

UNIVERSIDAD SIGLO 21



- TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN ABOGACÍA-

NOTA A FALLO SOBRE DERECHO AMBIENTAL

“Constitucionalidad de la Ley de Glaciares: El comienzo de una justicia ambiental real y derechos colectivos ambientales tomados en serio”

Análisis del fallo: Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

TUTOR: Nicolás Cocca

ALUMNA: Ma. Celeste Ceballos

DNI / LEGAJO: 33751400 / VABG94913

- AÑO 2020 -

Se analizan los siguientes autos: “*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 04/06/2019.

Sumario: I. Introducción. – II. Historia procesal, premisa fáctica y decisión del tribunal. – III. Ratio Decidendi: La constitucionalidad de la Ley de Glaciares. – IV. Análisis: temas centrales para abordar la temática del fallo. - VI-I. El derecho a un ambiente sano en la Constitución. - IV-II. El federalismo de concertación para una gestión ambiental. - IV-III. Enfoque sistémico de los derechos subjetivos y colectivos. - IV-IV. El recurso del agua y la Ley de Glaciares. - V. Postura de la autora. – VI. Reflexión final. – VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El Derecho Ambiental es una rama del derecho que podemos definir como transversal y que está en constante evolución (Radovich, 2018) con una temática que trasciende todas las fronteras y que nos integra a todos los habitantes del mundo por igual.

Este derecho tiene un doble aspecto, primero es plural en el sentido que todos habitantes actuales y las generaciones venideras deben gozar de un ambiente saludable teniendo una relación inescindible con derecho a la salud y por otro lado el objeto y sujeto de protección “ambiente” es un bien indivisible o como lo define Lorenzetti un “macrobien” que es comunitario y que incluye otros bienes específicos (Gunter, 2015). Como el objeto legislado no siempre se somete a las estructuras políticas, los daños al ambiente afectan su equilibrio teniendo sus secuelas no necesariamente en el lugar donde se produjo el hecho sino que se expande. Podemos decir que hablar del derecho al ambiente nos hace hablar del derecho a la vida (Bernardi Bonomi, 2003).

En esta evolución del derecho ambiental se incorporó en nuestra constitución la cláusula ambiental consagrando el derecho y la obligación de protección al ambiente y un desarrollo sostenible (Radovich, 2018) buscando compatibilizar el progreso social y económico que puede generar la explotación de los recursos naturales sin comprometer el sostenimiento de la vida de las generaciones futuras (Bernardi Bonomi, 2003). A su vez se determinó que la Nación dicte normas de presupuestos mínimos que las provincias deben complementar planteando un desafío a nuestro sistema federal buscando llevar adelante una transectorialidad vertical (Nonna, 2011). En este contexto en el año 2010 el Congreso de la Nación dictó la Ley 26.639 “Régimen de Presupuestos Mínimos para la

Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”, convirtiéndonos en el primer país latinoamericano que aprobaba una ley para la protección de glaciares, con la que se reguló las actividades permitidas y se prohibieron actividades industriales y mineras y la liberación de sustancias contaminantes (Ley 26.639, 2010). Llegar a esta ley no fue tarea fácil, cabe mencionar que en 2008 se impulsó la ley 26.418 de protección a los glaciares aprobada por mayoría en el Congreso pero vetada totalmente por el poder ejecutivo.

Todo lo expuesto sirve como antesala para el análisis del fallo paradigmático de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante La Corte) que tuvo mucha repercusión y es el de la Minera Barrick Gold conjuntamente con la provincia de San Juan contra el Estado Nacional por la constitucionalidad de la ley 26.639. Se buscará denotar la importancia de esta sentencia que sentó bases para tener una visión conjunta respecto de dictar una ley de presupuestos mínimos de protección de glaciares en un federalismo como el nuestro, los derechos subjetivos que pueden tener los actores y si la ley causa o no perjuicio y a su vez cómo analizar la constitucionalidad de una norma que implica una intervención del poder judicial sobre los restantes poderes del estado conjugando los derechos subjetivos y el derecho al ambiente con sus posibles consecuencias futuras (CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A”, Fallos: 342:917, 2019). En el mismo se puede vislumbrar como problema jurídico central el axiológico por ponerse en tensión dos normas de igual relevancia como son art. 124 y art. 41 CN requiriendo un juicio de valor por parte del alto cuerpo judicial debiendo analizar sobre normas que establecen derechos fundamentales, donde se dio significación a las formulaciones normativas relevantes para el legislador (Rodríguez, 1999).

