



**“LEY NACIONAL DE PROTECCIÓN DE GLACIARES
N° 26.639,
SU CONSTITUCIONALIDAD Y COMPATIBILIDAD CON
LA LEY N° 8144 DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN”**

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

CARRERA: ABOGACÍA

MATERIA: SEMINARIO FINAL ABOGACÍA

ALUMNO: NOVARO, ALEJANDRO

MATRÍCULA N°: VABG 7236

RESUMEN EJECUTIVO

Explorar los fundamentos fácticos-jurídicos que originaron la necesidad de contar con una ley de Protección de Glaciares en la República Argentina, para luego analizar su constitucionalidad a la luz del juego armónico entre la jurisdicción federal para legislar sobre presupuestos mínimos, y la competencia de las provincias para disponer de sus recursos naturales, garantizando la protección del recursos hídrico, y el desarrollo sustentable de industrias ubicadas en áreas sujetas a la protección jurídica ambiental.

ABSTRACT

Browse the factual and legal that caused the need for a law on the Protection of Glaciers in Argentina, and then analyze its constitutionality in light of the harmonic interplay between federal jurisdiction to legislate on minimum budgets and competition from provinces to dispose of their natural resources, ensuring the protection of water resources, and sustainable development of industries located in areas subject to environmental legal protection.

INDICE

Resumen ejecutivo.....	Pág. 2
El derecho y el ambiente.....	Pág. 5
El cambio de paradigma jurídico-ambiental.....	Pág. 6
La importancia estratégica de los glaciares.....	Pág. 9
La importancia del ambiente periglacial.....	Pág. 11
La naturaleza jurídica de los glaciares.....	Pág. 13
La ley de gestión ambiental del agua.....	Pág. 15
En busca de una ley de protección de glaciares.....	Pág. 16
El debate parlamentario: la sanción de la ley 26.418.....	Pág. 16
El veto presidencial.....	Pág. 17
El debate sobre dominio originario y jurisdicción.....	Pág. 21
¿Por qué una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental?.....	Pág. 23
La cuestión federal – federalismo de concertación.....	Pág. 27
Restablecer el equilibrio.....	Pág. 29
La suspensión judicial de la ley de glaciares.....	Pág. 31
Reglamentación de la ley de glaciares.....	Pág. 34
La ley provincial 8144 de protección de los glaciares.....	Pág. 36
Conclusiones parciales.....	Pág. 37
Análisis comparativo de la protección legal, entre la norma nacional y la provincial.....	Pág. 38
Análisis legal comparativo.....	Pág. 38

Inventario-plazo.....	Pág. 40
Actividades prohibidas	Pág. 41
Evaluación de impacto ambiental	Pág. 42
Autoridad de aplicación	Pág. 43
Infracciones, sanciones y reincidencias.....	Pág. 44
Responsabilidad-solidaridad	Pág. 45
Norma transitoria-actividad en ejecución	Pág. 45
Competencia para legislar en materia ambiental.....	Pág. 48
Interpretación pacífica en la doctrina nacional.....	Pág. 50
Solución del conflicto entre las normas.....	Pág. 52
La inconstitucional de la norma provincial N° 8144.....	Pág. 53
Conclusiones.....	Pág. 54
Bibliografía.....	Pág. 57.
Jurisprudencia.....	Pág. 59
Legislación.....	Pág. 59

EL DERECHO Y EL AMBIENTE

Superado ya el debate sobre la existencia del Derecho Ambiental, las complejidades derivadas del entorno natural, obligan a formularse nuevos institutos, principios que se desprenden del moderno Derecho Constitucional, fenómeno que genera un importante caudal de normas, emanadas del ámbito internacional, comunitario, nacional, provincial y municipal, las que van dando forma a esta rama del derecho, en plena transformación. De allí la aceptada vigencia de los principios Precautorio y Preventivo, junto a los nuevos Institutos de Presupuestos Mínimos, Impacto y Daño Ambiental, Evaluación y Declaración Ambiental, Desarrollo Sustentable, y todo un complejo de normas específicas que vienen a tratar de garantizar un mejor cuidado para nuestro hábitat, el único que tenemos y del cual hemos abusado casi irracionalmente en gran parte de nuestra breve historia humana.

La reforma constitucional de 1994 incorporó en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de los derechos de primera y segunda generación, los derechos de tercera generación, también llamados difusos o de incidencia colectiva, referidos a bienes de personas, entre los cuales incluyó al medio ambiente.

Así fue que se incluyó la llamada “cláusula ambiental” en la Constitución Nacional, estableciéndose un núcleo duro de protección ambiental, de aplicación imperativa en toda la geografía nacional, 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)¹

La tutela constitucional está enfocada a la esfera colectiva del 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 (derecho ecológico), sino que incluye el entorno cultural (derecho ambiental)

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

¹ Safi, Leandro; “El Amparo Ambiental”; Abeledo Perrot; Bs.As.; 2012; pág.27

depredación de las especies, la desforestación de los bosques, el avance de las ciudades, la desaparición de espacios verdes, la superpoblación de la tierra, la escasez de agua potable, el calentamiento del planeta, con la consecuente disminución de hielos y glaciares.

A partir de allí, modernamente 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 susceptible de protección jurídica.

Lo expuesto corrobora que el ambiente es un macro bien, difuso y amplio que puede integrarse con diversos bienes o valores, físicos y culturales, según las épocas y las necesidades sociales.²

EL CAMBIO DE PARADIGMA JURÍDICO-AMBIENTAL

La naturaleza como sujeto de derecho

En una reciente obra, el penalista y miembro de la SCJN, Eugenio Raúl Zaffaroni³ describe la aparición de nuevos principios ambientales, en las Constituciones de Ecuador, de 2008; y de Bolivia, de 2009, al reconocerse en ambos ordenamientos jurídicos, a la Naturaleza como sujeto de derecho.

Ambas Constituciones parten de un paradigma diferente al del constitucionalismo liberal-antropocentrista, que siempre privilegió al individuo como único sujeto de derechos y obligaciones.

En efecto, en el preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 dice: “Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”, y después señala que decide construir, “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

² Martín Mateo, Ramón; “Tratado de Derecho Ambiental”; T I; Trivium, Madrid; 1991

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; “La Pachamama y el Humano”; Ed. Colihue; Bs.As. 2012

El capítulo VII de la Constitución de Montecristi se refiere a Derechos de la Naturaleza, o sea que desde el título reconoce la cuestión medioambiental como propia de la naturaleza y a ésta como titular de derechos. En consonancia con esta posición, el artículo 71° dispone que: La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. // Consagra que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Agrega que para interpretar estos derechos, se observarán los principios ambientales establecidos en la Constitución. También innova al establecer que el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

En el preámbulo de la Constitución Política del Estado boliviano, sometida al voto popular en 2009, se subordina al mandato popular, con la fortaleza de la Pachamama o Madre Tierra.

El artículo 33° de la Constitución de Bolivia reconoce que las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

El artículo 34° complementa el anterior disponiendo: que cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente, otorgando una legitimación automática, esencial para la actuación rápida y eficiente de la protección ambiental.

Si bien este texto de la Constitución boliviana enuncia la cuestión ambiental como un derecho de carácter social y económico, encabezando el capítulo referido a tales derechos, y con ello parece inclinarse por la tendencia ambientalista prevalente de considerarlo un derecho de los humanos, en su texto no deja de referirse a otros seres vivos, lo que importa reconocerles también ciertos derechos.

En cuanto a sus consecuencias prácticas, habilita a cualquier persona, de modo amplio, a ejercer las acciones judiciales de protección, sin el requisito de que se trate de un damnificado, que es la consecuencia inevitable del reconocimiento de personería a la propia naturaleza, conforme a la invocación de la Pachamama entendida en su dimensión cultural de Madre Tierra. Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos.

De este modo el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respeto, que se traduce en la regla básica ética del *sumak kawsay*, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual- que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza.

No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.

Siendo una regla de convivencia que en modo alguno niega la utilización de la naturaleza y ni siquiera de la técnica, sino que exige respeto a todo lo humano y no humano, tiene implicancias de todo orden en el plano político y económico y, naturalmente, enfrenta decididamente al suicida festival del mercado encarnado en un capitalismo desenfrenado.

Contra este modelo civilizatorio, el nuevo constitucionalismo latinoamericano opta por proclamar una convivencia con todos los seres vivientes dentro de la Tierra, denunciando coyunturalmente al fundamentalismo de mercado de las últimas décadas del siglo pasado, aunque desde una perspectiva mucho más amplia y universal. De este modo, Gaia, que en

Latinoamérica se llama Pachamama, no llega de la mano de elaboraciones científicas, sino como manifestación del saber de la cultura ancestral de convivencia en la naturaleza,

se incorpora al derecho constitucional como otro aporte del constitucionalismo latinoamericano al universal, así como en Querétaro, Méjico, en 1917 se inauguró nada menos que el Constitucionalismo Social.

LA IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DE LOS GLACIARES

Los glaciares constituyen una fuente de agua dulce de un valor estratégico fundamental, a nivel interno, regional e internacional, que han evidenciado un claro retroceso en los últimos años como consecuencia del Cambio Climático. Frente a la necesidad de protección de estos importantes reservorios de agua, el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 26.639 de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, constituyendo la primera norma específica sobre el tema tanto en Argentina como en los países de la región que poseen glaciares.

Los glaciares y nieves de la Cordillera de los Andes representan la principal fuente de agua para prácticamente el 70% del territorio nacional. El abastecimiento de agua se realiza mediante el derretimiento estacional de las nieves y los hielos, durante los meses cálidos de finales de primavera a principios de otoño. Dicho abastecimiento puede ser directo por medio del agua superficial (ríos, lagos y lagunas) o indirecto mediante la reposición de agua en las napas subterráneas que se extienden en el subsuelo de varias provincias, inclusive algunas no cordilleranas como Córdoba o San Luis. Desde esta perspectiva, los glaciares y las nieves cordilleranas son el principal reservorio de agua para la vida humana, animal y vegetal, así como para la economía en gran parte del territorio nacional.

La Cordillera en su extensión sobre el territorio argentino cuenta con un número aun no identificado de glaciares de todo tipo y dimensión, desde los campos de hielo, de los Hielos Continentales, compartidos por Argentina y Chile en el sur de la Patagonia, hasta pequeños glaciares de algunas hectáreas. Cabe señalar que los Hielos Continentales representan la

mayor masa de hielo presente en el planeta, fuera de los casquetes polares de la Antártida y del Ártico⁴.

Los glaciares cumplen una función regulatoria de los sistemas hídricos. No regulan directamente el clima, pero indican qué está pasando con éste: los primeros que dieron señales de que «algo» ocurría desde el punto de vista climático fueron ellos. Pasaba en los Alpes europeos, en las montañas del oeste de América del Norte y en la Cordillera de Los Andes, donde en términos generales comenzaban a sufrir un proceso de adelgazamiento o pérdida de espesor, un «retroceso»

Los glaciares ocupan aproximadamente el 10% de la superficie del globo y contienen cerca del 75% del agua dulce de la Tierra. Formados a lo largo de distintos períodos geológicos, son la mayor reserva de agua bebible del planeta

La Argentina está bien posicionada en la materia. Sudamérica tiene aproximadamente 30.000 km², con Chile a la cabeza, cuyos glaciares ocupan más de 20.000 km². La Argentina viene después. Con excepción de la Antártida, esta región es la que contiene la mayor extensión cubierta por glaciares del hemisferio sur. Argentina es uno de los pocos países que cuenta con varios miles de km² de glaciares en su territorio. El glaciar Viedma, en el Parque Nacional Los Glaciares, tiene unos 1000 km² de extensión, el más grande de Argentina. El famoso glaciar Perito Moreno tiene cerca de 260 km² de superficie. Estos, junto con otros, como el Upsala, de unos 800 km², drenan el Hielo Patagónico Sur en la provincia de Santa Cruz⁵

Los glaciares se forman en lugares específicos del planeta, como regiones polares o montañosas. Si bien existen muchas definiciones, podría decirse que es un cuerpo permanente de hielo -formado en la superficie terrestre por acumulación, compactación y recristalización de la nieve- que muestra señales de movimiento por acción de la gravedad.

Todos los glaciares están formados por nieve comprimida o recristalizada. Por encima de los 3000 metros de altura, por un fenómeno atmosférico, en vez de llover, nieva: es la

⁴ Canziani, Pablo Osvaldo; “La Ley”; 16/12/2011; pág.3. Miembro del Panel Intergubernamental de Cambio Climático de la ONU, con quien compartió el Premio Nóbel de la Paz 2007.

⁵ Navarra, Gabriela; “Divino tesoro”; La Nación Revista; 19/09/2010

temperatura del aire lo que define que haya una nevada. No es que no pueda haber glaciares por abajo o por arriba de los 3000 metros de altura. A medida que nos vamos acercando a los polos la temperatura disminuye y, así, en Tierra del Fuego los glaciares llegan hasta el mar porque la isoterma cero toca el océano,

Un glaciar es una caja de ahorro que se alimenta de nieve. Hay ciertos lugares donde la geografía permite que la nieve quede de un año a otro. En otros, la nieve se derrite, produce el caudal de un año normal y alimenta el río. Los años secos, cuando no hay precipitaciones nivales, es el momento en el que el glaciar actúa como una caja de ahorro: ofrece agua cuando falta. Por eso es tan importante desde el punto de vista hídrico y socioeconómico.

