionales de los tiempos de un proceso normalmente más moroso en admitir el desplazamiento de derechos.

En Argentina, a falta de una regulación específica del instituto, con la que sí cuenta Brasil, sucede que en la mayoría de las provincias y en el plano nacional se ha echado mano pretorianamente a la medida cautelar innovativa para hacerla funcionar como motorizadora de una tutela anticipada de urgencia: ello luego de que la Corte Federal abriera rumbos en los conocidos casos “Camacho Acosta” y “Pardo” (Peyrano J., 2022, p. 127).

En el caso “Camacho Acosta” el pedido de tutela anticipada fue rechazado en dos instancias de grado y recién en instancia extraordinaria la Corte Federal le dio viabilidad echando mano a la medida innovativa como remedio heroico y dado que nada había regulado sobre el punto. Coincide en ello Morello (1994, citado en Peyrano 2022, p. 131) cuando advierte que: “por falta de reglamentación y sólo por la comodidad que brindan las figuras análogas, para actuar esa tutela provisoria, nos valemos (por el cambio de circunstancias, la fragilidad de su cuantía sucesiva, o por las modalidades de su prestación) del régimen de las providencias cautelares, pero sin formar parte de él. Es, típicamente, una tutela autónoma, genuina, eficaz y de resultados efectivos”. No obstante, dicho ideario hoy cuenta con abundante doctrina, numerosos precedentes judiciales y textos legales expresos en algunos distritos judiciales. La Pampa, San Juan y Chaco han regulado expresamente la tutela anticipada de urgencia.

Conviene a nuestro análisis, como considera Peyrano (2022, p. 132), diferenciar con nitidez lo urgente de lo cautelar, a veces entremezclados por hacer ambos institutos honor

a la celeridad procesal. Lo urgente posee aptitud para transmitir, definitiva o provisoriamente, derechos. La medida cautelar no cuenta con esa potencialidad ya que se limita, provisionalmente, a asegurar el resultado perseguido por un proceso principal. También existe una nítida diferencia temporal entre lo urgente y lo cautelar. Para lo urgente lo relevante es el presente, privilegia el “hoy, ahora, ya” (verbigracia, la necesidad apremiante de un medicamento). Para lo cautelar, en cambio, lo relevante es lo que podría ocurrir en el futuro (insolvencia).

“El análisis de la urgencia y naturaleza del asunto debatido en cada caso y sus particulares circunstancias, muchas veces, determina que el interesado deba obtener la satisfacción anticipada de su pretensión, en forma total o parcial, a través de las medidas cautelares –genéricamente denominadas de tutela anticipada- por ser el único modo de otorgar aquella protección, pues de lo contrario se ocasiona un mayor daño o éste devendría irreparable - del voto en disidencia del Dr. Ferrer” (CCCFam y Trab. De Río Cuarto, 8-4-2009, “Peirone, Juan P. c/Municipalidad de Río Tercero”, como se citó en Barbado, P. 2010, p. 402).

“En la decisión anticipatoria, la tutela es interinal o provisional y está sujeta o subordinada a la sentencia definitiva de un proceso más amplio y que puede ordenar su confirmación, modificaciones o revocación (SCJBA, 26-9-2007, “Fanesi, Roberto Osvaldo c/SAMI”, como se citó en Barbado, P. 2010, p. 402).

“La cuestión de la tutela anticipatoria en modo alguno puede ser considerada *contra legem* porque en el ámbito de nuestra legislación procesal, hay que señalarlo también, que la posibilidad técnicamente existe a partir de la amplia estela de lo previsto por el artículo 484, CPPC. Sin duda que si miramos en modo ortodoxo el nombrado artículo no se podrá dejar de advertir que una cosa es ‘asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia’ y otra, diferente sin duda, es ‘un despacho interino de fondo’ tal como ha sido solicitado. Pues, en este

último supuesto nos encontramos propiamente frente a lo que se ha nombrado como una tutela anticipada. Si se encuentran los extremos fácticos suficientemente acreditados para tener por existentes los requisitos básicamente exigidos para la procedencia de medidas cautelares: la verosimilitud del derecho, el peligro de la demora y la fianza respectiva, aunque agravados ellos en el análisis atento a la diversa naturaleza de la tutela anticipatoria, no se nos escapa tampoco, que desde una pura ortodoxia se podrá querer ver en la repuesta que habremos de brindar, alguna suerte de implicancia con el análisis de fondo que oportunamente se hará; mas, como resulta ya consolidado en la jurisprudencia de la misma Corte Suprema y más aún frente al carácter extraordinario que cabe brindar cuando están discusión los llamados ‘despachos interinos de fondo’” (CCCom de Córdoba N° 5, 24-10-2001, “Anife, Francisco M. y otra c/Ester Sticotti y otro”, como se citó en Barbado, P. 2010, p. 404).

Las medidas cautelares tienden más que a defender los derechos de los justiciables a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional, el buen fin del proceso. Su finalidad no consiste en otorgarle la razón al peticionante, sino en crear un estadio jurídico provisional que pueda durar hasta que culmine el proceso jurisdiccional. Su finalidad de garantía consiste en que se analice preliminarmente el caso, acorde a los presupuestos de hecho alegados por una de las partes y, sin anticipar una decisión sobre el fondo de la cuestión, se resuelva la pretensión para brindar la tutela correspondiente.

Augusto Morello (2007, como se citó en Berizonce, R., 2010) manifestó al respecto que: “... el tribunal también se adapta a las nuevas realidades económicas, sociales y técnicas jurídicas tendientes a evitar que el derecho, y el proceso que le sirve, lleguen tarde o se conviertan en una respuesta vacía. Es que, si la jurisdicción deja de atender ese ‘ahora y aquí’, frustra lo mejor y necesario de ella y desnuda una modalidad de la privación de justicia al no dar lo que correspondía brindar”.

Resulta fundamental, enfatiza Rojas (2006), a fin de propender a la consecución de una tutela que resulte efectiva e inmediata, reposar nuestra mirada en la importancia que tiene el “poder cautelar” para contrarrestar la urgencia que evidencian algunas situaciones excepcionales, a la luz del llamado por Calamandrei: “ordinario *iter* procesal”, esto es el tiempo que consume naturalmente el proceso judicial. Este “poder cautelar”, lo identificamos como la reacción inmediata, efectiva y prudente, de la jurisdicción, que permite encauzar una situación afligente, y que por cierto cabe diferenciar concretamente de lo que significa una condena, por más que existan atributos o condiciones que permiten confundir un concepto con otro.

Morello, A. (2001, citado en Rojas, J. 2006) sostiene que la doctrina procesal ha avanzado y mucho en el abordaje de las medidas cautelares para propender a su mejor desarrollo en razón de la desmesurada incidencia que tiene sobre el proceso judicial el transcurso del tiempo, cobrando un auge especial, que ha llevado a sostener, parafraseando a Storme –con cita de los Congresos de Derecho Procesal celebrados en Brasilia y en Gante- que aquellas se han constituido en las “vedettes” en el escenario procesal.

No está en discusión la premisa que el factor tiempo, por la desmesurada duración del proceso común, constituye un presupuesto sustantivo de la efectiva prestación de justicia que aseguran las constituciones modernas, las convenciones internacionales y la propia jurisprudencia de los tribunales (Berizonce, R., 2010, p. 78).

Por eso se sostiene que el valor que tiene el tiempo en el proceso es inmenso y, en gran parte, desconocido de manera que las exigencias que se imponen al juez, en orden al tiempo, son tres: detener, retroceder, acelerar el curso del tiempo. En efecto, el juez puede: a) tener necesidad de impedir el cambio de una situación, b) eliminar el cambio ya ocurrido, y c) anticipar el cambio probable o posible (Aberastury, 2020, p. 45).

4.3. Fundamentos

Por tratarse de una resolución de mérito, explica Loutayf Ranea (2022), la medida cautelar debe exponer los fundamentos fácticos (respecto de los hechos y pruebas que se valoran de conformidad con las reglas de la sana crítica –art. 386, CPCCN-) y jurídicos (respecto del derecho que se aplica) que determinan la decisión. La Corte tiene dicho que: “Es condición de validez de los fallos judiciales que ellos sean fundados y constituyan derivación razonada del Derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa” (CSJN, 2712-96, “Enríquez, Alfredo Jorge co/Tomasello SA Com. Ind. Y F. de Ttes. Marítimos, Fluviales y Terrestres”, Fallos: 3193353; Rep. E. D. 31-764, N° 322; citado en Loutayf Ranea 2022).

La CSJN también ha dicho que, si bien las medidas cautelares son decisiones excepcionales, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, ha de ser admitidas cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie – según el grado de verisimilitud – los intereses en juego CSJN, 27-3-2007, E. 85. XLII.ORI, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Mendoza, Provincia de, s/Acción declarativa de Inconstitucionalidad”, (Fallos: 330:1261; 6-6-2017, “Bunge Argentina SA. c/Chaco, Provincia del s/Acción declarativa de certeza”, Fallos: 340:757; como se citó en Loutayf Ranea 2022).

También ha dicho la Corte que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa (Del dictamen del Procurador general al que la Corte remite, CSJN, 29-4-2021, “Goizueta, Andrés Alejandro c/Ejército Argentino. Contaduría

General del Ejército. Estado Mayor General del Ejército. ENA s/Contencioso administrativo-varios” FMP 005845/2104/CS001, Fallos: 344:759, como fue citado en Loutayf Ranea 2022).

Los fundamentos respecto del dictado las medidas cautelares deben referirse a los requisitos de: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela. En tal sentido, la CSJN ha dicho que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente una medida precautoria debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza (CSJN, 18-3-2021, “Porta Hnos. S A. c/Buenos Aires, Provincia de s/Acción declarativa de certeza”, CSJ 331/2017; citado Loutayf Ranea 2022).

4.3.1. Verosimilitud del derecho

Calamandrei (1945, como se citó en Vallafín, 2013, ps. 62 y 63) expresa que: “si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar esta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud”. Por ello, continúa Vallafín (2013), “aquellas deben contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la apariencia del derecho, que puede resultar a través de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria”. La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud.

En tal sentido, Aberastury (2022) expresa que la verosimilitud del derecho se caracteriza como la apariencia o la presunción del buen derecho. Para ello el juez realiza un análisis de la juridicidad de la medida con los elementos que se le aportan y con un examen

que determina la apariencia del mismo. La confirmación de su existencia no constituye una declaración de certeza, sino que, de lo que se trata, es configurar una primera hipótesis, previo al análisis de fondo, para lo cual en un procedimiento sumario se lo puede acreditar por cualquier medio.

La verosimilitud en el derecho es deducir o sospechar que hay un derecho que debe ser defendido o protegido *fumus bonis iuris*, lo que metafóricamente significa “el humo del buen derecho”, presupuesto central para que haya una medida cautelar debido a que, como las medidas cautelares se inician antes o durante una sentencia, el juez no puede saber con exactitud cuál va a ser el resultado del proceso, pero lo que sí sabe es que hay un derecho que puede ser vulnerado o parece que puede vulnerarse.

Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia a principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad (SCJBA, 26-12-2007, “Gómez, Jorge Alberto c/Colegio Nuestra Señora de la Misericordia”, citado por Barbado, P. B. 2010, p. 413).

Con relación a la verosimilitud del derecho ha dicho la Corte que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, ya que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual,

asimismo, agota su virtualidad (CSJN, 9-12-93, “Antonio González SA. c/Provincia de Mendoza”, Fallos: 316:2855; 31-5-99, “Provincia de Río Negro c/Estado Nacional”, Fallos: 322:1135; 2-6-2015, “Droguería del Sud SA. c/Provincia de Buenos Aires”, E D 264-285; 6-6-2017, “Bunge Argentina SA. c/Provincia de Chaco”, Fallos: 340:757; 29-8-2019, N. 180. XLVI.ORI, “Nordi, Amneris Lelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daño ambiental”, Fallos: 342:1417; citado en Loutayf Ranea, 2022, p. 36).

En otros fallos ha dicho la Corte que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, lo cual permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica; si el juzgador estuviese obligado a extenderse en consideraciones respecto de la fundabilidad de la pretensión, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir, de no emitir una opinión o decisión anticipada – a favor de cualquiera de las partes – sobre la cuestión sometida a su jurisdicción (Loutayf Ranea, R., 2022, p. 36).

La Corte de Justicia de Salta sostuvo reiteradamente que las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Dicho análisis no entraña más que un juzgamiento acerca de la probabilidad de la existencia del derecho debatido. Es que en el proceso cautelar no puede pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la cuestión controvertida en el principal, sino uno periférico y superficial encaminado a obtener una declaración de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. La cognición cautelar se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud, teniendo su resultado el valor, no de una declaración de certeza, sino de mera hipótesis, que en el transcurso del juicio y al momento de dictarse la providencia principal, podrá verse si se corresponde con la realidad (Loutayf Ranea, R., 2022, ps. 37 y 38).

Taruffo M. (2005, como se citó en Sosa, T. 2022, p. 69), hace un interesante planteo acerca de cierta confusión entre la verosimilitud y la probabilidad del derecho proveniente de un ensayo de Piero Calamandrei (*Verità e verosimiglianza nel processo civile*, 1930), en el que tomó de la doctrina alemana el vocablo *wahrscheinlichekeit* y lo tradujo como verosimilitud en el sentido de apariencia de verdadero, cuando ese vocablo también significa probabilidad. “Un cuadro que pinta un paisaje puede ser parecido a la realidad sin que ello implique nada acerca de la existencia real del paisaje pintado, que bien pudo salir de la imaginación del pintor, esto es, el cuadro puede ser realista sin ser verídico, puede ser verosímil sin ser probable. Lo que interesa en materia cautelar no es lo verosímil, sino lo probable, siendo que la probabilidad remite a las razones probatorias para creer que lo que se dice del hecho coincide con el hecho”.

Morea A. (2022) realiza una interesante distinción, refiere que en caso de tutela anticipada resultan exigibles los recaudos básicos de las cautelares en general (verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela) pero con un nivel de intensidad acentuado toda vez que la presente medida no se limita a asegurar el resultado práctico de una sentencia, sino a conceder total o parcialmente una presunción determinada a reconocerse en una resolución futura y probable. En efecto, para la tutela anticipada, la doctrina y la jurisprudencia exigen algo más que la simple verosimilitud del derecho: se alude a la “casi certeza”, “certeza suficiente” o “fuerte probabilidad” del derecho invocado.

No obstante, Morea A. (2022, p. 206) aclara que probabilidad no es equivalente a certeza. En este sentido, Taruffo (2005, citado en Morea, 2022), explica que el vocablo “verosimilitud” deriva de un equívoco contenido en la mentada obra de Calamandrei (Verdad y verosimilitud en el proceso civil), en la que este autor utiliza ese vocablo traduciendo del alemán *wahrscheinlichekeit* que, además de verosimilitud, también significa probabilidad. No obstante, son dos conceptos diferentes: una alegación es verosímil porque es creíble, según lo

que suele suceder en el orden natural de las cosas, aunque no haya ninguna prueba que la avale, mientras que es probable si hay pruebas que la sostienen.

“Una alegación puede ser muy verosímil, pero improbable (una novela es una historia coherente pero no necesariamente real) y probable, aunque inverosímil (lo que realmente sucede, avalado por pruebas, no tiene que coincidir siempre con lo que suele suceder según el curso natural y corriente de las cosas). ¿Y qué es entonces la probabilidad?”. Concluye Taruffo que es un punto intermedio entre el desconocimiento y la verdad absoluta – inaccesible humanamente –, que es una verdad necesariamente relativa sostenida por pruebas y así suficiente en el ámbito del proceso judicial, que no es el de la ciencia ni el de la filosofía (Morea, A., 2022, p. 207).

La fuerte probabilidad, concluye Morea (2022), tiene un plus en relación con la mera verosimilitud del derecho, toda vez que aquella exige que la razón del actor no sólo resulte simplemente concordante con la plataforma fáctica y jurídica verificada provisionalmente en la causa, sino además que la razón del actor aparezca clara, protuberante, de modo convincente, por los graves elementos aportados. No obstante, cabe aclarar, que la fuerte probabilidad en modo alguno equivale a certeza.

Mabel De los Santos (2003, como se citó en Morea, 2022, p. 207), al respecto sostiene que el conocimiento judicial para disponer una tutela anticipada no es en grado de apariencia, como en las cautelares típicas, ni en grado de certeza, como sucede en la sentencia definitiva, sino en un estadio intermedio de conocimiento que se ha dado en llamar “certeza previsional”.

4.3.2. Peligro en la demora

La demora es el tiempo que dura el proceso judicial hasta cumplir y agotar su finalidad, que no es otra que la satisfacción eficaz de la pretensión a través de la jurisdicción. A veces transcurre mucho tiempo. Durante esa demora es posible que se mantengan intactas las chances de que una futura sentencia pueda ser más adelante efectivamente realizada con provecho para el accionante, en cuyo caso no corre peligro esa realización. Pero, por esa demora, puede suceder que se diluyan las chances de que una futura sentencia pudiese ser más adelante efectivamente realizada con provecho para el accionante, es decir, puede aparecer un peligro para el resultado útil del proceso. Habrá, entonces, peligro en la demora (Sosa, T., 2022, p. 71).

Ahora bien, plantea Sosa T. (2022), ¿cómo podrían diluirse las chances de que una futura eventual sentencia pudiese ser más adelante efectivamente realizada? Podría ocurrir que, durante el tiempo del proceso, manteniéndose o alterándose fuera del proceso la situación de hecho o de derecho se convierta en imposible o se dificulte el eficaz cumplimiento futuro de la sentencia. ¿Cómo contrarrestarlo? Para evitar que una alteración de la realidad extraprocesal haga fracasar la finalidad del proceso, existe la tutela cautelar conservativa y, al revés, para evitar que el mantenimiento de la realidad extraprocesal haga fracasar la finalidad del proceso, existe la tutela cautelar innovativa.

Cuando hablamos de peligro en la demora hay una problemática factible de ser acreditada que no puede aguardar al dictado de una sentencia, debiendo como consecuencia ser resuelta con antelación. En estos casos embarcarse en un proceso tradicional, cuyos plazos procesales marcan un ritmo estimado, ocasionaría un perjuicio haciendo de este modo imposible su realización Zapatel, M. L., 2022, p. 220).

Aberastury(2020, p. 56) expresa que la doctrina ha caracterizado al peligro en la demora, *periculum in mora*, como el interés jurídico que la justifica, pues se trata de disipar un temor de daño inminente y esta justificación está dada porque la sentencia de fondo a dictarse no evitará el daño que ya se produjo o el desconocimiento del derecho, situación que debe ser merituada por el juez en base a la aportación de las pruebas correspondientes.

Loutayf Ranea (2022) asevera que el “peligro en la demora” consiste en el peligro de daño derivado del retardo que necesariamente conlleva el reconocimiento judicial de un derecho en la sentencia. Rojas (2009, citado por Loutayf Ranea 2022), dice que “peligro en la demora” es un concepto amplio y suficientemente comprensivo para involucrar diferentes tipos de situaciones atendiendo a dos aspectos fundamentales: por un lado, la situación de hecho del derecho que se invoca a fin de tener por acreditado este presupuesto; y por el otro, advertir ese peligro por el desarrollo que impone el proceso judicial, por el simple transcurso del tiempo a la luz de la pretensión ejercida y la urgencia que denoten los hechos en los que sustente, toda vez que ello por sí mismo podría convertir en ineficaz o estéril el pronunciamiento de una posterior sentencia.

El peligro en la demora es el temor fundado de que en oportunidad de tener que actuar el derecho, el fallo judicial que lo reconoce se haya tornado ineficaz (CNCiv., sala M, 31-3-2011, E. D. 243-118). La procedencia del dictado de medidas cautelares depende de la posibilidad de que el tiempo que insume el proceso torne ilusorio el eventual reconocimiento del derecho cuya protección jurisdiccional se pretende (CCAdm. Y Trib. De CABA, sala I, 11-9-2001. E. D. 197-73; como se citó en Loutayf Ranea 2022).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado que quien pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta

exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza (CSJN, 18-3-2021, “Porta Hnos. SA. c/Buenos Aires, Provincia de s/Acción declarativa de certeza”, CSJ 331/2017; como se citó en Loutayf Ranea 2022).

