



UNIVERSIDAD SIGLO 21

ABOGACÍA

AÑO 2020

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

“Una mirada holística del proceso ambiental”

NOTA A FALLO SOBRE AUTOS

“Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daño ambiental”

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 29/08/2019

N. 180. XLVI. ORI / Fallos: 342:1417

ALUMNA: MAYRA PEREIRA

DNI: 36.171.616

LEGAJO: VABG100718

TUTORA: DRA. ROMINA VITTAR

SUMARIO

I. Introducción - II. Reconstrucción de la premisa fáctica - III. Historia procesal del fallo - IV. Descripción de la decisión del Tribunal - V. Análisis de la ratio decidendi - VI. Descripción de análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. A). Orden público ambiental, marco normativo, derechos colectivos y paradigma ambiental. B). Enfoque holístico y ponderación de bienes jurídicos C). Algunos principios fundamentales. D). Legitimación, rol del Estado y facultades del Poder Judicial. e. Medidas precautorias, incertidumbre científica y carga de la prueba. - VII. Postura de la autora -VIII. Conclusión -IX. Referencias -A) Legislación – B) Doctrina – C) Jurisprudencia.

I. Introducción

El propósito de la presente nota a fallo será el análisis de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en los autos “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental”¹ con fecha 29 de agosto de 2019, en cuanto en el marco de un proceso por daño ambiental, la decisión del Máximo Tribunal hace lugar -por competencia originaria- a la medida cautelar solicitada por la accionante.

El foco central del trabajo estará destinado a considerar si se ha resuelto teniendo en consideración el orden público ambiental y los principios fundamentales que constituyen la materia.

La relevancia de este desarrollo recae en estimar desde qué óptica corresponde analizar los presupuestos jurídicos que dan lugar a ordenar o no la medida cautelar.

En este sentido, se intentará mediante un desarrollo del marco teórico, legislativo, doctrinario y jurisprudencial de la materia, dar respuesta al siguiente interrogante: ¿Es condición suficiente -en el ámbito de un proceso ambiental- que se encuentren acreditados los presupuestos procesales requeridos por el ordenamiento jurídico para el otorgamiento de una medida cautelar, para hacer lugar a la misma?

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental”. 29 de agosto de 2019. Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=754608&cache=1606071455672>

II. Reconstrucción de la premisa fáctica

La accionante, quien es titular de un porcentaje indiviso de una propiedad ubicada sobre el Arroyo Tarariras, promueve acción cese y recomposición de daño ambiental en los términos de los arts. 27 a 33 y concordantes de la Ley General de Ambiente² (LGA) y Art. 41 de la Constitución Nacional³ (CN), contra Hidrovía SA, el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires.

Persigue como finalidad que se realicen las tareas de dragado y recomposición en el citado arroyo, que importen la eliminación de su embancamiento y la vuelta a su estado anterior. La demanda tiene por objeto tanto la recomposición del ambiente y la implementación de medidas correctivas y preventivas para evitar que el método de dragado y la disposición final de esos sedimentos continúen generando daño ambiental.

Manifiesta que la actividad de dragado llevada adelante por las demandadas ocasiona un incremento en la cantidad de sedimentos presentes en el agua, lo que genera un fenómeno de recirculación de diversas sustancias contaminantes.

Asimismo, sostiene que la obstrucción del arroyo impide el acceso a los terrenos y genera una alteración de los ecosistemas produciendo un foco de infección derivada de la muerte de peces y la putrefacción de hojas, ramas y demás cuerpos que se depositan en el agua estancada. De esta manera, se expone a los vecinos a diversas enfermedades como dengue, etc.-

Con los fundamentos expuestos, la accionante solicita una medida cautelar que ordene a los demandados realizar las obras necesarias para garantizar la navegabilidad del Arroyo Tarariras, que permita el acceso de los titulares a sus inmuebles.

III. Historia procesal del fallo

La accionante interpone su demanda por cese y recomposición de daño ambiental ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este sentido, se corre vista al Ministerio Público a fines de que se expida acerca de la pertinencia o no de la competencia originaria de la CSJN. En el dictamen del Ministerio Público, la fiscal esgrime que atento a la

² Ley 25.675. Ley General de Ambiente. (2002). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

³ Constitución de la Nación Argentina. Texto acorde Ley 24.430. (1995). Art. 41. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

naturaleza de las partes del pleito y conforme a lo dispuesto por los Arts. 116 y 117 de la CN⁴, es competente de manera originaria el Máximo Tribunal.