Los glaciares de la árida zona andina son menores en tamaño y mucho menos vistosos que los del sur del país, pero así y todo alcanzan a dotar de agua a climas muy secos, casi desérticos.

El mecanismo regulatorio hídrico es sencillamente asombroso. Un lago también es una reserva de agua, pero si decrecen las precipitaciones entrega menos agua. En cambio, el glaciar tiene un comportamiento inverso: la principal causa de la fusión de hielo es la energía solar. Pero el sol se captura de manera diferente de acuerdo con la superficie donde refleje. Por ejemplo, una remera de algodón negra da más calor que una blanca. Los años secos, el glaciar muestra hielo viejo, que absorbe mucha más energía porque está sucio, es más antiguo y tiene una reflectancia menor que la nieve. Así que, en sequía, el glaciar puede entregar casi el doble de agua que en épocas normales, lo cual es muy bueno para paliar el problema hídrico..., pero es malo para la salud del glaciar, porque pierde mucha masa en esos años, aunque la puede recuperar en los años normales. Por eso es una reserva tan importante: trabaja el doble cuando más lo necesitamos.

LA IMPORTANCIA DEL AMBIENTE PERIGLACIAL – EL PERMAFROST

El ambiente periglacial viene de la mano de otro elemento muy ligado a los escenarios helados del planeta: el Permafrost, que es el suelo o roca congelados permanentemente por más de dos años consecutivos

En el ambiente periglacial no hay glaciares, pero sí permafrost. Cuando se forma una capa sedimentaria sobre este suelo congelado, que se sobrecarga de hielo y se descongela en verano, la crioforma se vuelve activa, se mueve, y constituye los llamados «glaciares de escombros» No son técnicamente glaciares, sino litoglaciares, glaciares de roca, cuerpos de detrito y hielo o detrito congelado.

El permafrost es condición sine qua non para hablar de litoglaciares. La Puna o ciertas zonas de Cuyo son de las regiones más ricas del mundo en este tipo de formaciones. Tanto los glaciares activos, que son los que acumulan agua y reptan, como los inactivos, constituidos por suelo congelado -subterráneo- deben ser, ambos, protegidos por la ley⁶

El ambiente periglacial se puede definir de manera genérica como un ambiente de clima frío, no glaciario, y que se caracteriza por la presencia de suelos congelados permanentes o permafrost, el dominio de ciclos de congelamiento y descongelamiento que afectan las rocas y la parte superior del suelo y de procesos periglaciales formadores de crioformas.

Por consiguiente el ambiente periglacial de la Cordillera de los Andes se define no sólo por temperaturas inferiores a los cero grados centígrados, sino también por procesos y características geomorfológicas, como son la presencia de suelos congelados permanentes y la acción intensa de ciclos de congelamiento y descongelamiento. Procesos que afectan al entorno periglacial, modifican directamente los procesos de realimentación, las condiciones que determinan el comportamiento y evolución de un glaciar dado. Cada glaciar tiene aspectos que le son propios y que lo definen. En ese sentido, es fundamental determinar y estudiar para cada glaciar su entorno periglacial y sus características. Es por ello que cuando se busca proteger un recurso valioso como son los glaciares en nuestro territorio se debe proteger también al entorno periglacial.

Los glaciares entonces presentan distintas características y comportamientos como consecuencia de su entorno geofísico-geológico y climático. En función de la latitud que define a grandes rasgos las características del clima, los glaciares tendrán distintos comportamientos y regímenes. Dado que los glaciares son una parte fundamental de los regímenes hídricos de nuestro país, cualquier cambio de comportamiento que sufran, afecta

⁶ Milana, Juan Pablo; “Hielo y desierto”; Ed. Elite; San Juan; 2010

la disponibilidad y uso del agua para consumo humano, la producción de energía, la producción agropecuaria e industrial, en gran parte del territorio nacional.

La vulnerabilidad de los sistemas glaciares (glaciar y entorno periglacial), puesta a la luz en los estudios climáticos pone de relieve la necesidad y urgencia de buscar e implementar mecanismos para tratar de proteger este recurso natural esencial para el desarrollo nacional, no sólo del cambio climático sino de cualquier acción humana que perturbe su estado de equilibrio o cuasi-equilibrio natural. En este sentido, la Ley de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Glaciares y Ambiente Periglacial aprobado por el Congreso Nacional representa un primer paso fundamental. La labor que debe llevar adelante el IANIGLA para concretar finalmente el necesario inventario nacional de glaciares es también un hito para poder desarrollar políticas y acciones concretas para la protección de un recurso tan fundamental. Basta con recordar que sin agua no hay vida, y que la vida es un valor superior a cualquier otro.⁷

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS GLACIARES

Recién ahora el legislador ha puesto de relieve la importancia de los glaciares como objeto de regulación jurídica, y ello es así, porque estudios científicos recientes, confirman que el agua potable será uno de los elementos más escasos de los próximos años.

Actualmente, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Unos doscientos millones de habitantes de los países subdesarrollados, no tienen acceso al agua potable, incluso países enteros presentan poblaciones que reciben una dotación diaria insuficiente para la satisfacción de las necesidades vitales mínimas.”⁸

Miguel Marienhoff⁹ considera el Derecho al Agua, como un Derecho Natural de todo individuo, como expresión del derecho a la vida, un atributo inherente a la personalidad

⁷ Canziani Pablo Osvaldo; Op.cit, pág.3

⁸ Informe sobre Desarrollo Humano 2006: “Más allá de la escasez, poder, pobreza y crisis mundial del agua”; ONU/PNUD.

⁹ Marienhoff, Miguel; “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, TV; Ed. Abeledo Perrot; Bs As; 1939, pág. 729.

humana, siendo por ello, un derecho preexistente al Estado innato del individuo, a quien pertenece como consecuencia de su condición de hombre miembro de una colectividad.

Numerosas Convenciones y Tratados Internacionales suscriptos por la Argentina, consideran el acceso al agua como una condición básica para el ejercicio de otros derechos humanos. Hoy en día, el derecho humano al agua, ha sido reconocido explícitamente en un gran número de documentos internacionales, marcándose una tendencia concreta al respecto.¹⁰

No obstante, estar formado un glaciar por agua dulce en estado sólido, ¿es lícito equiparlo directamente al agua potable, por más que se encuentre ubicado a cinco mil metros de altura, en zonas generalmente alejadas del hombre, inhóspitas y de difícil acceso?

La tendencia actual, es considerar al glaciar como un cuerpo de hielo, es decir, agua en estado sólido, pero que luego de un lento proceso de derretimiento y escurrimiento por cauces naturales, deriva en agua líquida, considerada como un “Servicio ambiental” que presta el glaciar, para regadío y consumo humano. Vale decir entonces, que el glaciar es un reservorio de agua dulce que alimenta cuencas interjurisdiccionales, revistiendo por lo tanto, un interés público, no obstante su eventual ubicación en terrenos privados.¹¹

Los glaciares en sí mismos, no poseían un estatuto jurídico establecido expresamente en el Ordenamiento Jurídico Argentino.

Según lo dispuesto por el Art. 2340 del Código Civil, dentro de los bienes públicos están comprendidos: los mares territoriales, mares interiores, ríos, sus cauces y demás aguas que corran por cauces naturales y “toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general”

Si partimos de la base de que el glaciar es agua en estado sólido, cabría interpretar en primer lugar, qué entendió el codificador argentino cuando se refirió a “Toda otra agua que satisfaga usos de interés general”. Para algunos autores, está más que claro que Vélez Sarsfield incorporó a los glaciares en dicha expresión genérica. Inclusive, afirman que

¹⁰ Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; San Salvador; 1998.

¹¹ Iza Alejandro y Rovere Marta; “Aspectos Jurídicos de la Conservación de Glaciares”; IUCN/2008

dichos cuerpos de hielo deberían ser incorporados en la categoría de aguas de dominio público, en el Código Civil.¹²

LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL DEL AGUA

La ley 25.688 de Gestión Ambiental del Agua, establece los presupuestos mínimos de protección para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. En su Art. 2º enumera al tipo de aguas que la ley se aplica, y expresamente hace referencia a “Cuerpos de Aguas Naturales”, por lo que algunos autores estiman que allí estarían comprendidos los glaciares; no obstante, por la morfología y características propias de dichos cuerpos de hielo, esta interpretación es de dudosa aplicación. Sí regula esta ley, en detalle, el régimen de Cuencas, a las que considera indivisibles (Art. 3º), como unidad ambiental de gestión del recurso.

Sin duda, el aporte que realiza esta norma con relación al tema de los glaciares, es el criterio de interjurisdiccionalidad en materia de cuencas, vale decir que se deberán crear Comités de Cuencas, como el ya existente Matanza-Riachuelo, para coordinar los usos del recurso hídrico que circula por diferentes provincias.

El hecho no es menor, pues cabría la posibilidad de que una provincia que se sienta agredida por el mal uso o destrucción de los glaciares, por parte de otra jurisdicción, decida convocar a un Comité de Cuencas, a efectos de resolver sobre la responsabilidad de la provincia en cuestión, reservándose inclusive, el derecho a accionar judicialmente ante la C.S.J.N. en competencia originaria, por el hecho de ver afectado su legítimo interés en recibir la calidad y cantidad de agua de los glaciares ubicados en otra jurisdicción.

¿Será este el comienzo de las batallas legales por el derecho al agua potable?

Ya sea el agua en estado líquido o sólido, siempre se está en presencia de un bien público cuyo acceso y disponibilidad, constituye un Derecho Humano.

¹² Lloveras, Ernesto; “La protección jurídica de los glaciares en Argentina”; Informe Ambiental Anual (2010) FARN; pág.263

EN BUSCA DE UNA LEY DE PROTECCIÓN DE GLACIARES

A todas luces, es un hecho irrefutable que la Argentina no contaba con una ley que garantice en forma específica, la protección de sus glaciares, que efectúe un ordenamiento territorial de altura, y que organice un inventario. Nadie protege lo que no conoce en profundidad y este tema es nuevo para toda Latinoamérica, ya que luego de confirmarse el lamentable retroceso de masas de hielo a lo largo del Cordón Andino, reaccionaron los parlamentos americanos, comenzando un debate hemisférico de importantes consecuencias ante la real amenaza de un Cambio Climático Global. Tampoco es suficiente lo dispuesto en el Art. 2 de la Ley General del Ambiente, N° 25.675, al asegurar genéricamente: “La Preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales...” Podrá ser de aplicación complementaria ya que en su texto se enumeran principios esenciales en materia ambiental, como el de la gestión y desarrollo sustentable, y la protección de la diversidad biológica; pero no hay que perder de vista que los glaciares son elementos de gran importancia social, cultural, económica y biológica, y que por ende necesitan de una protección especial, que atienda su particular morfología y ubicación; preservándolos de acciones antrópicas destructivas, con fines meramente especulativos.

EL DEBATE PARLAMENTARIO: LA SANCIÓN DE LA LEY 26.418

El 13 de Noviembre de 2007, la Comisión de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Cámara de Diputados de la Nación, aprobó por unanimidad un proyecto sobre Presupuestos Mínimos para la Protección de Glaciares y del Ambiente Periglacial, de autoría de la diputada (M.C.) Marta Maffei. Luego de dos años de estudio, y con el asesoramiento de varios organismos científicos, entre ellos, el IANIGLA (Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales), dependiente del CONICET.

El dictamen de Comisión fue elevado al pleno, sin disidencias ni observaciones, y luego fue aprobado por UNANIMIDAD en el recinto de la Cámara de Diputados, el 22 de Noviembre de 2007. Posteriormente, el 22 de Octubre de 2008, fue también aprobado por

UNANIMIDAD en el Senado. Con esta aprobación, el proyecto se convirtió en la ley N° 26.418. Faltaba que el P.E.N. lo promulgara, pero sorprendentemente, la Presidenta Cristina de Kirchner, la vetó, dejando tras de sí, una serie de confusos episodios, denuncias y especulaciones, los que se centraban en supuestas presiones de empresarios mineros y de gobernadores conocidos por su cercanía comercial con dicha actividad. Hasta la ex Secretaria de Medio Ambiente de la Nación, reconoció públicamente la existencia de dichas acciones, que terminaron en el veto presidencial.

EL VETO PRESIDENCIAL

No es tema de este trabajo, desarrollar la facultad discrecional contenida en el Art. 80 y SS de la Constitución Nacional, pero sí es relevante destacar que la facultad de “observar” un proyecto por parte del Presidente, constituye una atribución constitucional, derivada del sistema vigente, caracterizado como un hiperpresidencialismo rígido que se distorsiona en una exagerada personalización del poder, lo que debilita el consenso y el diálogo político, erosionando inclusive, el sistema de partidos políticos, que ven frustrado el debate parlamentario ante el poder arrollador del Ejecutivo. Lejos del equilibrio diseñado en el Espíritu de las Leyes por Montesquieu, el sistema imperante en la Constitución Nacional permite vetar una ley que cuenta hasta con su número, con su análisis y voto en comisión, y su posterior debate y aprobación por Diputados y Senadores. Toda una exhibición de fuerza unipersonal, que lleva a preguntarse sobre las reales funciones del Poder Legislativo.