Si bien la admisibilidad de las medidas precautorias no exige el examen de certeza sobre la existencia del derecho, pesa sobre quien solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de su verosimilitud y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifican (CSJN, 12-6-2018, “Administración de Parques Nacionales c/San Luis Provincia de s/Incidente de medida cautelar”, CSJ 642/2010, Fallos: 341:619).

El examen de concurrencia del recaudo del peligro en la demora a fin del dictado de una medida cautelar requiere de una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el fin de establecer objetiva y cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar restan eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego (CSJN, 27-11-2018, “Asociación de Magistrados y Funcionarios de Justicia Nacional c/EN, Consejo de la Magistratura y otros s/Inc. De medida cautelar”, CAF 063646/2017/2/1/RH003, Fallos: 341:1717; como se citó en Loutayf Ranea 2022).

4.3.3. Relación entre verosimilitud en el derecho y peligro en la demora

Arazi R. (2017, citado en Loutayf Ranea 2022, p. 40) expresa que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora se encuentran relacionados entre sí: a mayor verosimilitud del derecho se debe ser menos exigente en el recaudo del peligro en la demora, y viceversa. Si el requisito del *fumus boni iuris* se encuentra plenamente satisfecho, se disminuye notoriamente

la exigencia en la apreciación de los demás recaudos, y, viceversa, cuando mayor es ese peligro, menor es el rigor en lo atinente a la verosimilitud del derecho. Pero, cabe recalcar que esa fórmula no puede desplazar la exigencia de que ambos requisitos siempre deben encontrarse definidos.

Como ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en materia cautelar, sin llegar a justificar la prescindencia de cada requisito de procedencia, es pertinente sopesar la concurrencia de cada cual mediante su prudente balance (SCJBA, I 74316, RSI-236-18, 27-6-2018, “Federación de Sindicatos Municipales Bonaerenses (FESIMUBO) c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad decreto 784/2016”, JUBA, sum. B4006882; como fue citado en Loutayf Ranea 2022).

En sentido coincidente se ha dicho que en el ámbito del proceso precautorio no sólo debe sopesarse la concurrencia de los requisitos de verisimilitud del derecho y del peligro en la demora – artículo 22, inciso 1º, apartados a y b, concordantes -, sino que además es dable efectuar un prudente balance de los mismos, de forma tal de ponderar la configuración de cada uno aminorando, en su caso, el rigor en la nitidez de la presencia de cualquiera de ellos cuando la del otro luce incontrovertible. El mentado balance – de efectuarse – ha de operar en términos de exigir una mayor o menor presencia de los presupuestos legalmente establecidos, sin llegar a justificar la total prescindencia de cada cual (Loutayf Ranea R., 2022, p. 41).

La jurisprudencia es conteste en afirmar que: “La viabilidad de la medida exige la presencia de ambos recaudos previstos en artículo 230 del CPCyCN (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) y que, sin perjuicio de la apreciación en torno al modo e intensidad en que pueden presentarse en cada supuesto en particular, la ausencia de uno de ellos impide el dictado de la cautelar. Es doctrina reiterada que cuanto mayor es el peligro, menor es la exigencia en lo atinente a la verosimilitud del derecho, principio que adquiere

especial relevancia en cuestiones en que se encuentra involucrado el derecho fundamental de la salud (Aberastury, P., 2020, p. 56).

Si el primer requisito que debe tenerse en consideración – verosimilitud del derecho – no se cumple, ya no es necesario analizar la existencia del peligro en la demora, porque más allá de que se demuestre el riesgo inmediato de perder el derecho que se intenta cautelar, la medida precautoria no puede ordenarse si previamente no se acredita, al menos en grado de apariencia, que se ha vulnerado el derecho del peticionante (CApel. de Comodoro Rivadavia, sala A, 20-6-2006, “V., E. A. c/O., M. G. y otros”, citado por Barbado P. B. 2010, p. 410).

Las medidas cautelares no deben interpretarse en forma restrictiva, teniendo como finalidad, el proceso cautelar, asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso. Es decir, que se decretan sobre la base de una apariencia del derecho que se pretende tutelar, pues en ese momento del proceso todavía no se sabe si el derecho garantizado existe, pero responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico (CApel. de Comodoro Rivadavia, sala B, 27-6-2006, “U., R. M. y otra c/V., R. E. y otra”, citado por Barbado P. B. 2010, p. 411).

4.3.4. Contracautela

Su objeto es asegurar el eventual perjuicio que se cause al afectado por la traba de medidas cautelares, abusando o excediendo el derecho que se tuviera. Además, la contracautela puede tender a evitar el requerimiento oportunista o temerario de medidas cautelares.

La contracautela es, desde un punto de vista, la contratara de la cautela. Así, en términos generales, las medidas cautelares aspiran a resguardar el resultado de la sentencia que se dicte,

mientras la contracautela tiene por fin el aseguramiento de la reparación de los perjuicios indebidamente provocados por la medida. Ahora bien, no por ello debemos confundir la contracautela con una medida precautoria, ya que el hecho de que provea seguridad no la convierte en una medida cautelar. La contracautela no tiene existencia autónoma, sino derivada de una medida cautelar, y ésta, a su vez, accede o está relacionada con el proceso principal.

Dada la falta de bilateralización previa y la superficialidad del conocimiento que pudo tener en consideración el juez al decretar la medida, exige la contracautela como condición para la ejecución de aquella.

Típicamente se conocen tres tipos de contracautela, a saber: a) juratoria; b) personal; c) real.

La primera de ellas importa la asunción formal y por escrito del compromiso de responder con el propio patrimonio en caso que se causare un perjuicio. En realidad, este compromiso bajo juramento constituye una mera formalidad que no agrega nada a la responsabilidad legal genérica que deberá asumir –quiera o no- todo aquel que cause un daño injustificado. Por ello, es más frecuente encontrarnos ante la exigencia de fianzas personales o reales. De todos modos, el hecho de exigir que se preste la caución juratoria por escrito puede contribuir a que el peticionante tome conciencia del eventual riesgo asociado, con cierto efecto suasorio.

La caución personal difiere de la anterior, por cuanto es un tercero el que asume el compromiso de hacer frente a los daños. El art. 199 CPCCN admite expresamente la posibilidad de ofrecer garantía de “instituciones bancarias” y “personas de acreditada responsabilidad económica”.

La fianza real implica afectar, mediante embargo, un bien o bienes muebles o inmuebles a las resultas del proceso. Estos bienes pueden ser de propiedad del peticionante de la medida o de un tercero.

El tipo de contracautela exigida, y su entidad, dependerá de la evaluación que el juzgador realice respecto de la verosimilitud del derecho que se alega y de la aptitud que la medida tenga de engendrar daño en la esfera de derechos del afectado. Es claro que la situación es diferente si el juez debe analizar la concesión de una cautelar peticionada en forma previa a la interposición de la demanda, que si lo debe hacer una vez dictada la sentencia definitiva, aunque ésta estuviere recurrida.

La tercera exención está referida a aquellos sujetos a quienes se les hubiere concedido el beneficio de litigar sin gastos. La exención no opera si el beneficio estuviera recién peticionado o aún en trámite. Justamente la insuficiencia de recursos para hacer frente a los gastos derivados del proceso es lo que motiva el criterio del legislador, aunque si luego el peticionante de la medida mejorare de fortuna, y se revocara el beneficio, el sujeto pasivo de la cautela podrá exigir que se imponga la contracautela.

En cualquier momento del proceso el afectado por la medida podrá solicitar la mejora de la contracautela, si entiende que han variado las circunstancias de la causa o si, al notificársele la traba de la medida estimare su inicial insuficiencia. Desde el otro ángulo, quien debe hacer frente a la contracautela puede requerir su disminución –si la exigida fuere, a su juicio, desmedida- o su sustitución por otra que esté más a su alcance. En definitiva, se trata de mantener cierto equilibrio entre las partes y de resguardar lo mejor posible los derechos de éstas.

CAPÍTULO V

Incidencia de la ley 26.854 en la tutela cautelar ambiental con sustento en el principio precautorio

1. La medida cautelar en el proceso colectivo ambiental

La reforma constitucional de 1994 incorporó en nuestro ordenamiento jurídico - junto a los derechos de primera y segunda generación- los derechos de tercera generación, también llamados difusos o de incidencia colectiva, referidos a bienes de pertenencia masiva o social que interesan a una multiplicidad de personas, entre los cuales incluyó al medio ambiente.

La tutela constitucional está enfocada en la esfera colectiva del ambiente, el ambiente como bien de interés social, de incidencia colectiva, ello sin perjuicio de la repercusión singular que esa tutela pudiera tener en la esfera individual. Por su parte, tal protección resulta ser amplia, pues no se reduce al entorno natural, sino que incluye el entorno cultural (Safi, L., 2012).

En ese contexto, la LGA –y la jurisprudencia que la ha interpretado– ha modificado ciertos paradigmas del proceso tradicional para asegurar que el derecho fundamental a contar con un ambiente sano se torne operativo superando cualquier resabio de formalismo o inactividad procesal. Se ha acordado un acceso extenso a la jurisdicción, se ha ampliado la legitimación pasiva y activa, se ha previsto la posibilidad de accionar en forma colectiva (art. 30, LGA), se ha concedido a los jueces mayores facultades como directores del proceso para arribar a la verdad jurídica objetiva y proteger al bien jurídico tutelado (art. 32, LGA), se han alterado las cargas probatorias y se han flexibilizado los criterios evaluativos de la sana crítica (art. 4º, LGA). En otras palabras, el legislador ha procurado que, cuando se

encuentran controvertidos intereses de incidencia colectiva referentes al medioambiente, el proceso se adapte a las superiores necesidades de justicia para que no se frustre el mandato constitucional que tutela el derecho a un medioambiente salubre y apto (Porthié, I. y Goñi, I., 2015).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la tutela ambiental ha sostenido que: “es el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, 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” (CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ 35 Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios” 20/06/06, M. 1569. XL. Originario).

Es sabido que el proceso se debe adaptar al tipo de pretensión que esgrime quien desea utilizar el *iter ritual* para obtener una determinada respuesta de la magistratura. En el caso de la demanda ambiental, será pertinente planificarla, desarrollarla y luego darle trámite en función de las particularidades que presenta el derecho procesal ambiental.

Santiago, María Florencia (2015) plantea: “¿Cómo puede ser ejercido el derecho al ambiente sano que garantiza la Constitución Nacional dentro del sistema judicial?”. Como aproximación a una respuesta, expresa que, en primer lugar, podemos mencionar a los procesos comunes, vale decir, aquellos que son iniciados por acciones civiles, o contencioso administrativas o penales sin mayores particularidades que diferencien al derecho ambiental de otras ramas del Derecho. Seguidamente, podemos reconocer que existen procesos judiciales

especiales (acción de amparo) y otros nominados “procesos colectivos”, por ser la vía judicial para ejercer los derechos de incidencia colectiva. La LGA contempla, en su artículo 30, la posibilidad de procesos colectivos.

La Constitución Nacional, además de reconocer la existencia de derechos de incidencia colectiva, optó por un modelo de litigio colectivo de tipo representativo para tutelarlos en sede judicial. La primera nota característica de este modelo, asevera Giannini, L. (2007, como fue citado en Verbic, F. 2013), es que funciona sobre la base de una ficción legal: considerar presentes en el proceso a los miembros de la clase que son representados por el legitimado colectivo, quien ejerce una representación atípica ya que no resulta necesario que los miembros de la clase le otorguen algún tipo de mandato o autorización expresa para que pueda actuar en su defensa. Más aun, en ciertos casos -mayormente los que comprenden pretensiones de objeto indivisible- el representante está habilitado para actuar en nombre de miembros de la clase que pueden estar en franco desacuerdo con el avance de la acción.

La segunda nota característica de este tipo de procesos, explica Verbic (2013), es que la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia obtenida por el legitimado colectivo se proyecta, en principio, sobre toda la clase involucrada en el conflicto. Por lo tanto, las personas comprendidas en la clase verán afectada su situación por el accionar de representantes (y un abogado o grupo de abogados) que no eligieron, que pueden no conocer y que incluso, en ciertas ocasiones, pueden actuar incluso contra la voluntad expresa de algunas de las personas que representan.

Advierte Verbic (2013) que estamos ante procesos judiciales de naturaleza excepcional. Los conflictos ventilados por estas vías colectivas involucran a grandes números de personas, son de índole policéntrica y, por tanto, su resolución tendrá una extraordinaria incidencia directa o indirecta sobre importantes sectores de la sociedad (cuando no sobre la

sociedad completa). Asimismo, la decisión colectiva que se toma sobre el conflicto resulta, en principio, permanente e inmutable debido a la cualidad de cosa juzgada que adquieren los efectos de la sentencia judicial.

Uno de los atributos peculiares de un proceso colectivo, explica Lorenzetti (2010, como fue citado en Falbo, A. 2017), está dado por los efectos de la sentencia, que son expansivos y siempre indivisibles. La contaminación del ambiente, por ejemplo, obliga a adoptar una medida de prevención o de recomposición única, comprensiva de todo el bien afectado. El derecho al ambiente, entonces, puede ser ejercido dentro de un proceso colectivo, al ser reconocido su bien tutelado, el “ambiente”, como un derecho de incidencia colectiva.

En efecto, como la degradación del ambiente perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, de allí deriva el peculiar énfasis con que los jueces deben actuar para hacer efectiva su tutela. Andrea Meroni (2008, como fue citada en Falbo, 2017) realiza una pertinente aclaración al señalar la diferencia entre los intereses plurales o pluriindividuales y los supra o transindividuales. Los primeros son una suma de intereses individuales, mientras que los segundos quedan definidos por su indivisibilidad ya que exceden a los sujetos que los titularizan de forma indivisible.

En el caso donde el bien afectado es el colectivo, resalta Camps, C. (2014), suele ser determinante actuar con premura para evitar que la degradación dé inicio o bien, si ya se encuentra en curso, continúe agravándose el menoscabo y tornando -cada minuto que pasa- más dificultosa y onerosa la recomposición, cuando no, imposible.

Para servir a la finalidad preventiva del Derecho Ambiental y obtener medidas de ejecución concretas para evitar daños que afecten al ambiente cobran relevancia las medidas cautelares y anticipatorias como herramientas eficaces, justificándose su dictado porque está fuertemente comprometido un derecho de incidencia colectiva y el interés general de la

sociedad, y de generaciones futuras, en evitar la degradación del ambiente (Porthié, I. y Goñi, I., 2015).

En esta línea, infiere Falbo (2017) que la medida cautelar ambiental, a la que le agrega: “colectiva”, en cuanto medida de prevención de todo el bien ambiente, es una especie subsumida dentro del género proceso colectivo ambiental.

Las medidas cautelares, asevera Camps (2014), habilitan la rápida adopción de medidas en pos de evitar o minimizar deterioros ambientales, mientras sigue adelante el trámite del proceso de conocimiento de que se trate hasta que, luego de cumplidos los pasos que permiten el adecuado y profundo ejercicio del derecho de defensa, sobrevenga la sentencia correspondiente. Pronunciamiento que habrá de acompañar -o no- lo ya dispuesto de modo cautelar. Si la pretensión actoral se verifica procedente y se acredita debidamente el actuar dañoso del demandado, la sentencia encontrará al bien colectivo preservado por la medida cautelar. Incluso, en muchos casos, la recomposición sólo será posible gracias a la aplicación de la mentada actividad cautelar.

Ante la necesidad de resolver una medida cautelar ambiental el Juez se transforma en “Juez ambiental”, con otra energía. Ello implica, entre otras cosas, que habrá de utilizar enfoques, mecanismos de pensamiento y de actuación; y maneras de decidir acordes con la materia. “La Corte reclamó en la sentencia del 20 de junio de 2006 (Fallos: 329:2316) una actuación enérgica de los jueces en defensa del ambiente”. Esa particular energía debe evidenciarse en los despachos cautelares de tipo ambiental (Falbo, 2017).

La Corte Suprema, destaca Berizonce (2012, como fue citado en Falbo, 2017), ha venido diseñando un conjunto de técnicas de aplicación a los conflictos de interés público, entre los que se destacan numerosos casos ambientales, como recientemente lo ha hecho en el caso “Cruz, Felipa y Otros c. Minera Alumbrera Limited y Otro s/sumarísimo” CSJ 154/2013

(49-C)/CS1 (en adelante “Cruz”), sentencia del 23/02/16. En el mencionado fallo se establecieron relevantes pautas definitorias y estructurantes de la medida cautelar ambiental colectiva, todas de enorme eficacia protectoria del ambiente. Esas pautas permiten sostener el especial y extraordinario enfoque que requiere una medida cautelar ambiental colectiva, en lo concerniente a su abordaje, análisis y forma de decisión.

La sentencia, señala Falbo (2017) respecto del caso “Cruz”, indica claramente cómo la medida cautelar ambiental impone un abordaje especial y diferente. Explica que no puede enfocarse, ni analizarse, ni decidirse, con las mismas pautas cognitivas, ni bajo los mismos esquemas lógico jurídicos clásicos que se han utilizado hasta ahora para otras temáticas.

La sentencia del mentado caso “Cruz” comentada por Falbo (2017) se destaca como una pieza de tutela ambiental excelente, en consonancia con el Estado de Derecho Ambiental que irradia el art. 41 de la Constitución Nacional sobre todo el material normativo, en torno a lo cual ha sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que ha expresado: “La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho” (“Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz Provincia de y Otro s/Amparo ambiental”, 5258/2014, del 26/04/2016).

Una cuestión de singular relevancia que contiene el fallo (Cruz), afirma Falbo (2017), es la excepción de casos de daño –o de riesgo- ambiental a la regla clásica que determina el no otorgamiento del Recurso Extraordinario Federal en lo que respecta a medidas cautelares. Ello así, debido a la operatividad y efectividad que exige el Derecho Ambiental. Se trata, dice Lorenzetti (2008, como fue citado en Falbo, 2017), de una mecánica claramente

encaminada a superar el déficit de aplicación del Derecho Ambiental, ya que “uno de los problemas típicos de la legislación es la diferenciación entre la ley y su aplicación, concebidas como fases diferentes. El paradigma ambiental pretende una regulación continua”.

En tal sentido, el fallo expresa que, “en primer término, cabe recordar que las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten, como regla, el carácter de sentencias definitivas, principio que -en casos como el presente- admite excepción cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior”.

En función del énfasis preventivo que demanda la tutela del ambiente por las particularidades y complejidad del daño ambiental, existe identidad entre protección del ambiente y tutela anticipada que exime de nuevos y más gravosos requisitos de admisibilidad a las medidas cautelares. El daño ambiental tiene en muchos casos efectos irreversibles o de muy difícil recomposición, lo que alienta a no esperar a que ocurra el daño para actuar, adoptando una actitud proactiva de anticipación para evitar que el daño se concrete. Ello implica actuación frente al riesgo de daño ambiental.

Precisamente, el Derecho Ambiental fue ideado para prevenir ese daño y evitar su producción, sin perjuicio de regular también su recomposición y ulterior resarcimiento. En la mayoría de las veces, cuando el ambiente se degrada no es posible una reparación completa, por esa razón, la función esencial y prioritaria del Derecho Ambiental es prevenir la consumación de un daño ambiental, por tratarse de un bien muy difícil de recomponer. Por consiguiente, el Derecho Ambiental apunta a actuar *ex ante* y no *ex post facto* de la producción de un evento dañoso para el ambiente (Porthié, I. y Goñi, I., 2015).

Los principios ambientales, en especial el preventivo y el precautorio, diseñan la medida cautelar ambiental colectiva otorgándole caracteres que no se compadecen con las medidas cautelares solicitadas en otras temáticas. El principio precautorio permite minimizar las exigencias para el otorgamiento de medidas cautelares y aliviana la tarea judicial permitiendo que no sea exigible la prueba de la verosimilitud. Estos principios apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los fines del art. 41 de la Constitución Nacional. Asimismo, el Juez se transforma en “Juez ambiental” con otra energía en defensa del ambiente (Camps C., 2014).