En concordancia con lo dictaminado por la Procuración General de la Nación, la CSJN considera que la cuestión debía quedar radicada en la jurisdicción originaria prevista en el artículo 117 de la Carta Magna⁵, por presentarse el presupuesto general que se instituye en el artículo 7 de la LGA⁶.

Por su parte, las Dras. Highton de Nolasco y Argibay plantean disidencia respecto de los considerandos 1° a 3° de lo resuelto por el Máximo Tribunal.⁷ -

Luego de haberse declarado la competencia originaria de la CSJN con fecha 10 de diciembre de 2013, el 29 de agosto de 2019 el Tribunal se expide favorablemente respecto de la medida cautelar solicitada por la parte actora. -

IV. Descripción de la decisión del Tribunal

Atento a lo descripto en el considerando 11 de la sentencia, por mayoría de votos de los Ministros Dres. Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti, Horacio Rosatti y Dra. Elena I. Highton de Nolasco, la CSJN resuelve hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora y ordena llevar a cabo las obras de dragado y despeje necesarias para garantizar un mínimo de caudal de agua que mantenga vivo el Arroyo Tarariras y que permita el tránsito de pequeñas embarcaciones de modo que los titulares pudiesen acceder a sus inmuebles. Asimismo, ordena al Estado Nacional y Provincial prestar el apoyo necesario para cumplir de manera eficaz la medida.

Por su parte, el Dr. Rosenkrantz plantea su voto en disidencia total con lo resuelto por la sentencia sujeta a análisis, sosteniendo que la medida cautelar debe ser rechazada. Entiende que encontrándose discutido en la demanda el método para la disposición de los sedimentos extraídos del canal; y siendo incierto según la información disponible, cuál es el tratamiento de dichos sedimentos que tiene mejor desempeño ambiental; hacer lugar a la medida importa un pronunciamiento completamente paradójico respecto a lo

⁴ Constitución de la Nación Argentina., Op. cit.

⁵ Constitución de la Nación Argentina., Op. cit.

⁶ Ley 25.675., Op. cit.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental”. 10 de diciembre de 2013. Recuperado de: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=706890&cache=1621539223569>

reclamado por la accionante, en tanto se estaría aumentado la actividad generadora del daño ambiental que se pretende cesar y recomponer.

Asimismo, considera que el derecho de los particulares a la navegabilidad del Arroyo Tarariras para el tránsito de pequeñas embarcaciones y el acceso a sus domicilios, no guarda relación apreciable con el peligro de daño ambiental y el cuidado y protección del medio ambiente, que es el objeto de la contienda. -

V. Análisis de la ratio decidendi

En el fallo que motiva este trabajo, en primer término -considerandos 2 a 7- la CSJN realiza una descripción de los diversos informes técnicos y de organismos públicos que se anexaron a la causa.

Los argumentos jurídicos que esgrime el Máximo Tribunal para resolver, son los antecedentes jurisprudenciales del mismo en materia de medidas cautelares, respecto de la no exigencia de examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido.

En tal sentido, en el considerando 8 hacen remisión a diversos fallos citando el antecedente que a continuación se transcribe:

Que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad. (Fallo: 306:2060⁸).

Seguidamente y en atención al art. 33 de la LGA⁹, el Máximo Tribunal inviste de fuerza probatoria de informe pericial a los dictámenes emitidos por organismos del Estado que obran en la causa. Con base en los informes referidos, los cuales acreditan que el

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Nación Argentina”. 1984.

Recuperado de

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=22973>.

⁹ Ley 25.675., Op. cit.

dragado del Canal Emilio Mitre y del Río Paraná de las Palmas es la causa del embancamiento del Arroyo Tarariras, consideran esta una circunstancia que supera los estándares de certeza requeridos a los fines de un pronunciamiento cautelar. Asimismo, fundamenta su decisión en el amplio Art. 4 de la LGA¹⁰ y manifiesta que no obsta a esta resolución lo dispuesto por la ley 26.854¹¹ en cuanto a las medidas cautelares dictadas en el marco de procesos en que la Nación sea parte, ya que la jurisdicción originaria se halla fuera de su alcance.