A través del Decreto N° 1837 del 10 de Noviembre de 2008, la Presidenta fundamenta su oposición a la Ley de Glaciares, y por primera vez, aparece en forma expresa la relación con la minería, ya que en un párrafo expresa textualmente: “Que tal como señala la Secretaría de Minería, el establecimiento de presupuestos mínimos, no puede limitarse a la absoluta prohibición de actividades”; y más adelante agrega: “Que la prohibición de las actividades descriptas en el Art. 6° del Proyecto, de regir, podría afectar el desarrollo económico de las provincias involucradas, implicando la imposibilidad de desarrollar cualquier tipo de actividad en zonas cordilleranas...”, agregando: “La prohibición de la

exploración y explotación minera o petrolífera, incluyendo en dicha restricción, aquellas que se desarrollan en el ambiente periglacial, saturado en hielo, daría preeminencia a los aspectos ambientales por encima de actividades que podrían autorizarse y desarrollarse en perfecto cuidado del medio ambiente”.

También critica el Decreto del PEN que el Art. 15 del Proyecto vetado, pretende someter a las actividades en ejecución a una nueva auditoría ambiental a resultas de la cual, podría disponerse el traslado o cese de la actividad. No pondera que cada actividad en ejecución en las provincias involucradas, pasa por las evaluaciones y autorizaciones ambientales pertinentes, previo a entrar en ejecución y es objeto de monitoreo constante por parte de las autoridades ambientales provinciales, y que gobernadores de la zona cordillerana han manifestado su preocupación con lo dispuesto por la norma sancionada, toda vez que repercutiría negativamente en el desarrollo económico y en las inversiones que se llevan a cabo en dichas provincias.

Finalmente, y luego de un extenso y duro debate legislativo, fue aprobada la ley de presupuestos mínimos de protección de los glaciares y el ambiente periglacial, N° 26.639, publicada en el Boletín Oficial el 28 de Octubre de 2010, que incorpora importantes conceptos en materia de derecho ambiental, que merecen un análisis pormenorizado para comprender acabadamente su alcance y tutela.

Una de las principales incorporaciones de la norma, en su art. 1°, fue la inclusión de los glaciares como bienes de dominio público. Si bien estimamos correcto dicho establecimiento, los glaciares ya eran considerados de dominio público en virtud del art. 2340 del Código Civil. En efecto, los glaciares, compuestos fundamentalmente por agua en estado sólido, satisfacen usos de interés general. En el mismo sentido, el agua que se encuentre en el ambiente periglacial, en tanto también tiende a satisfacer usos de interés general, es de dominio público, es decir, no es susceptible de apropiación privada.

Uno de los artículos más discutidos durante el trámite parlamentario fue el art. 2° de la ley, con relación a los alcances del concepto de ambiente periglacial, o sea, al ámbito de aplicación de la norma. Este debate fue, quizás, el más significativo, puesto que, en

definitiva, este artículo establece el bien jurídico tutelado por la ley, es decir, las áreas, zonas y geoformas alcanzadas por las disposiciones, limitaciones y prohibiciones de la ley.

La presión ejercida durante el trámite parlamentario para limitar los alcances de la norma se encontraba relacionada, justamente, con los ambientes periglaciales, donde los grandes proyectos mineros pretenden operar: sea estableciendo allí sus emprendimientos o para la utilización de sus recursos hídricos para los millones de litros diarios que necesitan en sus tareas extractivas. Para ello, durante las reuniones de Comisión en el Senado Nacional, se llegó a afirmar por parte de los detractores de la ley, que la definición de ambiente periglacial de la ley abarcaba la mayor parte de nuestro territorio.. De esta manera, si se reducía el ámbito de aplicación de la ley, también se reducía el área de acción, estudio e intervención de Inventario Nacional de Glaciares que establece el art. 3º de la ley y, así, quedaba excluida del Inventario la identificación e individualización de los ambientes periglaciales.

También generó gran controversia lo establecido en el art. 5º de la norma que dispone que el inventario y monitoreo del estado de los glaciares y del ambiente periglacial será realizado bajo la responsabilidad del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA), con la coordinación de la autoridad nacional de aplicación de la presente ley. Resulta fundamental que el inventario nacional sea realizado por un solo organismo, atento la unicidad de criterio con la que debe ser llevado dicho estudio y que los glaciares y ambientes periglaciales no reconocen fronteras administrativas. Debe desarrollarse una actividad integradora que contemple a la Cordillera como un ecosistema que trasciende los límites artificialmente impuestos por las fronteras provinciales. Tampoco encuentra reparos constitucionales la responsabilidad centralizada sobre un ente nacional (IANIGLA) para la confección del Inventario Nacional de Glaciares que establece la ley sancionada, dado que estos cuerpos y sus ecosistemas trascienden los contornos jurisdiccionales y su correcto estudio, metodología e identificación deben realizarse de manera uniforme, integral y sistémica, sin perjuicio de la facultad de cada provincia para producir los estudios que crea convenientes.

Otro de los artículos que generó un gran debate fue el art. 6° de la ley, que establece las “Actividades prohibidas” en los glaciares. El debate se planteó alrededor del inc. b) del citado artículo, que prohíbe en los glaciares “la exploración y explotación minera e hidrocarburífera...”, y establece que “se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial”. El debate tuvo intrínseca relación con la controversia generada sobre el art. 2° de la norma, que es aquel que define el objeto tutelado, es decir, que precisa, a los efectos de la ley, los conceptos de glaciares y ambiente periglacial. La discusión estaba centrada en la protección o no del bien común agua. Para quienes criticaban la inclusión de dicho inciso, la definición de ambiente periglacial establecida en el art. 2° de la ley era imprecisa, y debía ser eliminada. Se trataba, según nuestro entender, de una estrategia deliberada de quienes consideran que la megaminería debe desarrollarse aun cuando afecte irremediamente el ambiente o el bien común agua.

El debate, que estuvo signado por definiciones de glaciólogos y especialistas en la materia, puso en evidencia los poderosos intereses económicos que afectaban la sanción de esta ley, que lejos de pretender ser prohibicionista de actividades, es proteccionista del agua y del ambiente, en cumplimiento de la manda constitucional establecida por el art. 41 de la Carta Magna.

Sin perjuicio de que no tuvo grandes críticas, el art. 7° resulta de gran importancia, porque establece la obligación de realizar una Evaluación Estratégica del impacto ambiental. Este tipo de evaluación agrega en su estudio los efectos acumulativos y regionales de los emprendimientos a realizarse, es decir, analiza las relaciones de diversos proyectos entre sí y entre ellos y sus contextos sistémicos (estructurales o funcionales). La evaluación de impacto ambiental no puede tener un enfoque individual que ignore intereses regionales, de otras provincias o de la Nación, y es por ello que es uno de los aspectos relevantes de la ley sancionada.

Por su parte, el art. 15 también fue otro de los más cuestionados por quienes criticaban la ley en su conjunto. Este artículo establece un plazo máximo de 180 días para realizar la Auditoría Ambiental sobre los emprendimientos “actualmente en ejecución”, que empezó a correr a partir de la sanción de la ley. Además, este artículo establece plazos determinados

y concretos, también de 180 días, para la realización del Inventario Nacional de Glaciares en las zonas en las que, por la existencia de actividades contempladas en el art. 6° (“Actividades prohibidas”) se consideren prioritarias.

No resulta casual que este artículo establezca plazos concretos para la realización de actividades, ya que intenta superar la problemática acaecida con otras normas ambientales.

Un ejemplo de ello es el caso de la Ley nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (Ley 26.331) que, a pesar de encontrarse en vigencia desde el año 2007, continúa actualmente el proceso de desmonte incontrolado de miles de hectáreas, debido a que muchas provincias no han realizado aún el “ordenamiento de los bosques nativos existentes en sus territorios” que dispone expresamente dicha norma nacional.¹³ No obstante, este esfuerzo legislativo, y a casi tres años de su sanción, el inventario solo se ha ejecutado en algunas provincias patagónicas.

EL DEBATE SOBRE DOMINIO ORIGINARIO Y JURISDICCIÓN

Dominio de los recursos naturales: Armonía constitucional de los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional

Con la reforma constitucional de 1994, quedó establecido, en el art. 41 de la Carta Magna, que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las provincias, para quienes dichas normas son obligatorias desde su sanción, las necesarias para complementarlas y adaptarlas a su realidad local. Este artículo constitucional se vio fuertemente cuestionado en sus alcances por algunas provincias con intereses mineros, en ocasión de tratarse parlamentariamente la ley que es objeto del presente artículo.

Debe comprenderse que, con la reforma constitucional de 1994, se estableció un nuevo reparto de competencias entre la Nación y las provincias mediante la introducción de un

¹³ Viale, Enrique; “Análisis de la ley de glaciares”; EDLA; N° 21/2010-17.

nuevo marco legal denominado “presupuestos mínimos de protección ambiental”. Éste se proyecta como un bloque normativo tendiente a garantizar una mínima y uniforme legislación ambiental para todo el país generada desde la Nación, y una legislación complementaria y maximizadora gestada por las provincias bajo el régimen federal establecido en el art. 1º de la Constitución Nacional.

Esta franja normativa delegada en la Nación tiene implicancias de gran trascendencia al regular materias que antes de la reforma constituyente eran, de manera indiscutida, potestad de las provincias. Esta delegación normativa sobre una porción de las atribuciones provinciales en la materia ambiental ha generado profusa doctrina y jurisprudencia que interpretan el verdadero alcance de la delegación que, sin lugar a dudas, asigna a la Nación temas antes reservados a las provincias, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

Así, con los denominados “presupuestos mínimos” se construye un novedoso edificio normativo para la problemática ambiental en la Argentina, con una clara organización federal.

Ahora bien, con este nuevo régimen competencial se incluye también lo relativo a los recursos naturales que, por regla general, están reservados a las provincias y que, pese a la ratificación del dominio de las provincias sobre los mismos –dada por el art. 124 de la Constitución Nacional– la reforma constitucional de 1994 modificó, implícitamente y de manera parcial, el carácter absoluto de dicho concepto, por lo dispuesto en el nuevo art. 41 de la Carta Magna. En consecuencia, las provincias no pueden disponer exclusiva y discrecionalmente de sus recursos naturales.

Asimismo, el art. 124 de la Constitución Nacional se refiere al dominio originario de los recursos naturales. Debemos distinguir, en este punto, el Dominio de la Jurisdicción. Esta distinción puede verse con claridad en la Ley 22.421, de Fauna Silvestre, en donde se establece que el comercio interjurisdiccional de la fauna es competencia nacional; en el art. 1º de la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos , en lo relativo a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos ; así como en el art. 7º de la ley 25.675 respecto de la jurisdicción competente para resolver los conflictos judiciales

en materia ambiental (estableciéndose que será competencia federal cuando se trate de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales).

En el mismo sentido, la histórica sentencia del 8/7/08 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa “Mendoza”, condena al Estado Nacional (juntamente con la provincia y la ciudad de Buenos Aires). Esta responsabilidad, establecida por la CSJN sobre un curso de agua que no es de dominio nacional, sino de la Provincia y de la Ciudad, resulta un evidente ejemplo de la jurisdicción ambiental de la Nación en el caso de cuencas interjurisdiccionales.

La ley de protección de los glaciares apunta a proteger las cuencas hídricas, las cuales presentan una unidad ecológica y funcional, de carácter interprovincial, y por ende no pertenecen a una sola jurisdicción provincial. Las aguas nacen en una provincia, cruzan su territorio y continúan su curso a través de uno o más provincias, regando campos y ciudades, abasteciendo así a diferentes poblaciones. Al tratarse de cuencas interprovinciales, compete también al Estado nacional el ser garante de la unidad de cuenca, dado que cualquier actuación o determinación legal en la gestión de las aguas afecta a todos los territorios de las distintas provincias por las que éstas discurren. El objetivo es así lograr el mejor instrumento para un uso eficiente y sostenible de un recurso escaso y vulnerable, garantizando la solidaridad entre las diferentes provincias, en función de un concepto de territorio nacional..

Así, resulta evidente que los glaciares brindan servicios ambientales a toda la sociedad, excediendo los límites provinciales, por lo que su preservación debe estar garantizada por una norma que atienda a los intereses de toda la sociedad argentina.

¿POR QUÉ UNA NORMA DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL?

La Reforma Constitucional de 1994 introdujo explícitamente la referencia al dominio originario que poseen las provincias sobre los recursos naturales que se encuentran en su

territorio, en el artículo 124. No obstante ello, en la misma reforma, la Constitución introduce en su artículo 41 una delegación de competencias en materia ambiental que indica que la Nación debe establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental sin alterar las jurisdicciones locales y que las provincias pueden complementar dichas normas, pero nunca ser más permisivas que la Nación. El origen de esta manda constitucional surge por el desarrollo disímil normativo en materia ambiental en el territorio y asimismo porque los niveles de protección deben establecerse en un piso común, evitando situaciones de inequidad para los habitantes de aquellas jurisdicciones que cuentan con una protección ambiental legal e institucional más débil que la mínima necesaria. Tanto el desarrollo legislativo posterior a la reforma constitucional (Ley General del Ambiente - LGA – y leyes sectoriales de presupuestos mínimos), la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Caso Mendoza, Salas y Villivar)¹⁴ y la doctrina, abrevan en esta definición clave para la distribución de competencias en materia ambiental.¹⁵

De acuerdo a la Constitución Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden complementar estos presupuestos mínimos, dictando normas que atiendan a las particularidades de su jurisdicción, las cuales pueden ser más exigentes, pero nunca inferiores a la tutela que otorga la Nación.