Como al ambiente se le reconoce una tutela diferenciada, de trato preferente, la procedencia de medidas cautelares y anticipatorias se funda principalmente en el Principio Precautorio que, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 25.675, integra los “Principios de la política ambiental”. El texto establece que la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública. Ello implica tomar medidas tuitivas frente a una incierta amenaza de daño ambiental, es decir que en caso de duda debe priorizarse la protección del ambiente en un ámbito de incertidumbre con efectos todavía desconocidos e imprevisibles a fin de evitar un daño futuro.

Si bien las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, en el ámbito del Derecho Ambiental no sólo no se exige un examen de certeza para el dictado de una medida cautelar que tutele provisionalmente el ambiente, sino que, por aplicación del principio precautorio, tampoco se exige que exista un riesgo cierto y probable de que ocurra el daño que se pretende evitar, ya que este principio implica la adopción de medidas tendientes a evitar el riesgo de un daño grave o irreversible al ambiente aunque su ocurrencia no se encuentre

científicamente comprobada. Basta que ese daño pueda razonablemente ocurrir, aun sin que el requirente cuente con certidumbre científica que justifiquen sus dichos.

Cafferatta (2014) refiere que la incertidumbre requiere determinar si al momento de tomar la decisión existe la falta de conocimiento científico sobre la probabilidad de un daño grave o irreversible, y en tal caso ordenar las medidas de investigación para reducirla. Si se agotan las investigaciones, debería probarse al menos, un escenario en que la actividad produzca un daño grave e irreversible, para descartar los supuestos inocuos.

La certeza, alega Camps (2014), nunca será requerida en el plano cautelar: mucho menos en lo ambiental donde esa condición del conocimiento del juzgador ni siquiera es requisito para la sentencia final si juega el principio de precaución. De tal modo, una medida de cautela material, que de por sí se puede disponer de modo acelerado, llegará aún más rápido en el terreno ambiental por aplicación del principio precautorio, que permite una actividad probatoria aún más simple y liviana que la usualmente exigida en otros terrenos.

En efecto, señala Camps (2014) que si para la sentencia final o de mérito, en este peculiar contexto, no se requiere certeza respecto del efecto contaminante, la simple "verosimilitud del derecho" para obtener una cautelar que proteja de esa misma contaminación será de un nivel o tipo de conocimiento todavía menor que el que se requiere en el contexto de la protección de otros tipos de derechos.

No obstante, Camps (2014) sostiene que, si bien en el campo procesal ambiental el juez ve aumentados sus poderes oficiosos, se entiende que la aplicación del principio precautorio para la ponderación del *fumus bonis iuris* debe ser debidamente esgrimido en el pedimento cautelar. Adoptando el ingenioso juego de palabras de Cafferatta, que dice que es necesario contar con la "certeza de la incerteza", agrega Camps que el juez deberá aludir a esta realidad cuando funde la adopción del resguardo solicitado.

El Derecho Ambiental, en definitiva, ha fijado un estándar de menor rigurosidad para que los jueces dispongan medidas cautelares eficaces tendientes a evitar daños graves e irreparables en el medioambiente. Medidas cautelares que se ven potenciadas por la contribución del principio precautorio, explotando al máximo los recursos protectorios que brinda el Derecho Ambiental.

En efecto, la consideración de los clásicos presupuestos de concurrencia para el dictado de las medidas cautelares en materia ambiental ha experimentado una flexibilización razonable en atención a la trascendencia y gravitación colectiva sobre el interés general que la cuestión debatida reviste. En ello influye esencialmente el carácter marcadamente preventivo que ilustra al Derecho Ambiental, que saca a las medidas cautelares de su quicio tradicional (Porthié, I. y Goñi, I., 2015).

En esta dirección apunta la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al fallar: “La tutela del medioambiente, patrimonio de todos, justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia ya que el deterioro ambiental progresa de modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo, por lo que interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia y justificar cierto grado de transgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad no debe entenderse como una indebida limitación a las libertades individuales, pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno ni para restringir la libertad que tiene todo individuo de usar y gozar del ambiente” (SCJBA, 19-5-98, “Almada, Hugo N c/Copetro SA y otro”; “Irazu, Maragarita c/Copetro SA y otro”, L.L. 1998-943, como se citó en Porthié, I. y Goñi, I., 2015).

Luego de señalar los principios de prevención y precaución la Corte Federal expresa: “Es a la luz de estos principios... que deben entenderse las facultades que el art. 32

de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer de todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse (Fallos: 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni)”.

Ello determina, para Falbo (2017), una interpretación de la medida cautelar ambiental desde una nueva y moderna concepción de corte finalista. Lo que adquiere peso principal es esta pauta: han de adoptarse las medidas necesarias para proteger el ambiente. El fallo expresa: “En ese sentido, no puede dejar de señalarse que, en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4º de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (Fallos: 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni).”

De lo dicho surge que se ha de comprender que la medida cautelar ambiental es, en esencia, un medio para lograr un fin. Y que ese fin no es otro que hacer real y efectivo lo establecido por el art. 41 de la Constitución Nacional. Resulta evidente el fundamento constitucional de la medida cautelar ambiental, en tanto es un medio para lograr hacer efectivos los propósitos y fines del art. 41 de la CN. Por ello puede afirmarse que se trata de una medida cautelar constitucional.

En efecto, la decisión judicial, comenta Falbo (2017), queda entonces determinada y definida por una visión finalista, obligada a concretar el medio jurisdiccional idóneo que logre la operatividad específica, y tempestiva, de la norma constitucional aludida. El fallo señala: “Es a la luz de estos principios - que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional (Fallos: 329:3493, disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni) -”.

Por esa razón, las medidas cautelares y anticipatorias son una herramienta fundamental, congruente con la finalidad preventiva del Derecho Ambiental (proclamada en los artículos: 42 de la CN, y 4° de la LGA), con la que cuentan – tanto las partes como el juez actuando *ex officio* – para evitar o anticipar una tutela específica ante la posibilidad – o el mero riesgo – de que ocurra un acontecimiento disvalioso para el medioambiente o para neutralizar sus consecuencias perjudiciales.

2. Medidas cautelares frente a la Administración

El Derecho Procesal Administrativo contiene características propias que lo distinguen del procedimiento civil y comercial, pues la pretensión cautelar tiene por objeto lograr una tutela anticipada ante la posibilidad de que la Administración prive al particular de los derechos reconocidos constitucionalmente, donde se encuentra presente el interés público. Generalmente, contiene un factor de prevención para que no se pongan en ejecución actos administrativos o reglamentos en el ejercicio de la función administrativa que puedan ocasionar, en forma actual o eventual, perjuicios (Aberastury, 2020, p. 47).

Se trata de una pretensión donde convergen finalidades privadas y públicas, pues es el juez quien procede a requerimiento del particular o en ciertas circunstancias de oficio. No

sólo se trata de una tutela anticipada, explica Aberastury (2020), sino que tiene por objeto balancear la igualdad dentro del proceso, donde una de las partes tiene facultades o potestades que no permiten llegar al principio de igualdad de armas en tanto existe una relación de superioridad frente al particular.

En efecto, en virtud del artículo 12 de la Ley 19.549 (artículo sustituido por el art. 33 de la Ley N° 27.742, B O. 8/7/2024), el acto administrativo goza de presunción de legitimidad, por lo tanto, la prueba de su ilegitimidad recae sobre el particular afectado. Precisamente, la característica del proceso contencioso administrativo es la ejecutoriedad que se le reconoce a los distintos actos que pueda dictar la Administración en la medida en que, por sí y ante sí, puede poner en ejecución un acto o una normativa, merced a las potestades que se le reconoce.

“Si bien los actos administrativos resultan por ley presuntamente legítimos, de cuyo carácter se desprende su fuerza ejecutoria, no se puede inferir que, en forma dogmática, devenga imposible el dictado de una medida cautelar a su respecto, ni extremar el criterio de admisibilidad a punto tal que se exija un verdadero juicio de certeza del derecho invocado y no su verosimilitud, propio de las medidas cautelares” (STJ de Santiago del Estero, 12-10-2006, “Taviaglioni, Walter Noe c/Gobierno de la Provincia s/Recurso contencioso).

Si el principio de igualdad de armas entre las partes destaca la importancia de las medidas cautelares, puede afirmarse, dice Vallefín (2013), que aquella se redobra cuando se trata de pleitos contencioso-administrativos. De un lado, porque los actos administrativos cuya anulación judicial se reclame, se presumen legítimos, gozan de ejecutoriedad y los recursos que se deduzcan contra aquellos no suspenden su ejecución. De otro, porque la conciliación entre la celeridad y la ponderación son más difíciles de alcanzar en este ámbito.

La celeridad debido a que –con excepción de las acciones de amparo- el particular no puede acudir directamente a los tribunales para obtenerla, sino que debe recorrer y agotar la instancia administrativa previa. La práctica, agrega Vallefín (2013), revela que este principio, a veces, es utilizado ritualmente con la desviada finalidad de postergar o frustrar el necesario control judicial sobre el comportamiento administrativo. La situación es aún más grave cuando era extendido a la acción de amparo, desnaturalizando tanto el sentido del recaudo, como la finalidad de la acción. La ponderación, porque en el proceso contra el Estado, el pedido cautelar abrirá un conflicto entre el interés del demandante y el público de la Administración demandada, conflicto de difícil solución. El sistema cautelar, entonces, determinará en buena medida el grado de eficacia del control que los tribunales ejercen sobre los comportamientos estatales a la hora de la sentencia definitiva.

Nos resulta muy pertinente, a los fines de este trabajo, la reflexión de Vallefín (2013) acerca de las “virtudes y miserias” de las medidas cautelares, señalando las bondades del sistema cautelar y también las debilidades que le son propias. El dictado de estas medidas supone realizar un juicio de probabilidades. El cuadro fáctico –y a veces el normativo- no está completo. La urgencia –genuina o simulada- apresura al tribunal. La difusión en los medios de comunicación le da notoriedad. La discusión pública anticipa impactos según el sentido que tenga la decisión.

El juez, alega Vallefín (2013), puede advertir que su competencia es dudosa: si se desprende de la causa, la desprotege; pero si la conserva, se arroga poderes de los que carece. El juez puede advertir que faltan elementos para acabar el cuadro probatorio inicial: mientras intenta completarlo, el daño se consuma; si se conforma, da crédito indebido a una versión parcial. El juez puede advertir la existencia de un interés público en la cuestión: pero no lo afectará si la concede para el caso concreto, o la denegará si teme que así se extenderá a casos análogos.

A lo dicho, agrega Vallefín (2013) que “las últimas décadas dan cuenta de medidas cautelares dispuestas por jueces claramente incompetentes, de decisiones que con indebido apresuramiento definen –sin debate- cuestiones jurídicas complejas, de indebido avance en áreas reservadas a los otros poderes del Estado, de mandatos cautelares –y de procesos- que se prolongan indefinidamente. Pero también, ese tiempo ha dado noticias de logros notables: las que ordenaron la entrega de medicamentos a personas gravemente enfermas, las que ordenaron el suministro de agua potable a grupos o poblaciones sin ella, las que impidieron la contaminación del medio ambiente, las que preservaron el patrimonio histórico o arquitectónico amenazado, las que tutelaron los pueblos originarios desplazados, las que acabaron con prácticas discriminatorias en colegios públicos, las que impidieron la demolición de edificios emblemáticos, las que permitieron la libre circulación de libros, las que garantizaron el acceso a una vivienda digna, las que reincorporaron a sus cátedras universitarias a las voces disidentes”.

Cabe, asimismo, considerar la advertencia de Tarzia, G. (1993, como fue citado en Vallefín, 2013), cuando expresa: “La intolerable lentitud de los procesos ordinarios constituye uno de los principales motivos que origina la proliferación de procesos cautelares. Pero esta proliferación –se afirma- es reveladora de una crisis del sistema procesal. Y ‘solo la recuperación de la funcionalidad del proceso ordinario podrá reconducir a las medidas cautelares al cauce de su función, subsidiaria e integrada y no sustitutiva de la jurisdicción ordinaria’. Es decir, el *desiderátum* de debería ser fortalecer el proceso ordinario ‘inspirado en la lógica de la garantía y de la eficiencia, y no en la de la emergentica, siempre traumática’ que domina las cautelares”.

3. Ley 26.854. Generalidades

La Ley 26.854 - sancionada el 24 de abril de 2013, promulgada el 29 de abril de 2013 y publicada en el Boletín Nacional del 30 de abril 2013 - que regula un nuevo régimen en materia de medidas cautelares contra, o peticionadas por, el Estado nacional, integra un paquete de leyes denominadas de “Democratización de la Justicia” que, a iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional, establece reformas al sistema de administración de justicia federal.

Las restantes son: Ley 26.853, de Autarquía Judicial de creación de Cámaras Federales de Casación; Ley 26.855, de modificación del Consejo de Magistratura; Ley 26.856, de Publicación Íntegra de Acordadas y Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Ley 26.857, que modifica la Ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública; Ley 26.861, de Ingreso Democrático e igualitario al Poder Judicial.

Éstas tuvieron por finalidad controlar la independencia del juez, no sólo al crear cámaras de casación por sobre las cámaras federales existentes, sino a través de una nueva integración del Consejo de la Magistratura - con cinco nuevos miembros académicos y científicos interdisciplinarios, que podrán provenir de otras profesiones no ligadas al Derecho – para obtener una mayoría política en dicho órgano y, de esta manera, tener el control disciplinario de los jueces (Aberastury, 2020).

Con relación al tema, Gómez de la Fuente, P, (2013), manifestó: “Quedó claro en los debates que no se trata de personalidades académicas del derecho, sino que pueden ser astrónomos o veterinarios, pese a que las funciones del Consejo son absolutamente atinentes al funcionamiento de la justicia y no a otra cosa. Dicho esto, por supuesto, sin faltar la consideración debida a veterinarios y astrónomos, que son dignísimas profesiones, pero nada tendrían que ver con el Consejo de la Magistratura”.

El artículo 2° de la Ley 26.855 estableció que el Consejo estará integrado por diecinueve miembros, de acuerdo con la siguiente composición:

1. Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno a la que resulte en segundo lugar.

2. Tres representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno a la que resulte en segundo lugar.

3. Seis representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán cuatro representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos a la que resulte en segundo lugar.

4. Seis legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría.

5. Un representante del Poder Ejecutivo.

No obstante, por Sentencia de la CSJN de fecha 18/06/2013, dictada en Autos: 'Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13) s/ acción de amparo' se declara la inconstitucionalidad del presente artículo).

El Poder Ejecutivo Nacional el 8 de abril de 2013 envió al Congreso de la Nación el proyecto de regulación de las medidas cautelares frente al Estado o de sus entes

descentralizados junto con el mensaje 377/13. El documento suscripto por el Jefe de Gabinete y el Ministro de Justicia de la Nación destaca la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen orgánico que regule el proceso judicial frente a las autoridades públicas. Tal situación derivó en la aplicación analógica a los procesos contra el Estado de un cuerpo destinado a reglar las relaciones procesales entre particulares, esto es, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que ello se proyecta directa e inevitablemente sobre el régimen de las medidas cautelares (Vallafín, C., 2013, p. 43).

Asimismo, el documento señala la diferencia de nuestro ámbito federal con lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos provinciales y extranjeros – América Latina y Europa continental – que prevén una legislación específica y orgánica de la tutela cautelar en procesos judiciales frente a las autoridades públicas.

El vacío legal existente en la materia, agrega el mensaje, “trajo consigo consecuencias paradójales pues, a pesar de la autonomía que tiene el derecho administrativo en la historia jurídica de nuestro país (...) el trámite y los requisitos de admisibilidad y procedencia de las medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados se encauzan por conducto de las mismas normas procesales que rigen el proceso entre particulares, ignorándose, de ese modo, la preeminente nota de interés público que gobierna toda la actividad estatal”.

3.1. Estructura del texto legal

La Ley 26.854 – siguiendo la descripción de Vallafín (2013) - tiene veintiún artículos que articulan el nuevo sistema de medidas cautelares frente al Estado nacional. Se divide en dos títulos: el primero, “De las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional”, comprende desde el artículo 1° hasta el artículo 19, y el

segundo, “Normas complementarias”, contiene dos artículos, de los cuales uno, el 21, es de pura forma.

La ley comienza definiendo el ámbito de aplicación a “las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por estos”, y en su artículo 2° continúa con previsiones en torno a las medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes.

El artículo 3° se refiere a la idoneidad del objeto de la pretensión cautelar y seguidamente incluye como novedad un informe que debe requerir el juez a la autoridad pública demandada, previo a la resolución, que “dé cuenta del interés público comprometido en la solicitud”, según expresa el texto del artículo 4°.

La novedad más relevante, siempre citando a Vallafín (2013), la trae el artículo 5° en cuanto prevé un plazo de vigencia de seis meses para las medidas cautelares frente al Estado, con posibilidad de la admisión de una prórroga de hasta igual período, por medio una resolución fundada del juez o tribunal que pondere el interés público comprometido y considere que ello es procesalmente indispensable. En procesos sumarísimos y de amparo, el plazo estipulado es de tres meses. Asimismo, estipula los supuestos en los cuales la medida precautoria no tendrá plazo de vigencia. Utiliza como técnica la remisión a los supuestos del artículo 2°, inciso 2°, es decir cuando “se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza ambiental”.

La norma expresa el carácter provisional de las medidas cautelares, su posible modificación y los supuestos en que opera la caducidad, en los artículos: 6°, 7° y 8°, respectivamente.

El artículo 9° establece que los jueces no podrán dictar medidas que afecten bienes o recursos propios del Estado, así como tampoco imponer cargas pecuniarias en cabeza los funcionarios públicos.

En los artículos 10 al 12 se contemplan cuestiones referidas al requisito de la contracautela, su extensión o mejora.

La ley, en cuanto a la regulación especial, contempla tres tipos de medidas cautelares: la suspensión del acto administrativo (artículo 13), la medida positiva (artículo 14) y la medida de no innovar (artículo 15).

El texto contempla, asimismo, en el artículo 16, los requisitos que debe acreditar el Estado nacional o sus entes descentralizados para requerir el dictado de una medida cautelar.

El artículo 17 trata de la llamada “Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos”, prevé la posibilidad que tiene el Estado o sus entes descentralizados de requerir todo tipo de medidas cautelares en supuestos en que los servicios públicos no sean prestados con normalidad o existan amenazas inminentes de que ello pueda ocurrir. Quedan expresamente exceptuados los conflictos en materia laboral que se rigen por las leyes vigentes en la materia y por los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (actualmente Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social del Ministerio de Capital Humano).

La ley establece la aplicación de las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al trámite de las medidas cautelares que constituyen su objeto, en cuanto no sean incompatibles con su propia regulación.

La LMC dispone, en forma general, que no es aplicable a los procesos referidos a las acciones de amparo regidos por la Ley 16.986. No obstante, a continuación, establece importantes excepciones respecto de lo establecido en los artículos 4° inciso 2, 5°, 7° y 20. Este

es un punto de singular relevancia para nuestros estudios, respecto de situaciones vinculadas con el Principio Precautorio, en el supuesto de acción u omisión lícita del Estado que genere un riesgo potencial de daño ambiental, ya que en este supuesto se discute si la acción de amparo es la vía más idónea.

Finalmente, el Título II contiene un artículo residual – el 20 – que regla un especial procedimiento de inhibitoria entre jueces de una misma circunscripción judicial en causas en que el Estado o sus entes sean parte y previsiones en torno a conflictos de competencia.

3.2. Ámbito de Aplicación

Artículo 1º: Ámbito de aplicación. Las pretensiones cautelares postuladas contra actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley.

La formulación de la norma que se analiza es amplia, de modo tal que comprende la administración centralizada y las formas conocidas de descentralización. Pero, también, la actividad del Poder Legislativo – cuando se impugnan leyes o la actividad administrativa del Congreso de la Nación – y del Poder Judicial, cuando se cuestionan actos administrativos o reglamentos instrumentados a través de las denominadas acordadas (Vallefín, C., 2013).

En cuanto a las pretensiones, agrega Vallefín (2013), la ley no formula distinciones, y por ello habrá que interpretar qué comprende a las formuladas en toda clase de procesos. Sin embargo, habrá que considerar la exclusión que realiza el artículo 19 con relación a la acción de amparo y a aquellas que deriven de un régimen legislativo especial.