En cuanto a los fundamentos jurídicos tomados por el Magistrado en disidencia, Dr. Rosenkrantz, sostiene que de acuerdo a lo prescripto en materia de medidas cautelares por el art. 232 del Código Civil y Comercial de la Nación¹² y por el Art. 32 de la LGA¹³ en el ámbito ambiental; teniendo en cuenta que los informes técnicos de autos confirman que el dragado es la actividad generadora del daño ambiental que se alega; resultando incierto cual es el método de disposición de sedimentos más conveniente y entendiendo que el derecho a la navegabilidad del arroyo Tarariras que alega la demandante no guarda relación apreciable con el medio ambiente y su protección, considera que no se encuentran acreditadas condiciones suficientes para que el Tribunal haga uso de la facultad que le confiere el Art. 32 de la LGA¹⁴. Por lo tanto, plantea su disidencia y resuelve no hacer lugar a la medida cautelar solicitada. -

VI. Descripción de análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Este apartado pretende hacer una reseña acerca de los conceptos teóricos que rigen la materia ambiental, basados en la legislación, los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios de reconocidos autores, quienes han vertido sus argumentos jurídicos sobre la cuestión ambiental que se analiza en el presente trabajo.

¹⁰ Ley 25.675., Op. cit.

¹¹ Ley 26.854. Medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional. Procesos excluidos. (2013). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/212680/norma.htm>

¹² Código Civil y Comercial de la Nación. Texto acorde Ley 26.994 (2015). Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

¹³ Ley 25.675., Op. cit.

¹⁴ Ley 25.675., Op. cit.

A) Orden público ambiental, marco normativo, derechos colectivos y paradigma ambiental

En el marco de esta materia, existe un conjunto normativo denominado “orden público ambiental” (Cafferatta, 2015), que funciona como un conjunto de preceptos jurídicos mínimos de protección ambiental que resultan de observancia imprescindible a la hora de ser aplicados en un procedimiento judicial.

El derecho ambiental encuentra raigambre constitucional a partir de la Reforma de 1994 con la incorporación de los Arts. 41 y 43 de la CN¹⁵. Estos artículos, incorporan a la ley fundamental los derechos colectivos, difusos o de tercera generación. Han sido así calificados por la doctrina, en tanto que los beneficios que de ellos derivan alcanzan a toda la comunidad, más allá de los sujetos individuales; de igual modo, cuando se genera una afectación a los mismos, dada su característica indivisibilidad, las consecuencias también son necesariamente, “transindividuales” (López Alfonsín, 2012).

Estos derechos difusos, caracterizados por pertenecer a un colectivo de personas, e incorporados a la Carta Magna con su mecanismo de protección -art. 43 CN¹⁶- son considerados derechos fundamentales. (López Alfonsín, 2012).

Siguiendo a Cafferatta (2018), además de la fuente internacional de los tratados, acuerdos y convenciones -que han sido uno de los motores del desarrollo de la especialidad-, la regulación infraconstitucional, constituida por la Ley General de Ambiente 25.765¹⁷, conforma la columna vertebral de la defensa del ambiente -junto con las demás leyes que regulan la materia ambiental- y la incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación (CCC)¹⁸ de una regulación antes inexistente de los derechos de incidencia colectiva -como los arts. 14, 240 y 241-¹⁹.

El mencionado artículo 240 del CCC²⁰, establece que el ejercicio de los derechos individuales, debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva (dentro de cuya familia está el derecho ambiental) y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

¹⁵ Constitución de la Nación Argentina., Op. cit.

¹⁶ Constitución de la Nación Argentina., Op. cit.

¹⁷ Ley 25.675., Op. cit.

¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación., Op. cit.

¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación., Op. cit.

²⁰ Código Civil y Comercial de la Nación., Op. cit.

B) Enfoque holístico y ponderación de bienes jurídicos

Esta clase de derechos encuentran en el ordenamiento un lugar de necesaria preminencia, ya que estamos ante la existencia de un “paradigma ambiental” (Lorenzetti, 2008, p. 3), que actúa como un principio organizativo que debe abordarse desde un enfoque holístico respecto del resto del sistema jurídico.

Desde esta óptica integral del derecho ambiental, Pigretti (2004), señala que “el derecho será ambiental en su conjunto, o no será derecho” (p. 17). Afirma que es necesario que se imponga un esfuerzo de síntesis y unidad más allá de las especializaciones, debiendo así el derecho ambiental “contaminar” con su impronta el derecho en general. Así, considero esclarecedor transcribir sus palabras:

La consideración del ambiente nos lleva de la mano a una noción holística y totalizadora. No se puede concebir el ambiente sin considerar una totalidad, una integralidad. Las divisiones tradicionales de lo jurídico no son válidas para normar estas cuestiones. Un globalismo es indispensable. Sin él, el ambiente resultará una parcialidad imposible de regular. (P. 24).