Es importante destacar que un presupuesto mínimo implica una protección legal básica y uniforme para todo el país, colocando a todos los habitantes de Argentina en un pie de equidad en relación a la calidad ambiental.

Nuestro sistema es federal y precisamente la distribución de competencias ambientales que presenta la Constitución Nacional en vinculación a la legislación de presupuestos mínimos de protección ambiental, como así también la capacidad de complementación por parte de las provincias, está establecida en tal sentido. Asimismo, si bien es cierto que las provincias poseen la facultad de contralor dentro de sus territorios, esta potestad de control

¹⁴ Mendoza Beatriz Silvia y otros C/Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios-derivados de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo. Sentencia: CSJN 20/06/2006-08/07/2008. Salas, Dino y otros; “C/Provincia de Salta y Estado Nacional s/Amparo” Juicio originario-expediente S.1144.LXIV. Villivar, Silvana Noemí “C/Provincia del Chubut y otros S/Amparo”, Cámara de Apelaciones de Esquel, provincia de Chubut; 25/04/2003.

¹⁵ Di Paola, María Eugenia; “Competencias Ambientales de la Constitución Nacional y la Ley de Glaciares”; FARN 2010.

no obsta a la facultad legislativa que sí posee el Congreso Nacional en el establecimiento de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental.

Dado que los glaciares y el ambiente periglacial brindan servicios ambientales a toda la sociedad, excediendo los límites jurisdiccionales, su conservación debe estar garantizada por una norma de mayor jerarquía, que atienda a los intereses de toda la nación.

En este sentido, debemos remitirnos al artículo 6 de la ley 25.675, que define al presupuesto mínimo como “toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional”. Estas normas pueden – y deben, cuando se trata de proteger recursos de especial fragilidad como los glaciares – establecer una tutela rigurosa y exigente.

La doctrina argentina es conteste en considerar a la Ley General del Ambiente como una ley marco respecto de la normativa ambiental argentina, y en especial respecto de las restantes normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, denominadas sectoriales. En efecto, ello es así por cuanto contiene principios, herramientas e instrumentos que deben observarse de modo general a todas las políticas y actividades que podrían comprometer al ambiente. Un instrumento clave que menciona en primer lugar la LGA es el Ordenamiento Ambiental del territorio (OAT) . Según lo exige la ley, los procesos de OAT deben realizarse teniendo en cuenta la realidad provincial, regional y nacional, deben considerar diversos aspectos entre los cuales se señala especialmente a la conservación y protección de ecosistemas significativos, y contar con una instancia de participación ciudadana obligatoria. Claramente es aún una asignatura pendiente la realización de los ordenamientos ambientales del territorio en forma participada en las diversas escalas, como así también la conservación y protección de los glaciares en tanto ecosistemas significativos.¹⁶

Asimismo, la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) es obligatoria como procedimiento previo a toda obra o actividad capaz de producir impactos en el ambiente por el solo

¹⁶ Esaín José Alberto; “Competencias Ambientales”; Ed. Abeledo Perrot; Bs.As.; 2008.

imperio de esta ley, aunque la misma no obsta a la sanción de normas sectoriales, como sería el caso de la Ley de Glaciares.¹⁷

Cabe destacar que la nueva ley de protección de glaciares trae consigo la inclusión de una herramienta estratégica que, no obstante no estar mencionada en la LGA - es de suma importancia, cual es la Evaluación Ambiental Estratégica. La misma tiene por objeto la evaluación de las consecuencias o impactos ambientales en la formulación de las decisiones estratégicas por parte del sector gubernamental, es decir en todas las decisiones que se tomen previamente a la instancia de los proyectos específicos, tales como las iniciativas, políticas, planes y programas. La EAE está así vinculada estrechamente a las políticas de desarrollo del territorio y a los planes de ordenamiento que puedan estar vigentes: debe tomar las definiciones, posibilidades, y restricciones de dichos planes como puntos de partida para sus análisis ambientales.

Algunos sectores de la Doctrina Nacional, han puesto en duda el carácter prohibitivo que contiene la ley de glaciares, en relación a ciertas actividades extractivistas, aduciendo que prohibir no constituye un Presupuesto Mínimo, sino que se trata de Máxima Entidad, por lo que debería ser declarada inconstitucional, al impedir realizar en zona de glaciares, toda industria lícita. Pero a este reparo, respondemos que el Congreso Nacional ha legislado en otras materias ambientales prohibiendo otras, o su instalación en determinados sitios o el uso de ciertos elementos o sustancias. Lo ha hecho a través de la sanción de las siguientes leyes, actualmente vigentes y en pleno proceso de implementación:

- Ley N° 25.670 de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de PCBs: en esta norma se establece la prohibición de ingreso al país de PCBs, de equipos que los contengan, y las actividades de producción, comercialización y reposición en equipos en uso.
- Ley N° 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios: establece que los centros de disposición final deberán ubicarse en sitios suficientemente alejados de áreas urbanas, sumando la prohibición de su emplazamiento dentro de áreas protegidas o sitios que

¹⁷ Sabsay, Daniel A.; “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”; Ed. Hammurabi; Bs As; 2010.

contengan elementos significativos del patrimonio natural y cultural, como también en sitios inundables.

- Ley N° 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos: prohibió los desmontes durante el plazo de Ordenamiento Territorial Ambiental del bosque nativo; prohíbe los desmontes en las áreas clasificadas como Categoría I (rojo) y II (amarillo); prohíbe la quema a cielo abierto de los residuos derivados de desmontes o aprovechamientos sostenibles, y finalmente expresamente requiere la realización del procedimiento de EIA en los términos de la Ley General del Ambiente con amplia participación ciudadana mediante audiencias y consultas públicas y el adecuado y previo acceso a la información pública ambiental.
- Ley N° 26.562 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Control de Actividades de Quema en todo el territorio nacional: establece la prohibición de toda actividad de quema que no cuente con la debida autorización, la que sólo puede otorgarse en el marco del cumplimiento de condiciones específicas.

En suma, el Congreso Nacional –al igual que los restantes poderes en los distintos niveles de la federación - tiene la responsabilidad de proveer a la protección del derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, garantizando el goce del mismo a las presentes y futuras generaciones. En esta línea, se encuentra plenamente facultado a través del artículo 41 de la Constitución Nacional, para dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental que establezcan prohibiciones y requerimientos en aras de una mejor calidad ambiental, con base en los Principios de Prevención, Precaución, Equidad Intergeneracional y Sustentabilidad que son hoy derecho positivo en Argentina a través de la Ley General del Ambiente.

LA CUESTIÓN FEDERAL – FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN

Sin olvidar que algunas provincias andinas son las que reciben las mayores inversiones mineras, veamos cómo funciona, o debería hacerlo, nuestra norma ambiental en ciernes.

En tanto ley de presupuestos mínimos, la misma es obligatoria en todo el país, correspondiendo a las provincias su efectiva aplicación. Estas, además, pueden dictar normas complementarias que establezcan las condiciones para su operatividad local, pudiendo ser más exigentes, pero sin alterarla o contradecirla. Este es el sistema esencial de la norma ambiental argentina, en el que el federalismo de concertación genera una relación responsable entre el todo y las partes que conforman la federación. La Ley General del Ambiente 25.675, integra esta relación, al constituir el Sistema Ambiental Federal, el ámbito de consenso imprescindible para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de la norma ambiental (Art. 24). El COFEMA tiene un rol esencial para cumplir este propósito.¹⁸

Se pretende esgrimir la afectación del federalismo, argumentando que la ley viola el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales. Argumento coincidente con la consideración realizada por la justicia federal de San Juan, que dispuso la suspensión de la ley.

Una interpretación elemental indica que la ley protege las condiciones ambientales básicas del ecosistema cordillerano, por eso habla de recursos hídricos estratégicos, en la inteligencia de que los glaciares y su área periglacial, en tanto actúen como regulador del recurso hídrico, conforman la condición esencial para su sustento. La ley, como norma climática, se motiva en la necesidad de atender a la amenaza global que se cierne sobre esos cuerpos hídricos y sus implicancias en el ecosistema. Las provincias no ven alteradas sus potestades en relación a la administración sustentable esos recursos. Las prohibiciones y otras medidas establecidas por la ley apuntan a preservar y garantizar la dinámica de esos ecosistemas, sus condiciones naturales y funciones, como ella misma expresa. Una confusión entre el derecho ambiental y el derecho de los recursos naturales anima el error judicial.

Se cuestiona si esas prohibiciones constituyen un exceso de regulación, en tanto no constituiría un presupuesto mínimo, sino un techo complementario de competencia provincial. Lo mínimo y máximo no se puede definir únicamente como un estándar o una tarifa, la protección mínima es la condición básica y común para la protección del

¹⁸ Rodríguez Salas, Aldo; “Ley de glaciares, la encrucijada climática”; La Ley; 16/12/2011.

ecosistema. La razonabilidad de lo mínimo, como criterio constitucional, requiere considerar la proporcionalidad entre la medida y el fin perseguido. La protección de los glaciares requiere frenar o limitar los emprendimientos extractivos, entre otros. Este es el mínimo legal.

La discusión en torno al ambiente periglacial y su delimitación completa el repertorio de cuestionamientos a la norma. La definición legal del mismo y las funciones otorgadas al IANIGLA, en tanto, organismo científico especializado, son los elementos previstos para establecer su alcance. Este cuestionamiento resulta de no ponderar debidamente el sustrato científico ecológico de la norma ambiental, en cuanto la regulación de conductas no se realiza aisladamente sino teniendo en cuenta el comportamiento de los elementos naturales y las interacciones posibles como consecuencia de la actuación humana prevista. Como bien se ha dicho: "el Derecho ambiental está preñado de tecnicismos científicos" y la norma articula su resolución.¹⁹

En este contexto, casi defensivamente, las provincias con minería metalífera, se han dado sus propias leyes de protección de glaciares, las que, conforme al análisis aquí expuesto en el capítulo, son más flexibles que la norma nacional, lo que impone su revisión. No es el camino seguido por la provincia de Mendoza, que ha organizado una Agencia de Cambio Climático y dispuesto en sus normas de ordenamiento estratégico y territorial su protección. Más aún, a través de un convenio local con el IANIGLA, avanza en el inventario de los glaciares de la cuenca del río Mendoza.²⁰

RESTABLECER EL EQUILIBRIO

Entonces, el dilema central con el que se enfrenta los intentos reguladores de la protección ambiental, consiste en determinar cuán intensa debe ser la protección el entorno y de los recursos naturales frente al necesario desarrollo económico.

¹⁹ Canosa Usera, Raúl; "Constitución y Medio Ambiente"; Ed. Ciudad Argentina-Madrid; 2000; pág.25

²⁰ Resolución N° 399/2008. Secretaría de Medio Ambiente de la provincia de Mendoza

El veto presidencial a la primera sanción decía sin tapujos: “Que por ello, Gobernadores de la zona cordillerana han manifestado su preocupación con lo dispuesto por la norma sancionada, toda vez que repercutiría negativamente en el desarrollo económico y en las inversiones que se llevan a cabo en dichas provincias”.

Esto es cierto desde la perspectiva económica imperante, y no se debe eludir esta preocupación. Para resolverla se requiere una política que armonice, que equilibre los beneficios extraordinarios provenientes de la explotación de los recursos no renovables con la protección ambiental, así, esta última, deja de aparecer como una "expropiación" de competencias locales. Esto sería justo en lo fiscal, en tanto un principio impositivo esencial indica que la contribución debe ser equitativa y proporcional al beneficio del explotador, y, paradójicamente, justo en lo ambiental, en tanto su extracción, en tanto recurso agotable, no puede limitarse a un beneficio para el presente, sino que también lo debe ser para las futuras generaciones. Lo que obtenemos lo debemos invertir en educación, infraestructura y desarrollo diversificado, ya que la oportunidad es única.

Para lograrlo, el régimen de promoción de las inversiones mineras, esencialmente en lo que respecta a la minería metalífera, requiere una revisión que posibilite a las provincias compensar los eventuales y coyunturales sacrificios económicos que suponga cumplir con la legislación ambiental.

La ley de glaciares expresa una política climática ineludible. En este panorama se refleja, por los intereses en juego, la tensión causada en el sistema federal. Así, resulta que a las provincias corresponde la preservación de los glaciares, siendo las autoridades competentes para ello. Pero también, como parte de una política nacional, muchas de ellas, son protagonistas del desarrollo minero, que promueven y sostienen. A ellas se les ordena que controlen y limiten esos emprendimientos cuando amenacen los glaciares y el área periglacial.

Esta es una encrucijada coyuntural, que sólo en el presente tiene virtualidad; cuando incorporamos una visión estratégica, que los informes científicos nos proveen, las opciones futuras tienen un único sentido: la necesaria protección de los hielos perennes que da vida a

los ecosistemas andinos. Esta es la perspectiva que se impone en favor de las generaciones futuras.

Corresponde, ahora, preguntarse si la Nación proveerá al IANIGLA los recursos suficientes para cumplir con su misión, si los plazos para hacerlo son razonables y si las provincias colaborarán en esta tarea.

LA SUSPENSIÓN JUDICIAL DE LA LEY DE GLACIARES
FALLOS DE LA JUSTICIA FEDERAL DE SAN JUAN IMPIDEN LA
APLICACIÓN DE LA LEY DE GLACIARES

Análisis Jurisprudencial

El juez Miguel Ángel Gálvez, titular del Juzgado Federal N° 1 de San Juan, el 8 de noviembre de 2010 mediante medidas cautelares suspendió la aplicación de seis artículos de la ley 26.639, de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, para el ámbito de los emprendimientos mineros Veladero y Pascua Lama de esa provincia. El magistrado hizo lugar a la medida cautelar solicitada por Minera Argentina Gold S.A., disponiendo la suspensión de la aplicación de los arts. 2, 3, 5, 6, 7 y 15 de la ley 26.639 para el ámbito del emprendimiento “Veladero”.

En otra causa el mismo día, en idéntico modo hizo lugar a la medida cautelar solicitada por Barrick Explotaciones Argentina S.A. y Explotaciones Mineras Argentinas S.A. para el ámbito del emprendimiento “Pascua Lama”. Cabe recordar que, el 2 de noviembre del mismo año, el juez había resuelto de manera similar una presentación realizada por asociaciones sindicales y empresariales.²¹

²¹ Bellotti, Mirta Liliana; “Minería a cielo abierto versus Glaciares en alerta roja”; Revista de Derecho de Daños-Daño Ambiental;Ed. Rubinzal Culzoni;Bs As; 2011

La medida cautelar otorgada por el juez federal de San Juan, constituye a nuestro entender, una decisión a todas luces contraria a la Constitución Nacional y a la protección ambiental.²²

El juez argumenta que la ley es contraria al art. 41 de la Constitución Nacional. Este artículo establece que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. No se puede argüir que se estén avasallando las competencias provinciales, cuando claramente el Congreso nacional legisló, en uso de sus facultades constitucionales, al sancionar la ley de protección de los glaciares y el ambiente periglacial.

Los presupuestos mínimos de protección ambiental se incorporaron en la Constitución Nacional en 1994, por el disímil desarrollo normativo en materia ambiental en el territorio, y porque debe establecerse un piso común para los niveles de protección ambiental, evitando situaciones de inequidad para los habitantes de aquellas jurisdicciones que cuentan con una protección ambiental legal e institucional más débil que la mínima necesaria. El desarrollo legislativo posterior a la reforma constitucional, ley general del ambiente y leyes sectoriales de presupuestos mínimos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina, adoptan este artículo fundamental, para la distribución de competencias en materia ambiental. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha referido especialmente a este principio en los fallos Altube, Fernanda Beatríz y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo, del 28 de mayo de 2008; Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros; Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Inconstitucionalidad.

Sin embargo, los fallos de la justicia federal sanjuanina suspenden la aplicación de los artículos más importantes de la ley de Glaciares N° 26.639 e impide que los mencionados elementos centrales sean desarrollados en el ámbito de la provincia de San Juan, basándose en el art. 41 de la Constitución Nacional y en la ley 8144 sobre protección de Glaciares de la Provincia de San Juan la que según el texto constitucional debe respetar los presupuestos

²² Diario La Nación 15/11/2010

mínimos de la citada ley nacional, reglamentando la misma, pudiendo establecer requisitos ambientales mayores, pero no más benignos. El magistrado de San Juan hasta funda su decisión en el antiguo decreto 1837/2008, por el cual el Poder Ejecutivo Nacional vetó en 2008 la ley 26.418, que regulaba de modo similar el tema, situación que no se ha repetido frente a la aprobación de la ley vigente.

El Juez argumenta que las prohibiciones del art. 6 de la ley de glaciares, generan incertidumbre en las actoras, que desarrollan actividad en las zonas en las que podrían existir glaciares o ambiente periglacial según la conceptualización que se esgrime en el art. 2 de la ley y que quedarían determinadas según el inventario que crea el art. 3, las empresas actoras verían afectados sus patrimonios y los derechos adquiridos; y sus derechos a ejercer industrias lícitas, de conformidad a lo estipulado en los arts. 17 y 14 de la Constitución Nacional. Que el peligro de demora se advierte en forma objetiva, si se consideran los diversos efectos irreparables para las actoras, que podrían provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas. El juez agrega que “Las actividades prohibidas que establece el art. 6 de la ley 26.639, sometiendo a dichas actividades a una auditoría ambiental en la que se identifiquen y cuantifiquen los impactos ambientales potenciales y generados, otorgando facultades para ordenar el cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondieran. Ello, conlleva al temor de las actoras de sufrir un perjuicio efectivo e irreparable antes de obtener sentencia definitiva en la presente causa”.

Esta argumentación es evidentemente falaz. Pues, un daño patrimonial o económico es reparable, basta entablar una acción de daños y perjuicios. En cambio es mucho más delicado reparar el daño ambiental, los glaciares de la cordillera de la zona de Cuyo, a la que pertenece San Juan, se encuentran en una situación de gran peligro, muy comprometidos. Como se ha señalado el agua es un recurso muy escaso en la región cuyana, donde la subsistencia de los centros urbanos y sus habitantes, únicamente son posibles gracias al derretimiento de la nieve acumulada durante el invierno, y almacenada en el hielo de los glaciares y en la cubierta de nieve de las montañas. La importancia de la contribución de los glaciares a los caudales de los cuerpos de agua se ha incrementado en los últimos 40 años, debido a la disminución de las nevadas y a la mayor variabilidad de las

precipitaciones durante los últimos 30 años, durante los cuales, inclusive se registraron inviernos sin precipitaciones. Se han realizado varios estudios que demuestran claramente la relación entre los glaciares de alta montaña de Cuyo y el caudal de los ríos y las aguas subterráneas que dependen de ellos.

Por todo ello, el fallo que comentamos viola el principio de razonabilidad. Este principio exige que los actos estatales, comprendiendo los judiciales, contengan un contenido razonable, valioso y justo. El art. 28 de la Constitución Nacional consagra este principio, al prescribir que, los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, estatuyendo un principio que además de referirse a las leyes se extiende a los actos estatales, es decir que el Congreso, el presidente de la república, los funcionarios administrativos y los jueces, están constitucionalmente obligados a ejercer sus funciones mediante actos razonables, que resistan una estimativa axiológica y que sean capaces de ser compartidos por el hombre común²³.

La ley de glaciares 26.639, no impide el desarrollo, sino que preserva fuentes de agua de especial magnitud, en cuyo ambiente no deben desarrollarse actividades que puedan ocasionarles un perjuicio. Ello no imposibilita que en el resto del territorio se lleven a cabo actividades productivas.

REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE GLACIARES

El 28 de febrero de 2011 en el Boletín Oficial de la República Argentina, se publicó el decreto 207/201131 que en su artículo 1° aprueba la Reglamentación del Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, Ley N° 26.639 que como Anexo forma parte integrante del decreto. El art. 2° faculta a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en su carácter de Autoridad de Aplicación, a dictar las normas complementarias y necesarias para la aplicación de la Reglamentación. En los considerandos se recalca que los art.

²³ Cassagne Juan Carlos; “Derecho Administrativo”; Ed. Lexis Nexis; T II; pág. 28; Bs As; 2006

1,2,3,6,8; y del 10 al 17, son operativos por sí mismos, sin que se requiera complementación alguna. En la reglamentación de los arts. 4 y 5, entre otros preceptos se prescribe: en el apartado 5 se establece un sistema integrado de observaciones de “cuerpos de hielo / clima” que permita a través de un monitoreo periódico y en sitios cuidadosamente seleccionados, determinar los principales factores climáticos que afectan la evolución de las reservas estratégicas de recursos hídricos en el corto y largo plazo. En el apartado 6 se sientan las bases que permitan continuar con el monitoreo, análisis e integración de la información referente a los glaciares y criofomas en las provincias cordilleranas de manera que las instituciones provinciales y nacionales puedan definir estrategias y políticas adecuadas de protección, control y monitoreo de sus reservas de agua en estado sólido y que las Instituciones Universitarias puedan usar esta información como herramientas para la investigación científica; en el punto 7 se dispone identificar posibles impactos por la pérdida de las masas de hielo que podría tener sobre el manejo de los recursos hídricos y otras actividades humanas asociadas. En el punto 8 se establece un Programa de Difusión de la información resultante del Inventario Nacional de Glaciares, a través de una política de datos abierta y de libre acceso a la información, con el fin de promover los conocimientos adquiridos.

Greenpeace, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Amigos de la Tierra Argentina y la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas reconocieron como un primer paso la reglamentación de la Ley de Glaciares, pero advirtieron que no se establece cuáles son las áreas prioritarias a inventariar, en las que deben realizarse auditorías a emprendimientos mineros para evaluar si existen impactos sobre glaciares y áreas periglaciares, no se define éste que es uno de los principales aspectos para la efectiva implementación de la ley de glaciares. Es imprescindible la definición de las áreas prioritarias en las cuales debería iniciarse de inmediato el Inventario Nacional de Glaciares, ya que en dichas áreas se encuentran en ejecución actividades prohibidas, como la minería. Para dichas ONGs, la reglamentación de la norma es deficitaria en su contenido y alcance.²⁴

²⁴ Greenpeace; Organizaciones ambientalistas reclaman que se realicen auditorías a empresas mineras; 01/03/2011

Los ambientalistas afirmaron que si bien la reglamentación realiza una división por cuencas y sub-cuencas de la Cordillera de los Andes y expresa una metodología de estudio de las mismas, “no establece un cronograma para la realización del inventario, ni tampoco fija las áreas que según la norma deben ser inventariadas antes de abril del año 2011, incumpliendo el artículo 15 de la ley sancionada”.

Es sabido que toda norma es perfectible a través de futuras modificaciones, pero en los casos en los que están en juego bienes comunes estratégicos, el legislador debería contar con criterios más estrictos, para que la ley no termine en un glosario de principios no aplicables en la realidad.

LA LEY PROVINCIAL 8144 DE PROTECCIÓN DE LOS GLACIARES

San Juan resiste la aplicación de la norma nacional

La Ley de la Provincia de San Juan N° 8144, publicada en el Boletín Oficial, el 15-07-2010, regula la protección de glaciares ubicados dentro del territorio provincial, disponiendo a tal efecto que: “La protección se extiende dentro del ambiente periglacial, a los glaciares de escombros activos” y define a los mismos, no como meramente “suelos congelados”, sino como “aquellos cuerpos mixtos de detrito congelado y hielo, cuyo origen está relacionado con los procesos criogénicos asociados con suelo permanentemente congelado y con hielo subterráneo o con el hielo proveniente de glaciares descubiertos y cubiertos, y que constituyan fuentes de agua de recarga de cuencas hidrográficas.

Ahora bien, ante estas circunstancias se produce un conflicto de interpretación, el que radica en poder establecer los límites de actuación entre la Provincia y la Nación ya que por un lado el art. 41 de la Constitución Nacional establece que: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

Esta franja normativa delegada en la Nación tiene implicancias de gran trascendencia al regular materias que antes de la reforma de 1994, eran de manera indiscutida, potestad de las provincias. Esta delegación normativa sobre una porción de las atribuciones provinciales en la materia ambiental, ha generado profusa doctrina y jurisprudencia que interpretan el verdadero alcance de la delegación que, sin lugar a dudas, asigna a la Nación temas antes reservados a las provincias, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

Así, con los denominados “presupuestos mínimos” se construye un novedoso edificio normativo para la problemática ambiental en la Argentina, con una clara organización federal.

Ahora bien, con este nuevo régimen competencial se incluye también lo relativo al dominio de los recursos naturales que, por regla general, están reservados a las provincias y que, pese a la ratificación de la titularidad de las provincias sobre los mismos, dada por el art. 124 de la Constitución Nacional. La reforma constitucional de 1994 modificó, implícitamente y de manera parcial, lo absoluto de dicho concepto, por lo dispuesto en el nuevo art. 41 de la Carta Magna.

En consecuencia, las provincias no pueden disponer exclusiva y discrecionalmente de sus recursos naturales.

Asimismo, el art. 124 de la Constitución Nacional nos habla de la competencia para resolver los conflictos judiciales en materia ambiental, estableciéndose que será competencia federal cuando se trate de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales.

CONCLUSIONES PARCIALES.

La ley 8144 de San Juan difiere sustancialmente de la Ley 26399, lo cual contradice todo el andamiaje constitucional oportunamente reseñado.

Tal como ha quedado expuesto, resulta que la ley provincial establece un nivel de protección sustancialmente menor para la principal reserva de Agua de los sanjuaninos

como son los glaciares. Por lo que queda al descubierto, que bajo un equívoco discurso de federalismo y defensa del dominio provincial de los recursos naturales, no hay sino el abandono de la soberanía sobre los mismos para transferirla en favor de corporaciones mineras concesionarias.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN LEGAL, ENTRE LA NORMA NACIONAL Y LA PROVINCIAL.

El objeto que protege la ley provincial es sustancialmente más reducido que la ley nacional, porque se excluye al ambiente periglacial al que ésta define como el área con suelos congelados y saturados en hielo. Pero además, la ley provincial limita exclusivamente su función como reguladores del recurso hídrico. En cambio, la ley nacional, les reconoce además, su función como reservas para el consumo de agua humano y para la agricultura; garantizando su valor como biodiversidad, fuente de información científica y atractivo turístico.²⁵

ANALISIS LEGAL COMPARATIVO

- Análisis de la ley provincial N° 8144.
- Análisis de la ley nacional N° 26639.
- Análisis comparativo de la ley provincial N°8144 y la ley nacional de protección de glaciares N° 26639.
- Análisis sobre las facultades jurisdiccionales de los jueces en la protección de presupuestos mínimos de glaciares.

²⁵ Lloveras, Ernesto; Op. Cit; pág. 264.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY PROVINCIAL (N° 8144), CON LA LEY NACIONAL N° 26639

La ley provincial omite la protección de la zona periglacial

En su art.1°, la norma sanjuanina describe su objeto encuadrándolo en la protección de los glaciares que se encuentran ubicados en el territorio de la provincia de San Juan, y que sean incorporados al Inventario que la provincia creará a tal efecto. Detalla el objeto, describiendo la preservación de las funciones de los glaciares como reservas estratégicas de recursos hídricos, proveedores de agua de recarga de las cuencas hidrográficas. En este artículo, se expresa además, el punto crucial de este debate que radica en la competencia de las provincias en materia de recursos naturales, al afirmar que “los glaciares existentes en el territorio de la Provincia, constituyen bienes de Dominio Público del Estado Provincial, como dueño originario de los recursos naturales que se encuentren en dicho territorio”.

En su Art. 2° la ley provincial 8144 define a los a) glaciares descubiertos, b) glaciares cubiertos, c) glaciares de escombros activos.

En estos dos artículos, la norma sanjuanina no incluye la protección del ambiente periglacial, que sí es protegido expresamente en el Art. 1° de la ley nacional N° 26639. Esta norma posee un marco de protección más amplio, y define la utilidad de los glaciares no solo como reserva estratégica para consumo humano, sino que también hace referencia a los servicios que los glaciares prestan para la agricultura, la protección de la biodiversidad, como fuente de información científica y como atractivo turístico.

En su art. 2° la ley nacional se detiene en definir detalladamente qué se entiende por ambiente periglacial, al considerarla de suma importancia en la protección integral de los glaciares, área no protegida por la ley sanjuanina.

Para la ley 26639 se entiende por ambiente periglacial, “Al área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña, es el área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo.

Esta diferencia entre ambas normativas, es de fundamental importancia, ya que los funcionarios sanjuaninos centraron sus críticas a la protección del ambiente periglacial, argumentando que lleva a un cuidado exagerado e inoportuno, en una zona que simplemente es “suelo congelado” y no conformaría la estructura de un glacial. El peligro de esta protección para las autoridades sanjuaninas, radica en que no se podrán realizar en el futuro, ningún tipo de obras de infraestructura, perjudicando el trazado de rutas, caminos y complejos turísticos.

Va de suyo que la real preocupación de los funcionarios sanjuaninos, radica en que justamente en la zona periglacial, es donde ya se encuentran asentados varios proyectos mineros, con importante infraestructura, vial, edilicia e industrial.

EL INVENTARIO DE GLACIARES

La ley provincial dispone su realización en un plazo sustancialmente más flexible que la ley nacional. Excluye inventariar al ambiente periglacial.

El art. 3° de la ley sanjuanina coincide con la nacional, en la necesidad de efectuar un inventario de glaciares, a efectos de conocer a ciencia cierta, la cantidad, ubicación y el tipo de glaciares existentes.

La diferencia entre ambas normas, radica en el factor temporal. En efecto, mientras la ley provincial dispone que el inventario comenzará de manera inmediata, agregando un criterio de prioridad, ya que el relevamiento deberá comenzar por aquellas zonas en las que por la existencia de actividades riesgosas (contempladas en el art. 6°), “...se consideran prioritarias, debiendo realizarse en un plazo no mayor a 6 meses”

Ambas legislaciones coinciden en que el inventario deberá actualizarse cada cinco años, disponiendo la ley provincial que el inventario lo realizará la “Autoridad de Aplicación” (definida en el Art. 9), denominada: Consejo Provincial de Coordinación para la Protección de Glaciares, entidad compuesta exclusivamente por funcionarios de diferentes estamentos del gobierno de San Juan.

Por su parte, la ley nacional en su art. 5°, dispone que será el IANIGLA (Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales), el organismo encargado para la realización del inventario y el monitoreo del estado de glaciares.

Otra diferencia sustancial entre ambas normativas, radica en que la ley de San Juan, excluye del inventario al ambiente periglacial; en cambio en la ley 26639, en su art. 3° incorpora a las geoformas periglaciales en el protocolo a inventariar, ampliando además que los datos deberá contener “la información de los glaciares y del ambiente periglacial, por cuenca hidrográfica, ubicación, superficie y clasificación morfológica de ambos sectores.

A nuestro entender, lo importante no es definir la confección in situ de un inventario, sino quien lo efectuará y qué área en riesgo se va a monitorear.

Mientras la ley de San Juan pone en cabeza exclusivamente de funcionarios del ejecutivo provincial la realización del inventario, a través del Consejo que crea en el art. 9, la ley nacional lo remite a un organismo científico, altamente especializado, como es el IANIGLA.

También el hecho de no incorporar en el monitoreo técnico, a la zona periglacial, demuestra la limitada protección física-geológica, por parte de la ley provincial 8144.

ACTIVIDADES PROHIBIDAS

Entre la ley local no existen actividades prohibidas, solo podrán surgir de la E.I.A., en cambio en la ley Nacional se enumeran a priori diversas actividades prohibidas.

En este tema existen también diferencias sustanciales en ambas leyes. En la ley 8144 no se describen actividades prohibidas, sino que remite a las conclusiones de la Evaluación del Impacto ambiental (E.I.A.); actividad que es descripta en su Art. N° 7.

En sentido contrario y marcando otra diferencia sustancial con la ley sanjuanina, la ley Nacional N° 26.639 prohíbe a priori una serie de actividades que afecten la condición natural y las funciones de los glaciares y periglaciales, enumerando una serie de acciones, como “la liberación de sustancias contaminantes, la construcción de obras de infraestructura, la

instalación de industrias y la exploración y explotación minera e hidrocarburífera.” Esta última prohibición del art. 6° de la ley Nacional de Glaciares, también fue duramente criticada por las autoridades de la provincia de San Juan, y su reparo legal formó parte de los fundamentos de la medida cautelar interpuesta por las empresas mineras, ante el juzgado Federal de San Juan, y que luego fuera revocada por la C.S.J.N.

La ley Provincial, en su art. 6° solo se limita a prohibir “toda actividad que implique la destrucción o el traslado de los glaciares, siempre que estén incluidos en el Inventario”, condicionando su existencia al señalamiento efectuado por la E.I.A.

EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL

La ley provincial excluye del proceso de evaluación de impacto ambiental la instancia de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencia pública previsto en los arts. 19, 20 y 21 de la LGA N° 25675 a la que-aún cuando no resulta necesario para su vigencia y operatividad-, la Provincia está adherida mediante ley 7776.

La ley nacional en cambio, dispone expresamente que las actividades proyectadas en los glaciares, que no se encuentren entre las prohibidas y descriptas por el artículo 6°, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y otro de evaluación de impacto ambiental estratégica-según corresponda a la escala de intervención-, en el que se garantiza una instancia de participación ciudadana conforme a lo establecido en los arts. 19, 20 y 21 de la LGA N° 25675 en forma previa.

Ley provincial. Art. 7°.-Evaluación de impacto ambiental de actividades que puedan afectar los glaciares. “Las actividades que se proyectaren en los glaciares incluidos en el Inventario Provincial de Glaciares, estarán sujetas previo a su autorización y ejecución, al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, conforme a la normativa vigente, debiendo incluir, como mínimo, lo siguiente: a) Individualización y caracterización de los glaciares según las siguientes bases: 1) Cuenca hidrográfica a la que pertenece; 2) Ubicación, especificando

latitud, longitud, altitud y coordenadas; 3) Dimensiones, detallando longitud, ancho, espesor, superficie y volumen; 4) Clasificación geomorfológica; 5) Geología específica del sitio de emplazamiento, indicando estratigrafía, tectónica, sismológica, vulcanismo, mineralogía y petrología; 6) Parámetros climáticos que indiquen radiación, temperaturas, precipitaciones, vientos, presión atmosférica y evaporación; 7) Parámetros hidrológicos, superficiales y subterráneos diferenciando caudales, escurrimiento superficial e infiltración; 8) Calidad de aguas en constituyentes disueltos y en suspensión; 9) Biología, comprendiendo flora y fauna que caracterice a los glaciares y su entorno directo; 10) Otros comportamientos de carácter anómalo, evaluación de riesgo y peligrosidad de los procesos geológicos asociados con el avance y retroceso de cada glaciar. b) Identificación del impacto que las obras o actividades proyectadas pudieren generar sobre glaciares, incluidas las distancias a los mismos. c) En su caso, descripción del Plan de Manejo Ambiental”.

Por su parte, la ley Nacional en su art. 7°, dispone que todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención, en el que deberá garantizarse una instancia de participación ciudadana de acuerdo a lo establecido en los artículos 19,20 y 21 de la ley 25.675-Ley General del Ambiente-, participación que es omitida por la ley sanjuanina.

AUTORIDAD DE APLICACION

La ley provincial dispone en su Art. 9, que la autoridad de aplicación será el Consejo Provincial de Coordinación para la protección de glaciares, integrado por el Ministerio de Infraestructura y Tecnología, el Ministerio de Producción y Desarrollo Económico, El Ministerio de Minería, la Subsecretaría de Medio Ambiente y la Secretaría de Turismo y un diputado por cada bloque con representación política en la Legislatura Provincial. Es decir que integran la autoridad de aplicación, funcionarios dependientes del ejecutivo provincial en su gran mayoría, y representantes políticos, no técnicos, de la legislatura local.

Cabe señalar que el Ministerio de Minería, es el mismo organismo encargado de expedir las Declaraciones de Impacto Ambiental para la actividad minera (ley 6800). Es decir que, quienes integran la autoridad de aplicación y están también encargados de inventariar y proteger los glaciares, a su vez autorizan la explotación de actividades riesgosas para los mismos. También es excesivo el número de funcionarios que integran el Consejo Provincial, ya que sumados a los diputados que aportará el oficialismo, el Gobierno de turno se asegura la mayoría absoluta, sin estar previsto ningún mecanismo de participación ciudadana que contrarreste la hegemonía representativa gubernamental.

La ley nacional dispone que la autoridad de aplicación es, de manera exclusiva, el organismo nacional de mayor nivel jerárquico con competencia en materia ambiental, actualmente la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

INFRACCIONES, SANCIONES Y REINCIDENCIA

La ley nacional dispone entre sus sanciones y multas en una escala más de 300 veces superior, y en caso de reincidencia, 450 veces mayores que la ley provincial.

Ley provincial en su Art. 11°. Prevé una escala de sanciones en base a este orden:

- a) Apercibimiento; b) Multa equivalente al valor del Sueldo Mínimo, Vital y Móvil vigente al momento de la comisión del hecho, en una escala de dos (2) a trescientos (300) sueldos; c) Suspensión de la actividad de treinta (30) días hasta un (1) año, atendiendo a las circunstancias del caso; d) Cese definitivo de la actividad”.
- b) Por su parte, la ley Nacional remite a las sanciones que se fijen en cada una de las jurisdicciones, las que no podrán ser inferiores a las establecidas por dicha ley. Las jurisdicciones que no cuenten con un régimen de sanciones aplicarán supletoriamente las siguientes sanciones que corresponden a la jurisdicción nacional: a) Apercibimiento; b) Multa de cien (100) a cien mil (100.000) sueldos básicos de la categoría inicial de la

administración pública nacional; c) Suspensión o revocación de las autorizaciones. La suspensión de la actividad podrá ser de treinta (30) días hasta un (1) año, según corresponda y atendiendo a las circunstancias del caso; d) Cese definitivo de la actividad”. En caso de reincidencia, la ley provincial dispone que los mínimos y máximos, de las sanciones previstas en los incisos b) y c) del Artículo 11, podrán hasta duplicarse, en cambio, en la Ley nacional en su Art. 12° se dispone que en caso de reincidencia, los mínimos y máximos de las sanciones previstas en los incisos b) y c) del artículo anterior podrán triplicarse”. A todas luces, las sanciones previstas en la ley nacional de glaciares, son sustancialmente más exigentes y rigurosas que las legisladas en la provincia de San Juan.

RESPONSABILIDAD-SOLIDARIDAD

La ley provincial excluye de la responsabilidad solidaria a los gerentes cuando se trate de infracciones cometidas por personas jurídicas, en cambio la ley nacional los incluye expresamente. En efecto, en su art. 13, la ley 8144 dispone que si el infractor fuere una persona jurídica, serán solidariamente responsables de las conductas violatorias y pasibles de las mismas sanciones, los integrantes de su dirección y administración”, en cambio, en la Ley Nacional, el Art. 13° amplía la responsabilidad cuando el infractor fuere una persona jurídica, y que tengan a su cargo la dirección, administración o gerencia, disponiendo la responsabilidad solidaria de las sanciones allí establecidas.

NORMA TRANSITORIA-ACTIVIDAD EN EJECUCION

La ley provincial excluye de su alcance a las actividades que están en ejecución, autorizando a que continúen con su desarrollo, es decir que libera de toda responsabilidad a quienes pudieren haber violado la ley afectando glaciares, al momento de su sanción.

En cambio la ley nacional, dispone que en un plazo máximo de 180 días de su promulgación, tales actividades deberán someterse a una auditoría ambiental en las que se identifiquen y

cuantifiquen los impactos ambientales potenciales y generados. Que en caso de verificarse impacto perjudicial sobre glaciares o ambiente periglacial, se ordenarán las medidas pertinentes para que se cumpla la ley, pudiendo disponer el cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondan. Pero además, en las áreas potencialmente protegidas, no se autorizará la realización de nuevas actividades hasta tanto no esté finalizado el inventario y definido los sistemas a proteger y, ante la solicitud de nuevos emprendimientos, el IANIGLA priorizará la realización del inventario en el área en cuestión.

La Ley nacional prevé en su Art. 15° una norma transitoria, disponiendo que en un plazo máximo de sesenta (60) días a partir de la sanción de la ley, el IANIGLA presentará a la autoridad nacional de aplicación un cronograma para la ejecución del inventario, el cual deberá comenzar de manera inmediata por aquellas zonas en las que, por la existencia de actividades contempladas en el artículo 6°, se consideren prioritarias. En estas zonas se deberá realizar el inventario definido en el art. 3° en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días. Al efecto, las autoridades competentes deberán proveerle toda la información pertinente que el citado instituto requiera. Las actividades descriptas en el artículo 6°, en ejecución al momento de la sanción de la ley, deberán, en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días de promulgada la ley, someterse a una auditoría ambiental en la que se identifiquen y cuantifiquen los impactos ambientales potenciales y generados. En caso de verificarse impacto significativo sobre glaciares o ambiente periglacial, contemplados en el artículo 2° las autoridades dispondrán las medidas pertinentes para que se cumpla la ley de glaciares, pudiendo ordenar el cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondan”.

LOS PRESUPUESTOS MINIMOS DE PROTECCION AMBIENTAL. UTILIZACION RACIONAL Y DOMINIO ORIGINARIO DE LOS RECURSOS NATURALES.

Efectuada la comparación de ambas leyes, queda en evidencia no solo que la protección de glaciares dispuesta en la ley provincial es menor que en el proyecto de la ley nacional, sino que

la misma tiene efectos liberatorios de la responsabilidad a quienes pudieren haber afectado la integridad de glaciares y periglaciares

En el proceso histórico de constitucionalización, los derechos de primera generación como los civiles y políticos, tuvieron su fundamento en la idea de "libertad individual". Luego, le siguieron los de la segunda generación de naturaleza económica y social, asentados sobre el concepto de "solidaridad social". Por último, los derechos de tercera generación, nacidos como emergentes de la modernidad y de la expansión de la sociedad industrial que generó un serio impacto en el medio ambiente. Estos nuevos derechos surgen cuando se visualizan las consecuencias del desarrollo económico sobre el ambiente y la calidad de vida humana. Por eso los derechos de tercera generación poseen la aptitud para resolver las tensiones existentes entre los derechos de primera generación, en los que el individualismo requiere un Estado liberal de presencia reducida y los de segunda generación, que amplían la presencia y la intervención de éste. En esencia, los derechos de tercera generación atienden las garantías ecológicas en las que se deben ejercer los derechos económicos.

Recordando que en la historia no ha habido ningún derecho fundamental que haya caído del cielo o nacido en un despacho burocrático, sino que todos han sido fruto de conflictos, a veces seculares, y conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos, en nuestro orden jurídico nacional, la reforma constitucional de 1994 introdujo en su texto, un nuevo conjunto de derechos de tercera generación. Sin embargo, se debe reconocer que aun antes de la reforma, fue la aguda y consistente jurisprudencia nacional la que dirimió los primeros conflictos ambientales en nuestro país.

Así, el art. 41 de la CN dispone en su primera parte: "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".

Se trata de un derecho social y colectivo, destinado a garantizar un ambiente sano como límite al derecho a desarrollar actividades productivas. Pero a la vez, es un mandato rector que define la política social y económica del Estado, desde un nuevo principio: Sustentabilidad del

desarrollo económico, a partir de la limitación racional del uso y consumo de los recursos naturales.

COMPETENCIA PARA LEGISLAR EN MATERIA AMBIENTAL-FACULTADES DE LA NACION Y LÍMITES A LAS PROVINCIAS

Desde el esquema histórico, la Constitución Nacional es la que asigna los espacios de competencia a la Nación y le reserva lo no asignado a las provincias. Producto de esta asignación de competencias, se verifica un sistema de distribución basado en la "exclusividad" para cada uno de los órdenes. La estructura federal argentina atribuye competencia para legislar sobre todas las normas que regulan la vida de los argentinos al Congreso de la Nación, mediante los códigos de fondo (civil, comercial, minería, de seguridad social y trabajo) desde el art. 75 inc. 12. Esta competencia nacional legislativa es exclusiva y las provincias poseen luego la competencia de aplicación de estas leyes nacionales en cada territorio provincial. Así por ejemplo, para ejecutar el Código Civil, habrá un registro civil, un registro de la propiedad inmueble y un poder judicial provincial que se regirán por una organización y un procedimiento locales. Sobre estas funciones, las provincias poseen competencias exclusivas.

Cabe adelantar desde ya, que nadie puede en nuestro sistema, variar este esquema competencial dispuesto por la Carta Magna ya que no son sólo derechos de las autoridades facultadas, sino obligaciones.

Ahora bien, la fuente del tercer párrafo del art. 41 citado, proviene del derecho español. Allí, la Constitución española de 1978 regla de manera similar la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidades Autónomas, reservándole a aquél la competencia exclusiva de dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de la competencia autonómica para dictar normas adicionales de protección.

"Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales", reza el párrafo del art. 41 en cuestión.

El sistema de competencias en materia ambiental resulta muy novedoso y, por lo tanto, exige un profundo ejercicio dogmático para su comprensión. La introducción del tercer párrafo del art. 41, ha sido un viraje en la forma de distribuir competencia legislativa.

Desde ya hay que aclarar que el constituyente decidió incluir la competencia legislativa ambiental en dicho artículo-junto al texto que define el derecho-, cuando en realidad pudo hacerlo, pero no lo hizo, en la parte orgánica de la Constitución que define el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias. Es decir que se adoptó un sistema diferente a los códigos de fondo ordenados por la manda del art. 75 inc. 2 CN.

Y tampoco lo incluyó dentro del contexto de las competencias de los gobiernos provinciales siguiendo el modelo de la regulación de los recursos naturales la que, por la cuestión dominial prevista en el último párrafo del art. 124 CN, hubiera sido definida como exclusivamente local ("...Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales").

La modalidad de atribución de la competencia en la materia ambiental es "sui generis" y nuestro esquema legislativo nacional no conocía un esquema que dividiera las aguas de este modo. Del texto surge que al Estado federal le corresponde el "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección" y a las provincias dictar las "necesarias para complementarlas".

Aquí vemos la innovación introducida a través de un nuevo principio rector en la materia: el de "complementariedad". Este deriva del denominado federalismo de concertación o federalismo cooperativo, por oposición al federalismo clásico que enfatizaba la separación de los dos órdenes jurídicos. Con este nuevo esquema, se modifica la forma en que se vinculan las competencias de la Nación y las provincias cuando éstas son concurrentes en la materia. Es a la luz del principio ordenador de la "complementariedad" legislativa de los presupuestos mínimos de protección ambiental entre el orden federal y provincial, la forma en que se resuelve la concurrencia de la competencia compartida en la protección del medio ambiente. La Nación concurre con presupuestos mínimos, las provincias lo complementan. Como consecuencia, cada orden concurre de manera complementaria asegurándose el respeto al objeto específico que el texto constitucional le confiere como competencia propia, ya sea presupuestos mínimos o complemento provincial.

Dicho esto, corresponde hacer una aproximación al concepto de presupuestos mínimos de protección ambiental: "Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el art. 41 CN, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental" (Art. 6º, Ley General del Ambiente 25675).

INTERPRETACIÓN PACÍFICA EN LA DOCTRINA NACIONAL

Germán Bidart Campos²⁶ sostiene que "El esquema nuevo de concurrencia significa una separación categórica en dos áreas: lo mínimo y lo máximo. En lo primero, la competencia es federal; en el otro, provincial. Podrá en lo mínimo dársele a la legislación la forma codificada, o la de una ley marco; y en lo máximo podrán las provincias ampliar y desarrollar para sus respectivas jurisdicciones aquél mínimo legislado por el Congreso si al Estado federal le toca dictar las normas que establezcan los presupuestos mínimos, sobre tales presupuestos mínimos las provincias no disponen de competencia normativa porque, además, la que se les reconoce tiene por objeto complementar aquellos presupuestos."

El constitucionalista Humberto Quiroga Lavié²⁷ afirma que: "El nuevo art. 41, párr. 3º, regula el federalismo ambiental. De esta manera la constitución adhiere a la posibilidad de que se lleve adelante un federalismo de concertación...de este modo las provincias han cedido a la Nación la atribución de dictar el marco o base en materia ambiental (sentido del vocablo "mínimo" utilizado por el art. 41, párr. 3º CN), piso inderogable para las provincias sin necesidad de la adhesión expresa de la legislatura local...Ello con la doble peculiaridad de que jamás podrá ultra pasarlo en perjuicio aunque sí en beneficio de la protección. Entonces, la nueva regla de reparto competencial normativo se caracteriza por imponer una uniformidad relativa o mínima, pues se acepta el complemento original e innovativo de cada legislatura local, claro está siempre que respete el límite mínimo. Así complementariedad no es sinónimo de mera reglamentación: es eso (pueden y deben establecer pormenores y detalles) y algo más

²⁶ Bidart Campos, Germán; "Tratado elemental de Derecho Constitucional"; Ed. Ediar; TII; BsAs; 2001

²⁷ Quiroga Lavié, Humberto; "La potestad legislativa"; Ed. Zavalía; BsAs; 1993.

(también pueden extremar y agravar los recaudos, reforzar el nivel de protección a través de normas más rigurosas, de restricciones más severas, de limitaciones más fuertes) (2).

Muy sintético, Jorge Reinaldo Vanossi²⁸, sostiene que "El Congreso dicta el umbral, las provincias llegan hasta el techo".

Finalmente vamos entrando-como dice Daniel Sabsay-, al meollo de la relación competencial del tercer párrafo del art. 41 CN: ¿Cuál será la línea divisoria que resuelva un conflicto entre las potestades nacionales y las provinciales?

Daniel Sabsay²⁹ explica: "La reforma ha introducido una nueva delegación de las provincias a favor de la Nación. No resulta tarea fácil la delimitación del "quantum". La delegación implica que la Nación podrá dictar los presupuestos mínimos, los que necesariamente se aplicarán sobre los recursos naturales que hoy son de dominio de las provincias (art. 124 CN)" (4).

Ya dijimos que la reforma no incluyó la materia ambiental dentro del contexto de las competencias de los gobiernos provinciales, donde específicamente establece la cuestión dominial de los recursos naturales prevista en el último párrafo del art. 124. Ello resulta un dato insoslayable y revelador del fin perseguido por el constituyente, ya que de haberlo hecho en ese acápite constitucional, la competencia legislativa en materia ambiental sobre los mismos, hubiera sido definida como exclusivamente local

Dominio y jurisdicción no son sinónimos. Se puede tener el dominio de un bien, pero no obstante estar sujeto a poderes regulatorios de terceros. Es difícil aceptarlo, por eso la tentación de comportamientos oportunistas es siempre grande.

La aparente contradicción que se plantea respecto al art. 124 CN y la competencia en la materia para dictar los presupuestos mínimos de protección ambiental no es tal. Primero, porque queda claro que dominio no implica jurisdicción y esta tesis ya profundizada por la Corte de Justicia de la Nación, sirve para entender que puede existir un dominio provincial

²⁸ Vanossi, Jorge Reinaldo; "La Reforma Constitucional de 1994"; Ed. Círculo de Legisladores de la Nación; 2004

²⁹ Sabsay, Daniel; "El nuevo art. 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias entre la nación y las provincias"; La Ley; Bs As; 1997

sobre los recursos naturales de su territorio, y que a la vez la Nación puede sobre ellos establecer marcos y normas de regulación.

El ambiente y las normas de protección que manda a dictar al Congreso federal el art. 41 CN, son mucho más que los recursos naturales. Que las provincias detenten el dominio sobre el marco espacial sobre el que posarán algunas regulaciones ambientales no puede significar que los presupuestos mínimos de protección ambientales no puedan dictarse. La competencia provincial podrá normar formas de aprovechamiento, pero nunca legislar-de manera exclusiva- la "utilización racional" de los mismos. Esa es competencia complementaria entre ambos órdenes mediante la definición de presupuestos mínimos de protección, por imperio del art. 41 de la Constitución Nacional.

SOLUCION DEL CONFLICTO ENTRE LAS NORMAS

La cuestión planteada guarda enorme trascendencia institucional, pues el complejo sistema de competencias diseñado por el constituyente, será finalmente abordado por la justicia cuando, como en el caso que nos ocupa, se debata sobre una norma provincial que protege menos que la de la Nación.

En el caso planteado donde existe competencia concurrente entre ambos órdenes, más allá del principio de "complementariedad" derivado del art. 41 CN, no se puede soslayar el de "supremacía" o "jerarquía" del orden federal (art. 31 CN), en la medida que la Nación haya actuado en el marco de sus competencias asignadas por la Constitución.

Tal como sostiene José Alberto Esain³⁰, en su obra en la que trata específicamente las competencias ambientales: "Es cierto que en el tercer párrafo del art. 41 CN la cuestión se vuelve un poco difusa, por el carácter concurrente de ambos órdenes en un sector de la misma materia: los presupuestos mínimos. Pero lo hacen de diferentes modo y forma, porque la Nación legisla sobre el mínimo y las provincias lo complementan. Así entonces, la supremacía federal funciona en casos de superposición en el sector superpuesto o donde se intersectan ambos órdenes.

³⁰ Esain José Alberto; "Competencias ambientales"; Abeledo Perrot; Bs As; 2008.

El principio de "complementariedad" fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 17/04/07, en autos "Villivar, Silvana N. c/Provincia del Chubut y otros", por el conocido conflicto minero llamado "Oro Esquel" de amplia difusión en los medios de comunicación. Se trata de una mina de oro a cielo abierto con la utilización de cianuro para la lixiviación del mineral, en un yacimiento cercano a la localidad turística de Esquel, en el que la empresa titular del emprendimiento, se encontraba habilitada por la autoridad provincial de minería, pero no había cumplido con la realización de la correspondiente audiencia pública. El principio de "supremacía" o preeminencia de la Nación-dispuesto en el art. 31 CN-, cuando se trata de facultades concurrentes, ha sido ratificado en un reciente fallo de la C.S.J.N del 03/08/10 en la causa "Díocesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c/Provincia de Bs. As."

LA INCONSTITUCIONAL DE LA NORMA PROVINCIAL N° 8144

No resulta extraño que cuando se plantean a los gobiernos provinciales posibilidades de grandes inversiones para proyectos extractivos – de hidrocarburos o mineros – éstos se vean tentados de tratar con la mayor laxitud posible las cuestiones ambientales, muchas veces soslayándolas de plano, a fin de imprimir una mayor agilidad a los trámites de otorgamiento de las licencias correspondientes. Al permanente déficit de capacidad y confianza social de los gobiernos en torno a la aplicación de la normativa ambiental a los proyectos de gran minería, se suma la posición desventajosa en que se encuentra hoy la sociedad civil respecto al Estado y el sector privado para participar en estos procesos de forma eficaz, con lo que la posibilidad de que se generen riesgos ambientales y sociales, o se produzcan daños irreversibles, se torna evidente.

Lamentablemente la conculcación de ambos derechos – a informarse y a participar- transcurre sin que las autoridades competentes se muestren dispuestas o proactivas para mejorar esta situación. Por su parte, el sector privado tolera este escenario, sin realizar esfuerzos para evitar que se produzca la violación de derechos legalmente reconocidos.

Las norma nacional establece mayor protección que la norma provincial, traspasando ésta el piso de presupuestos mínimos de protección ambiental dictado por el Congreso federal. La norma provincial al proteger menos, no "complementa" la norma federal, por ello no se adecua a los presupuestos mínimos federales.

A la luz de los principios ordenadores en la materia expuestos la solución propuesta es que: Por lo primero, como la normativa provincial viola los presupuestos mínimos federales inderogables y supremos, podrá tacharse por norma inferior conforme al art. 31 CN y como consecuencia de los segundo, al no adaptarse la normativa provincial a los presupuestos mínimos, debería ser declarada inválida e ineficaz conforme a la regla de "complementariedad" del art.41, párr. 3° de la Constitución Nacional.

CONCLUSIONES

Desde la aparición de la iniciativa legal de proyectar para todo el país, una ley de protección de glaciares, se generó un debate sin precedentes en materia ambiental en la República Argentina. Cuestiones como Ambiente y Desarrollo; Inversiones Mineras e Impacto Ambiental; Derecho Humano al Agua, etc, comenzaron a ser analizados por especialistas con criterios científicos y económicos contrapuestos, pero todos aportaron elementos de gran importancia que, finalmente, enriquecieron la doctrina nacional sobre los Recursos Naturales y su protección legal, bajo el nuevo andamiaje de la legislación ambiental vigente.

Sin duda, el gran debate sobre la protección de glaciares, formuló un cambio de paradigma en el ámbito jurídico ya que fragmentó la sociedad entre los que impulsaban el cuidado interjurisdiccional del recurso hídrico condensado en los glaciares, y los sectores que observaban la aparición de esta ley, como una verdadera amenaza para los emprendimientos mineros, ubicados en alta cordillera.

La controversia produjo dos leyes, con un Veto presidencial en el medio, la aparición de normas provinciales con una protección más laxa que la norma nacional, en franca colisión con los preceptos Constitucionales y hasta la suspensión de la aplicación de la ley de glaciares, a

través de la admisión de cautelares por parte de la justicia federal de San Juan, que luego fuera duramente cuestionada por la misma Corte Suprema.

A lo largo de este trabajo, ha quedado evidenciado que la protección de glaciares sigue atravesando complicaciones en su aplicación efectiva, al invocar algunas provincias sus derechos originarios a disponer de sus recursos naturales, sumado a un retraso considerable en la confección del Inventario de Glaciares, dispuesto por la misma ley nacional.

Para los defensores del ambiente, la desafiantes oposición de las compañías mineras, a la aplicación efectiva de la ley de glaciares, evidencia una “Confesión de parte”, en cuanto a reconocer el daño directo que ocasionarían dichos emprendimientos, a los glaciares. Por otra parte, para los detractores de la ley, la norma lleva a paralizar toda una actividad productiva que aporta centenares de puestos de trabajo y un desarrollo económico a regiones históricamente postergadas.

A modo de conclusión, y luego de analizar los avances en materia ambiental en el neoconstitucionalismo latinoamericano, con el surgimiento de la naturaleza como nuevo sujeto de derecho, en las Constituciones de Ecuador y Bolivia; vimos cómo irrumpió un novedoso paradigma jurídico: El respeto a la naturaleza, a través del principio de sustentabilidad, es decir, utilizar los recursos pero sin comprometer a las generaciones futuras, reconociendo el ambiente como un bien jurídico, con la aparición de los derechos difusos, para concluir que en realidad, estos nuevos derechos, descansan bajo la protección global de los Derechos Humanos.

De allí que los criterios economicistas, deberán ceder ante la protección de los recursos naturales, denominados ahora como “bienes comunes”. La renta inmediata, impulsada por sectores extractivistas, deberán condicionar su explotación industrial al respeto al ambiente, entendiendo a este último, como la “Sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos tanto naturales como sociales y culturales, que condicionan en un determinado tiempo y espacio histórico, la vida y el desarrollo de organismos vivos, en una simbiosis integradora del hombre con los demás seres vivos, de los Hombres entre sí, y entre los diferentes recursos renovables y no renovables”

Tanto la legislación ambiental como un proyecto industrial, deberán coincidir en que la prioridad es proteger a la naturaleza, como sujeto de derecho, asumiendo la obligación de prevenir, en segundo lugar la de restituir, y por último, el deber de reparar.

Un glaciar destruido ya no puede ser reparado ni restituido a su condición natural, pues se trata de formaciones geológicas producidas a lo largo de varios siglos, en ecosistemas frágiles, en condiciones físicas muy especiales. Por ello, la prevención del Daño, debe constituirse en el factor clave de este debate. Prevenir con la confección urgente de inventarios, auditorías ambientales y la necesaria participación del control ciudadano, como máxima garantía de confiabilidad, mediante un sistema de Controles cruzados que no dependan solo de declaraciones juradas ni de funcionarios de un solo color político, alejados de la participación ciudadana.

En definitiva, sostenemos que la actual ley Nacional de Protección de Glaciares y del Ambiente Periglacial, N° 26.639, es respetuosa de los principios y disposiciones emanadas de la Constitución Nacional, a la cual debería adecuarse la Ley de la Provincia de San Juan N° 8144, en base a los fundamentos fácticos, jurídicos e institucionales, analizados detalladamente a lo largo de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bibiloni Homero; *El proceso ambiental*; Lexis Nexis; Bs. As. Argentina; 2010.
2. Bidart Campos Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*. Bs. As. Argentina: Ediar; 2001
3. Canosa Usera, R. “*Constitución y Medio Ambiente*”. Buenos Aires: Ciudad Argentina; 2001.
4. CATALANO, M., GARCÍA TORRES, M.; “*Comentario al veto sobre el proyecto de ley de protección de glaciares*” Sup. Act.2009
5. CEDHA. “*Derechos Humanos y Ambiente en la República Argentina*”. Córdoba, 2005
6. DANERI, J. “*Presupuestos mínimos sobre situaciones de Emergencias Ambientales ¿Son constitucionalmente viables?*” La Ley; Sup. Amb.2005
7. DE BENEDICTIS, L. ; “*¿Qué son los "presupuestos mínimos" de protección ambiental?*” LA LEY. 2004
8. Esain, J; *Competencias Ambientales*. Abeledo Perrot; Bs As; .2008
9. GIULIANO, D. “*Derecho ambiental y federalismo*”, en *Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental*. Bs. As. : Edit.2007.
10. Hernández Sampieri y otros; “*Metodología de la investigación*”; Interamericana; México; 2003
11. Ísola, A. E.;. *Contaminación del Agua y Medio Ambiente*. Buenos Aires: Ad – Hoc.2002
12. Iturraspe, J. M.; Lorenzetti, R. L. *Daño Ambiental*. Revista de Derecho de Daños. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.2011
13. Martinez, V. H., *Ambiente y Responsabilidad Penal*. Abeledo Perrot; BSAs; 1994

14. Morello A., Cafferatta N. *Visión procesal de cuestiones ambientales*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni; 2004
15. MÜLLER, MABEL. "Gestión ambiental de aguas: una estrategia de uso sustentable". Publicado en la La Ley on line, en Sup.Amb 11/05/2005, 1.
16. PIGRETTI, EDUARDO A. "Gestión ambiental de aguas". Publicado en La Ley on line, ADLA2003 - A, 1417.
17. Quadri, G. H.; Algunas Particularidades Probatorias en materia ambiental. Revista de Derecho Ambiental N| 20.Lexis Nexis; BsAs; 2009
18. Quiroga Lavié, H; *La potestad legislativa*; Zavalía; Bs As.
19. QUIROGA LAVIÉ, H. "El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional". LA LEY.1996
20. Sabsay, D. *El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias entre la Nación y las provincias*. Bs. As. Argentina: L.L. Doctrina Judicial.1997
21. SABSAY, D., DI PAOLA, M. "El federalismo y la nueva ley general del ambiente", ADLA.2003
22. SAVINO, A.; "Postura de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental". Sup.Amb.2004
23. UICN y otros. "Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental. Recomendaciones para su reglamentación". Buenos Aires, 2003
24. Vanossi, J; *La Reforma Constitucional de 1994*. Bs. As. Argentina: Editorial del Círculo de legisladores de la Nación; 2004.

JURISPRUDENCIA

- 1-“Pezzutti, Miguel Ángel. Acción de Amparo. I y II Cp. Reposición contra una providencia”, CCCMin de San Juan, Sala III. (2003).
- 2-“Fundación Ambientalista Sanjuanina. Amparo”, CCCMin de San Juan, Sala I (2004).
- 3-“Leonardi, José Mario Gino c/ Provincia de San Juan. Amparo”. CCCMIN de San Juan, Sala I, (2006).
- 4-“Valle, Gonzalo c/ Provincia de Santa Fe”. CSJN, (2006).
- 5-“Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros”, CSJN. (2006).
- 6-“A.O.M.A y otras c/ Estado Nacional S/ acción de inconstitucionalidad”. Juzgado Federal de San Juan, N° 1. (2010).

LEGISLACIÓN

- 1-Ley Provincial N° 8144, de Medio Ambiente y Protección de Glaciares.
- 2-Ley General del Ambiente N° 25.675.
- 3-Constitución Nacional.
- 4-Constitución de la Provincia de San Juan.
- 5-Ley N° 26639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

Identificación del autor

Apellido y Nombre del Autor:	Novaro, Alejandro Alberto
E-mail:	alenovaro@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español:	"LEY NACIONAL DE PROTECCIÓN DE GLACIARES N° 26.639, SU CONSTITUCIONALIDAD Y COMPATIBILIDAD CON LA LEY N° 8144 DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN"
Título del TFG en inglés:	"PROTECTION ACT OF GLACIER NATIONAL 26,639, AND SUPPORT YOUR CONSTITUTIONAL LAW NO 8144 OF THE PROVINCE OF SAN JUAN "
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC):	Proyecto de Investigación Aplicada
Integrantes de la CAE:	Dra. Renella, Dra. Tabarelli.
Fecha de último coloquio de la CAE:	4 de Setiembre de 2013
Versión digital del TFG: Contenido y tipo de archivo en el que fue guardado:	1 archivo en formato PDF

Autorización de publicación en formato electrónico: Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente
- Si, después de mes(es)
- No autorizo

Alejandro Alberto, Novaro

.....
Firma Del Alumno