El ámbito de aplicación de la LMC, en cuanto al sujeto alcanzado por la pretensión cautelar, ha sido delimitado a toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados. La definición comprende toda clase de tutela, incluyendo a las medidas autosatisfactivas, a la anticipada por urgencia, habiendo, asimismo, introducido modificaciones a la acción de amparo (Aberastury, 2020).

El Estado nacional, prosigue Aberastury (2020), es uno solo y con la expresión “Poderes”, terminología que se encuentra en el Título Primero de la Constitución Nacional, en realidad se trata de la asignación de funciones o competencias específicas encomendadas al Ejecutivo, al Legislativo y al Judicial, en forma exclusiva y excluyente por la Constitución. Conforme la terminología utilizada y las menciones a los sujetos comprendidos en el resto del articulado, el legislador de la LMC hace referencia, mediante el uso de la expresión: “Estado nacional”, a la función administrativa pues, en el artículo 13, se refiere a la suspensión de un reglamento, un acto general o particular que, conforme la doctrina administrativa, tiene lugar en los distintos Poderes que componen al Estado, aunque también menciona la función legislativa y judicial de manera específica e individualizada.

La falta de precisión de la LMC cuando hace mención al Estado nacional, si sigue un criterio subjetivo o involucra también el objetivo o material, implica la necesidad de interpretar su alcance en tanto que, para el caso de que la conducta objetada emanara del Poder Ejecutivo no existiría mayor duda, para lo cual se emplea un neto criterio subjetivo. Sin embargo, el ámbito de aplicación no es claro cuando se trata de ejercer una pretensión cautelar, en caso de un hecho, acto o conducta emanada del Poder Legislativo o del Judicial, en ejercicio de la competencia material que, en forma exclusiva y excluyente, le ha sido constitucionalmente asignada o en este caso, únicamente, la LMC se refiere al ejercicio de la función administrativa que puede ser ejercida dentro del ámbito de estos “Poderes”. Con relación a la función administrativa, ésta se encuentra comprendida en la medida en que el

artículo 13, inciso 2°, refiere a reglamentos o actos de alcance general sin mencionar, de modo subjetivo, de dónde provienen (Aberastury, 2020).

A modo de ejemplo, si la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Consejo de la Magistratura o cualquier órgano integrante del Poder Judicial o el Ministerio Público, dicta una determinada reglamentación o un acto administrativo, en ejercicio de la función administrativa que le corresponde, la falta de mención específica en la LMC no obsta a considerar que se encuentra comprendida dentro del ámbito de su aplicación. Igualmente sucede dentro del ámbito del Poder Legislativo.

Aberastury (2020) avanza más en su análisis poniendo en cuestión si es procedente la aplicación de la LMC para dictar una medida cautelar durante la sustanciación del procedimiento constitucional que conduce al dictado de una ley o en el caso de una medida cautelar que tenga por objeto suspender o tener injerencia en otro proceso judicial a cargo de otro juez, aun en el caso de que se trate de cuestiones vinculadas, como puede suceder en la hipótesis de que se encuentre dirimiendo la nulidad de un acto administrativo y pretenda dictarse una medida que suspenda la ejecución de una multa que dicho acto impuso, que tramita en otro proceso. El artículo 13 de la LMC posibilita la interpretación en la medida que se refiere a la procedencia del pedido de suspensión de los efectos de un acto estatal, ya sea un acto general o particular o de una ley.

Como afirma Cassagne, citado por Aberastury (2020), la función administrativa es de difícil conceptualización por las distintas actividades que se desarrollan y sólo podría contenerlas dentro de una explicación teleológica que indique el fin que permita distinguirla como tal. En consecuencia, se puede arribar a una primera conclusión respecto del ámbito de aplicación de la LMC: como principio general le será aplicable en la medida que el acto, hecho

por acción u omisión o actividad emanado de la autoridad pública provenga de cualquier Poder del Estado si, materialmente, se está ante el ejercicio de la función administrativa.

3.3. Jurisdicción y Competencia

El artículo 2° de la LMC se refiere a las medidas cautelares dictadas por Juez incompetente. Al respecto establece que:

1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes.

Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.

2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

No está de más asegurar el entendimiento de conceptos que se utilizan con frecuencia, para el caso consideramos pertinente citar a Falcón (2006, ps. 5 y 6), quien conceptualiza a la jurisdicción como “un Poder del Estado destinado a la solución de los conflictos jurídicos entre las personas que se encuentran dentro del ámbito del ejercicio de su

poder resolutivo”. Ello se complementa con la *executio* como el ejercicio del poder de hacer cumplir decisiones (Alsina, H., 1941, como fue citado en Aberastury, 2020, p. 84).

La jurisdicción comprende tres atribuciones: a) de decisión (*notio*), por ella, el juez conoce, provee, decide e instruye el proceso, recogiendo el material necesario; b) de coerción (*imperium*), empleo de la fuerza del Estado para obligar a cumplir, y c) de documentación, por la cual lo que ocurre durante la tramitación ha de ser documentado para haga fe de lo sucedido (Colombo, C., 1969, citado en Aberastury, 2020, p. 84).

La competencia estudia la organización de quienes se encuentran llamados a ejercer la jurisdicción y su análisis permite determinar el juez que le toca intervenir en concreto en una causa, es decir, qué fracción de la jurisdicción le corresponde ejercer. Según Calamandrei (citado en Aberastury, 2020), la competencia puede dividirse en objetiva, conforme la materia y el valor del asunto; funcional, que se refiere a la pluralidad de instancias o grados y al territorio en cuanto se examina la distribución por elección, conexión o remisión, y por ello, sostiene Aberastury (2020), que para Couture la competencia es la medida de la jurisdicción. Expresa este autor que un juez competente es, al mismo tiempo, un juez con jurisdicción, pero, un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia, criterio que ha sido puesto en riesgo en la LMC.

Un juez tiene todos los poderes que le son inherentes al ejercicio de la jurisdicción, tanto en lo que se refiere a la cognición como a la ejecución y, al no existir un código procesal que regule el procedimiento en las causas contencioso-administrativas y civiles y comercial que tramitan en el fuero federal, se le aplican las reglas previstas en el CPCyCN. Éste establece que la competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable e indelegable, conforme lo disponen los artículos 1° y 3°, por lo que toda demanda deberá ser

interpuesta ante juez competente y agrega “siempre que de la exposición de los hechos resultare no ser de la competencia del juez ante quien se deduce, deberá dicho juez inhibirse de oficio”.

Asimismo, es pacífica la jurisprudencia que ha expresado que “la relación de interdependencia, subordinación o accesoriedad impone que el magistrado que previno en el asunto se mantenga en el conocimiento de todas aquellas causas que son derivación directa o inmediata de la originaria, aun cuando ésta hubiera concluido su trámite”. De lo expuesto se deduce que el principio general es que, para conocer en una medida precautoria, es juez competente el que le corresponda conocer en la pretensión principal. (Aberastury, 2020, p. 85).

En el marco de una medida cautelar formulada contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, la CSJN ha expuesto que el juez interviniente es el que debe expedirse sobre la cuestión de competencia al momento de pronunciarse sobre aquella, si no lo hubiera hecho antes, según lo dispuesto por el artículo 2º, apartado 1º, de la LMC, dado que la norma no brinda otra oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión, distinta de las previstas en los artículos 4º, 10 y 352 del CPCyCN, (del precedente Competencia FSM 16080361/2010. “Alcaraz, Bernardo Aníbal c/Estado Nacional, Servicio Penitenciario Federal s/Suplementos Fuerzas Armadas y de Seguridad”, del 19-05-2015, RC J 5057, al que remite; Competencia FSM 2287/2012/CS1, “Negri, Carlos Alejandro c/EN, SPF s/Ordinario”, del 7-7-2015, RC J 5073/20; como fue citado en Aberastury, 2020).

Existen dos tipos de supuestos en la pretensión cautelar, aclara Aberastury (2020), por una parte, los que responden a la tutela anticipada a la interposición de la acción y, por otra parte, aquellas pretensiones cautelares que se deducen en forma conjunta o posterior a la interposición de la acción. La LMC en su artículo 3º, inciso 1º, establece: “Previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente

resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso”. En relación con la competencia, la norma sólo indica de forma genérica que el juez deberá expedirse sobre la competencia al momento del dictado de la cautelar, salvo que lo hubiere hecho con anterioridad.

Al no fijar reglas precisas sobre competencia en materia cautelar, es pertinente aplicar, supletoriamente, el CPCyCN conforme lo dispone el artículo 18 de la LMC: “Serán de aplicación al trámite de las medidas cautelares contra el Estado nacional o sus entes descentralizados, o a las solicitadas por éstos, en cuanto no sean incompatibles con las prescripciones de la presente ley, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

De acuerdo con lo establecido en el CPCyCN, sostiene Alberastury (2020), los principios contenidos con relación a la competencia de la tutela cautelar se encuentran en el artículo 6°, inciso 4, donde se dispone que, para las medidas preliminares y precautorias, será competente el juez que deba conocer en el proceso principal, principio que fue sostenido por la jurisprudencia desde antaño, y esta regla se aplica con razón del territorio, de la materia y de las personas, pero la competencia territorial puede ser objeto de prorrogación en asuntos exclusivamente patrimoniales.

3.4. Medida cautelar dictada por juez incompetente.

Excepciones

Señala Kielmanovich, (citado en Aberastury 2020), que, si el juez que dictó medidas cautelares fue luego declarado incompetente, el que es competente en definitiva deberá conocer en el caso de su levantamiento. Se trata de aplicar, subsidiariamente, las reglas de conexidad. Determinar cuál es el juez competente no resulta, con frecuencia, una cuestión sencilla ya que, de aplicarse el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, el juez que se

encontraba conociendo en la medida precautoria puede desplazar al juez que le corresponde en turno conocer por aplicación de los principios de economía y celeridad procesal.

Según el régimen anterior (artículo 196 del CPCyCN) la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de ese capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido, remitirá las actuaciones al que sea competente. Existía consenso, según Vallefín (2013, ps. 58/59), en que, si bien la norma no clausuraba toda posibilidad de otorgar una protección cautelar, aquella era excepcional. No había prohibición, pero sí un mandato de alta inconveniencia en que los jueces actuaran en los casos que no estaban atribuidos a su competencia.

Acota Vallefín (2013) que un criterio menos estricto puede propiciar un uso desviado de esta competencia extraordinaria. Esta circunstancia puede llevar al abuso de las normas procesales, intentado la medida ante un juez manifiestamente incompetente pero cuyo criterio es, además de conocido, favorable al justiciable.

La LMC amplía la excepción en sus posibilidades, pero sometida a un trámite especial que le impone al juez competente un trámite adicional. En primer lugar, les atribuye eficacia a las medidas cautelares dictadas por jueces o tribunales incompetentes sobre la base de dos circunstancias: los sujetos que intervienen y los derechos afectados. Por ello, aquellas podrán pronunciarse si: a) el proceso involucra sectores socialmente vulnerables, y b) se encontrare comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental. Vale decir que abre un abanico de posibilidades.

No obstante, en segundo lugar, se introduce una modalidad que consiste en que el juez al que le ha sido remitida la causa inmediatamente, y aceptada la competencia atribuida por éste, deberá emitir un nuevo pronunciamiento en el que decidirá sobre el alcance y la

vigencia de la medida dispuesta por el magistrado o tribunal incompetente. Es decir, aunque se habilita a un órgano judicial incompetente a otorgar eventualmente una medida cautelar, la misma está sujeta a una suerte de ratificación posterior. Esto debe vincularse con un criterio de la jurisprudencia que considera que “las medidas precautorias no pueden ser revocadas bajo el argumento de que quien las dictó era incompetente” (Ucín, M., como fue citado en Vallefín, 2014).

De manera contundente, Aberastury (2020, p. 90) manifiesta que “el inciso 2° del artículo que se comenta establece la ineficacia de una medida cautelar dictada por un juez incompetente, lo cual equivale a desconocer la jurisdicción del juez que ha conocido en primer término, lo cual, de por sí, se trata de un precepto constitucionalmente incorrecto”.

Agrega, en la misma línea de ideas, que el juez que ha recibido la causa del que se declaró incompetente debe expedirse, de oficio, sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar, en un plazo de cinco días. Esta norma ha desconocido la tradicional y pasiva doctrina judicial que establece la efectividad de una medida cautelar dictada por juez incompetente ya que, en realidad, se trata de un principio que establece la ley en cuanto a la inconveniencia de que la dicten, más allá de la imposibilidad de hacerlo, salvo el caso de que la incompetencia fuera manifiesta (Morello, A., Sosa, G. y Berizonce, R., 1986).

El mencionado precepto, interpreta Aberastury (2020), al ser ambiguo, puede dar a entender que la medida cautelar dictada por juez incompetente carece de efectividad, a lo cual se le suma el hecho de que podrá ser revocada por el juez competente, aun en el caso de que la misma haya adquirido firmeza, pero esto implica alzarse contra la *executio*. Se han explicado las características asignadas al término “eficacia”, pero en el caso, este vocablo denota la capacidad de lograr el efecto. Si no se logra ese efecto, es como si no se hubiera dictado. Con énfasis manifiesta Aberastury (2020) que: “La norma o la interpretación que pueda realizarse,

en la medida que restringe los efectos de la sentencia judicial, afecta los atributos de la jurisdicción y, por tanto, contraviene no sólo el artículo 18 de la Constitución Nacional, sino la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asimilándolo a una prohibición”.

En lo que concierne a la competencia, y dado que los temas que nos ocupan son de naturaleza ambiental, especialmente los vinculados con la aplicación del principio precautorio, y tienen, por tanto, cabida en la excepción planteada, nos parece atinado reflexionar –y promover la reflexión- sobre dos aspectos del artículo 2° de la LMC.

Como cuestión primera, suponemos que, si un juez incompetente dicta una medida cautelar frente a una situación de riesgo de daño ambiental, esta suerte de revisión por parte del juez competente no haría sino sumar más tiempo al proceso, poniendo en duda la efectividad de la cautela dictada, conspirando de esta manera con la tutela temprana que requiere el ambiente, es decir, la tutela judicial efectiva. Pero, puede suceder, además, que el juez competente revoque la medida cautelar ya dictada quitándole validez.

Peculiar atención merece el supuesto de riesgo potencial de daño ambiental, donde no hay información suficiente o falta certeza científica. Si bien ello no debería ser óbice para que se tomen las medidas de protección adecuadas, lograr el dictado de la medida cautelar solicitada suele resultar dificultoso porque el juez debe hacer una ponderación entre la posibilidad incierta y la verosimilitud. Será más problemático aún si se plantea ante juez incompetente, y aunque éste le diera curso positivo, queda todavía la ratificación de la medida por el juez competente, que puede llegar a revocarla. Mientras tanto, el tiempo sigue generando furtivamente sus consecuencias.

Para que opere la excepción del inciso 2 deben estar comprometidos la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental. Entendemos, como reflexión segunda, que los conceptos de “vida digna” y “salud” están íntimamente integrados a la idea

de “desarrollo sustentable”, aspecto clave en el derecho ambiental. Se encuentran interconectados funcionalmente en una compleja relación de interdependencia, en donde el ambiente es el sustrato que hace posible la realización de los otros dos.

La LGA, en el artículo 27, define el daño al ambiente como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. La ley asegura no sólo la preservación de los recursos ambientales naturales, sino también la de los bienes culturales, tanto materiales como inmateriales.

Algunos ejemplos de daño ambiental como la contaminación de un río, la afectación negativa de la biodiversidad de un ecosistema, los efectos de la tala indiscriminada de un bosque, dan cuenta de una complejidad probatoria, y si esos casos no están exentos de dificultades, qué decir cuando se trata de la perturbación del regular modo de vida de una comunidad; de la ofensa a tradiciones, usos y costumbres de un pueblo; de la agresión a las ideas, valores y creencias de una comunidad o de la interferencia lingüística que indica la situación lingüística en la cual, según Corredor Tapias (2018), uno o varios elementos o estructuras de una determinada lengua se introducen en otra y la comunidad de hablantes reacciona con lealtad a su lengua.

3.5. La ley 26.854 y la acción de amparo

Un aspecto significativo de esta ley, en su vinculación con los procesos judiciales ambientales, es que excluye única y expresamente de su ámbito de aplicación el proceso de amparo regido por la ley 16.986, a excepción de lo establecido en los arts. 4, inc. 2, 5, 7 y 20 de la ley bajo estudio.

Esto significa que, como regla general, no se aplicará al proceso de amparo este cuerpo normativo, salvo en lo referido a la obligatoriedad del juez de requerir a la autoridad pública demandada el informe previo y la facultad de otorgar vista al Ministerio Público (y demás disposiciones contenidas en el art. 4 que, en lo que atañe al amparo, el término para producir el informe será de tres días); la vigencia temporal de las medidas cautelares, que en el caso del amparo no podrá exceder de tres meses (art. 5); la posibilidad de quien solicitó la medida cautelar, como del demandado, de peticionar su modificación (art. 7); como en lo que respecta a la vía de la inhibitoria prevista por el art. 20 de la ley.

Este tema es trascendental para la protección del ambiente. Amparo y derecho ambiental van de la mano, no sólo por la vasta jurisprudencia que avala la procedencia de esta vía expedita para la protección del ambiente, sino también porque es ya consolidado el criterio que sostiene la existencia de una especie del amparo, cual es el amparo ambiental, con rasgos e identidad propia.

Podríamos colegir de esta exclusión, junto a las excepciones previstas por la ley para los “derechos de naturaleza ambiental” ya analizados, junto con el resto de los principios y criterios propios del derecho ambiental, que una medida cautelar solicitada en el marco de un amparo ambiental, en virtud de la interpretación que debería realizarse de los recaudos ordinarios del amparo, en cuanto a que deben “ilustrarse desde las columnas precisas del derecho ambiental propugnando que los parámetros tradicionales se sumen a los elementos específicos ambientales”, daría lugar a que se sorteen no sólo los recaudos más estrictos propugnados por esta nueva ley (ya descriptos), sino también los vinculados incluso al trámite del informe previo, atento el carácter “facultativo” que para el juez tendrá dicho trámite en un caso ambiental, entendiéndolo además, como hemos sostenido, bajo la inteligencia del rol que le compete al juez ambiental por imperio del art. 32 de la LGA.

Esto es: a pesar de esta nueva ley, podríamos sostener que una medida cautelar en el marco de un amparo ambiental debería mantener la flexibilidad en la exigencia de los recaudos de procedencia que actualmente tiene, con prescindencia incluso de que el demandado sea el Estado nacional. En ese sentido, tal vez sea la vía del amparo ambiental lo más cercano a una suerte de “válvula de escape” (Spirito, C., 2013).

Si bien es amplia la gama de canales procesales que se pueden transitar judicialmente para gozar de la tutela ambiental proporcionada por el principio precautorio; no quedando excluido el proceso de máxima cognición. Ahora bien: cabe reconocer que el más usual es el brindado por el amparo ambiental, por más que injustificadamente se hubieran opuesto óbices a su funcionamiento exitoso en la especie. Así es que hemos visualizado resoluciones judiciales que reputan que el amparo no es la vía adecuada para propiciar la aplicación de la tutela ambiental contemplada por el principio precautorio. Tal concepción se funda en: a) que la celeridad y simplificación de trámites correspondientes al amparo no concordaría con la amplitud de debate y prueba que reclama una incertidumbre científica que necesariamente acompaña al funcionamiento del principio precautorio; resultando entonces inevitable someter el caso a un trámite de conocimiento amplio. Esto es inaceptable porque la duda científica persistirá por más que se acuda a un proceso de conocimiento amplio; b) que en la especie por definición no existiría (por imperio de la incertidumbre científica que conlleva) la 'arbitrariedad' o 'ilegalidad' manifiestas que reclama el juicio de amparo. Obvia dicho argumento que debe estar probado científicamente (y así 'manifiestamente'), aunque no fuere con certeza, el riesgo potencial del caso. Por añadidura, cabe decir, que el principio precautorio es un principio sustantivo —como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Corte Federal— que no puede resultar desconocido o vulnerado por ápices procesales de opinable aplicación en el caso (Camps, C., 2014).