En esta línea de pensamiento, Lorenzetti (2008) explica que el derecho ambiental reconoce como sujeto y bien colectivo a la naturaleza, cuya situación de peligro habilita a limitar los derechos individuales. De este modo, el método a seguir en procesos ambientales, debe partir de lo colectivo para llegar a lo individual; operando como un “metavalor” (p. 7) que da un marco organizativo a todo lo demás.

C) Algunos principios fundamentales

La LGA²¹ promulgada en el año 2002, enuncia en su art. 4 una serie de principios rectores que marcan los caracteres especiales que posee el derecho ambiental y que los operadores administrativos y judiciales deben tener en consideración al momento de resolver. Estos principios obligan al juez -o a la autoridad competente- a priorizar el análisis en la etapa previa al daño, operando sobre las causas y las fuentes de la problemática ambiental, con el fin de impedir la consumación del daño (Cafferatta, 2018).

²¹ Ley 25.675., Op. cit.

En palabras de Aguilar (2010), hacer caso omiso a ellos desde las instituciones estatales, en cuanto reglamentan los derechos constitucionales consagrados en los Arts. 41 y 43 CN²², implica desatender lo prescripto por la ley fundamental, pudiendo tornar inconstitucional una ley o derribar una resolución.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que tuvo lugar en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992²³, ha dispuesto en cuanto al rol del Estado en cuestiones ambientales y el criterio de precaución -antecedente este del art.4 LGA²⁴- el su principio n° 15 que reza:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de una certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de las medidas eficaces en función de los costes para impedir la degradación del medio ambiente. (s.p.)

Asimismo, el principio 17 instituye la necesidad de realizar una evaluación de impacto ambiental en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

En nuestro ordenamiento interno, este principio ha sido receptado en el art. 11 de la LGA²⁵.

Respecto al principio de prevención, explica Aguilar (2010) que debe ser tenido en cuenta en cualquier medida tanto judicial, como administrativa, considerando los eventuales daños que se pudiesen causar con la decisión que se estudia en el caso concreto. Esto encuentra fundamento, dada la naturaleza pública que ostenta la materia ambiental, de allí la necesidad en tomar acciones en pos de anticipar y prevenir el daño ambiental, en lugar de limitarse a verificar e intentar reparar los mismos cuando ya se han causado.

²² Constitución de la Nación Argentina., Op. cit.

²³ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro. (1992) Recuperado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (Fecha: 22/11/2020)

²⁴ Ley 25.675., Op. cit.

²⁵ Ley 25.675., Op. cit.

Así también, Cafferatta (2018) resalta que el énfasis preventivo -frente al riesgo cierto-, o precautorio -en situaciones de peligro aun cuando hubiese ausencia de certeza científica-, son características específicas de esta materia.

Siguiendo con el desarrollo de los principios fundamentales, el principio de responsabilidad -enunciado también en el art. 4 LGA²⁶- señala que quien sea generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

Del derecho comparado, surge otro principio que la doctrina ha puesto en relevancia en esta materia: “in dubio pro natura”. Este instituto indica que, ante la duda, los jueces deben optar por hacer prevalecer la cuestión ambiental ante cualquier otro tipo de interés particular. En virtud de este principio, en todo evento en que esté en juego un valor que sea ambiental y otro no ambiental -como es el caso sujeto a análisis en la presente nota a fallo- y haya duda en decidir cual se debe privilegiar, se debe estar a favor del derecho ambiental. (Aguilar 2010),

Como sostiene Cafferatta (2020b), en momentos de concurrencia entre derechos de incidencia colectiva y derechos individuales, se deberá recurrir a mecanismos de armonización entre ellos, con preminencia a los derechos ambientales, teniendo como objetivo social la sustentabilidad.

D) Legitimación, rol del Estado y facultades del Poder Judicial

En cuanto a la legitimación, creo importante destacar que si bien -como afirma Lorenzetti (2008)- la protección de los bienes ambientales ha ampliado su espectro de legitimación incluyendo a organizaciones que representen intereses colectivos y particulares que aleguen un interés difuso, no es menos cierto que la regulación normativa le otorga al Estado un rol de importancia; en cuanto deposita en él la obligación de garantizar mediante sus organismos la protección de estos derechos de alcance colectivo -o difuso- a los fines de que todos los habitantes gocen de los derechos consagrados en el Art. 41 de la norma fundamental²⁷.