II. Historia procesal, premisa fáctica y decisión del tribunal

En el fallo en análisis las empresas Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A. (ambas concesionarias del emprendimiento minero “Pascua Lama”) presentaron ante el Juzgado Federal de San Juan una acción declarativa de nulidad de la ley 26.369 (en adelante “Ley de Glaciares”) entre sus argumentos cuestionaron el procedimiento legislativo que dio origen a la ley ya que la Cámara de Senadores había suprimido un artículo agregado al proyecto de ley renviado por Diputados como cámara revisora. En subsidio plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 2, 3, 5, 6, 7 y 15 expresando como agravios un exceso en el ejercicio de las competencias federales en la regulación de presupuestos mínimos de protección del ambiente violando el dominio originario de la provincia de San Juan sobre sus recursos

naturales (art. 41 y 121 CN), una colisión con un tratado internacional y una violación al derecho adquirido de exploración y explotación minera. Se solicitó la concesión de una medida cautelar de no innovar que suspendiera la aplicación de la Ley de Glaciares. La provincia de San Juan, a su vez solicita intervención como litisconsorte activa pidiendo la nulidad de la mencionada ley y la inconstitucionalidad de los artículos ya mencionados sumando los arts. 9 y 10 con argumentos en similar sentido a los expresados. En este contexto el Juez Federal hace lugar a la medida cautelar solicitada suspendiendo la aplicación de los arts. 2, 3, 5, 6, 7 y 15 de la Ley de Glaciares para el ámbito del emprendimiento "Pascua Lama" por considerar que dicha norma creaba intranquilidad e incertidumbre para las empresas actoras que verían afectado el patrimonio y los derechos adquiridos. Se acepta la intervención de la provincia y el Juez se declara incompetente para el caso.

Es aquí donde la Corte declara su competencia originaria y con ello ordena la revocación de la medida cautelar por fundamentos contradictorios para su dictado y corre traslado de la demanda al Estado Nacional. Éste en su contestación sostuvo que no había vulneración a ningún tipo de derecho subjetivo y que la aplicación de la ley no generaba impedimento alguno a la actividad minera, que el proceso legislativo era ajeno a la jurisdicción de los tribunales y que no había violación a la autonomía provincial. A su vez cuestionaron la vía elegida (acción declarativa) por falta de concreción de agravios. La Corte también solicitó informe sobre el grado de realización del Inventario Nacional de Glaciares al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. Finalmente La Corte rechaza la demanda de las empresas concesionarias así como también la de la provincia de San Juan declarando así la constitucionalidad de la Ley de Glaciares.

III. Ratio Decidendi: La constitucionalidad de la Ley de Glaciares

Como ya se ha señalado la decisión por mayoría de La Corte fue el rechazo de la demanda de nulidad y subsidiariamente la inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares. A lo largo de la sentencia se analizan dos temas, el primero sobre la inconstitucionalidad del trámite legislativo que dio sanción a la ley y el segundo concretamente sobre la constitucionalidad de la Ley de Glaciares. Es en este punto donde la Corte sienta bases para el análisis del derecho ambiental y es en esta cuestión que nos concentraremos principalmente.

Esta mayoría compuesta por los Ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti manifiestan que ninguna de las partes, tanto las empresas mineras como la provincia de

San Juan habían probado perjuicio alguno derivado de la aplicación de la Ley de Glaciares manifestando que no había “acto en ciernes”. Seguidamente sobre el tema de la tensión entre cláusulas constitucionales (arts. 124 – dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales y art. 41 – mandato del Estado Nacional de dictar presupuestos mínimos ambientales) la Corte dijo que no hay que buscar una confrontación sino trabajar para adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental, para cumplir de la forma más fidedigna posible aquello que pide nuestro federalismo, debiendo las autoridades federales y provinciales conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal ni el proyecto ambiental de la Constitución que tiene como fin un ambiente sano (CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A”, 342:917, 2019, cdo. 13).