4. Incidencia en el principio precautorio

El objetivo de esta investigación consiste en verificar si en el caso de que una acción u omisión lícita del Estado nacional, o los efectos de un acto administrativo legítimo, generan un riesgo potencial de daño ambiental por circunstancias sobrevinientes no previstas, ya sea porque se carece de información suficiente, o porque aquella que se disponía a la fecha en que el hecho se produjo, a la postre no resultó bastante para predecir sus secuelas, o simplemente era equivocada, y se solicita una medida cautelar aplicando el principio precautorio con la intención de impedir que ocurra el daño temido, los requisitos de la LMC inciden en la admisibilidad de esa medida cautelar.

Ello así, por la exigencia de precisión y claridad al indicar el perjuicio que se procura evitar, el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar, o en su caso, la imposición de acreditar que el acto administrativo que se pretende suspender ocasionará un grave perjuicio irreparable y, simultáneamente, acreditar la verosimilitud de su ilegitimidad, cuando el principio precautorio es, precisamente la herramienta para el gobierno de riesgos controvertidos o inciertos de daño grave al ambiente. La ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública (art. 4º, LGA).

El punto de confrontación entre la LMC y el principio precautorio está en el contraste entre la acreditación de precisión y claridad, exigida por dicha norma, y la falta de certeza científica respecto del daño temido, como condición de la aplicación del principio de cautela, en el marco de la tutela judicial efectiva

4.1. Presupuestos de procedencia

La LMC establece un agravamiento de los requisitos para su procedencia. Determina esta norma que la pretensión cautelar debe indicar de manera “clara y precisa” el perjuicio que se procura evitar, la actuación u omisión estatal que lo produce y el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar (artículo 3º, inciso 2). Asimismo, tanto la suspensión de los efectos de un acto estatal (artículo 13), la medida positiva (artículo 14), como la medida de no innovar (artículo 15), exigen que se “acredite” sumariamente que la suspensión judicial de los efectos de la norma, el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, o el incumplimiento normativo a cargo de la demandada ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

Con respecto al dispositivo legal que establece, en el inc. 2 del artículo 3º, que la pretensión cautelar deberá puntualizar claramente el perjuicio que se pretende evitar; así como el acto u omisión del Estado que lo produce, el interés jurídico que se intenta garantizar, el tipo de medida solicitada y el cumplimiento de los requisitos exigidos de conformidad con la tutela peticionada, Gozaíni (2013) considera que hay que tener especial cuidado con el grado de certeza que se exige al momento de acreditar la afectación, ya que en el marco de la tutela cautelar el conocimiento es sumario, y no puede requerirse acreditar el daño, sobre todo teniendo en cuenta que el perjuicio puede no ser tal, y por el contrario tratarse de una amenaza, incluso podría tratarse de un riesgo potencial. Por consiguiente, no debe actuarse de manera severa con este requisito, so pretexto de lesionar el derecho a una tutela efectiva. Esto se relaciona con dos de los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares; concretamente me estoy refiriendo a la verosimilitud en el derecho, y al peligro en la demora.

En el campo del Derecho es conveniente, en todo momento, precisar y aclarar los conceptos para aplicarlos en cada caso concreto. Según las célebres Leyes De Partidas: “Las

leyes deben ser muy meditadas, recayendo sobre cosas que puedan ocurrir según el orden natural. Sus palabras han de ser sencillas y claras, de modo que todos las puedan entender y retener sin admitir tergiversación ni ser contrarias las unas a las otras”. Y como expresa el viejo y sabio Fuero Juzgo: “El legislador debe hablar poco y bien, y no ha de hacer uso de conceptos dudosos, a fin de que el contenido de la ley, luego que se oiga, sea entendido por todos sin duda ni dificultad alguna”. (Linares Quintana, S. V., 2007, t I, p. 18).

Pero el Derecho no es sólo texto, también es sistema. Esto exige el cumplimiento de los principios lógicos que procuren la coherencia, independencia y plenitud jurídica. Las leyes son significaciones lógicas que, en su coordinación y subordinación sistemáticas con otras, integran un ordenamiento total y reciben su sentido del todo en que se insertan. El Derecho ha de expresarse en lenguaje natural, evitando los vicios propios de vaguedad y ambigüedad. Con ese criterio, para interpretar el texto citado de la Ley N° 26.854 consideramos, en principio, dos acepciones de la RAE del término acreditar: 1) hacer digno de crédito algo, probar su certeza o realidad, y 2) dar seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece.

Planteamos, entonces, la siguiente cuestión: en casos de naturaleza ambiental la imposición de acreditar y la exigencia de precisión y claridad al indicar el perjuicio que se procura evitar, y el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar, puede afectar la aplicación del principio precautorio, ya que el fundamento de este principio es la incertidumbre científica acerca de la existencia de un riesgo de daño ambiental. Se exige como recaudo la mera posibilidad, no la probabilidad del resultado temido.

Debido a que en el supuesto planteado no se puede determinar con certeza el riesgo de daño ambiental, sino sólo una sospecha plausible de su posibilidad, advertimos, como primera cuestión, si se trata de la acreditación de un riesgo cierto o de acreditar la

incertidumbre, es decir “saber que no se sabe” y aún no se puede saber. Ahora bien, lo que se debe saber es que tal situación no debe conducir a la inacción.

No se trata de barajar palabras para articular un sentido irónico, porque la expresión analizada demanda una seria y paciente labor de interpretación por la relevancia de lo que se halla en juego: el ambiente sano y apto para el desarrollo humano, que involucra la salud, la vida digna, el buen vivir, para la generación presente y para las generaciones futuras.

Según la Declaración de Wingspread sobre el principio de precaución (enero de 1998): “cuando una actividad representa una amenaza para la salud humana o para el medioambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no hayan sido totalmente determinadas de manera científica”.

Ramírez, O. (2007) realiza una interesante reflexión al respecto: “En las instancias de toma de decisiones que afectan el ambiente y la salud pública, el hecho de tener plena conciencia de lo que no se sabe puede ser tan o más importante como aquello reconocido como certero”.

La claridad del conocimiento científico muchas veces se ve perturbada por desacuerdos entre los expertos. En consecuencia, la toma de decisiones de los organismos oficiales encargados de la protección de la salud y del ambiente, que dependen de esas investigaciones, se ve también afectada. Ante tal situación, no es aceptable dar por sabido lo que no se sabe, o encausarse por senderos sobre los cuales no se tiene una certera información que garantice su seguridad. Pero, de lo que sí se tiene conciencia es que actuar con ligereza en tales condiciones de incertidumbre científica puede conducir a resultados trágicos e irreversibles (Ramírez, O., 2007).

“Si bien en el campo procesal ambiental el juez ve aumentados sus poderes oficiosos, entendemos que la aplicación del principio precautorio para la ponderación del *fumus*

bonis iuris debe ser debidamente esgrimido en el pedimento cautelar. El juez deberá aludir a esta realidad cuando funde la adopción del resguardo solicitado. Es necesario contar con la ‘certeza de la incerteza’, adoptando el ingenioso -pero clarificador- juego de palabras de Cafferatta” (Camps, 2014).

En efecto, Cafferatta (2014) sostiene que uno de los requisitos de aplicación del principio precautorio es la evaluación científica del riesgo. Esto quiere decir que su invocación no debe ser ligera, sino que debe esgrimir suficiente seriedad, consistencia, con prueba para acreditar el estado de incertidumbre, duda técnica, que en muchas legislaciones y en normas de Derecho Internacional, se dice, debe ser “absoluta”. Y que, en la legislación argentina, según luce en el artículo 4º de la LGA se define con una fórmula más amplia: falta de certeza científica o ausencia de información.

“El principio de precaución se podría traducir como el deber que tiene el Estado de agotar todos los medios para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo ambiental sospechado, antes de autorizar una actividad, cubriendo las necesidades básicas e indispensables acordes al potencial riesgo dudoso. La aplicación de este principio conlleva una nueva mirada a la relación economía-ambiente, como en la gestión administrativa pública y privada.” (Mazzuca, M., 2015, p. 398).

El Derecho Ambiental, a diferencia del Derecho clásico de Daños y responsabilidad civil, no ha sido concebido con el objeto de reparar un daño injustamente sufrido y conceder una compensación económica que reestablezca el equilibrio preexistente al acaecimiento del hecho dañoso. Por el contrario, el Derecho Ambiental fue ideado esencialmente para prevenir ese daño y evitar su producción, sin perjuicio de regular también su recomposición y ulterior resarcimiento. En la mayoría de las veces, cuando el medioambiente se degrada no es posible una reparación completa, y la indemnización sólo es

un paliativo cuando ha fallado la prevención. Por esa razón, la función esencial y prioritaria del Derecho Ambiental es prevenir la consumación de un daño al medioambiente, más aún cuando se trata de un bien que no es susceptible de apreciación pecuniaria y muy difícil de recomponer y volver al estado anterior a la producción del evento dañoso. Por consiguiente, el Derecho Ambiental apunta a actuar *ex ante* y no *ex post facto* de la producción de un evento dañoso para el medioambiente (Porthié, I. y Goñi, I., 2015).

Para cumplir con tal propósito cobran extrema relevancia las medidas cautelares y anticipatorias como herramientas eficaces para servir a la finalidad preventiva del Derecho Ambiental y obtener medidas de ejecución concretas para evitar daños que afecten al ambiente, justificándose su dictado porque está fuertemente comprometido un derecho de incidencia colectiva y el interés general de la sociedad (y de sucesivas generaciones) en evitar la degradación del ambiente, contando para ello, como instrumento amplificador de la tutela ambiental, al principio precautorio.

Según la doctrina, refiere Lorenzetti, R. (2008), el principio precautorio tiene jerarquía constitucional, ya que el artículo 41 de la Constitución Nacional concede una tutela inhibitoria amplia, incluyendo, por ende, aquellos supuestos en los cuales no existe certeza científica respecto del acaecimiento de eventuales daños graves o irreversibles. Es así que el principio reviste una elevada jerarquía jurídica, en función del deber genérico de no degradar el medioambiente.

Dada la finalidad prioritaria de los procesos en los cuales se ventilan cuestiones ambientales y la importancia del principio precautorio como una directiva insoslayable del Derecho Ambiental, vemos en Porthié, I. y Goñi, I., (2015), que en este aspecto, la finalidad del Derecho Ambiental y el principio precautorio tienen una influencia trascendental que debe

gravitar necesariamente en la valoración que realicen los magistrados al momento de disponer una tutela judicial efectiva y oportuna tendiente a la preservación del medioambiente.

4.2. La prohibición de la tutela anticipada

El art. 3º, inc. 4, de la LMC dispone que: “Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal”, lo cual, afirma Verbic (2013), incide negativamente en el campo procesal colectivo. Partiendo de las elementales premisas de debido proceso legal y tutela judicial efectiva que subyacen en el instituto cautelar, y tomando en consideración la consolidada jurisprudencia de la CSJN en torno a la viabilidad de la tutela anticipada cuando las circunstancias del caso lo requieran, entiende el mencionado autor, que esta prohibición resultará inconstitucional en todos aquellos casos colectivos donde la tutela anticipada sea la única forma de proteger los derechos en disputa. Un supuesto paradigmático estará presente en las acciones de cese de contaminación ambiental, donde el perjuicio puede ser irreparable en caso de no detenerse a tiempo, y donde la compleja prueba científica que muchas veces demanda este tipo de casos puede hacer que la decisión de fondo demore un tiempo prudencial en ser dictada.

El inciso 4 prohíbe que las medidas cautelares coincidan con el objeto de la demanda principal. Sin embargo, hoy en día es tendencia netamente consolidada en nuestra doctrina y jurisprudencia que en supuestos excepcionales el contenido de una medida cautelar puede coincidir total o parcialmente con lo que es objeto mismo de la sentencia de mérito. Esa decisión, pues, en principio provisional, no constituye en forma alguna un prejuzgamiento, sino la necesidad de asegurar en situaciones especiales la tutela jurisdiccional efectiva.

Además del conocido y señero precedente “Camacho Acosta”, ver en este sentido la decisión de la CSJN en el caso “Pardo” (“P., H. P. c/ Di Cesare y otros s/ at. 250 CPC”,

sentencia del 06/12/2011, Fallos 334:1691). Allí, dice Verbic (2013), el tribunal se expidió en un asunto que involucraba un pedido de tutela anticipada, destacó que “una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor ‘eficacia’ de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía” (Considerando 12°).

La disposición que las cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, asevera Basterra, M. (2013), equivale en la práctica a derogar las denominadas “medidas cautelares innovativas”, sin advertir que semejante determinación implica desechar la garantía del debido proceso. Esta ha sido consagrada no sólo por el art. 18 de la Ley Fundamental, sino asimismo por los arts. 8° y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, cuyos contenidos esenciales resguardan además del derecho a una sentencia motivada y respetuosa de la ley, también de la jerarquía normativa y del principio de la congruencia; la más elemental prerrogativa del justiciable a obtener el cumplimiento del fallo, a cuyo efecto las medidas cautelares prestan una vital función de garantía. Por otra parte, agrega Basterra (2013), también se despoja de validez a las llamadas “medidas autosatisfactivas”, que constituyen un requerimiento urgente a la justicia que se agota con su despacho favorable.

Con excelente criterio explica Gozáni (2013) que si bien es cierto que este tipo de medidas que son resueltas inaudita parte conculcan la contradicción y bilateralidad propia de un sistema que resguarda el derecho de defensa en juicio, ello en modo alguno las convierte en inconstitucionales, ni tampoco pueden ser consideradas injustas cuando en el marco de la urgencia que las fundamenta, promedia una mínima bilateralidad, resolviendo determinadas situaciones en forma práctica y efectiva.

Al decir de Basterra (2013), la actuación del juez en el proceso permite que se disipen cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar, con las medidas específicas que disponga, o anticipándose a la sentencia definitiva –en cualquiera de las formas de tutela, por ejemplo, medidas autosatisfactivas o provisionales–, logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

La jurisprudencia ha receptado muchas de las críticas que la doctrina le ha formulado a este artículo. En consonancia sostuvo la inconstitucionalidad del inc. 4 del art. 3º, en el fallo “De Felipe” (Juzg. Fed. de San Nicolás N° 1, “De Felipe, Ricardo c/ Estado nacional s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 31/5/2013) en los siguientes términos:

“De tal modo, en forma perentoria se troncha la posibilidad al accionante, de impedir que se frustren sus derechos con el transcurso del tiempo; pues no debe olvidarse que una de las finalidades de las medidas cautelares es la afectación de cosas o personas al resultado de un proceso, al que acceden, para evitar que el tiempo que transcurre entre la promoción de la acción y el dictado de sentencia tornen ilusorios o se frustren los derechos que fueron confiados a la justicia; a la vez que se convertiría la medida cautelar en un instituto anodino, habida cuenta de la amplia gama de situaciones, teniendo en cuenta el tiempo real que por recargo de tareas de los tribunales requiere la tramitación de una causa en todas sus instancias. De tal modo, aunque finalmente recaiga sentencia favorable al accionante, al privárselo de la protección anticipada llevaría al absurdo de tomar ilusorios los derechos que se dicen conculcados. Siendo entonces dicha normativa arbitraria y lesiva para la eficaz actividad jurisdiccional que la Carta Magna atribuye a los jueces (art. 116 CN)”.

Esta postura fue ratificada en autos “Javkin” (Juzg. Nac. de 1a Inst. en lo CA Fed. N° 6, “Javkin Pablo c/ EN –PEN -Ley 26855 s/ proceso de conocimiento”, sentencia del

7/6/2013) al subrayar: “Al respecto cabe precisar que resulta inconstitucional, en el presente caso, el exceso reglamentario dispuesto en cuanto a los requisitos exigibles en la norma para conceder una medida cautelar, porque ello produce en los hechos una limitación irrazonable a la facultad de los jueces para poder evaluar en cada caso concreto si corresponde o no otorgarlas. Sobre la base de ello cabe señalar que la aplicación dogmática del principio recogido en la norma de que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3º, inc. 4) debe ceder, en el presente caso, en que un examen profundo de la situación planteada dejaría desprotegido a quien acude a reivindicar su derecho. En efecto el mecanismo establecido en la norma importa una lesión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (conf. art. 18 de la Constitución nacional, arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 25.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2 inc. 3 ap. a y b y 14 inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Fallos 327:522), se viola la división de poderes y el derecho al debido proceso formal y sustancial, en cuanto desconoce las facultades ordenatorias e instructorias propias de la función judicial”.

Bertrand, E. (2020) en su análisis del fallo de la CSJN, en la causa “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/sumarísimo” (Fallos 339:142, 2016), manifiesta que la actora solicitó una medida cautelar para conseguir la suspensión de la actividad minera realizada en los yacimientos "Bajo de la Alumbreira" y "Bajo el Durazno", situados en terrenos de su propiedad, en la localidad de Andalgalá, provincia de Catamarca. Esto a la espera de que se realizaran informes periciales para medir el alcance de la contaminación del ambiente producido por dicha actividad, y se acreditara haber cumplido con la contratación de un seguro de cobertura para el financiamiento de la recomposición del daño, en cumplimiento con el art.

22 de la LGA. Acompañó un informe pericial producido en otra causa, que demostraba daños provocados en zonas aledañas por el dique de colas del emprendimiento minero.

El pedido fue rechazado en primera instancia por el Juzgado Federal de Catamarca, al considerar que la medida solicitada coincidía con el objeto de la demanda, y que otorgarla significaba hacer lugar a la acción de fondo, vulnerando la garantía de defensa en juicio receptada en el art. 18 de la CN (Juzg. Fed. Catamarca, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo”, sentencia 186, 2010).

Luego, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán confirmó la sentencia, repitiendo los argumentos ya expresados (Cám. Fed. Apel. Tucumán, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo”, causa 600113/2010, 2012). Ante esto, la actora y el Fiscal General Federal de Tucumán presentaron recursos extraordinarios federales que fueron denegados (Cám. Fed. Apel. Tucumán, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo”, causa 600113/2010, 2013).

Ambos presentaron, entonces, recursos de queja ante la CSJN alegando que la resolución apelada causa un gravamen concreto y actual de imposible reparación ulterior, que torna ilusorios los principios precautorio y preventivo contenidos en el art. 4° de la LGA; que el tribunal incurrió en arbitrariedad porque prescindió de la normativa aplicable y del peritaje oficial, que advertía sobre la contaminación producida por la actividad minera en el presente y su potencial extensión en el tiempo; y que el tema excede el mero interés de las partes y afecta a un sector importante de la comunidad.

Ante esto, la CSJN aceptó los recursos y dejó sin efecto la sentencia apelada, dando razón a los argumentos plasmados y considerando que la resolución fue arbitraria.

El voto de la mayoría, compuesta por el Dr. Lorenzetti y el Dr. Maqueda, aclara primeramente que, en general, las resoluciones referidas a medidas cautelares no autorizan el

otorgamiento del recurso extraordinario, por no ser sentencias definitivas, pero que se acepta en este caso, porque ese principio permite excepciones al tratarse de medidas que puedan afectar al medio ambiente de forma grave o irreparable. Se apoyan particularmente en el art. 4° de la ley 25.675 (CJ.N., “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica y otro s/ acción declarativa de certeza”, Fallos 333:748; 2010), que insta a optar por la precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos, y en el artículo 32, que permite al juez, aun con carácter precautorio, solicitar medidas de urgencia sin petición de parte y sin audiencia de la parte contraria, convirtiéndolas en un método idóneo para hacer realidad los fines perseguidos por el art. 41 de la CN (8 CSJN, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF. SA. y otros”, Fallos 329:3493; 2006). Se busca así priorizar la protección del interés general, referido en este caso a un ambiente sano, por sobre el derecho particular a la defensa en juicio de la demandada.

Esos motivos los llevaron también a considerar que la resolución apelada fue arbitraria, por haber respondido en forma dogmática que el objeto de la medida cautelar coincidía con el de la demanda; y por no valorar el informe pericial ni los argumentos de la actora respecto del mencionado principio precautorio receptado en el art. 4° de la LGA, haciendo hincapié en que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos” (CSJN., “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica y otro s/ acción declarativa de certeza”, Fallos 333:748; 2010).