²⁶ Ley 25.675., Op. cit.

²⁷ Constitución de la Nación Argentina., Op. cit.

Así, el Estado Nacional a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y participar en forma complementaria con el accionar de los particulares en la prevención y protección ambiental. Este es el principio de subsidiariedad que coloca al Estado, cuando sea necesario, en un rol indirecto en cuanto deberá brindar soporte a los particulares en esta tarea del cuidado ambiental. -art 4 LGA-²⁸

Con respecto a las facultades de los jueces en procesos ambientales, el Art. 32 LGA²⁹ establece que el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso a fin de proteger efectivamente el interés general. En su última parte, establece que: “podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.”³⁰

De este modo, en cuanto a medidas precautorias en procesos ambientales, la ley otorga al juez un amplio ámbito de libertad para requerir lo que crea pertinente a fin de esclarecer las cuestiones necesarias para proveer en aras de beneficiar el ambiente.

En el “Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina”³¹ que tuvo lugar en México en el año 2000, los jueces se manifestaron en su apartado 14, explicando que su tarea en el campo ambiental seguirá siendo eminentemente creativa, requiriendo un esfuerzo extraordinario por arribar a soluciones que sean más apropiadas para el caso concreto; lo que requerirá una capacitación permanente de los magistrados, para estar a la altura de las exigencias propias de la materia; sin descartar la eventual creación de tribunales especializados en tanto resulte posible y necesario.

E) Medidas precautorias, incertidumbre científica y carga de la prueba

²⁸ Ley 25.675., Op. cit.

²⁹ Ley 25.675., Op. cit.

³⁰ Ley 25.675., Op. cit.

³¹ Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina (2000). Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:n_JMZbQFBzMJ:www.pnuma.org/gobernanza/documentos/Declaracion_Mexico_enero_2000.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar

El art. 33 de la LGA³², citado por los magistrados en el fallo sujeto a análisis, inviste a los dictámenes sobre daño ambiental emitidos por organismos del estado, de la fuerza probatoria de un informe pericial, sin perjuicio de las impugnaciones a que tengan derecho las partes.

Siendo el derecho ambiental un derecho esencialmente preventivo, explica Cafferatta (2020a) haciendo referencia al Acuerdo de Escazú³³, que las medidas cautelares dejan de ser asegurativas de resultado, y deben apuntar a evitar el daño ambiental. En estos procesos, se introducen mecanismos de facilitación de acceso a la producción de prueba del daño ambiental, a través de la inversión de la carga probatoria, o la aplicación del principio de colaboración. En su trabajo, este autor remite a lo enseñado por Falbo, quien observa que el derecho clásico se encuentra basado sobre la lógica de la certeza, mientras que el derecho ambiental es portador de cierto grado de incerteza, de probabilidades. Define esta incerteza, como inherente al derecho ambiental.

En relación a la incertidumbre científica, explica Lorenzetti (2008), que cuando la se trate de una falta de certeza cognoscitiva es posible disponer medidas para reducirla (como ser mayor investigación); lo que deviene imposible cuando esta es ontológica.

En resumen, para este autor, cuando el juzgador se encuentre frente a una falta de conocimiento sobre la probabilidad de un daño grave e irreversible, este debe comenzar recabando la información disponible, pudiendo requerir el aporte de información a empresas y centros científicos, así como ordenar toda otra medida que considere pertinente a fin de reducirla.

Respecto de la cuestión de la carga de la prueba y del riesgo de la duda, en materia ambiental rige el principio de proactividad, en cuanto dicho riesgo debe recaer sobre quien promueve la iniciativa. Es posible afirmar entonces, que existe un traslado del riesgo probatorio, que invierte la carga de la prueba en virtud del principio precautorio, adjudicando la misma a quien propone la actividad potencialmente dañosa, a quien se beneficia con ella, o a quien ha tenido acceso a la información (Lorenzetti, 2008).

A modo de concluir este breve recorrido legislativo y doctrinario acerca de los temas en análisis en el presente trabajo, considero oportuno citar un fragmento de lo dicho

³² Ley 25.675., Op. cit.

³³ Ley 24.566. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Acuerdo de Escazú. (2020). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/343259/norma.htm> y https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

por la CSJN en la sentencia del 20 de junio de 2006 en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza - Riachuelo)”³⁴, que resume con las palabras justas la envergadura del paradigma ambiental y la importancia del rol del órgano judicial. Este fallo, ha sido un *leading case* en la jurisprudencia ambiental de la Nación:

18) Que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento.

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmosfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano para sí, para las generaciones futuras porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza - Riachuelo)”. 20 de junio de 2006. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa06000248-2006-06-20/123456789-842-0006-0ots-eupmocsollaf>

transindividual, y de allí deriva la particular energía con la que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales. (P. 16)

VII. Postura de la autora

En consonancia con los principios de derecho ambiental establecidos por la legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia anteriormente analizada, a continuación, explicaré los fundamentos por los cuales adhiero a la disidencia planteada por el Dr. Rosenkrantz, en cuanto sostiene la negativa al otorgamiento de la medida cautelar en cuestión requerida por la demandante. Para ello realizaré una breve apreciación de las cuestiones fácticas a los fines de argumentar jurídicamente la postura adherida.

Habiendo la actora iniciado demanda por daño ambiental que le ha generado la actividad de dragado, encontrándose probada -conforme las constancias e informes de la causa- la relación causal entre la actividad de la demandada Hidrovía S.A. y el daño ambiental alegado; y no existiendo en las actuaciones el estudio de impacto ambiental pertinente a las obras de dragado que realiza la empresa demandada (conforme considerando 3 del fallo en análisis); estimo que existe, a priori, una situación de incertidumbre acerca de los alcances del daño que la actividad de dragado requerida genera, pero que aun así fue ordenada por el Máximo Tribunal.-

Teniendo presente lo analizado en los antecedentes dogmáticos y legislativos del apartado VI del presente trabajo, es menester realizar las consideraciones que a continuación se enumeran.

En primer término, y de acuerdo a lo establecido por el art. 11 LGA³⁵, no se ha realizado el informe de impacto ambiental que se requiere cuando se esté ante una actividad susceptible de degradar el ambiente.

Asimismo, es importante destacar que con la medida cautelar requerida, la accionante persigue que se ordene el dragado de la zona embanconada que impide el acceso a su domicilio. Dicho embancamiento, ha sido causa de la misma actividad de dragado anterior realizada por Hidrovía SA, en otro tramo del Canal Emilio Mitre. En esta dirección y considerando la doctrina analizada respecto de la carga probatoria en

³⁵ Ley 25.675., Op. cit.

cabeza de quien impulsa una iniciativa que pudiese generar impacto ambiental, la demandante no acompaña constancias a los fines de probar que con la medida requerida no se continúe generando el perjuicio ambiental acreditado; y el Máximo Tribunal tampoco lo requiere.

La fundamentación expuesta por la CSJN en pos de otorgar la medida, considerando que se encontraban dados los presupuestos mínimos de certeza requeridos en materia de medidas cautelares –esto es, probado el nexo causal entre la actividad de dragado de Hidrovía SA con la imposibilidad de la actora de acceder a su domicilio- carece de sustento según los principios preventivos y precautorios que rigen la materia ambiental.

Mi postura se basa en que, al resolver, la CSJN ha omitido evaluar que se encuentra en juego un interés difuso. Lo resuelto, implica continuar con una actividad que genera un perjuicio ambiental, teniendo el órgano jurisdiccional a su alcance la facultad de requerir medidas necesarias a los fines de arribar a una decisión que no continúe con el daño que ya ha comenzado. Este punto encuentra su fundamento en las amplias facultades de acción que el Art 32 de la LGA³⁶ brinda a los magistrados, haciendo remisión aquí al desarrollo doctrinario expuesto en el ítem D) del apartado VI del presente trabajo.

De este modo, y en contra de lo sostenido por la reconocida doctrina citada (incluso también de la jurisprudencia de la propia CSJN), el Máximo Tribunal ha dotado al interés individual de la demandante de una relevancia superior que al interés colectivo de gozar de un ambiente sano, protegido constitucionalmente por el Art. 41 de la CN³⁷.

Esta ponderación con preminencia a la individualidad, omite la consideración de los derechos de incidencia colectiva, tal como lo establece el Art. 14 inc. b y 240 del CCC³⁸ y toda la doctrina desarrollada en el apartado VI) ítem B).

Tal como lo ha expresado el Dr. Rosenkrantz, estimo que resulta contradictorio el requerimiento de una acción que tiene como consecuencia el incremento de daño ambiental, pero aún más lo es su confirmación por el órgano jurisdiccional.

Por lo expuesto, creo que la decisión mayoritaria tomada por la CSJN en este caso, viola los principios, preventivo, precautorio y de recomposición enunciados en el Art. 4 de la LGA³⁹; en tanto no se detiene la amenaza de daño; y encontrándose el mismo

³⁶ Ley 25.675., Op. cit.

³⁷ Constitución de la Nación Argentina., Op. cit.

³⁸ Código Civil y Comercial de la Nación., Op. cit.

³⁹ Ley 25.675., Op. cit.

acreditado en las actuaciones, tampoco se ordena su recomposición a los fines de que vuelvan las cosas al estado anterior -Art. 28 LGA⁴⁰-.

En virtud de la incertidumbre acerca de cuál era el mejor tratamiento de sedimentos que tenga mejor desempeño ambiental; y conforme los lineamientos de derecho procesal en materia ambiental y las amplias facultades que poseen los magistrados en atención a la magnitud y alcance de las decisiones en esta materia; a modo de plantear una alternativa a lo resuelto, entiendo hubiese sido pertinente previo a dictaminar, ordenar a la accionante que acompañe a las actuaciones constancias que avalen que la actividad requerida no continuará generando perjuicio ambiental. Sin perjuicio de ello, conforme lo informado por el Ministerio del Interior y Transporte de la Nación -según se indica en el considerando 3 del fallo- y lo dispuesto por los arts. 4 y 5, 11, 12 y 13 de la LGA⁴¹, estimo hubiese sido pertinente intimar a las demandadas -Hidrovia SA, Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires, para que en un plazo de 30 días, acompañen a las actuaciones los informes de evaluación de impacto ambiental que con la rigurosidad técnica pertinente pudiesen dar luz a la cuestión debatida. Asimismo, considero hubiese correspondido intimar a las accionadas a que acompañen el seguro de cobertura por actividades riesgosas establecido por el Art. 22 LGA⁴².

De este modo, la solución propuesta se orienta a resolver en concordancia con los principios preventivo y precautorio, que son presupuestos sustanciales del derecho ambiental, en dirección a recabar mayor información para que a la hora de fallar, la sentencia pueda ser dictada sobre la base de una certeza técnica acerca del impacto ambiental de la actividad de dragado llevada a cabo por la accionada.

VIII. Conclusión

En este trabajo se ha analizado lo resuelto en el fallo dictado por la CSJN “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daño ambiental”⁴³ en virtud de la medida cautelar requerida por la parte actora. Para ello, luego de las descripciones y consideraciones fácticas del caso concreto, se han expuesto los principales argumentos jurídicos que encuentran basamento en la legislación, doctrina y jurisprudencia respecto

⁴⁰ Ley 25.675., Op. cit.

⁴¹ Ley 25.675., Op. cit.

⁴² Ley 25.675., Op. cit.

⁴³ CSJN. “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental”. Op. cit.

del orden público ambiental y los principios fundamentales que rigen la materia, en tanto la misma debe proteger los denominados derechos de incidencia colectiva o de tercera generación.

Como se desarrolló, el paradigma ambiental requiere necesariamente, que los operadores judiciales -ante una contienda en la que se encuentren en juego valores ambientales- apliquen una visión integradora, holística y desde los principios fundamentales que rigen la materia, por encontrarse amenazados derechos humanos colectivos y fundamentales de raigambre constitucional.

Es por esto, que esta mirada debe impregnar a las demás áreas y herramientas del derecho, de las que se sirve el juzgador al momento de dictar sentencia.

Por los fundamentos desarrollados, considero que la CSJN ha llegado a la resolución dictada haciendo un análisis jurídico desde una visión del proceso adversarial clásico, que ha quedado demostrado que no brinda soluciones adecuadas a la hora de evaluar la cuestión ambiental. Es por esto que ha propuesto una solución inmediata que no se adecúa a los principios rectores estudiados del paradigma ambiental.

Desde este punto de vista se responde negativamente al interrogante planteado en la introducción, estableciendo que no es posible llegar a una solución constitucional haciendo caso omiso a los principios de orden público ambiental, aun así cuando se encuentren acreditados requisitos procesales formales que pudieran ser suficientes en el procedimiento clásico, pero que escapan a un entendimiento holístico del paradigma ambiental.

Sólo trasladando el foco de lo individual a lo colectivo, haciendo uso de las facultades investigativas que la ley especial propone en materia ambiental y efectuando una ponderación de intereses desde una óptica inclusiva de la protección del ambiente (ecosistémica) y de los intereses difusos que alcanzan a toda la comunidad, será posible llegar a soluciones que aseguren el mandato constitucional, y sobre todo, el rol del poder judicial que tiene el deber de fallar para preservar el ambiente como derecho humano colectivo y fundamental.

IX. Referencias

A) Legislación

Constitución de la Nación Argentina. Texto acorde Ley 24.430. (1995). Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

(Fecha: 22/11/2020)

Constitución de la Provincia de Buenos Aires. (1994). Honorable Convención Constituyente. Recuperado de http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=173 (Fecha 22/11/2020)

Código Civil y Comercial de la Nación. Texto acorde Ley 26.994 (2015). Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm)

[239999/235975/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm) (Fecha: 22/11/2020)

Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro. (1992) Recuperado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (Fecha: 22/11/2020)

Ley 25.675. Ley General de Ambiente. (2002). Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm)

[79999/79980/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm) (Fecha: 22/11/2020)

Ley 26.854. Medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional. Procesos excluidos. (2013). Honorable Congreso de la Nación Argentina Recuperado de [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/210000-](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/212680/norma.htm)

[214999/212680/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/212680/norma.htm) (Fecha 22/11/2020)

Ley 24.566. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

Acuerdo de Escazú. (2020). Recuperado de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000->

[344999/343259/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/343259/norma.htm)

y

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

(Fecha: 22/11/2020)

Ley Provincial 11.723. Protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general. (1995). Honorable Congreso de la

Provincia de Buenos Aires. Recuperado de

<https://normas.gba.gob.ar/documentos/V9ONqUPx.html> (Fecha: 22/11/2020)

Ley Provincial 12.257. Código de aguas Provincial. (1999). Honorable Congreso de la

Provincia de Buenos Aires. Recuperado de

<https://normas.gba.gob.ar/documentos/xbROJHGx.html> (Fecha: 22/11/2020)

B) Doctrina

AGUILAR, M. J. (2010). *El amparo y la justicia ambiental*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

CAFFERATTA, N. A. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. México: Editorial del Deporte Mexicano.

CAFFERATTA, N. A. (2015). Orden público en el derecho ambiental. *La ley*. Cita online AR/DOC/3862/2015

CAFFERATTA, N. A. (2018). Derecho Privado Ambiental. *La Ley*. Cita online AR/DOC/3407/2018

CAFFERATTA, N. A. (2020a). Acceso a la justicia ambiental. *La Ley*, Cita online AR/DOC/3682/2020

CAFFERATTA, N. A. (2020b). Reglas y principios moralizadores del derecho ambiental. *La Ley*. Cita online AR/DOC/1080/2020

FALBO, A. J. (2020). Acuerdo de Escazú (ley 27.566): una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes. *La Ley*. Cita online AR/DOC/3683/2020

LOPEZ ALFONSÍN, M. (2012). *Derecho Ambiental*. Bogotá: Editorial Astrea.

LORENZETTI, R. L. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. México: Editorial Porrúa.

PIGRETTI, E. A. (2004). *Derecho Ambiental*. Ciudad de Buenos Aires: Grafica Sur Editora.

Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina (2020). Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:n_JMZbQFBzMJ:www.pnuma.org/gobernanza/documentos/Declaracion_Mexico_enero_2000.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar (Fecha: 22/11/2020)

C) Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Nación Argentina” 1984. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=22973> (Fecha: 22/11/2020)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental”. 10 de diciembre de 2013. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=706890&cache=1606086187153> (Fecha: 22/11/2020)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental”. 29 de agosto de 2019. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=754608&cache=1606071455672> (Fecha: 22/11/2020)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza - Riachuelo)”. 20 de junio de 2006. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa06000248-2006-06-20/123456789-842-0006-0ots-eupmocsollaf> (Fecha: 22/11/2020)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Salas, Dino y otro c/ Provincia de Salta y otro s/ daño ambiental. Principio Precautorio”. 29 de diciembre de 2008. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=661186&cache=1606086719781> (Fecha: 22/11/2020)