Con respecto a los derechos de incidencia colectiva como es de la protección al ambiente y en este caso en particular sobre la posible afectación del acceso al recurso del agua a grandes grupos de poblaciones, se determinó que la controversia no queda solo en colisiones de derechos subjetivos requiriendo una visión policéntrica por la propia caracterización que tiene el ambiente como "un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible" (CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de" , 340:1695, 2017 y “Mendoza, Beatriz”, 329:2316, 2006). El ambiente no es un objeto que sea solo para el servicio del hombre y que se pueda apropiarse y el acceso al agua potable tiene como paradigma una regulación eco-céntrica que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente (CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A”, 342:917, 2019, cdo. 17). En esta protección del agua se resalta la función de la Ley de Glaciares de protección de glaciares y ambiente periglacial como reservas de recursos hídricos por lo que su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica que requiere el diálogo y que a su vez esta visión cuenta con consenso internacional (CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A”, 342:917, 2019, cdo. 19 y 20). Es con esta visión policéntrica que frente a una Ley como la de Glaciares los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ser titulares de derechos subjetivos como el de la propiedad con todo el respaldo jurídico que le brinda el ordenamiento normativo y la jurisprudencia pero también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del CCyCN) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea

sustentable teniendo presente el objetivo del bien común (CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A”, 342:917, 2019, cdo. 22).

IV. Análisis: temas centrales para abordar la temática del fallo

Para analizar un fallo que concierne al derecho ambiental es fundamental iniciar con un concepto superador del derecho ambiental de Cafferatta (2004):

Conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida (p. 17).

Este derecho es una matriz variada ya que tiene un contenido social predominante aunque conjuntamente es considerado un derecho personalísimo y su vez es un derecho subjetivo público/privado de base constitucional. Es un derecho de tipo difuso (Cafferatta, 2004). La sentencia aborda y sienta conceptos importantes del derecho ambiental los cuales son analizados a continuación.

VI-I. El derecho a un ambiente sano en la Constitución

La Carta Magna consagra en su artículo 41 el derecho a un ambiente sano y equilibrado siendo considerado presupuesto necesario para el desarrollo humano (Cafferatta, 2016). A demás se fijó el derecho y la obligación de proteger el ambiente manteniendo un desarrollo sostenible, convirtiéndose en un paradigma ambiental que en nuestro derecho será una base ineludible y punto de partida para analizar casos ambientales (Radovich, 2018). Aquí no se define “ambiente” siendo la doctrina quien lo defina, entendiéndolo como “interacción del conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que propician el desenvolvimiento equilibrado de la vida en todas sus formas” (Rosatti, 2016, p. 810), también puede ser definido como “conjunto de elementos naturales, artificiales o creados por el hombre, físicos, químicos y biológicos, que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de organismos vivos” (Rosatti, 2016, p. 810). En cuanto a “sano” se ha dicho que no solo se refiere a una falta de contaminación de sus elementos sino que abarca también los ámbitos que han sido contruidos por el hombre debiendo considerarse la expresión en sentido amplio.

Con lo expuesto se puede decir que el bien jurídico protegido por este artículo es el equilibrio ambiental y no la salud del ser humano, por ello dar una mejor calidad de vida al humano no puede convalidarse, desde el punto de vista ético ni jurídico en

perjuicio de ese equilibrio ambiental ni en menoscabo de la diversidad biológica (Rosatti, 2016). Esta tutela del ambiente, ya lo dijo la Corte, importa un cuidado que cada ciudadano debe tener respecto a los ríos, la flora, la fauna, la atmósfera en correlato con el derecho que tienen los mismos ciudadanos de disfrutar de un ambiente sano (CSJN, “Mendoza, Beatriz”, 329:2316, 2006, cdo. 18). En la misma norma se establece el deber de preservarlo, coincidiendo con los principios de la política ambiental establecidos en la Ley General de Ambiente (ley 25.675) siendo éstos estándares que se constituyen como directivas que fundamentan el derecho ambiental, siendo de utilidad cuando hay conflicto entre éstos y la legislación evitando un avance disfuncional del ordenamiento jurídico (Radovich, 2018) y que obligan a la autoridad de aplicación o al juez a dar prioridad a un análisis previo a un daño buscando así impedir que se consuma un daño ambiental (Cafferatta, 2016). La Corte ya se expresó contundentemente sobre el tema en el fallo Mendoza donde dijo que este status constitucional reconocido a un ambiente sano y la obligación de recomponer el daño no es meramente una expresión de deseables propósitos supeditando su eficacia en una discrecionalidad de los poderes públicos federales o provinciales, sino una precisa y positiva decisión del constituyente de darle carácter supremo a un derecho preexistente (CSJN, “Mendoza, Beatriz”, 329:2316, 2006, cdo. 7).