Finalmente, el voto mayoritario subraya que el derecho al goce de un ambiente sano y la obligación de recomponer el daño producido, apoyado por su *status* constitucional en el art. 41, no puede quedarse sólo en una expresión de deseo, sino que significa la jerarquización con rango supremo de un derecho preexistente. Esto implica una exigencia hacia

el juez de tomar medidas concretas y efectivas para su cumplimiento (CSJN., “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:2316; 2006).

El fallo del Juzgado Federal de Catamarca que denegó el amparo originalmente fue dictado el 29 de abril de 2010; luego de que la CSJN devolviera la causa a la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, ésta emitió un nuevo fallo el 10 de julio de 2017, acorde a lo expresado por la CSJN. En el mismo dispuso la cesación de la actividad minera en cuestión, a la espera de que se realicen los informes periciales correspondientes y de que la demandada acredite la contratación de un seguro para financiar la recomposición del daño según manda el art. 22 de la Ley General del Ambiente. Si el daño provocado por esta actividad fuera irreversible, advierte Bertrand (2020), durante siete años se estuvo llevando a cabo sin frenos por parte de la justicia y sin cumplir con las pautas indicadas por la ley en cuestión, volviendo ilusoria la protección que se pretende lograr

Aunque finalmente la Corte prioriza el derecho al goce de un ambiente sano, se llegó a ello luego de que las instancias previas ignoraron hacer referencia en sus sentencias a importantes principios de la LGA. Ante la necesidad de adelantarse al posible daño, las medidas cautelares aparecen como el método más apropiado para evitar que el cumplimiento del principio precautorio se vuelva ilusorio. En vistas de ese propósito, se vuelve relevante el segundo párrafo del artículo 32 de la LGA, que permite al juez tomar medidas de urgencia en cualquier estado del proceso, aun sin petición de parte y sin audiencia de la contraria, prestando debida caución.

Al respecto nos dice Sagiés, N. (2004, como se citó en Bertrand, 2020) que estas facultades significan un cambio importante en el enfoque tradicional del juez, neutro y pasivo, por uno más activo y comprometido con la protección del medio ambiente, dotándolo de nuevos derechos y deberes a los que no está acostumbrado. Con esto en mente, se puede ver en

la sentencia de la CSJN analizada, una crítica a la pasividad de las instancias anteriores, al recalcar que en las “demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente”.

No obstante, Bertrand (2020) puntualiza que este choque entre el principio de precaución y los derechos procesales tradicionalmente protegidos, junto con la falta de un derecho procesal ambiental específico, ha provocado que la aplicación de los conceptos y métodos adoptados por la ley 25.675 se encuentre con cierta resistencia por parte de los jueces, inclusive en fallos de la CSJN. Entre los antecedentes jurisprudenciales del caso “Cruz”, se puede ver una disparidad de criterios en distintos fallos referidos a la temática ambiental.

Por ejemplo, en la causa “Asociación de superficiarios de la Patagonia c/ YPF”, la actora presentó una demanda solicitando que se llevaran a cabo las acciones necesarias para la recomposición integral de los daños ambientales provocados por la actividad desarrollada en la Cuenca Hidrocarburífera Neuquina, e instando a la creación del fondo de restauración ambiental establecido en el art. 22 de la ley 25.675. En el fallo de la CSJN del 13 de julio de 2004, el voto mayoritario determinó que el trámite no podía realizarse a través de un amparo, por requerirse mayores evidencias, y rechazó la adopción de medidas cautelares por cuanto coincidían con el objeto de la sentencia definitiva (CSJN., “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF. SA. y otros”, Fallos 327:2967; 2004). El voto en disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda y el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni utiliza el concepto del principio precautorio como argumento para aceptar la pretensión.

En un fallo posterior en dicha causa y citado en la sentencia bajo análisis, los mismos jueces consideraron el amparo como medio útil para alcanzar los fines de la ley

ambiental (CSJN, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF. SA. y otros”, Fallos 329:3493; 2006).

Repitieron el argumento, acompañados por el Dr. Carlos Fayt en un fallo del año 2010 también citado en la causa “Cruz”, nuevamente siendo el voto minoritario (CSJN, “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica y otro s/ acción declarativa de certeza”, Fallos 333:748; 2010).

Sin embargo, en la causa “Salas, Dino”, un fallo del 29 de diciembre de 2008 menciona el principio en tratamiento para otorgar un amparo, que puso freno a la tala de árboles que había sido autorizada por el gobierno de la provincia de Salta (CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, Fallos 331:2925; 2008). Al mismo tiempo convocó a una audiencia pública y requirió informes respecto del impacto ambiental de la actividad. La sentencia en cuestión contó con el voto unánime de los siete ministros de la CSJN.

Con una composición parcialmente diferente de la misma, los fallos “Salas, Dino” y “Cruz” fueron tomados luego como antecedentes en la causa “Mamani” por el voto mayoritario de cuatro de los jueces. En ella utilizaron el principio precautorio como uno de los argumentos para declarar la nulidad de las resoluciones de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la Provincia de Jujuy, las cuales autorizaban el desmonte de 1470 hectáreas en una finca (CSJN, “Mamani, Agustín pío y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso”, Fallos 340:1193; 2017).

Aunque se puede ver el cambio progresivo en el que se viene dando mayor relevancia a las máximas expresadas en la LGA, el inciso 4 del artículo 3° de la LMC incurriría en una regresión del nivel de protección del ambiente legal y jurisprudencialmente alcanzado, cuestión que no carece de relevancia habida cuenta de que el Acuerdo Escazú, aprobado por

ley 27.566, establece que cada parte se guiará, entre otros, por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: c) principio de no regresión y principio de progresividad; e) principio preventivo; f) principio precautorio, y g) principio de equidad intergeneracional.

4.3. Suspensión de los efectos de un acto estatal

El artículo 13, inciso 1, de la LMC establece que la suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
- b) La verosimilitud del derecho invocado;
- c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;
- d) La no afectación del interés público;
- e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Aberastury (2020) plantea que este artículo trata de intervenir en las condiciones de apreciación del juzgador al requerir la concurrencia simultánea de los requisitos dispuestos para que se admita la medida. No establece una dimensión de esta concurrencia, sino que deben estar presentes la totalidad de los mismos para el dictado de la cautelar.

En lugar de establecer el peligro en la demora como requisito general reconocido por la doctrina de la Corte (CSJN, 7-3-2000, in re “Dorisar c/Tierra del Fuego, Prov. De

s/Acción declaratiiva”, Fallos: 323:349; RC J 108991/09), Aberastury (2020) destaca que la LMC lo individualiza como cumplimiento o ejecución del acto que ocasione perjuicios graves de imposible reparación posterior. Luego lo condiciona, en el inciso 1, apartado e, a que la suspensión “no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles”.

La doctrina y los códigos procesales han establecido que el peligro en la demora deviene un requisito de ineludible observancia para el dictado de una medida cautelar, es presupuesto indispensable para la admisibilidad de la medida cautelar, pues hace a la propia esencia de la naturaleza precautoria de este tipo de decisiones. La ausencia del mencionado requisito determina la improcedencia de la medida, habida cuenta de que no existirían razones para no aguardar un pronunciamiento definitivo, luego de sustanciado el trámite de la causa, durante el cual sea posible escuchar a la otra parte, permitiendo un adecuado ejercicio del derecho de defensa asegurado en la Constitución Nacional.

La doctrina administrativista y la jurisprudencia, sostiene el autor mencionado, han concentrado la intensidad de esta concurrencia y se ha plasmado el concepto de que, a mayor verosimilitud del derecho, menor invocación del peligro en la demora, y viceversa, pero siempre dentro de una amplitud de criterio como forma de dar preferencia al derecho a la tutela judicial efectiva.

Aberastury (2020), en ese sentido, cita ilustrativa jurisprudencia: “Los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallan de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud en el derecho puede atemperarse el rigor acerca del peligro en la demora y viceversa (esta sala, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA”, sentencia del 16-4-98, entre muchos otros), razón por lo que lo expuesto por la jueza de grado, sumado al gravamen invocado por la actora en su escrito postulatorio vinculados con los compromisos contractuales en curso de ejecución a la luz de una actividad que viene desarrollando de hace más de diez

años, resultan suficientes para desestimar los cuestionamientos en torno a la acreditación del recaudo previsto en el art. 13, inc. 1, ap. a de la ley 26.854. CNFed.CAdm., sala IV, 23-6-2015, causa 56.032/2104, ‘Inc. De medida cautelar en autos Blue Mail SA c/EN, CNC s/Medida cautelar autónoma)’”.

De acuerdo con lo dicho, agrega Aberastury (2020), “esta concurrencia debe ser analizada en forma relativa, es necesario asegurar y priorizar el control judicial de los actos de la Administración. Otra lectura de la misma es irrazonable e implica que esta norma no responde al mandato constitucional de control, por lo que se encuentra en un círculo de inconstitucionalidad”.

Teniendo en cuenta, entonces, que la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora tienen una relación de proporcionalidad inversa, será difícil, si no imposible, acreditar la concurrencia simultánea de ambos requisitos de manera directamente proporcional, lo que nos permitiría interpretar que lo exigido es de imposible cumplimiento.

Ahora bien, el punto que concentra nuestro interés se vincula con la aplicación del principio precautorio en un caso de riesgo potencial de daño ambiental que se sospecha derivado de los efectos de una ley o de un acto administrativo, legítimo al momento de su dictado, pero que ciertas circunstancias hacen suponer la posibilidad de consecuencias sobrevinientes negativas no previstas que, aunque no sean actuales ni inminentes, pueden afectar derechos de naturaleza ambiental y la calidad de vida de esta generación y de las generaciones futuras.

Esos efectos, precisamente, es lo que se pretende suspender mediante una medida cautelar, pero, de acuerdo con la LMC, ella no cumple con los requisitos de admisibilidad que simultáneamente debe acreditar. Esto, inferimos, afecta sensiblemente la garantía de tutela judicial efectiva.

El apartado a) del inciso 1 establece que se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior. Este requisito centra nuestras reflexiones en situaciones en que no existe información decisiva o se carece de certeza científica que permitan acreditar la condición exigida y que, en razón de esa incertidumbre, sea invocado el principio precautorio ante la sospecha de un riesgo potencial de daño ambiental. Y, simultáneamente, la imposibilidad de acreditar la verosimilitud de la ilegitimidad del acto administrativo (apartado c), ya que luego del dictado de un acto administrativo lícito puede sobrevenir imprevistamente un peligro de daño que, aunque incierto, impulse una petición de suspensión de sus efectos.

Efectivamente, en el supuesto de que el Estado haya otorgado una habilitación para la realización de una actividad o el uso de un producto que, en esa fecha, no generan impactos negativos relevantes en el ecosistema, es decir que no se altere su equilibrio, su biodiversidad, sus recursos naturales ni la calidad de vida de los habitantes. Pero que luego de cierto tiempo surjan sospechas serias de la posibilidad de daños sobrevenientes, de efectos no deseados e imprevistos que pongan en riesgo al ecosistema, aunque no se pueda determinar científicamente los nexos de causalidad entre la actividad y el daño temido. Consideramos, entonces, que corresponde la revisión, modificación, o extinción de dicho acto administrativo.

Por definición, el daño ambiental es una alteración relevante que afecta negativamente al ambiente, provocado por un acto o hecho jurídico, público o privado, lícito o ilícito (art. 27 LGA). Por lo tanto, cierta actividad habilitada lícitamente por un acto administrativo puede generar un daño ambiental por circunstancias sobrevenientes, imprevisibles, inesperadas y no deseadas. Ciertamente, una actividad o el uso de un producto con intención y efectos previsibles puede generar sub-efectos no deseados imprevisibles.

Bibiloni, H. (2005) advierte que ciertas prácticas o productos pueden generar efectos silenciosos o furtivos que pasan completamente inadvertidos no sólo para la comunidad, sino hasta para los observadores más agudos. Las secuelas de la acumulación de elementos tóxicos en las cadenas alimentarias, los resultados de la lluvia ácida, los resultados de la radiación electromagnética en los tejidos, y muchos otros hechos cuya existencia y efectos terminan siendo descubiertos mucho tiempo después de acontecidos, y una vez que se manifiestan sus terribles consecuencias son la causa de los más graves desequilibrios ambientales y de los más importantes perjuicios al entorno.

A lo dicho, agrega Bibiloni, H. (2005), también se producen hechos nocivos que tienen apariencia de inofensivos y cuyos efectos mediatos no siempre pueden preverse, ya sea porque se carece de experiencia o de información suficiente, o porque aquella de la que se disponía a la fecha en que el hecho se produjo, a la postre no resultó bastante para producir secuelas, o simplemente era equivocada.

Por la complejidad y el dinamismo de los sistemas biológicos, hay ocasiones en las que, aun con los más modernos avances, ni la ciencia ni el conocimiento humanos son capaces de predecir las consecuencias futuras de algunos hechos antrópicos. Un ejemplo ilustrativo lo constituye la generalización del uso de técnicas de manipulación genética, o de recombinación de ADN, y las crecientes precauciones que toman muchos países para evitar la introducción o el consumo de alimentos que contengan organismos genéticamente modificados (OGMs).

Cada uno de los ecosistemas que, interrelacionados, componen la biosfera conserva un dinamismo interno que le es propio y que le otorga simultáneamente cierto grado de flexibilidad. Esto permite a cada sistema, y al conjunto, absorber impactos de cierta intensidad sin sufrir graves secuelas, es decir, sin que sufra un desequilibrio significativo. Por

ejemplo, cuando se vierten desechos orgánicos en un río, éstos van a ser biodegradados y absorbidos por el ecosistema del río, con intervención activa de los agentes descomponedores o “microfauna”, que los asimila y los carga así a su contenido. Pero esta “carga” tiene un límite, un umbral de tolerancia, que los vertidos no deben sobrepasar. Ese límite de carga es variable para cada curso de agua o cuerpo receptor, y dependerá de diversos factores bióticos, como la flora microbiana, las especies vegetales y animales que lo habitan, y de otros factores abióticos, como el caudal, la composición y temperatura del agua, el régimen de crecidas. Con la interacción de estos factores, bióticos y abióticos, se establece el límite de materia orgánica que ese curso de agua puede degradar, o sea la “capacidad de carga”.

El Estado, luego de los estudios pertinentes (evaluación de impacto ambiental, por ejemplo), otorga habilitaciones a ciertas actividades o uso de productos en base a los datos recibidos e información elaborada. Ahora bien, esa habilitación cuenta para las circunstancias del momento de su otorgamiento, según el rango de tolerancia o “capacidad de carga” de un ecosistema determinado, es decir, el impacto ambiental que puede absorber sin efectos nocivos significativos. La habilitación del Estado, se supone otorgada de acuerdo con esos estándares.

No obstante, el Estado, por su posición de garante y porque está obligado a prevenir el daño ambiental, no debe en momento alguno ceder en el control de dicha actividad. Si se excede la capacidad de carga, si ese límite resulta superado, el río ya no será capaz ni de asimilar ni de descomponer los desechos que se viertan en él, aunque éstos fueran íntegramente biodegradables, porque una vez rebasada su capacidad de carga se desequilibra el ecosistema del río.

En estos casos, insiste Bibiloni (2005), el reproche estará dirigido a eventuales conductas omisivas o permisivas de parte de las autoridades de aplicación con controles de las normas ambientales, supeditado al análisis objetivo de las reales posibilidades fácticas y/o

técnicas de detección del riesgo, y, por ende, de prevención, de las que se dispusiere a la fecha de los hechos. Las acciones a promover serán las que tiendan a la cesación inmediata de los efectos dañosos, y a su mitigación.

El cumplimiento de la obligación de preservación que imponen la Constitución y las leyes nos lleva a la necesidad de precavernos hasta de la posibilidad de que sobrevenga un daño ambiental, y para poder hacerlo es necesario prevenirlo, y para prevenir con eficacia es preciso identificar oportunamente las situaciones de riesgo y de peligro con la mayor celeridad y precisión posibles.

El replanteamiento de las dimensiones del concepto de interés público en su calidad de criterio orientador de los actos de la Administración Pública, señala Peña Chacón (2015), se posiciona como una de las demandas del nuevo orden público ambiental, particularmente, en materia de actos habilitadores de actividades económicas y de servicios.

El nuevo esquema de orden público ambiental, aclara Peña Chacón (2015), aboga por la tutela efectiva del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado mediante el reconocimiento del carácter transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, así como de su naturaleza de derecho humano y fundamental. Complementariamente, la consolidación de sus principios generales, entre los cuales destacan los principios de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, constituye un insumo indispensable para comprender cómo debe reorientarse el régimen de los actos habilitadores de actividades ante el nuevo esquema.

Aclara, además, el autor mencionado, que la importancia de posicionar un nuevo enfoque en el régimen de dichos actos se sustenta en la premisa de que debe privar un justo equilibrio entre todos los intereses involucrados; uno que pondere las opciones de un desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras y la protección de la salud humana como

parámetros condicionantes para la aprobación, revisión, modificación, prórroga, renovación o extinción de dichos actos.

El profesor Jordano Fraga (2003, como fue citado en Peña Chacón 2015) expone, de conformidad con la jurisprudencia española, que en materia de licencias de actividad no existen derechos adquiridos. Asimismo, afirma que sin licencia no hay derecho adquirido y que las licencias ambientales como actos-condición no generan derechos adquiridos a contaminar, debiendo adaptarse a la legislación ambiental que se vaya dictando. Señala, además, que las normas ambientales habitualmente miran al futuro -por ejemplo, se someten a Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) las futuras actividades que se implanten-, pero cada vez es más usual que también contemplen el pasado desde la premisa que nadie tiene ganado el derecho adquirido a contaminar (si se amplían actividades existentes o se trasladan habrán de someterse a EIA). Por ello, expone que las autorizaciones ambientales son actos-condiciones con *rebus sic stantibus* incorporado, que implican una cláusula de progreso autorizada por el poder transformador propio de un Estado Social, normalmente formulada en el Derecho Ambiental como mejor tecnología posible.

En esa misma línea, Esteve Pardo (2015, citado en Peña Chacón, 2015) ratifica la provisionalidad propia de las autorizaciones administrativas relacionadas con lo ambiental, las cuales están siempre abiertas a nuevas exigencias, especialmente a raíz de los constantes avances de la ciencia y la técnica, nuevamente de conformidad con lo que se denomina la mejor tecnología disponible.

Para Falbo (2015), todo nuevo avance, conocimiento, descubrimiento dato científico o técnico, impactará directamente y decisivamente en toda autorización o permiso. De manera tal que el sujeto autorizado deberá adecuar su actividad o proceso a los nuevos datos que vayan surgiendo, aportados básicamente por la ciencia y la tecnología (sin que pueda

negarse la posibilidad de que provengan de otras áreas del conocimiento), o bien deberá cesar en su actividad.

Consecuentemente, la potestad administrativa de modificación de permisos para simplificar o racionalizar trámites y requisitos o suprimir los no imprescindibles en el control y regulación de actividades económicas, se encuentra limitada por el principio precautorio, por las reglas unívocas de la ciencia y la técnica y especialmente, por el principio de progresividad, en la medida que los niveles de protección ambiental alcanzados deben ser respetados, no disminuidos, sino más bien incrementados con el fin de asegurar a las presentes y futuras generaciones mejores condiciones ambientales.

El régimen de los actos habilitadores de actividades económicas y de servicios, debe adecuarse en función de un criterio de interés público que visibilice el justo equilibrio entre la protección ambiental, el desarrollo económico y las actividades de los particulares. Dichos actos constituyen instrumentos esenciales e imprescindibles para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible, razón por la que una tutela efectiva desde el momento de su otorgamiento, así como durante su monitoreo, se traduce en un abordaje oportuno en virtud de la naturaleza preventiva y precautoria que rige la tutela del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Asimismo, dice Falbo (2015), la implementación de los principios de progresividad, no regresión y objetivación de las normas ambientales en la toma de decisiones relativa al otorgamiento, revisión, modificación, prórroga, renovación o extinción, así como el control, fiscalización y monitoreo de estos actos, constituye el mecanismo más efectivo para garantizar, tanto al administrado como a terceros, que todas las actividades económicas y de servicios derivadas de un acto habilitante de la Administración, se fundamentan en el corto, mediano y largo plazo, en las premisas del desarrollo sostenible y de seguridad jurídica.