IV-II. El federalismo de concertación para una gestión ambiental

El federalismo es un tipo de Estado en el que coexisten al menos dos ordenamientos, a los cuales les corresponden competencias que ejercen sobre su propio territorio y su población, vinculándose entre sí con una serie de relaciones típicas. Es un sistema cultural de convivencia donde sus partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan con el fin de ejercer sus competencias constitucionales y hacerlo de una manera articulada. Esta forma de estado se asienta en el artículo 121 de nuestra constitución que consagra que las provincias conservan todo el poder no delegado (Delpech, 2020). Siguiendo este espíritu federal la constitución reafirma el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales pero distingue una regulación de protección al ambiente a través de normas de presupuestos mínimos dictadas por la Nación. Con ello la protección ambiental llama a un consenso de normas comunes y mínimas resultado de negociaciones entre Nación y Provincias y Provincias entre sí (Nonna, 2017). Esto es un cambio importante en cuanto a la distribución de competencias. El sistema federal se ha ido puliendo apareciendo tendencias transversales y holísticas conduciendo a un estado ecológico y social de derecho. En este esquema de federalismo

ambiental se coordinan esfuerzos y funciones dirigidos al bien común, en donde no deben verse enfrentamientos de poderes, sino una unión de ellos en vista de las metas comunes (Delpech, 2020). Es por ello que el sistema jurídico ambiental se basa en un federalismo de concertación, donde el Gobierno Nacional dicta los presupuestos mínimos y las provincias dictan normas complementarias para implementarlos. El cuidado del ambiente es una responsabilidad prioritaria de aquel poder que tenga jurisdicción sobre él, asumiendo que la competencias administrativa y el poder de policía sancionatorio es local (art. 121 CN) y que la ejecución de la política ambiental y su desarrollo sustentable es del Estado Nacional y que se lleva a cabo entre otras medidas con el dictado de las leyes de presupuestos mínimos (Pérez Vexina, 2020). Ya dijo la Corte que el artículo 41 que otorga la facultad al Estado federal de dictar los presupuestos mínimos ambientales y el 121 que afirma el dominio originario de la provincias de sus recursos naturales deben ser interpretados en busca de un adaptación de gestión de los recursos naturales para poder cumplir lo más fidedignamente posible el proyecto ambiental de federalismo concertado que establece la Constitución (CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A”, 342:917, 2019, cdo. 13).

IV-III. Enfoque sistémico de los derechos subjetivos y colectivos

Se puede afirmar que en nuestra legislación abrió las puertas a un Derecho Privado Colectivo. El Código Civil y Comercial reconoció en su artículo 14 a los derechos de incidencia colectiva e introdujo una postura de la ley de enorme significación ambiental disponiendo que no se amparará el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general, regulando el abuso del derecho en su doble versión objetiva (afectación de derechos individuales o de incidencia colectiva).

El ejercicio de los derechos individuales, como establece el artículo 240 del CCyCN, que tengan por objeto bienes particulares o de dominio público/privado estatal, deben ser compatibles con los derechos de incidencia colectiva y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, el agua, entre otros. Considerando que los derechos ambientales se albergan subjetivamente en intereses plurales de naturaleza impersonales y se refieren a bienes indivisibles, en un ejercicio concurrente de derechos individuales y colectivos, en especial el ambiente, se debe buscar un mecanismo que los armonice con el objetivo de lograr la sustentabilidad con sus tres dimensiones – ambiental, económica y social – obligando a pensar en términos de equidad

intergeneracional, es decir satisfacer las necesidades de un crecimiento económico y asegurar los recursos para las generaciones futuras (Cafferatta, 2016). En el mencionado artículo del código se recepta una función preventiva, no así el principio precautorio. La diferencia sustancial entre el principio de prevención y el de precaución se basa en que el primero “tiende a evitar un daño futuro, pero cierto y mensurable” mientras que el principio de precaución tiene un cambio de óptica que apunta a “impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles” signado por la incertidumbre (Cafferatta, 2004, p.7). A los fines de hacer valer esta tutela preventiva el código otorga herramientas para hacerla efectiva pero cuando una acción u omisión antijurídica hacen prever la producción del daño. Es con este requisito de previsibilidad donde se hace referencia al principio preventivo dejando de lado el precautorio (Radovich, 2018).

El principio precautorio fue receptado por la Ley General de Ambiente (ley 25.675) en su artículo cuatro estableciendo que ante un peligro de daño grave o irreversible, no se podrá postergar la aplicación de medidas eficaces para impedir la degradación ambiental manifestando la ausencia de información o certeza científica. Como corolario se puede decir que tiene una estructura tridimensional porque es un principio del derecho, pero también ingresa en el territorio de la moral y la política. Marca un perfil de tutela anticipada, con una exigencia de proporcionalidad en las medidas a adoptar por su costo económico-social así como una transparencia en la difusión de los posibles riesgos de determinadas actividades y en la toma de decisiones por parte de las autoridades. El objetivo es un equilibrio entre la prudencia y la vigilancia que tiene en un extremo el temor a lo novedoso y en el otro a la pasividad irresponsable ante actividades que puedan ser nocivas para la salud pública o el ambiente (Cafferatta, 2004). La Corte ha expresado que este principio precautorio produce una obligación del funcionario público de previsión extendida y anticipatoria. Por lo que al otorgar autorizaciones sin conocer los efectos y actuar cuando los mismos se manifiesten no es cumplir la ley. El administrador ante dos opciones que se fundan en el riesgo debe actuar precautoriamente y buscar obtener la información para adoptar una decisión en balance entre riesgo y beneficios (CSJN, “Salas, Dino”, 332:663, 2009). “Implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso” (CSJN, “Salas, Dino”, 332:663, 2009, cdo. 2). El

mencionado artículo impone un escrutinio en relación al cumplimiento de la normativa administrativa ambiental y dilucidar si dicha acción no afecta al medio ambiente, aun cuando haya cumplido formalmente con lo exigido por las leyes administrativas ambientales. Con ello la tarea judicial implica analizar una relación de derecho privado con la introducción de preceptos constitucionales, tratados internacionales y leyes de presupuestos mínimos, lo que genera una reinterpretación de las relaciones entre particulares que al analizar el caso concreto donde se ejerce un derecho subjetivo sobre un bien se deberá determinar necesariamente si existe afectación al medio ambiente buscando su complementariedad. La tutela del ambiente no es detener el progreso, sino hacerlo perdurable en el tiempo para las generaciones futuras (Conghos, 2015).

IV-IV. El recurso del agua y la Ley de Glaciares

En este punto se recoge lo establecido por el Inventario Nacional que dice que los glaciares constituyen componentes cruciales de muchos sistemas hidrológicos de montaña y son reconocidos a nivel mundial como 'reservas estratégicas' de agua. Estos cuerpos de hielo son tomados también como indicadores de cambios climáticos pasados y presentes a nivel mundial (UNCuyo, 2018). En pocas palabras son reservorios de agua dulce y elementos reguladores de la cuencas hídricas, por ello al hablar del agua se recuerda lo que dijo la Corte sosteniendo que es un micro bien ambiental presentando los caracteres de un derecho de incidencia colectiva de uso común e indivisible (CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de", 340:1695, 2017, cdo. 5).

Por todas las características planteadas es que se consideró a los glaciares recursos estratégicos con una especial vulnerabilidad, requiriendo parámetros cualitativos y cuantitativos para su preservación y una gestión coherentes con políticas articuladas. Son merecedores de una protección integral a nivel nacional con una ley de presupuestos mínimos (Sabsay, 2019). Esta ley entre sus disposiciones, y por la cual ha sido discutida, prohíbe absolutamente ciertas actividades que puedan afectar la condición natural, destruir o interferir en el avance de los glaciares. Disposiciones que son acordes con una desmercantilización de la naturaleza, precepto presente en el derecho comparado, oponiéndose a mirar la naturaleza solo como una mercancía con un valor de apropiación o conservación para promover una relación más armónica entre los humano y lo no humano (Sabsay, 2019). Es con este criterio que la Corte estableció que la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, puramente dominial considerando su utilidad privada o pública, pero que esta visión ha cambiado a un

paradigma eco-céntrico, o sistémico que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema (CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de", 340:1695, 2017, cdo. 5).