Los actos administrativos habilitadores de actividades pueden ser clasificados en: autorizaciones, licencias, permisos y concesiones. Para otorgarlos, es conveniente tener en cuenta los instrumentos de la política y la gestión ambiental previstos en la LGA.

El artículo 10 de la LGA establece que: el proceso de ordenamiento ambiental, teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable.

La LGA establece que toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución (art. 11), que las personas físicas o jurídicas darán inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente.

Las autoridades competentes determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular y, en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados (art. 12), y que los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos (art. 13).

La evaluación ambiental es la valoración del ambiente para su comprensión y la toma de decisiones informadas con respecto a una iniciativa. A este fin se considera al ambiente como un sistema complejo y dinámico resultante de la interacción de los componentes biótico, abiótico y social en una unidad espacio-temporal. Esta es implementada a través de un conjunto de herramientas y procedimientos que son clasificados según su propósito. Algunos de ellos son la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), que permite a la autoridad tomar una decisión informada respecto de la viabilidad ambiental de un proyecto, y la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), que se aplica a políticas, planes o programas gubernamentales.

La EIA es el procedimiento obligatorio que permite identificar, predecir, evaluar y mitigar los potenciales impactos que un proyecto de obra o actividad puede causar al ambiente en el corto, mediano y largo plazo; siendo un instrumento que se aplica previamente a la toma de decisión sobre la ejecución de un proyecto.

Se trata de un procedimiento técnico-administrativo con carácter preventivo, previsto en la LGA, que permite una toma de decisión informada por parte de la autoridad ambiental competente respecto de la viabilidad ambiental de un proyecto y su gestión ambiental. La autoridad se expide a través de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o Certificado de Aptitud Ambiental (CAA) según la norma particular de cada jurisdicción. Estos documentos son conocidos como “licencia ambiental” en la mayoría de los países.

El documento técnico central de la EIA es el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) que realiza la persona proponente del proyecto (sea pública o privada) y contiene: una descripción del proyecto, su línea de base ambiental y social, el marco legal de cumplimiento, un análisis de alternativas, la identificación y valoración de los potenciales impactos ambientales y sociales que el proyecto (en todas sus etapas) puede causar en el corto, mediano y largo plazo, así como la previsión de la gestión ambiental para abordarlos (prevención,

mitigación y compensación), que se concreta a través del Plan de Gestión Ambiental dentro del EsIA.

Los principales objetivos de la EIA son: determinar la viabilidad ambiental de un proyecto para la toma de una decisión informada, promover la transparencia y la participación pública en el proceso de planificación y toma de decisiones, y propiciar la prevención y adecuada gestión de los potenciales impactos ambientales y sociales asociados a determinados proyectos.

Un procedimiento de EIA tiene distintas etapas, que pueden variar de acuerdo a lo previsto en cada marco normativo o procedimiento aprobado por las autoridades ambientales competentes. Las etapas más comunes son:

- a) **Aviso de Proyecto:** es el documento por el cual se da inicio al procedimiento de EIA.
- b) **Categorización:** permite determinar si un proyecto debe estar o no sujeto a un procedimiento de EIA, según su nivel de complejidad ambiental. En algunos casos comprende la determinación del tipo de procedimiento o del tipo de EsIA a realizar (que será de mayor o menor profundidad, dependiendo del proyecto). Esta categorización se realiza en función del tipo de proyecto y sus datos básicos (dimensiones, tecnología, ubicación, etc.). Según la jurisdicción, la determinación se lleva a cabo de acuerdo a un listado de proyectos previsto en la normativa, fórmulas polinómicas, una combinación de ambas o a criterio de la autoridad ambiental.
- c) **Determinación del alcance - Términos De Referencia (TDR):** permite construir los términos de referencia o especificaciones técnicas para la realización del EsIA. Según el caso, puede estar establecida en la normativa, guías o manuales específicos, los términos de referencia generales o *ad hoc*.

d) **Revisión del Estudio de Impacto Ambiental:** En esta instancia se evalúa el EsIA que ha sido elaborado por el proponente del proyecto, con el objetivo de verificar si la información allí provista es suficiente para formar una base sólida para la toma de decisiones. Dependiendo del caso, la autoridad ambiental solicita la intervención de otras áreas especializadas, realiza consultas a organismos sectoriales o entidades con competencia en la materia (Universidades, Instituciones científicas). También puede solicitar información y/o la realización de estudios adicionales al proponente, que involucren el juicio de expertos. Finalmente, se confecciona el dictamen de revisión técnica que generalmente funciona como insumo para la instancia de participación ciudadana.

e) **Participación pública:** Constituye un componente transversal obligatorio dentro del procedimiento de evaluación, que en general se efectiviza mediante la realización de una consulta o audiencia pública, convocada por la autoridad ambiental siempre en forma previa a la toma de decisión sobre la viabilidad ambiental del proyecto.

f) **Toma de decisión:** Finalizada la revisión del EsIA y las instancias de participación ciudadana que correspondan según el marco normativo, se confecciona un informe técnico de análisis del EsIA, junto al informe de resultados de la participación. Estos documentos fundamentan la toma de decisión por parte de la autoridad ambiental, que puede otorgar o no la autorización ambiental para la ejecución del proyecto de obra o actividad.

Se denomina gestión ambiental al conjunto de medidas técnicas o gerenciales abocadas a orientar la toma de decisiones hacia el desarrollo sostenible, en materia de aspectos ambientales de las acciones humanas o respuesta ante amenazas naturales. Se enfoca en minimizar riesgos, evitar y mitigar impactos negativos sobre el ambiente y maximizar impactos positivos. Su abordaje debe ser interdisciplinario y participativo, tanto en su desarrollo como en su ejecución. La gestión ambiental adaptativa es un proceso de monitoreo y revisión sistemático e iterativo cuyo objetivo es la mejora continua en la toma de decisiones de medidas

técnicas y gerenciales, y la reducción de las incertidumbres que involucran las metodologías predictivas de evaluación de impactos en sistemas ambientales.

La autorización manifiesta a través de un acto administrativo de la autoridad ambiental, mediante el cual se expide como resultado del procedimiento de EIA sobre la viabilidad ambiental de un proyecto, obra o actividad y su plan de gestión ambiental, se denomina licencia ambiental.

El Plan de Gestión Ambiental (PGA) es la planificación de un conjunto de programas que establecen medidas basadas en la jerarquía de mitigación de los efectos adversos o para potenciar los efectos positivos a generarse por un proyecto, obra o actividad sobre el ambiente. Estos programas contienen objetivos, acciones, metas, cronograma, responsables e indicadores adecuados para el seguimiento de implementación. El PGA es el punto inicial para una gestión ambiental adaptativa que permita incorporar la información resultante de los monitoreos, el seguimiento y la fiscalización a lo largo de la etapa de construcción, funcionamiento y cierre del proyecto.

El conjunto de diferentes y sucesivas etapas de evolución de un proyecto desde su concepción (idea de proyecto) hasta su cierre material o clausura, se define como ciclo de proyecto. Comprende la progresiva consolidación en la definición de su localización, escala, tecnología, diseño, insumos y productos. En términos generales, el ciclo de un proyecto se estructura en las siguientes etapas típicas:

- a) Idea de proyecto
- b) Proyecto básico
- c) Proyecto definitivo
- d) Construcción/Ejecución
- e) Operación y mantenimiento

f) Cierre

Las medidas de mitigación son las acciones que se llevarán a cabo para gestionar los potenciales impactos identificados en el ciclo de proyecto. Se presentan como jerarquía de mitigación, ya que se debe contemplar una prioridad de criterios de aplicación en el marco conceptual de la evaluación de alternativas.

La primera instancia consiste en prevenir los impactos ambientales, evitar, lo que se puede llevar a cabo a través de cambios tecnológicos, escala, ubicación del proyecto, etc. Este tipo de medidas de prevención serán efectivas si se implementan en fases tempranas del ciclo del proyecto.

El siguiente nivel busca minimizar los impactos negativos que no pudieran ser evitados, tanto en su duración, magnitud o alcance. También pueden ser abordados desde los cambios tecnológicos, ubicación o escala del proyecto.

Otra acción relevante es la restauración, que comprende la recuperación de los valores del ambiente que son inevitablemente alterados por el proyecto, y solo cuando no puedan ser aplicables las medidas precedentes. Las acciones de restauración pueden ser implementadas durante la ejecución, operación y posterior al cierre del proyecto.

La última etapa que se implementa sobre aquellos impactos negativos significativos residuales que no pudieron ser evitados, minimizados o restaurados es la compensación. Solamente debe implementarse luego de que se hayan aplicado las instancias anteriores.

De acuerdo con el artículo 16 de la 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.

La autoridad de aplicación deberá 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) (art. 17).

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 (art. 18).

Puede suceder que, cumplidas las etapas de la EIA y otorgada por la autoridad competente la licencia ambiental a una determinada obra, luego de un cierto tiempo sobrevengan circunstancias no contempladas a la fecha del dictado del acto administrativo que permitan sospechar la presencia de un riesgo potencial de daño ambiental. Por ejemplo, iniciada que fuera la obra se descubre un nuevo yacimiento arqueológico o paleontológico en la zona de operaciones –situación que debe ser denunciada ante la autoridad competente para su correspondiente registro (ley 25.743)- que podría ser afectado si no se realizan las acciones preventivas que en principio no se planificaron o una readecuación de la tecnología que se está utilizando.

4.4. Medida de no innovar

Aberastury (2020) sostiene que el valor que tiene el tiempo en el proceso es inmenso y, en gran parte, desconocido de manera que las exigencias que se imponen al juez, en orden al tiempo, son tres: detener, retroceder, acelerar el curso del tiempo. En efecto, el juez puede: a) tener necesidad de impedir el cambio de una situación, b) eliminar el cambio ya ocurrido, y c) anticipar el cambio probable o posible.

Si el *statu quo* es lo que causa a una de las partes el perjuicio, entonces lo necesario es alterar la situación para prevenir el daño. La medida cautelar puede innovar o no innovar, obligar a hacer o a no hacer, imponer modalidades específicas de ejecución, ordenar –de manera indefinida o acotada en el tiempo- llevar a cabo cierta conducta. En fin, satisfechos los requisitos mencionados debe impedir que el proceso se convierta en un instrumento ruinoso para quien precisa su auxilio (Vallefn, C. 2013).

La prohibición de no innovar constituye la medida cautelar esencialmente fundada en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el *statu quo* inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o derecho existente al tiempo de la promoción del litigio, tornando la posible sentencia en ilusoria y con el fin de evitar perjuicios irreparables (Sala V, 12-7-21, causa 8.138/2011, “Latin Eco SA c/EN, M° de Economía (Lealtad Comercial s/Medida cautelar).

La LMC ha diferenciado la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto, prevista en el artículo 13, de la medida de no innovar. Aberastury (2020) no comparte este distinto tratamiento pues, conceptualmente tanto en un caso como en el otro, se trata siempre de una medida de no innovar que se diferencia respecto al momento en que tendrá efecto: desde el dictado de la medida cautelar para el futuro o, retroactivamente, a partir del momento en que fue dictado el acto por parte de la autoridad administrativa. De todas maneras,

es evidente que la suspensión tiene efectos para el futuro y se retrotrae la situación de hecho al momento anterior a su dictado.

La diferencia entre ambas medidas nominadas radica en que el artículo 13 dispone un tratamiento más riguroso a los aspectos formales de admisión en favor del Estado, pero prácticamente no existe diferencia en los requisitos de admisión de una u otra medida. A ello se agrega que mientras los artículos 13 y 14 determinan el objeto de la medida, en la de no innovar se ha omitido señalarlo y sólo se le reconoce que se está en tratamiento de no innovar por el título contenido en el artículo 15, “medida de no innovar”, o por la asignación del carácter de medida conservatoria, con lo cual es necesario aclarar sus alcances.

No se explica la diferencia que ha intentado realizar el legislador de la LMC entre ambas medidas tan afines, salvo los supuestos procesales contenidos procesales contenidos en los incisos 2 y 4 del artículo 13, que no se les aplican a las medidas cautelares dictadas conforme al artículo 15.

Aberastury (2020) advierte que el legislador parece haber adoptado la clasificación de Comadira, J. (1994), en cuanto diferencia el proceso cautelar conservativo (prevención conservativa) y el proceso cautelar innovativo (prevención innovativa), distinguiéndolo de la suspensión de los efectos del acto.

La similitud de los requisitos con los reglados en el artículo 13 es patente, mas presenta sutiles diferencias. En primer lugar, la LMC requiere que concurren simultáneamente los requisitos previstos en el inciso 1°. Asimismo, generaliza la aplicación de estos requisitos a aquellas medidas que contengan un carácter conservatorio que no se encuentren previstos en la LMC:

La LMC considera necesario acreditar, sumariamente, que se ocasionarán perjuicios graves de imposible reparación ulterior. Lo que marca una diferencia es en la

naturaleza de donde emana la lesión, pues en el artículo 13 se hace referencia al cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, mientras que, en este caso, a la ejecución de la conducta material que motiva la medida. Se está diferenciando al acto, al reglamento y a la ley de la conducta material que puede ocasionar.

La LMC requiere la verosimilitud del derecho y la verosimilitud de la ilegitimidad de la conducta material. Mientras en el artículo 13 se requiere la existencia de indicios serios y graves al respecto, en el artículo 15 la ilegitimidad debe provenir de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal, lo cual es razonable pues la finalidad de un no innovar se centra en la conducta material debido a la ilegitimidad de los actos de ejecución.

No obstante, en cuanto que los requisitos establecidos para su dictado coinciden con los de la suspensión de los efectos de un acto, que ya fueron examinados, resulta pertinente su remisión a dicho análisis.

4.5. Agotamiento de la vía administrativa

El inciso 2 del artículo 13 de la LMC establece que el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida. En este supuesto, la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso 1.

Bidart Campos (1994, citado en Canosa 2020) sostiene que la tutela administrativa efectiva debe ser considerada como una verdadera garantía, en tanto que éstas serán entendidas como “instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos”, dando origen estas garantías a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el Estado exclusivamente. La vigencia de la tutela administrativa efectiva también responde a los principios de buena administración y buen gobierno y en el mismo plano esta garantía contiene, en lo que atañe a la Administración, el derecho que tiene el ciudadano a la buena marcha de los asuntos públicos.

La tutela administrativa efectiva se vincula con la denominada tutela judicial efectiva, y en virtud de estos institutos Canosa (2020) propugna la eliminación del agotamiento de la vía administrativa previa en cuanto opere como obstáculo formal.

CAPITULO VI

Conclusiones

La investigación hasta aquí desarrollada tuvo como objetivo verificar si en un caso de acción u omisión lícita del Estado, o en su caso, los efectos de un acto administrativo legítimo, que generan un riesgo incierto de daño ambiental; la LMC tiene incidencia en la admisión de una medida cautelar ambiental con aplicación del principio precautorio.

En efecto, la LMC establece requisitos de admisibilidad de mayor rigor para las medidas cautelares contra el Estado nacional con relación a los recaudos tradicionales del *fumus bonus iuris* y del *periculum in mora*, ya que determina que la pretensión cautelar debe indicar de manera “clara y precisa” el perjuicio que se procura evitar, (artículo 3º, inciso 2). El art. 3º, inc. 4, determina la no identificación de la medida cautelar con el objeto principal.

Establece, además, esta ley que tanto la suspensión de los efectos de un acto estatal (art. 13), la medida positiva (art. 14), como la medida de no innovar (art. 15) requieren, respectivamente, que se acredite sumariamente que ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior y la no afectación del interés público. Para la suspensión de los efectos de un acto estatal se requiere, asimismo, la verosimilitud de la ilegitimidad.

Lo que, en definitiva, exige la LMC es claridad y precisión al indicar el perjuicio que se procura evitar, el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; y probar la certeza o realidad (acreditar) de que el acto administrativo que se pretende suspender ocasionará un grave perjuicio irreparable y, simultáneamente, acreditar la verosimilitud de su ilegitimidad.

La colisión entre estos institutos jurídicos, la LMC y el principio precautorio, que analizamos, se localiza en la exigencia de claridad y certeza de la regla, por una parte, y la

incertidumbre científica como fundamento del principio precautorio, por la otra. En la hipótesis sostuvimos que estos requisitos de la LMC inciden en la admisibilidad de la medida cautelar ambiental solicitada con sustento en el principio precautorio.

Debido a que el artículo 19 de la LMC excluye casi totalmente de su ámbito de aplicación a la acción de amparo, investigamos su incompatibilidad -o no- con el principio precautorio, en atención a los requisitos que regulan su procedencia. Si la acción de amparo fuera declarada idónea para el caso planteado, nuestra tesis habría encallado, porque el caso se resolvería por esta vía, fuera del campo de aplicación de la LMC.

El caso que nos ocupa se caracteriza por la incertidumbre del riesgo, lo que contrasta con la inminencia de la amenaza referida en el amparo, y por la legitimidad y licitud manifiesta del acto administrativo que se procura suspender, lo que colisiona con la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta mentada en el amparo.

Bibiloni, H. (2005) es contundente al expresar que, aunque el amparo se ha ganado un merecido lugar, transformándose en la acción por excelencia cuando se intenta detener inmediatamente los perjuicios ambientales, no siempre los hechos se enmarcan en sus estrictos requisitos de admisibilidad, ni cumplen las precisas condiciones de procedencia de dicha acción. Por las concretas exigencias de actualidad o de inmediatez con relación al daño que requiere la acción de amparo, este remedio no se muestra eficaz a la hora de precaverlo.

Por su parte, Safi (2012) estima que el principio precautorio se complementa con la presunción *in dubio pro ambiente*, y a estos efectos cabe decir que el amparo es particularmente idóneo para satisfacer el principio precautorio, morigerándose el requisito de inminencia de la amenaza, aunque el daño no esté acreditado, favoreciendo ello la tutela precautoria. Pero aclara, asimismo, que lo expuesto no significa que el principio precautorio obligue a dar trámite de amparo a todo conflicto ambiental, pues aquel principio sólo morigera

la exigencia de la prueba del daño, pero no exime de la necesidad de reprochar una antijuridicidad manifiesta a la conducta que permita enjuiciar el caso a través de la vía sumarísima del amparo.

El amparo funciona, entonces, precautoriamente ante el sólo riesgo, siempre que concurra el presupuesto de ilegitimidad manifiesta en la conducta enjuiciada, pues ambas condiciones deben estar presentes en el amparo. El principio precautorio colabora con la procedencia del amparo, pero no dispensa la carga de tener que acreditar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Desde ya, advierte Safi, si no se presenta el presupuesto de la ilegitimidad manifiesta, no hay que sacrificar la fisonomía del amparo para extenderlo hacia litigios complejos, ni tampoco faltar al principio precautorio que rige en esa materia.

Esto es lo que habría resuelto la CSJN en un caso concreto, al supeditar la tutela a la concurrencia de ambos elementos independientes, y señalar que, si bien no era necesario exigir mayor prueba sobre daño ambiental, pues allí regía el principio precautorio, en cambio sí se requería mayor certeza respecto de la ilegitimidad reprochada a la contraria, sugiriendo que allí la presunción no alcanzaba (Fallos 332:1600 “Municipalidad de Berazategui”, 28/7/2009, consids. 11 y 12).

Finalmente, sostiene Bestani (2012) que atento al carácter manifiesto de la arbitrariedad e ilegalidad del acto que exige la acción de amparo para su procedencia, y en tanto que igualmente se requiere lesión o amenaza inminente, se ha cuestionado el papel que puede jugar el principio precautorio en este especial de proceso. No obstante, para entender la habilitación del papel del principio precautorio en el amparo cita voto del doctor Lutz en “Codeci”:

“No existe contradicción entre la acción de amparo y el principio precautorio aplicable en materia ambiental, ya que el peligro inminente y la arbitrariedad manifiesta

requerida por el amparo se presenta en la amenaza que deriva de la falta de certeza científica respecto de una actividad y tal amenaza es inminente y manifiesta... Como se suele citar: ‘La ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia’ con lo cual esta falta de evidencia sobre la inocuidad se traduce en una amenaza que, más allá de que el daño eventual sobrevenga en el corto o largo plazo, ella –amenaza- en sí misma es inminente... y manifiesta” (STJ Río Negro, 16/8/05, LL, 2006-C223).