V. Postura de la autora

Luego del análisis pormenorizado de la sentencia puedo decir que la decisión de la Corte es acertada. En el planteo de inconstitucionalidad la parte actora no pudo demostrar la existencia de un “acto en ciernes”, es decir que no se demostró que una actividad administrativa de aplicación de la mencionada ley causara un perjuicio a las partes. Este “acto en ciernes” es un requisito requerido por la Corte para habilitar la intervención del Poder Judicial en un posible litigio entre el Estado Nacional y una provincia, recordando el caso “Perez” estableciendo que ante la formulación de la petición de la que no surge el agravio, no es una demanda, sino una consulta (CSJN, “Pérez c/ Estado Nacional”, Fallo 2:253). No obstante el alto cuerpo no dejó allí su análisis sino que fijó una justicia ambiental efectiva y real.

Resuelve el problema planteado de relevancia de normas haciendo un llamamiento, no solo a las partes intervinientes en este proceso sino para futuras controversias de esta índole, al análisis de las cláusulas constitucionales y las leyes de presupuestos mínimos en un marco de federalismo de concertación basado en el diálogo y donde las provincias no deben entender que se altera su dominio sobre sus recursos naturales sino que viene a facilitar un desarrollo sustentable del ambiente para las generaciones presentes y futuras (CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A”, 342:917, 2019). En este contexto La Corte utiliza el término “justicia climática” derivada del Acuerdo de París que trata sobre el cambio climático, con lo que se sientan los precedentes para analizar los daños al ambiente, sobre todo en fenómenos de evolución lenta como en este caso, alentando a contribuir con un desarrollo sostenible en miras de la reducción del riesgo de pérdidas y daños, vinculándolo con el retroceso de los glaciares, siendo el inicio de una seria concientización y protección del recurso hídrico incitando a la armonización de los derechos subjetivos y el ejercicio de una industria lícita siempre considerando los objetivos generales del bien común. Asimismo realiza una dura crítica al Poder Ejecutivo por la demora de más de siete años en la realización del Inventario Nacional de Glaciares olvidando que lo que se protegía es un bien con valor ambiental, económico y social (CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A”, 342:917, 2019, conc. 21). De la misma forma considero fundamental que la Corte mantiene su doctrina

respecto a la preponderancia que se le da a los derechos de incidencia colectiva, como es el ambiente, por sobre el ejercicio de derechos como la propiedad privada, la libertad de contratación y el desarrollo de proyectos industriales o comerciales, donde el paradigma ambiental solicita un análisis de compatibilización entre los dos tipos de derechos concertando a mantener una visión policéntrica de los derechos colectivos tal como ya lo había expuesto en el fallo “La Pampa”.

Finalmente y luego de analizar cada considerando del fallo en cuestión y tomando en cuenta lo dicho por el alto cuerpo en “Boggiano” donde sostuvo que para determinar el alcance de una norma se deben examinar todos sus preceptos guardando una coherencia y atendiendo a la finalidad que su sanción tuvo en miras (CSJN, “Boggiano”, 339:323, 2016) considero que se ha resuelto la constitucionalidad de la Ley de Glaciares respetando ese “espíritu de la norma” ya que el legislador al sancionar la ley tuvo como objetivo la protección de un recurso vital como es el agua, debiendo las provincias andinas en este caso combinar la conservación del recurso en alta montaña y un desarrollo sustentable de las actividades económicas que allí se establezcan. La protección del ambiente no puede ser considerada aislada de ese desarrollo, dejando establecido que los glaciares no son de las provincias sino de todos los habitantes del pueblo argentino (Versión Taquigráfica Cámara de Senadores, 2010).

VI. Reflexión final

En el fallo no se analizó si la ley de glaciares causa o no perjuicios a la actividad minera porque no hubo acto administrativo de aplicación, lo que a prima facie podría entenderse que deja abierta la puerta para nuevos embates contra esta ley u otras leyes de presupuestos mínimos, no obstante la contundente declaración de constitucionalidad de la ley sentó lo que creo puede ser la piedra angular para futuros análisis de controversias sobre gestiones de recursos naturales dando las pautas para ponderar el proyecto ambiental constitucional de un ambiente sano donde las leyes nacionales, provinciales y municipales deben ser analizadas y aplicadas en post de un federalismo de acuerdos y que ante un conflicto de derechos privados y el derecho colectivo “ambiente”, dinámico y mutable, no se busque conflicto sino complementación. Es difícil en un fallo como este no considerar que se ponen en juego no solo la aplicación de una ley sino también las implicancias económicas y sociales que la actividad minera trae aparejadas, por ello es fundamental la mantención del espíritu de la ley donde no es una dicotomía entre protección de glaciares y actividad minera, sino un modelo de desarrollo sustentable y

donde el derecho colectivo ambiente debe ser tomado en serio y como puente entre el mundo de lo jurídico y su efectiva protección. En palabras de Lorenzetti sobre la actividad minera “no se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente” armonizando el desarrollo económico con la sustentabilidad ambiental (CSJN, “Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá”, 335:387, 2012).