Bertrand (2020) en su comentario al Fallo “Cruz” señala que “el fallo del Juzgado Federal de Catamarca que denegó el amparo originalmente fue dictado el 29 de abril de 2010; luego de que la CSJN devolviera la causa a la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, ésta emitió un nuevo fallo el 10 de julio de 2017, acorde a lo expresado por la CSJN. En el mismo dispuso la cesación de la actividad minera en cuestión, a la espera de que se realicen los informes periciales correspondientes y de que la demandada acredite la contratación de un seguro para financiar la recomposición del daño según manda el art. 22 de la Ley General del Ambiente”.

Si el daño provocado por esta actividad fuera irreversible, advierte este autor, se estuvo llevando a cabo durante siete años, sin frenos por parte de la justicia y sin cumplir con las pautas indicadas por la ley en cuestión, volviendo ilusoria la protección que se pretende lograr. “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/sumarísimo” (Fallos 339:142, 2016).

Nuestra postura se definió por la falta de idoneidad de la acción de amparo para el caso que estudiamos. Sin embargo, lo que nos preocupa, insistimos, más allá de la solución adoptada (si el amparo es o no es compatible con el principio precautorio), es que por el transcurso del tiempo el bien “protegido” sufra un menoscabo, o que se desate una sucesión de causas y efectos no previstos ni deseados que ya no se puedan controlar o revertir.

Con respecto a las medidas cautelares dictadas por juez incompetente en un caso que afecta a la vida digna, a la salud y un derecho de naturaleza ambiental, la LMC le atribuye eficacia, pero el juez al que le ha sido remitida la causa inmediatamente, y aceptada la competencia atribuida por éste, deberá emitir un nuevo pronunciamiento en el que decidirá sobre el alcance y la vigencia de la medida dispuesta por el magistrado o tribunal incompetente. Es decir, aunque se habilita a un órgano judicial incompetente a otorgar eventualmente una medida cautelar, la misma está sujeta a una suerte de ratificación posterior.

En principio consideramos que el derecho al ambiente sano es presupuesto del derecho a la vida digna y a la salud, por lo tanto, lo que afecta a uno repercute en los otros. Entendemos que esta “doble instancia” de la cautelar incide en una medida cautelar ambiental que se apoya en el principio precautorio. La admisión del primer juez, el incompetente, ya resulta problemática por las razones que estudiamos, es decir las condiciones de admisibilidad que atentan contra la agilidad del trámite.

Ahora bien, si este juez –el incompetente- admite la medida cautelar, queda todavía la remisión al juez competente, que vuelve a revisarla, y puede admitirla o revocarla. Mientras esto sucede, la erosión inexorable del tiempo puede ya estar dando cumplimiento a su silenciosa actividad.

Con respecto a los presupuestos de procedencia, es decir el agravamiento de los requisitos que establece la ley, con convicción asumimos que inciden ostensiblemente en la aplicación del principio precautorio. Debido a que en el supuesto planteado no se puede determinar con certeza el riesgo de daño ambiental, es decir, que no se lo puede determinar con cálculos de probabilidad, sino sólo una sospecha plausible de su posibilidad, advertimos que acreditar la incertidumbre es “saber que no se sabe” y que por el momento no se puede saber.

Ahora bien, lo que se debe saber –sin hesitaciones- es que tal incertidumbre no debe conducir a la inacción y, por ende, no debe ser obstáculo para la procedencia de la medida cautelar ambiental, en el marco de la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 118 de la Constitución Nacional), que apunta tanto a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

Una tutela judicial efectiva, robustecida por el artículo 32 de la LGA que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

Junto a la Opinión Consulta 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible -Agenda 2030- de las Naciones Unidas, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú, establece una serie de estándares mínimos que los Estados de la región deben cumplir para garantizar el acceso a la justicia ambiental y asegurar el debido proceso ambiental.

- a) Con relación a la suspensión de los efectos de un acto estatal, el artículo 13, inciso 1, de la LMC establece que la suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- b) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
- c) La verosimilitud del derecho invocado;
- d) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;
- e) La no afectación del interés público;
- f) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

El texto legal dice claramente que estos requisitos deben concurrir simultáneamente, entonces, la ausencia de uno de ellos ya obtura la pretensión cautelar. La verosimilitud de la ilegitimidad del acto administrativo, por existir indicios graves y serios, es ya imposible de probar, porque estamos hablando de un caso de acto administrativo lícito y legítimo. Por lo tanto, la medida cautelar no es admisible. Asimismo, el inciso a, que requiere la acreditación de que la ejecución del acto ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior, colisiona con la incertidumbre que fundamenta al principio precautorio.

La doctrina administrativista y la jurisprudencia han plasmado el concepto de que, a mayor verosimilitud del derecho, menor invocación del peligro en la demora, y viceversa, pero siempre dentro de una amplitud de criterio como forma de dar preferencia al derecho a la tutela judicial efectiva. Teniendo en cuenta, entonces, que la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora tienen una relación de proporcionalidad inversa, será difícil, si no imposible, acreditar la concurrencia simultánea de ambos requisitos de manera directamente proporcional.

El principio de precaución se traduce como el deber que tiene el Estado de agotar todos los medios para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del

riesgo ambiental sospechado, antes de autorizar una actividad, cubriendo las necesidades básicas e indispensables acordes al potencial riesgo dudoso. La aplicación de este principio conlleva una nueva mirada a la relación economía-ambiente, como en la gestión administrativa pública y privada.

Con respecto a la medida de no innovar, en cuanto que los requisitos establecidos para su dictado coinciden con los de la suspensión de los efectos de un acto, que ya fueron examinados, resulta pertinente su remisión a dicho análisis.

Es importante destacar, con respecto a la fuente jurisprudencial, que al considerar cada caso prestamos atención al tiempo transcurrido entre el inicio de la causa y la decisión definitiva, precisamente ese es el campo de acción de las medidas cautelares, teniendo en cuenta las características del bien ambiental. Si el caso se resuelve en primera instancia: “eureka”, pero si avanza hasta el Superior Tribunal respectivo o si sigue su curso hasta la Corte, entendemos que sería frustrante para el derecho que se pretende proteger.

Aunque se puede ver el cambio progresivo en el que se viene dando mayor relevancia a las máximas expresadas en la LGA, los artículos analizados de la LMC incurrirían en una regresión del nivel de protección del ambiente legal y jurisprudencialmente alcanzado, cuestión que no carece de relevancia habida cuenta de que el Acuerdo Escazú, aprobado por ley 27.566, establece que cada parte se guiará, entre otros, por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: c) principio de no regresión y principio de progresividad; e) principio preventivo; f) principio precautorio, y g) principio de equidad intergeneracional.

La no regresión tiene por objeto garantizar que la protección ambiental no se vea debilitada, mientras que la progresividad aspira a mejorar la legislación ambiental, incluso

mediante el incremento del nivel de protección, sobre la base de los conocimientos científicos más recientes.

Numerosas declaraciones de derechos humanos establecen el principio de progresividad, es decir que una vez que se logra una posición no puede retrocederse. Ello expresado de diversas maneras, pero es muy relevante el establecimiento de una base sobre la cual los derechos puedan asentarse sin admitir retrocesos, al menos infundados.

En el campo ambiental, a pesar de que se trata de derechos fundamentales, no ocurre lo mismo, no se aplica el mismo criterio y se admite la derogación, el dictado de leyes que hacen retroceder, la denuncia de compromisos internacionales (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018).

Todo lo dicho adquiere más fortaleza al estar contenido en el contexto del Estado de Derecho Ambiental, al menos en lo conceptual, aunque no tanto en los hechos.

El Estado democrático enfoca sus instituciones en la protección de la persona y de sus derechos, y por este motivo, la evolución inevitable hacia el derecho al ambiente en tiempos de la posmodernidad no puede dejar de hacer repensar las instituciones, enfocándolas en la promoción y garantía de los derechos de esos tiempos. Esto explica entonces la necesidad de encajar Estado de Derecho y protección del ambiente.

Como dice Canosa Usera (2004, citado en Esaín, 2019), “lo ambiental posee una textura distinta a la de otros intereses integrados en el Estado social. Es más complejo y su realización, en armonía con los otros, más costosa. Y ello porque el bien jurídico ambiental está en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social). La capacidad de lo ambiental para converger yuxtaponerse, su carácter poliédrico y su vis expansiva obligan a un replanteamiento completo del Estado social que lo asuma impregnando

las políticas sociales y económicas de componentes ambientales. Se trataría de lograr un Estado social ambientalmente orientado”.

La preocupación por la realidad global nos sitúa en un punto de observación del estado actual de la temática ambiental y de los desafíos del Derecho para dar respuesta a las nuevas demandas provenientes, tanto de la sociedad contemporánea, como también de las generaciones futuras. La clave está, entonces, en el modo en que el Derecho Ambiental se “repiensa” a sí mismo, se construye y reconstruye, se transforma una y otra vez, persiguiendo como finalidad primordial constituirse en una herramienta útil, eficaz e imprescindible para mantener la calidad de vida, no sólo de los humanos sino de todos los seres vivos y, por tanto, del planeta mismo. Uno de los fenómenos de ese proceso de transformación se visualiza en la actualidad en lo que denomina “Estado Ambiental de Derecho” (Cafferatta, N. y Peretti, E., 2019).

Aspiramos, con este trabajo de investigación, a contribuir a repensar la naturaleza y funcionamiento del principio precautorio frente a los riesgos inciertos, para comprenderlo en sus aspectos jurisprudencial, administrativo y regulatorio, en el nuevo escenario del Derecho Ambiental con conflictos novedosos y nuevas categorías de riesgos. También es importante repensar la igualdad de armas entre el particular y el Estado, como cuestión clave de la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta, además, que el Estado debe proveer a la protección del ambiente.

En este nuevo escenario de conflictos, que se visibiliza en la dispar jurisprudencia, en la heterogeneidad de la doctrina y la falta de lenguaje claro en el campo normativo, cabe consolidar herramientas que asignen trascendencia a la duda, a las opiniones disidentes, a la integración de conocimientos provenientes de disciplinas diversas pero convergentes en torno a una problemática determinada, a otras formas de conocimiento

opacadas y marginadas modernamente. El paradigma ambiental se orienta a la armonización del sistema legal con el ecológico.

Finalmente, podríamos resumir desde un amplísimo punto de vista, que la cuestión se trata de un conflicto entre una regla un principio jurídico. Ahora bien, el principio precautorio está integrado a una trama de reglas y principios jurídicos protectores del ambiente que se activan cuando la cautela entra en juego.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aberastury, P. (2006), La Justicia Administrativa, LexisNexis, Bs As.

Aberastury, P. (2020), Medidas cautelares el Estado. Ley 26.854 comentada y anotada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Aguilar Rojas, G. - Iza, A. (2009), Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN.

Basterra, M. (2013), El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854, en Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.], 1a. ed. - Buenos Aires, Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA.

Barbado, P. (2010), Jurisprudencia Temática, en Sistemas cautelares y procesos urgentes, Revista de Derecho Procesal 2010 – 1, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

BAUMAN, Zygmunt (2012) en:

https://elpais.com/cultura/2012/08/19/actualidad/1345406113_154130.html

Beltrán, M. (1990) Sobre el lenguaje como realidad social. Revista del Centro de Estudios Constitucionales (España) N° 7.

Berros, V. (2013). Tesis Doctoral: Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina.

Bestani, A. (2012). Principio de precaución, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina.

Bibiloni, H. (2005), El Proceso Ambiental, Lexis Nexis, Bs As, Argentina.

Bibiloni, H. (2005), La obligación ambiental. Fundamentos. Responsabilidad, LL del 23-9.

Bidart Campos, G., (1969), J. Derecho Constitucional, t. 2, Buenos Aires, Ediar.

Bidart Campos, G., (1994) Tratado elemental de derecho constitucional argentino Buenos Aires: T. I, Ediar.

Bouazza Ariño (2013), Nulidad de la declaración de utilidad pública y de la aprobación de un proyecto por circunstancias ambientales sobrevenidas tras su autorización, Revista Española de Derecho Administrativo 158, Abril – Junio.

Cafferatta, N. (2004), Introducción al Derecho Ambiental, p. 161. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) Instituto Nacional de Ecología (INE) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), México DF.

Cafferatta, N. y Peretti, E. (2019), Nuevos desafíos del Derecho Ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del Derecho Ambiental.

Camps, C. (2014), Teoría cautelar ambiental y principio precautorio, AR/DOC/5404/2014

Canosa, A., (2014), Alcance de la denominada tutela administrativa efectiva, en Revista de la Administración Pública N° 323, ps. 75 y ss., en part. P. 78.

Canosa, A., (2020), La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador, Revista Derecho & Sociedad, N° 54 (I).

Carrió, G., (1959), Recurso de amparo y técnica judicial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, en CASSAGNE, J. C. (2011).

Cassagne, E. (2011), Las medidas cautelares contra la Administración, en Tratado General de Derecho Administrativo, (2011), La Ley, Buenos Aires.

Cassagne, J. C. (2011), Tratado general de Derecho Administrativo, t. I, 2° edición actualizada, La Ley, Buenos Aires.

Crespo, R. (2009), La Naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica? Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental: Temas de análisis. Setiembre.

Corredor Tapias, J. (2018), Aproximación a la sociología del lenguaje: Hacia unas consideraciones generales", Cuadernos de Lingüística Hispánica nro. 31, enero-junio.

Chinoy, E. (1992), La Sociedad: Una introducción a la Sociología. Fondo de Cultura Económica, México.

Esain, J. (2019), El principio de sostenibilidad, el estado ambiental de derecho y sus expresiones internas más trascendentes: la integración y la supletoriedad, en El Derecho Ambiental del Siglo XXI, Editorial Isolma, San José - Costa Rica.

Falbo, A. (1995). El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales, JA-IV, 976.

Falbo, A. (2015), La autorización administrativa es irrelevante para la responsabilidad civil ambiental. Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en Revista Derecho Ambiental, número 43, julio-setiembre, Argentina.

Falcón, E. (2006), Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Astra, Buenos Aires, t. I.

Fernández M. (CONICET, Grupo Forestal, UEDD IPADS Balcarce INTA-CONICET, Argentina). https://www.researchgate.net/profile/Maria_Fernandez44

Fernández, T. (1994), Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor, REDA, Nros. 15/16, Buenos Aires, Depalma.

Gaeta, Rodolfo, Los paradigmas que ya no son,

<http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/futuro/13-2657-2012-02-11.html>.

Página 12. Bs. As. 2009

Geertz, C. (2003) La interpretación de las culturas. Barcelona. Ed. Gedisa.

Gómez de la Fuente, P. (2013); El nuevo sistema electoral para el Consejo de la Magistratura; elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, ño, vol. y nro.: 06/05/2013

González Pérez, J. (1998), Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, t. I, 3° edición, Madrid, Civitas.

González Pérez, J. (2001), El derecho a la tutela jurisdiccional, 3° edición, Civitas, Madrid.

Gozaíni O. (2013), Las medidas cautelares ante la ley 26.854, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/5/2013.

Guadynas, E. (2011), Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. Publicado en: La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la Política. (Obra colectiva) Abya Yala Universidad Politécnica Salesiana. Quito.

Linares, J., (1944), El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes, Buenos Aires, Depalma, en CASSAGNE (2011).

Linares, J. (1970), La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, Buenos Aires, Astrea, en Canosa, Armando N. (2020), La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador, Revista Derecho & Sociedad, N° 54 (I).

Linares Quintana, S. V. (2007), Tratado de Interpretación Constitucional,

Lorenzetti, Ricardo Luis y Lorenzetti, Pablo, Derecho Ambiental. Primera edición revisada, Rubinzal-Culzoni, Sta Fe, 2018.

Loutayf Ranea, R., (2022), La Resolución Cautelar, en Medidas Cautelares y Anticautelares, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

Macionis, J. y Plummer, K. (2011) Sociología. Madrid. Ed. Pearson.

Martín Mateo, R., Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, Trivium, Madrid, 1991, pág. 6-7, en Mejía Henry Alexander, Responsabilidad por daños al medio ambiente, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2014, p. 31.

Martínez E. (2011), La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. (Obra colectiva) Abya Yala Universidad Politécnica Salesiana. Quito-Ecuador.

Martínez Preciado, N. (2015), Defensa del patrimonio cultural, histórico y social, en Derecho ambiental: Dimensión Social. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Mazzuca, M. (2015), Justicia, ambiente y sociedad, en Derecho Ambiental: Dimensión Social. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

McIntosh, M. (2010), El cautelar es un verdadero proceso, predeterminado para satisfacer una verdadera pretensión, en Sistemas cautelares y procesos urgentes, Revista de Derecho Procesal 2010 – 1, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

Mejía, H. (2014), Responsabilidad por daños al medio ambiente, Imagen Gráfica El Salvador, SA., de CV., ISBN 978-99961-901-3-1

Morea, Adrián, El adelanto indemnizatorio como imperativo de la justicia temprana, en Medidas Cautelares y Anticautelares, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2022

Morello, Augusto M.; El Proceso Civil Moderno, Librería Editora Platense, 2001

Muñoz, Ricardo Alberto (h), “La tutela administrativa efectiva”, La Ley, 2012.

Pastorino, L. (2005), El daño al ambiente. Lexis Nexis 1° edición, Bs As.

Peña Chacón, M. (2012), “El Principio de No Regresión Ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, Revista Judicial de Costa Rica, N° 104, junio.

Peña Chacón, M. (2015), Autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales - Número 18 - diciembre 2015, II-XCIV-184.

Peretti, E. (2014), Ambiente y Propiedad, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Peyrano, J., (2022), Lo urgente y lo cautelar, en Medidas Cautelares y Anticautelares, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

Pigretti, E. (2004), El Derecho Ambiental como revolución social política jurídica, LL, 28 de septiembre.

Porthié, I. y Goñi, I. (2015), Medidas cautelares y anticipatorias en el proceso ambiental, en Tutela Judicial del Ambiente, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Rocco, Ugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Depalma, Bs As, 1977, t. V.

Rojas, Jorge, (2006) “Sistemas Cautelares”, Obra dirigida por el Dr. Augusto M. Morello, titulada “Medidas Cautelares” -en homenaje al Dr. Axel Bremberg-, Editorial La Ley, Buenos Aires, ISBN: 987-03-0881-3.

Rojas, J. (2010-1), ¿Existen los procesos cautelares?, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Sistemas cautelares y procesos urgentes.

Rojas, J. (2015), Los sistemas cautelares en el proceso colectivo, en Tutela judicial del ambiente, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Rosatti, H. (2004), *Derecho Ambiental Constitucional*. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.

Safi, L. (2012), *El Amparo Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Safi, L. (2013), *La Demanda Ambiental*, TR La Ley AR/DOC/6791/2013.

Santiago, M. F. (2015), *Medios de tutela del Derecho Ambiental: el rol de las Medidas Cautelares*, eDial DC1F80.

Sbdar, C. (2023), *Los principios ambientales en la base de las decisiones judiciales*, L L, Bs As

Serbia, J. M. y Corzi, C. (2018), *El proceso de producción de datos de la investigación social. Nociones y herramientas básicas para la práctica investigativa*, Universidad Nacional de Luján. Buenos Aires, 2018.

Sosa, T. (2022), *Fundabilidad de la pretensión cautelar*, en *Medidas Cautelares y Anticautelares*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

Sozzo G. (2019), *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Sunstein, C. R. (2009) *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*. Buenos Aires, Argentina: Katz Editores.

Txeuxu, A. (2015), *Aproximación al principio de precaución*. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación Kontuz (MINECO FFI2011-24414) “Los límites del principio de precaución en la praxis ético-jurídica contemporánea”: www.kontuz.weebly.com

Urrutigoity, Javier, *El principio de la tutela administrativa efectiva*, *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, 2005.

Vallefín, Carlos, *Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2013.

Verbic, F. (2013), *El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional establecido por la Ley N° 26.854 y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos*, en *La Ley, Suplemento Especial sobre Medidas Cautelares y Casación Argentina*.

Zapatel, M. L. (2022), *Análisis de la eficacia jurídica de las medidas cautelares en el ámbito del derecho del consumidor y la relación con el nuevo paradigma de prevención contemplado en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Medidas Cautelares y Anticautelares*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