VI. Referencias Bibliográficas.

Doctrina

Bernardi Bonomi, L. E. (2003). *El derecho ambiental en la Constitución Nacional. Las leyes dictadas en su consecuencia*. www.saij.jus.gov.ar.

Cafferatta, N, (2004), El Principio Precautorio, *Gaceta Ecológica*, núm. 73, pp. 5-21. México. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53907301>

Cafferatta, N, (2004), *Introducción al Derecho Ambiental*, México, Instituto Nacional de Ecología (INE-SEMARNAT).

Cafferatta, N. (06 de abril de 2016). Deber de prevención en el Código Civil y Comercial (en relación con el derecho ambiental y los bienes y valores colectivos). *La Ley*. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar>

Conghos, E. (2015). Ejercicio de los Derechos individuales sobre los bienes y derechos de incidencia colectiva ambiental. Armonización, *Revista de Derecho Ambiental*. Vol. 43, pp 179-191. Buenos Aires. Editorial Abeledoperrot.

Delpech, F. (02 de marzo de 2020). El federalismo de concertación argentino como herramienta de gestión ambiental. *La Ley*. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar>

Gunter, V. (2015). Derecho a un ambiente sano como Derecho Colectivo. *DPI Diario*. Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/07/Doctrina1459.pdf>

Nonna, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP. N° 47, pp 39 - 68. La Plata. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/issue/view/370/N%C3%BAmero>

Nonna S. y Dentone J.M., W. N. (2011). *Ambiente y Residuos Peligrosos*. Buenos Aires. Editorial Estudio.

Pérez Vexina, S. (21 de agosto de 2020). Federalismo y competencias ambientales. *La Ley*. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar>

Radovich, V. S. (2018). Consideraciones sobre la evolución del derecho ambiental en la República Argentina, con especial mención al principio precautorio en la Ley de Bosques y en la Ley de Glaciares, *Revista Catalana de Dret Ambiental*. Vol. 9, pp 1-30. Cataluña. Publicaciones urv. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/342126>

Rodriguez, J. L. (1999). Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 22. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/1999-n22-lagunas-axiologicas-y-relevancia-normativa>

Rosatti, H. (2016) *Control de la Actividad Estatal II - La Tutela del Medio Ambiente en la Constitución Nacional Argentina*. Buenos Aires. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Sabsay, D. y Fernández, C. (17 de julio de 2019), Ley de Glaciares y control de constitucionalidad: Los derechos ambientales tomados en serio, *La Ley*. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar>

Universidad Nacional de Cuyo (mayo 2018). “*Inventario Nacional de Glaciares*”. Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/agua/glaciares/inventario-nacional>

Cámara de Senadores de la Nación (septiembre 2010). Versión Taquigráfica. Reunión de la Comisión de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Salón “De las Provincias”. Buenos Aires.

Jurisprudencia

CSJN. “*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”. Fallos: 342:917. 04 de junio 2019.

C.S.J.N. “Pérez c/ Estado Nacional”, Fallo 2:253 (1865).

CSJN. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”. Fallos: 329:2316. 20 de junio de 2006.

CSJN. “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”. Fallos: 332:663. 26 de marzo 2009.

CSJN. "Comunidad del Pueblo Diaquita de Andalgalá el Catamarca, Provincia de s/ amparo ambiental", Fallo 335:387, 17 de abril 2012.

CSJN. “Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Social s/ proceso administrativo – Inconst. Varias”. Fallo 339:323. 16 de marzo de 2016.

CSJN. “La Pampa, Provincia de el Mendoza, Provincia de si uso de aguas.”. Fallos: 340:1695. 01 de diciembre 2017.

Legislación

Constitución Nacional.

Ley N° 26.639. Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglaciario (2010). Publicada en el *Boletín Oficial*, 28 de Octubre 2010. Argentina.

Código Civil y Comercial de la Nación. (2015). Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación.