

RD Amb

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Enero - Marzo 2023 | 73

ISSN 1851-1198

 **INCLUYE**
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1198
RNPI: 5074815

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de febrero de 2023, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

**RD
Amb**

**REVISTA DE
DERECHO
AMBIENTAL**

**DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA**

Enero - Marzo 2023 | 73

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmeister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Floencia Candia
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

ÍNDICE

DOCTRINA

Formación integral en ambiente (Ley Yolanda) <i>Néstor A. Cafferatta</i>	3
---	---

DAÑO AMBIENTAL

El daño ambiental bajo la perspectiva del Acuerdo Regional de Escazú y la Ley General del Ambiente <i>Jorge A. Franza</i>	13
--	----

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

El acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes en asuntos ambientales. El rol del Ministerio Público Tutelar <i>Laura Victoria Bonhote</i>	27
Competencia judicial ambiental <i>Lidia Noemí Stranich</i>	34

INSTRUMENTOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

Implementación progresiva de la Ley de Educación Ambiental en la provincia de Buenos Aires <i>Luz María Kasperski - Camila Strassanti - Sol de Castro - Julia Leguizamón - Luz Onorato - Agustina Iezzi - Sofía Ronaldo</i>	55
--	----

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

IDENTIDAD CULTURAL PROVINCIAL Celebración de figuras que se identifican con el culto católico romano. Percepción humanística de la fiesta. Derecho a la educación. Libertad de religión y de conciencia. Constitucionalidad de las normas que disponen los días festivos	63
---	----

La protección del patrimonio cultural, la religión, la libertad de cultos y la autonomía de las provincias en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <i>Carlos Aníbal Rodríguez</i>	88
---	----

DERECHO PENAL AMBIENTAL

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	
Conducta penalmente típica. Disposición de restos orgánicos. Residuos peligrosos. Derecho del imputado a ser defendido por un profesional de su confianza	105
El delito ambiental: algunas precisiones en la primera confirmación de condena por el artículo 55 de la ley 24.051 <i>Julieta González Schlachet</i>	134

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Estrategias y alternativas de litigio climático para América Latina y el Caribe <i>Mario Peña Chacón</i>	143
---	-----

DOCTRINA

Formación integral en ambiente (Ley Yolanda)

Néstor A. Cafferatta

Sumario: I. Ley Yolanda 27.592.— II. Disposición 12/2021.— III. Lineamientos epistemológicos.— IV. Objetivos.— V. Módulos temáticos.— VI. Reglamento operativo de funcionamiento.

I. Ley Yolanda 27.592

La Ley Yolanda 27.592 tiene por objeto garantizar la formación integral en ambiente, desde una perspectiva de desarrollo sostenible y con especial énfasis en cambio climático para las personas que se desempeñen en la función pública en todos los niveles y jerarquías en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Dicha ley establece que los lineamientos generales de la capacitación deberán contemplar como mínimo información referida al cambio climático, la protección de la biodiversidad y de los ecosistemas, eficiencia energética y a las energías renovables, a la economía circular y al desarrollo sostenible, así como deberá contemplar información relativa a la normativa ambiental vigente.

La Autoridad de Aplicación (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación) de la Ley Yolanda certificará la calidad de las capacitaciones que elabore e implemente cada organismo. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación (MAYDS) aprobó los lineamientos generales para la capacitación en ambiente, el documento final contiene los módulos temáticos comunes, lineamientos epistemológicos, el objetivo general y los objetivos específicos.

Asimismo, estructura los módulos temáticos que deberán organizarse en torno a seis [6] módulos temáticos comunes para todas las capacitaciones y dos [2] módulos temáticos a elección, duración (carga horaria) de la capacitación que tendrá como mínimo un total de dieciséis [16] horas reloj, distribuidas en al menos dos horas [2] por cada módulo temático,

modalidad presencial y/o a distancia, diseño de evaluación, diseño de los módulos temáticos comunes y

II. Disposición 12/2021

Los Lineamientos Generales para la Capacitación en Ambiente fueron establecidos por disp. 12/2021, por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a través de la Subsecretaría Interjurisdiccional e Interinstitucional en su carácter de Autoridad de Aplicación de la ley 27.592 y en cumplimiento de sus arts. 3° y 4°. Por dicha disposición se determinaron los siguientes Lineamientos Generales “que orientarán las capacitaciones en ambiente para quienes se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación”.

Los Lineamientos Generales fueron avalados ante el COFEMA Consejo Federal de Medio Ambiente (res. 473/2021) y aprobados por el Consejo Interuniversitario Nacional (res. 1613/2021). Estos constituyen el resultado de un proceso de consulta realizado con instituciones científico-académicas y con organizaciones de la sociedad civil de la República Argentina, en el entendimiento del potencial transformador que conllevan las iniciativas de construcción abierta, participativas y federales. En este sentido, han sido fundamentales los aportes provenientes de 244 instituciones y organizaciones, entre las cuales, 113 son instituciones científico— académicas y 131 son organizaciones de la sociedad civil, con representatividad de las 24 jurisdicciones nacionales.

Marco general: Se asume que los Lineamientos Generales que garantizan la formación en ambiente para quienes se desempeñan en la

función pública deben contemplar un recorrido que promueva —en el marco de un nuevo paradigma— procesos tendientes a una reconceptualización de la relación sociedad-naturaleza desde perspectivas epistemológicas que arraiguen en el pensamiento de la complejidad; la interculturalidad y el diálogo de saberes; la problematización del lugar del conocimiento, de la racionalidad, del saber y de la ética, en diálogo con prácticas situadas desde lo local y lo regional. A su vez, urge ser trabajados con perspectiva de género en el entendimiento de que no hay justicia ambiental sin justicia de género.

III. Lineamientos epistemológicos

La norma de referencia señala los lineamientos epistemológicos.

Los lineamientos epistemológicos —desde la perspectiva del Pensamiento Ambiental Latinoamericano— constituyen el horizonte que dará sentido a los diversos cursos de capacitación. En este sentido, enriquecen el debate para la gestión de políticas públicas diseñadas en clave ambiental, considerando el impacto de estas, así como también las múltiples posibilidades de prevención y de acción en las dimensiones ecológica, económica, social y cultural.

De aquí que, en el marco de una pedagogía ambiental crítica y transformadora, se ponen a disposición las siguientes líneas epistemológicas:

1. Se orienta a la construcción de una sociedad sustentable, participativa, diversa, solidaria, soberana y respetuosa de los bienes comunes, con perspectiva de géneros y con justicia ambiental en cumplimiento con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

2. Se asume la crisis ambiental como una crisis civilizatoria y no solo ecológica en términos de degradación ambiental. Crisis que emerge de un modelo de vida que desconoce los ciclos de la naturaleza, debilitando los vínculos sociales a través del paradigma de conocimiento instrumental y mecanicista que instauró la Modernidad.

3. Se busca concientizar sobre las consecuencias ambientales de decisiones políticas, sociales, económicas y culturales en aquellos casos que solo busquen el crecimiento económico y que se expresen en la sobreexplotación de los

bienes comunes, la desigualdad social y la pobreza. La construcción de sociedades sustentables requiere cuidar la vida en todas sus formas, garantizando equidad y justicia social.

4. Se problematiza la cuestión ambiental en términos geopolíticos, analizándola forma en que nuestros países y la región en general se inscriben en el contexto internacional a nivel histórico, político, de mercado y de producción de conocimiento.

5. Se plantea comprender que el ambiente, como sistema complejo, debe abordarse de forma transversal e integral, ya que es irreducible a disciplinas de conocimiento particulares. Requiere de una visión transdisciplinaria de la ciencia y cuestiona el paradigma de conocimiento en el que hemos sido formados y formados (universal, eurocéntrico, unidimensional, patriarcal y fragmentado), desfundamentando y desnaturalizando la mirada con la cual la ciencia positivista ha abordado la cuestión ambiental.

6. Se promueve construir nuevas narrativas emergentes en el diálogo entre los saberes técnico-científicos, populares y ancestrales tendientes a descolonizar el pensamiento eurocéntrico y las lógicas hegemónicas del conocimiento. Abrir la reflexión hacia nuevas perspectivas de indagación que permitan comprender cómo el conjugar diversos saberes —como el conocimiento construido desde múltiples centros de pensamiento—, nos aportan elementos desde otras formas de ser, hacer, pensar y sentir en el mundo para repensar la trama de la vida, contribuyendo en la construcción de sustentabilidad(es).

7. Se busca sensibilizar sobre la importancia de los modelos de producción y de consumo que evitan la apropiación desigual de los bienes comunes y la producción de inequidades, poniendo como prioridad la sustentabilidad de la vida, a partir de impulsar políticas públicas orientadas hacia la transición justa, la transversalización de la perspectiva de género, la economía circular, entre otros.

8. Se entiende la sustentabilidad como un principio para construir alternativas tendientes a una cultura regenerativa de la vida que, funda-

da en el respeto por la diversidad y los tiempos de los ciclos naturales, genere oportunidades en un mundo sano, justo e inclusivo; reconociendo la pluralidad de cosmovisiones y de formas de habitar los diversos territorios.

9. Se comprende la crisis ambiental actual como un emergente del modelo de desarrollo hegemónico y del sistema de valores que lo sustenta, anclado en una expansión infinita del mercado en un planeta con recursos finitos. Se reconoce que los diversos problemas ambientales que van de la escala local a la global (pérdida de la biodiversidad, calentamiento global, pérdida del patrimonio cultural de los pueblos, desertificación y degradación de tierras, contaminación del agua, el suelo y el aire, urbanización, enfermedades emergentes, entre tantos otros) se articulan como resultantes de ciertos modos de producción, de consumo y/o de distribución y de los efectos del Cambio Climático que generan desigualdades sociales y territoriales.

10. Se busca recuperar el valor de lo local, de nuestras identidades, de nuestras diversidades y de la producción saludable para fortalecer las economías locales teniendo en cuenta las bases de la economía circular y el comercio justo.

11. Se sensibiliza sobre las consecuencias de los procesos de acumulación por desposesión expresados en el extractivismo y/o en decisiones del mercado que puedan cosificar la vida, convirtiendo a la naturaleza en un mero recurso.

12. Se plantea que la construcción de solidaridad, cooperación, organización, participación democrática, pluralidad y soberanía son dimensionadas como procesos que parten de deconstruir las miradas y que son constitutivos de las bases que buscan un cambio en los paradigmas de vida para repensar la relación sociedad naturaleza y de las personas entre sí.

13. Se busca consolidar un espacio de reflexión, de debate y de acción para interpelar las formas de construcción de las políticas públicas, las decisiones que se toman acorde a las distintas jerarquías y responsabilidades y los modos de dar respuesta desde el Estado a los desafíos contemporáneos de las y los argentinos, incorporando la perspectiva ambiental de forma fe-

deral, integral, transversal, intersectorial y con enfoque de género.

IV. Objetivos

Finalmente, la disp. 12/2021 fija los objetivos del programa de capacitación.

Objetivo general: Garantizar la formación integral en ambiente, con perspectiva de desarrollo sostenible y con especial énfasis en cambio climático para quienes se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Objetivos específicos: Los objetivos específicos, en función de los aportes recibidos, fueron organizados según los siguientes aspectos:

a) Enfoque: Sensibilizar sobre la importancia de diseñar e implementar políticas públicas que incorporen la perspectiva de desarrollo sostenible y que contemplen los efectos, impactos y consecuencias del Cambio Climático. - Fortalecer la convicción de que es una obligación constitucional y convencional de las y los funcionarios públicos de todos los Poderes y niveles del Estado en el ámbito de sus competencias respetar, garantizar y adoptar medidas para hacer efectivo el derecho humano al ambiente sano. - Consolidar un espacio de reflexión sobre las prácticas para interpelar las formas de intervenir desde las políticas públicas acorde a la perspectiva del Pensamiento Ambiental Latinoamericano y al abordaje integral e interdisciplinario que las problemáticas ambientales requieren en los niveles de gobierno nacional, provincial y local.

b) Actores y responsabilidades: Lograr que las y los funcionarios comprendan la necesidad de adoptar políticas ambientales y de protección de la biodiversidad y de los bienes comunes, promoviendo un paradigma económico-productivo que garantice la sustentabilidad de la vida en todas sus formas. - Distinguir los niveles de responsabilidad que competen a los distintos actores: Poderes del Estado, organizaciones de la sociedad civil, empresas, entre otros; asumiendo el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. - Comprender el rol que cumple cada organismo del Estado y pro-

blematizar las políticas públicas que impulsan con relación a los objetivos de la capacitación.

c) **Contenidos:** Comprender las dificultades, propuestas y desafíos vinculados con las acciones de adaptación y mitigación de los efectos del Cambio Climático. Compartir herramientas teóricas para abordar problemáticas y conflictos ambientales desde el pensamiento de la complejidad, que respondan a los desafíos contemporáneos y contribuyan desde la gestión estatal a la construcción de territorios sustentables de vida. Reconocer la conservación de la biodiversidad nativa como un eje necesario vinculado a la salud pública. Comprender las relaciones posibles entre el sistema alimentario globalizado, la desaparición de especies y la emergencia de salud de carácter sistémico. Interpretar los alcances de los conceptos de Soberanía y Seguridad Alimentaria. Consensuar visiones sobre sistemas productivos que aseguren el desarrollo integral y sostenible del país con base social, productiva, económica y ambiental. Reconocer la importancia de la participación de la sociedad civil en las distintas fases de las políticas públicas vinculadas al ambiente y al desarrollo sostenible, así como el marco de disposiciones que las garantizan. Dar a conocer las prácticas sostenibles que se desarrollan en nuestro país para promoverlas, fortalecerlas y potenciarlas.

d) **Competencias para la acción:** Desarrollar competencias para la toma de decisiones informadas y para adoptar medidas responsables al proyectar escenarios sobre los que las y los funcionarios públicos pueden influir con sus decisiones. Garantizar la formación de las y los funcionarios dentro de las competencias de cada organismo público para generar conciencia, compromiso y responsabilidad con la comunidad en la búsqueda de una sociedad sana, justa y ambientalmente sostenible. Adquirir herramientas y criterios ambientales para pensar la convergencia y la complementariedad entre ambiente y producción, sus desafíos, sus potencialidades e instrumentos. Contribuir a generar modelos de pensamiento de sostenibilidad para generar políticas públicas de acción mediata e inmediata, comprometidas institucional e individualmente para prevenir, detener y revertir procesos de degradación ambiental.

Por último, es importante destacar que la normativa bajo comentario prevé un apartado que promueve la articulación y alianzas. Es por ello por lo que postula políticas que persigan generar propuestas articuladoras entre distintos organismos de gobierno para promover una gobernanza participativa junto a la sociedad, en sintonía con el cuidado de los bienes comunes. Promover abordajes de gestión participativa, que incluyan a diferentes actores de la sociedad para disminuir las brechas de poder en los espacios de toma de decisión. Identificar formas de organización institucional que permitan alcanzar organismos institucionales más efectivos para la integración transversal de la temática ambiental en los tres niveles de gobierno: nacional, provincial y municipal. Concientizar sobre la viabilidad de las transiciones respetando a las comunidades que habitan los territorios a través de acciones estratégicas que revaloricen los diálogos de saberes en la búsqueda de sociedades sanas, justas y sustentables. Esta directiva es relevante, en función de la propuesta de integración, desarrollo conjunto por adhesión y de implementación concertada, que se recomienda especialmente como adecuada, por esta presentación.

Otra directiva a ponderar es que la disp. 12/2021 establece expresamente que la capacitación propuesta deberá adecuarse a los Lineamientos Generales y a las disposiciones del Reglamento Operativo de Funcionamiento y de Aplicación.

V. Módulos temáticos

Es sabido que las capacitaciones estarán organizadas en torno a 6 (seis) módulos temáticos comunes para todas las capacitaciones que se ofrezcan en función de lo que indica la ley en cita, en su art. 5°, y 2 (dos) módulos temáticos a elección acorde a las particularidades de cada sector público y/o jurisdicción, con el objeto de realizar un recorrido educativo situado.

La información relativa a la normativa ambiental vigente será transversal a cada eje temático.

1. **Módulos temáticos comunes:** Saber ambiental. - Desarrollo sostenible. - Economía circular. - Cambio Climático. - Conservación de la biodiversidad y los ecosistemas. - Eficiencia energética y energías renovables.

2. Módulos temáticos por sector público y/o jurisdicción: Gestión Integral de Residuos Sólidos. - Producción de alimentos y soberanía alimentaria. - Salud socioambiental. - Evaluación Ambiental Estratégica y Evaluación de Impacto Ambiental. - Modelos productivos sostenibles. - Normativa y legislación ambiental. - Áreas protegidas y corredores de conservación. - Prevención del tráfico de fauna y flora. - Manejo de Especies Exóticas Invasoras. - Agua, comunidades y sustentabilidad. - Transición Justa: trabajo sostenible y empleo verde. - Emprendimientos de Triple Impacto. - Comunicación Ambiental. - Acceso a la información pública ambiental y participación pública. - Ambiente y géneros. - Manejo y control del Fuego. - Crisis ambiental y problemáticas urbanas. - Política Ambiental e Interculturalidad. - Bosques Nativos. - Ordenamiento Ambiental del Territorio. - Edificios Públicos Sostenibles. - Otros temas acordes al perfil particular de las y los destinatarios.

V.1. Duración del programa

La carga horaria La capacitación tendrá como mínimo un total de 16 (dieciséis) horas reloj, distribuidas en al menos 2 (dos) horas por cada módulo temático. 4.3. Modalidad La modalidad puede ser presencial y/o a distancia.

V.2. Evaluación

Cada organismo podrá diseñar la evaluación conforme al formato que considere adecuado. La evaluación puede ser en proceso (por módulo) y/o final. Se requiere la realización de una encuesta integradora final con, por lo menos, tres ítems que contemplen: a) consideraciones sobre los contenidos del curso; b) consideraciones metodológicas; c) integración y relación con la práctica o campo de desempeño en la función pública, orientada a reflexionar sobre los aportes de la capacitación para su práctica laboral y/o profesional al interior del Estado.

VI. Reglamento operativo de funcionamiento

Los módulos temáticos comunes, se orientan en el diseño con contenidos propuestos por el MAYDS, síntesis de los aportes realizados por las organizaciones de la sociedad civil y por las instituciones científicas. Académicas, consultadas.

Unidad 1.

Saber ambiental.

Diversas concepciones sobre naturaleza y ambiente. Construcción sociohistórica de sus significados., La cuestión ambiental y el desarrollo del conocimiento. La herencia europea en las concepciones de la naturaleza. La naturaleza como “canasta” de recursos. La naturaleza como capital. La naturaleza como sujeto de derechos. El discurso dominante. Crítica a los enfoques sociohistóricos tradicionales.

Epistemología, racionalidad y saber ambiental. Paradigma mecanicista, racionalidad instrumental, racionalidad económica, fragmentación del saber. Paradigma de la complejidad ambiental: sistemas complejos y complejidad ambiental. Epistemología ambiental.

Los conflictos y problemas ambientales como problemas socio económico, geopolítico e histórico. Globalización y sociedad de consumo.

Soberanía ambiental. Pensamiento Ambiental Latinoamericano. Vivir Bien o Buen vivir de las cosmovisiones de los pueblos originarios. Ética de la vida.

Unidad 2.

Desarrollo sostenible y sustentabilidad(es)

Ambiente y desarrollo. Los conflictos ambientales como problemas sociales, económicos, culturales y políticos. Consumo, pobreza y ambiente. Justicia ambiental.

Sostenible o sustentable. Polisemia del concepto: orígenes e historia del concepto. Desarrollo sustentable y desarrollo sostenido: debates y contradicciones. Desarrollo sostenible, alternativas al desarrollo o sustentabilidad. ¿Qué se considera desarrollo? ¿Qué tipo de desarrollo? ¿Por qué sería sostenible? Sustentabilidad débil y fuerte. Críticas y alternativas al concepto de desarrollo (decrecimiento, buen vivir, otros) y desarrollos alternativos (ecodesarrollo, economía verde, economía circular, otros).

Sustentabilidad, Pensamiento Ambiental Latinoamericano y Ecología Política del Sur. Desarrollo local. Bienes comunes. Gestión ambiental, organización social y participación comunitaria. Ética de la sustentabilidad. La filoso-

fía del Buen Vivir, el Sumak Kawsay.

Instrumentos internacionales ante la crisis ambiental. Del Mensaje Ambiental a los Pueblos y Gobiernos del Mundo de Perón en 1972 a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados y adaptados. Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030). Compromisos asumidos por el país. ODS y Políticas Públicas. Dimensiones de la sustentabilidad. Experiencias y alternativas sustentables. Sociedades sustentables desde la concepción latinoamericana.

Unidad 3

Economía circular

Debates actuales. Economía verde, economía ecológica, ecología política, economía circular.

Riesgos de la Economía Lineal. “Ley de la entropía”. Obsolescencia programada y percibida. Los límites físicos y biológicos del planeta. Ciclo de vida de los materiales.

Economía circular. Principios de la Economía Circular. La Economía Circular más allá del reciclaje: ecodiseño, la simbiosis industrial, la economía de la funcionalidad, reutilización, reparación, remanufactura y valorización. Instrumentos de política y gestión en materia de Responsabilidad Extendida del Productor para el logro de la Economía circular. Articulación público-privada, y dentro del Estado, de todos sus niveles: municipal, provincial y nacional.

Economía social, solidaria y popular. La formalización de sectores informales, el control ambiental de los procesos y la innovación tecnológica, social y empresarial.

Economía feminista. Las experiencias de la economía feminista y la economía social, solidaria y popular como ejemplos de redes de economía que ponen por encima el cuidado y la reproducción de la vida por sobre las ganancias económicas.

Unidad 4

Cambio climático

Causas estructurales del calentamiento global. Cambio climático, crisis climática global o crisis planetaria ecológica y social.

Efecto invernadero. Causas y fuentes que le dan origen. Gases de efecto invernadero (GEIs). ¿Qué son los gases de efecto invernadero? ¿Qué actividades generan la mayor cantidad de gases de efecto invernadero y cuáles son las que generaron históricamente las concentraciones acumuladas en la atmósfera? ¿Qué prácticas de la vida cotidiana generan gases y qué cambios se necesitan para reducirlos? ¿Cómo se mide la emisión de gases de efecto invernadero? Distribución global de las emisiones de GEIs. Informes científicos y proyecciones o escenarios a corto, mediano y largo plazo.

Impactos globales y locales. Eventos extremos asociados al cambio climático y su incidencia en el país. Comprender el impacto local en cada región de nuestro país con ejemplos concretos y actuales.

Mitigación y Adaptación ante el Cambio Climático. Conceptos, diagnóstico y alternativas de acción. La importancia del Plan Nacional de Adaptación y Mitigación. Sistemas de alerta temprana y gestión integral de riesgos.

Vulnerabilidad y resiliencia. Peligrosidades, exposición, vulnerabilidad e incertidumbre frente a los impactos del cambio climático. Teoría Social del Riesgo. Nuevas agendas vinculadas al cambio climático: peligros emergentes, vulnerabilidad social, migraciones, salud y pobreza.

Unidad 5

Eficiencia energética y energía renovable

Energía. Concepto de energía, tipos y transformaciones. Bienes comunes con cualidades energéticas. Fuentes y flujos de energía. Energías no renovables y renovables. Energía convencional y alternativa. Energía eléctrica: generación, transporte, distribución. Fuentes energéticas e impacto ambiental. Energía y cambio climático. Energías alternativas. Energías limpias.

Soberanía energética. ¿Cómo se produce la energía en nuestro país? Matriz energética y balances. Escenarios de transición: posibles, viables y aplicables.

Oportunidades para el desarrollo de energías limpias en el país. Proyecto de Certificados de Eficiencia Energética (CEE) en la Argentina para

promover el uso responsable de la energía y la mitigación de las emisiones de CO2.

Dinámica producción-demanda de energía a distintas escalas. Controversias tecnología-sostenibilidad: los costos ambientales de la transición energética. Concepto de Generación Distribuida de Energía.

Ahorro y eficiencia energética. Eficiencia energética en edificios, transporte, industria, producción primaria, espacios públicos. Eficiencia energética en aparatos eléctricos. Consumo y eficiencia energética. Uso racional de la energía.

Legislación: ley 27.191; dec. 531/2016.

DAÑO AMBIENTAL

El daño ambiental bajo la perspectiva del Acuerdo Regional de Escazú y la Ley General del Ambiente

Jorge A. Franza (*)

Sumario: I. Primera parte.— II. Segunda parte.— III. Reflexiones finales.

I. Primera parte

1.1. Introducción

A partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972 comenzó a forjarse de manera expresa un conjunto de normas y principios internacionales destinados a la protección del medio ambiente que hoy llamamos “derecho ambiental”.

Desde ese entonces, las naciones suscribieron diferentes convenciones, consideradas como derecho blando o *soft law* que luego fueron bajando a los ordenamientos internos, muchas de ellas, como el caso de Argentina, a través de la incorporación del cuidado al medio ambiente en la Constitución, generándose posteriormente leyes que denotan el carácter constitucional de esta protección. De manera paralela a estos cambios en las legislaciones, pero a un ritmo sostenido y preocupante, se produce en el planeta la degradación del medio ambiente y de los ecosistemas de los que depende el bienestar humano. Se suma el desafío del cambio climático, de impacto directo en nuestra región, especialmente en las personas y grupos en situación

de vulnerabilidad, además de la pandemia de COVID-19 que produjo resultados devastadores.

Por su parte, los tribunales argentinos, han incorporado y desarrollado principios de derechos humanos relativos a la protección del ambiente y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hablado también, en varios fallos, de un *componente ambiental del Estado de derecho* (1).

Es que los numerosos desafíos ambientales de nuestro tiempo demandan el compromiso de todos los sectores sociales, principalmente de quienes planifican e implementan políticas públicas, y de los responsables de impartir justicia, a los que se impone una mayor exigencia en la gestión.

En este contexto y bajo estos requerimientos, la aparición del Acuerdo Regional de Escazú —ratificado por la ley nacional 27.566 (BO 47853/20 del 19/10/2020)—, devino en una herramienta sin precedentes como catalizador de la Agenda 2030 y de la acción climática, además de marcar un punto de inflexión en materia de democracia ambiental en América Latina y el Caribe, en tanto resulta ser un pacto de cada Estado para con sus ciudadanos, un acuerdo hecho por y para las personas.

En este trabajo abordaremos la temática del daño ambiental, y alguno de los problemas que

(*) Presidente de la Cámara de Apelaciones P.P.J.C. y F. de la CABA. Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Magíster - Máster en Sociología del Este de Europa, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Máster en Derecho Ambiental: Universidad del País Vasco, Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor titular consulto de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA.

(1) "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", 26/04/2016, Fallos 339:515.

se plantean, su carácter colectivo, los costos de reposición y la problemática de la insolvencia del responsable, los pilares para abordar el problema del daño ambiental, haciendo mención de legislación y jurisprudencia relacionadas con la materia. Finalmente, mencionaremos el art. 41 de la CN, realizaremos una mención del Acuerdo de Escazú y su relación con el acceso a la justicia en asuntos ambientales, realizando una integración entre el Acuerdo y la Ley General del Ambiente.

1.2. Aproximación al concepto de daño ambiental

Para comenzar a delinear el concepto de daño ambiental, citaremos la distinción efectuada por el profesor Néstor Cafferatta entre daño ecológico y daño ambiental. La noción de daño ecológico se refiere a los perjuicios causados en los recursos naturales, en cambio, el daño al ambiente contiene un criterio más amplio y se relaciona no solo a los aspectos bióticos y abióticos de la biosfera, sino también a bienes de otra índole, como el paisaje, la cultura u otros valores colectivos que hacen al entorno (2).

Debe tenerse en cuenta el carácter dual del derecho ambiental, ya que tutela tanto intereses individuales como colectivos, y por un lado el concepto de daño se referirá al perjuicio ocasionado al patrimonio ambiental como bien común (derechos de incidencia colectiva), y por otro, a aquellos perjuicios ocasionados a los intereses legítimos de una persona como consecuencia mediata del daño sobre el ambiente (régimen de daños del derecho privado clásico).

Podemos decir, también siguiendo al profesor Cafferatta, que el daño ambiental es toda alteración negativa relevante del ambiente, del equilibrio del ecosistema, de los recursos, de los bienes o valores colectivos (3). Y coincido con el autor citado y con el profesor Michelle Prieur al manifestar que el daño ambiental se produce

independientemente de las repercusiones que puedan producirse en una persona o su patrimonio (4).

Siguiendo al profesor Mario Peña Chacón podemos decir que si bien el daño ambiental puede ser producido de manera casual, fortuita o accidental por parte de la misma naturaleza (5), el daño jurídicamente regulable es aquel que es generado por una acción u omisión humana que llega a degradar o contaminar de manera significativa y relevante al medio ambiente (6).

El daño ambiental puede ser clasificado en dos grandes categorías:

1.2.a. Daño civil o individual

Es aquel que perjudica los intereses legítimos de una persona como consecuencia mediata del daño sobre el ambiente. Lo sufre una persona sobre sí misma o sobre sus bienes patrimoniales, a través de algún elemento del ambiente en estado de degradación. Llamamos a este daño "indirecto" porque asume la preexistencia de un daño directo sobre algún elemento del ambiente.

Nuestra jurisprudencia ambiental más clásica registra desafortunados casos de enfermedad contraída como consecuencia de la contaminación en autos "Duarte, Dante c. Fábrica de Opalinas Hurlingham s/ daños y perjuicios" (7) y también el caso "Refinería de Petróleo Copetro SA de Ensenada" (8), donde además se suman

(4) PRIEUR, Michel, "Droit dell'environnement", Dalloz, París, 1991, 2ª ed., p. 728 y ss., mencionado por Néstor Cafferatta en el art. Régimen de Responsabilidad Objetiva por Daño Ambiental ya citado.

(5) Por ejemplo, un rayo que genera un incendio, o las consecuencias de un volcán o un maremoto.

(6) PEÑA CHACÓN, Mario, "Daño Ambiental y Prescripción", Revista Judicial, Costa Rica, 2013, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf>.

(7) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 105, "Duarte, Dante y otros vs. Fábrica Argentina de vidrios y revestimientos de Opalinas Hurlingham", 25/06/1992, confirmado por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala I, julio 1994.

(8) SCBA, "Almada, Hugo Néstor c. Copetro SA s/ daños y perjuicios. Prevención. Recurso Extraordinario", 19/05/1998, CCiv. y Com. La Plata, "Irazu, Margarita c. Copetro SA s/ daños y perjuicios", 10/05/1993. Juzgado

(2) CAFFERATTA, N., "Régimen de responsabilidad objetiva por daño ambiental", RDAMB., 3[3], 2015, ps. 75-92. Recuperado a partir de <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36500>.

(3) CAFFERATTA, Néstor, "Los principios y reglas del Derecho Ambiental". Disponible en <https://docplayer.es/12209532-Los-principios-y-reglas-del-derecho-ambiental-nestor-cafferatta-1.html>.

reclamos materiales sobre la propiedad civil de los demandantes.

I.2.b. Daño ambiental de incidencia colectiva

Es el daño que resulta sobre algún elemento del ambiente, con prescindencia de que este se traduzca en un daño sobre una persona o sus bienes. Si bien el régimen de responsabilidad civil, como así también las normas civiles preventivas (9) otorgan un medio de prevención y reparación muy útil e idóneo para numerosos casos, este resulta a veces insuficiente para obtener un resultado con carácter satisfactorio y adecuado de cara a la defensa de los bienes ambientales colectivos. Concentrarnos en el daño colectivo, nos permite, en muchos casos, prevenir y evitar el daño ambiental civil, para lo cual es presupuesto necesario un daño en la persona o bienes. Nos permite adelantar un paso muy importante en la línea de reclamos y mejora notablemente las oportunidades de prevención.

En línea con el derecho constitucional al ambiente sano y el deber (derecho) de preservarlo, su violación generará prioritariamente la obligación de recomponer.

Es decir que la defensa del ambiente, a través de la prevención y recomposición de su daño, es posible aún antes que se cause agravio sobre una persona o sobre su propiedad civil. Y cualquier habitante podrá considerarse afectado en su derecho a gozar de un ambiente sano, y consecuentemente legitimado para accionar administrativa y judicialmente y exigir —hacia adelante— el cese de la acción dañosa y —hacia atrás la recomposición de los daños causados.

En este sentido, La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Mendoza, Beatriz Silvia” (10) expresó: “...No hay dudas de que la presente causa tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente. En este caso, los actores reclaman como legitimados extraordinarios para la tutela de un

bien colectivo, el que, por naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de manera indisponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y en ausencia de toda posibilidad, dará lugar al resarcimiento”.

Además, a partir del reconocimiento de la naturaleza y la sociedad como sujetos de derecho, entra en juego el llamado principio precautorio (11), y, como lo expresara el profesor Néstor Cafferatta, la responsabilidad, deja de tener carácter reparatorio para ser anticipatoria, de evitación del daño. En efecto, el proceso en sede civil deja de ser dispositivo, transformando el rol del magistrado, haciéndolo plenamente activo, con medidas de oficio, al estar en juego la defensa del interés general (12). El principio precautorio es un cambio de la lógica jurídica clásica, ya que parte de la base de la “incerteza”, duda o incertidumbre y opera sobre el riesgo de desarrollo, el riesgo de la demora y produce una inversión de la carga de la prueba, ya que la duda opera en favor de la prevención o de la precaución, en el sentido de que hay que adoptar medidas tendientes a impedir la degradación del medio ambiente (13).

I.3. Caracterización del daño ambiental y los problemas que plantea

I.3.a. Irreversibilidad

En materia ambiental, en general resulta muy difícil, y a veces imposible, volver las cosas a su estado de origen. Si bien esta no es una característica exclusiva del daño ambiental resulta imperativa combinada con las restantes características a la hora de hacer énfasis en la prevención.

I.3.b. Carácter colectivo o difuso

La pluralidad de sujetos pasivos —afectados por la situación de contaminación— así como la de sujetos u objetos activos —fuentes o generadores de degradación— diluye el interés a

Civil y Comercial de la Plata, “Pinini de Pérez, c. Copetro s/ daños y perjuicios”, 07/12/1991.

(9) Art. 1973 CCyC, ley 26.994 (art. 2618 C.C. anterior).

(10) CS Mendoza, “Beatriz Silvia c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios, daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, Fallos 326:2316.

(11) Previsto en el art. 4 de la ley 25.675.

(12) CAFFERATTA, Néstor, “Los principios y reglas del Derecho Ambiental”. Disponible en <https://docplayer.es/12209532-Los-principios-y-reglas-del-derecho-ambiental-nestor-cafferatta-1.html>.

(13) Ibidem.

la vez que dificulta la identificación del responsable.

I.3.c. El altísimo costo de la recomposición. La insolvencia del responsable

En el supuesto caso que se hubiese logrado responsabilizar a alguna persona o grupo de personas a pesar del carácter difuso del daño y que este resulte reversible de acuerdo con la tecnología y los recursos disponibles, el costo de recomposición del daño resulta muy oneroso, excediendo por lo general la solvencia de los sujetos pasivos y su materialización puede constituirse inalcanzable.

I.3.d. Efectos de manifestación tardía

Las consecuencias del daño ambiental pueden manifestarse muchos años después de ocurrido, empeorando los problemas señalados anteriormente (14). Durante ese tiempo la relación de causalidad se desdibuja, agravándose considerablemente su efecto difuso con el paso del tiempo. En consecuencia, se dificulta la identificación del responsable, que además puede haber desaparecido o haberse insolvencado, complicando aún más el escenario.

I.3.e. Inferioridad de condiciones de la parte damnificada

La falta de equidad entre las partes es otra consecuencia que se desprende del carácter difuso o colectivo del daño ambiental. En general el damnificado, tratándose del daño civil sobre una persona o sus bienes a través del ambiente, es un vecino de escasos recursos de una zona industrial o rural, o poblaciones indígenas. Esta situación de debilidad económica y social generalmente se traduce en una peor defensa, o incluso, en inexistencia de defensa por ignorancia, temor o falta de recursos, o por todas esas causas juntas. Lo mismo, y en mayor medida aún, ocurre cuando se trata de un daño a un elemento del ambiente (daño colectivo).

De esta característica, sumada al carácter difuso o colectivo se desprende la incongruencia de intereses. El interés por separado de cada

individuo en general no justifica la acción, que sin duda justificaría la suma de intereses. La acción conjunta de todos los damnificados puede sumar más que el interés del contaminador, sin embargo, la dificultad procesal de acceso a la justicia de los diversos damnificados muestra un efecto distinto, incongruente con la realidad.

I.4. Los tres pilares para abordar el problema del daño ambiental: prevención, responsabilidad y respaldo

I.4.a. La prevención

Uno de los principios del derecho ambiental internacionalmente reconocido es la prevención, la cual es comprensiva de muchos otros principios de derecho ambiental y debe priorizarse a los demás (15), que generalmente se elaboran para el caso en que la prevención falle. Desde el punto de vista económico, cada unidad asignada a prevenir un daño es insignificante ante el valor de recomposición de un eventual daño. Como hemos visto, la magnitud del daño ambiental puede adquirir dimensiones incalculables, no afrontables por los agentes contaminantes, incluso en la hipótesis del Estado responsable (16). Del mismo modo que frente al daño nace la obligación de reparar, ante el riesgo existe la obligación de prevenir. Cuanto mayor sea el riesgo y sus consecuencias, mayor es el deber de prevención y precaución. Esta obligación es tanto del agente privado que desarrolla una actividad como del Estado que debe instrumentar los mecanismos necesarios de control, aplicarlos y controlar su efectivo cumplimiento.

I.4.b. La ampliación y flexibilización del régimen de responsabilidad por daño ambiental

La segunda medida para hacer frente al daño ambiental consiste en ampliar el alcance de la responsabilidad haciéndola más flexible conforme las características propias del daño ambiental. Esto puede hacerse facilitando el acceso a la jurisdicción-legitimación— o a los otros mecanismos válidos de reclamo del damnificado considerando su situación de inferioridad

(14) Por ejemplo, la contracción de una enfermedad terminal como consecuencia de las sustancias contaminantes presentes en el agua o en el aire, puede demorar muchos años en manifestarse.

(15) CS, caso "Mendoza, Silvia," ya citado.

(16) Conf. HUTCHINSON, Tomás, "Daño Ambiental, t. II, cap. IX, la responsabilidad pública", Ed. Rubinzal Culzoni.

como parte —denuncias que prosperen o sigan de oficio— agilizando el trámite y coadyuvando a la obtención de la prueba como así a la demostración de causalidad, bajando los costos para aquellos que cumplen con la carga pública de preservar el ambiente.

1.4.c. El respaldo para la recomposición y reparación efectiva del daño ambiental

El tercer paso para hacer frente de manera efectiva al daño ambiental —que también actúa como forma de prevención— consiste en asegurar que el agente a cargo de la realización de una actividad riesgosa, además de tomar todos los recaudos necesarios para evitar la consecuencia dañosa, en el caso que esta eventualidad ocurra, tenga con que responder.

En este aspecto hay mucho por trabajar en nuestro país. Las soluciones posibles que nos aporta el derecho comparado y que solo cubren parte del problema son el seguro ambiental (17) y los fondos de garantía o compensación.

El seguro viene a cubrir los acontecimientos accidentales que son los que escaparon a la prevención, pero no los resultantes de la actividad normal de la industria, como así los incumplimientos de las obligaciones ambientales. De modo que la parte más importante del daño ambiental que es aquel derivado de las actividades normales industriales o del cumplimiento de las normas vigentes que repercuten sobre el ambiente no encuentra protección a través de este instituto, tal como se lo utiliza en la actualidad. Es así como las empresas solo denuncian aquellos casos que no puedan encubrir, quedando muchos incidentes ocultos.

Para soslayar este aspecto debemos fortalecer los dos escalones anteriores: la prevención, a través de todos sus mecanismos para evitar que

el daño suceda y la responsabilidad, que tendrá un efecto preventivo potenciador. Finalmente, los fondos de garantía resultarán de especial utilidad tratándose de casos de falta de respaldo frente al daño ambiental colectivo.

1.5. Medidas administrativas preventivas del daño ambiental

1.5.a. La información como presupuesto esencial para las restantes herramientas de prevención y protección ambiental

La información, no es solo un elemento esencial en la educación y la investigación, sino que es el punto de partida de cualquier toma de decisiones. Antes de definir una política ambiental es necesario conocer la situación de base para analizar adecuadamente las posibilidades y riesgos de modificación, lo que supone manejar datos y disponer de conocimientos (18). El derecho a la información ambiental comprende el derecho a ser informado, el deber de informar y la obligación de proveer los mecanismos necesarios para su realización efectiva. Ello implica que la información exista, contar con los medios adecuados de recolección y sistematización y que se encuentre a disposición de forma sencilla y sin costos adicionales que limiten su accesibilidad.

1.5.b. La consulta o audiencia pública

Todo habitante tiene derecho a ser oído con respecto a las decisiones que puedan afectar el ámbito de su derecho. La participación pública en el proceso de toma de decisiones es un componente decisivo del propio sistema de análisis, haciendo que las consideraciones técnicas deban tener en cuenta los posicionamientos del público (19).

1.5.c. La realización de evaluaciones de impacto ambiental

La figura de la evaluación de impacto ambiental constituye una herramienta de prevención, conocimiento, información y control, ya que permite identificar y mensurar anticipadamente los efectos negativos que una actividad puede

(17) La Ley General del Ambiente establece en su art. 22 que: "Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación".

(18) MARTÍN MATEO, Ramón, "Tratado de Derecho Ambiental", Ed. Trivium, Madrid, 1991, t. 1, p. 122.

(19) Ibidem, p. 313.

tener sobre el ambiente, a fin de prevenirlos y mitigar su incidencia negativa **(20)**.

I.5.d. Las auditorías ambientales

La auditoría es “una revisión objetiva, periódica, documentada y sistemática llevada a cabo por entidades homologadas sobre instalaciones y prácticas relacionadas con estándares medioambientales” **(21)**. Si bien se realiza en forma concomitante a la ejecución de la obra o actividad, también tiene efecto preventivo ya que permitirá detectar las fallas del sistema a tiempo a fin de componerlas antes de que el daño ocurra, o bien, una vez sucedido, permitirá prevenir que se agrave.

I.5.e. Los planes de contingencia

Es un conjunto de procedimientos alternativos a la operatividad normal de cada institución o empresa con el objetivo de prevenir y evitar mayores daños cuando ocurra algún incidente o siniestro, tanto interno como ajeno a la organización. Podemos citar la Directiva Seveso **(22)** de Prevención de grandes accidentes de la Unión Europea incorporada por la disposición Nro. 8/95 **(23)** de la Dirección Nacional de Higiene y Seguridad del Trabajo.

I.5.f. Aplicación de instrumentos de mercado

El planteo consiste en inducir a los agentes a cooperar, mediante una política empresarial orientada a la preservación del ambiente, a través de incentivos y cargos económicos, en lugar de reincidir en la imposición de nuevas pautas a través de una legislación más estricta en términos sancionatorios. Puede decirse, en este caso, que “la acción también depende de la motivación” **(24)**, y que, creándose condiciones favo-

rables, así como brindando sólida información a las empresas, los resultados pueden ser muy positivos.

II. Segunda parte

II.1. El daño ambiental en la Constitución Nacional

La Constitución Nacional tutela de manera explícita el derecho al ambiente sano a través de su art. 41, incorporado con la reforma de 1994, al manifestar: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Si bien la CN no define el daño, sí expresa que, una vez producido, existe la obligación de recomponer según lo establezca la ley, y declara que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección.

Luego de la incorporación de la tutela del ambiente a la Constitución Nacional se han dictado numerosas leyes de protección **(25)**, de las

ción Ambiental”, organizada por UNESCO en cooperación con el PNUMA, Tbilisi, URSS, octubre de 1972. Libro “Desarrollo sin destrucción. Evolución de las percepciones ambientales”, Ediciones del Serbal, 1982, p. 129.

(25) Tales como la ley 25.612 de Residuos Industriales [2002], ley 25.670 de gestión de PCB [2002], ley 25.675 General del Ambiente [2002], ley 25.688 de Gestión de Aguas [2003], ley 25.831 de Información Ambiental [2004], ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios [2004], ley 26.331 de Protección de Bosques Nativos [2007],

(20) Arts. 11 a 13, ley 25.675.

(21) Definición conforme la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA) Según DE BENEDICTIS, Leonardo, “Auditorías Ambientales”, apuntes de curso de Postgrado de la UBA, Buenos Aires, 2001.

(22) Directiva 82/501 CEE, actual Unión Europea, mejor conocida como “Directiva Seveso” adoptada tras el accidente ocurrido en la ciudad homónima.

(23) BO 10/05/1995.

(24) KAMAL TOLBA, Mustafá, “Del discurso de apertura de la Conferencia Intergubernamental sobre Educa-

cuales podemos considerar a la ley 25.675, de Presupuestos Mínimos para la gestión adecuada y sustentable del medio ambiente, conocida como Ley General del Ambiente, como la ley rectora en ese ámbito.

II.2. El art. 8° del Acuerdo de Escazú. Principios procesales para garantizar el acceso a la justicia

II.2.a. Derecho de acceso a la justicia

El derecho de acceso a la justicia ambiental es definido como la posibilidad de obtener una solución expedita y completa de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental por parte de las autoridades judiciales y administrativas, lo que supone que todas las personas estén en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y obtener resultados individual o socialmente justos (26). Este derecho tuvo su consagración definitiva a partir de su inclusión expresa en el Acuerdo de Escazú, incorporado a la legislación argentina a través de la ley 27.566 del 19 de octubre de 2020. Sus principales antecedentes fueron el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 (27), la doctrina franciscana

ley 26.562 de Control de Actividades de Quema [2009], ley 26.639 de Protección de Glaciares [2010], ley 26.815, creación del Sistema Federal de Manejo del Fuego [2013], ley 27.279 de Presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de envases vacíos fitosanitarios [2016], ley 27.520 de Adaptación y Mitigación al cambio climático global [2019], ley 27.592 para la capacitación en cuanto a la transversalidad de los temas ambientales en el diseño, planificación e implementación de las políticas públicas dirigida a todos los integrantes de los Poderes del Estado [2020], ley 27.621 de Implementación de Educación Ambiental Integral [2021].

(26) ANGLES HERNÁNDEZ, Marisol, "Algunas vías de acceso a la justicia ambiental", Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [www.juridicas.unam.mx](http://biblio.juridicas.unam.mx). Libro completo en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

(27) El Principio 10 de la Declaración de Río 1992 establece que "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierren peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a dispo-

[encíclica "Laudato Si" (28)], la Agenda 2030 [ODS 16 (29)] y la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (30).

II.2.b. Jerarquía del Acuerdo de Escazú

El Acuerdo de Escazú es fuente interna del derecho federal argentino, de jerarquía superior a las leyes e inferior a la Constitución Nacional (supralegal), de aplicación directa e inmediata, operativa en los aspectos que no requieran desarrollo posterior y programática en los que sí lo necesiten. Además, el art. 31 CN exige considerar los tratados de aplicación inmediata, independientemente del carácter operativo o programático de sus normas (31). El ingreso de una fuente supralegal, en este caso el Acuerdo, obliga a reinterpretar el derecho local desde estándares más altos, derivados del instrumento internacional.

II.2.c. Art. 8° del Acuerdo de Escazú. Integración con la Ley General del Ambiente

Como lo expresara el Dr. Néstor Cafferratta (32), el Acuerdo de Escazú contiene en su art. 8° un conjunto de normas en materia de acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Al respecto, establece como enunciado general que "cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de

sición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

(28) https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html.

(29) <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

(30) https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

(31) ESAIN, José A., "El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino", LA LEY del 11/04/2022, año LXXXVI N° 88, LA LEY, 2022-B. ISSN: 0024-1636-RNPI:5074180.

(32) CAFFERRATTA, Néstor, "Extraído de su conferencia brindada en el marco del II Congreso Virtual organizado por el Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales", Universidad Nacional del Litoral. <https://youtu.be/ql8HLYsTtq8>

acuerdo con las garantías del debido proceso". El Acuerdo prevé que "cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento" (33), y a continuación señala las decisiones, acciones u omisiones que pueden ser objeto de vías de impugnación o recursivas: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales, y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente (art. 8.2). El acceso a la justicia ambiental está patentizado no solo en disponer de carriles adecuados de impugnación y recursivos (aspecto procesal), sino también en todo lo relativo a la faz sustantiva, en cuanto la conducta que se cuestiona afecte o pueda afectar de manera negativa al medio ambiente o resulte contravencional, o violatoria de normas jurídicas ambientales (34).

Un análisis del art. 8° del Acuerdo de Escazú que parta del diálogo de fuentes o de la necesaria integración que debe primar entre dicho Acuerdo y la legislación nacional, permitirá esbozar los *principios de derecho procesal ambiental* que tengan como base Escazú y la Ley General del Ambiente (35).

Por lo pronto, uno de ellos sería el *principio de acceso a la jurisdicción* que podríamos considerar ilimitado e irrestricto en la medida en que establece una legitimación activa de obrar amplia. En efecto, la ley 25.675 establece expresamente en el art. 32 que el acceso a la jurisdicción no

admitirá restricciones de ningún tipo o especie, esto sumado a la regla de reducir o eliminar las barreras jurisdiccionales y no establecer costos prohibitivos.

Otro sería el *principio de cautelares anticipatorias*, que se diferencian de las cautelares clásicas (de resultado) por ser medidas de evitación del daño o anticipatorias para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente. El art. 32 de la Ley General del Ambiente establece que, en cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia aún sin audiencia de la parte contraria, bajo debida caución por los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse.

Se suma el *principio de publicidad*, que tiende a tornar público el proceso y de allí la importancia de difundir las decisiones judiciales ambientales. Este principio se relaciona con su contracara que es el derecho a la información. A nivel nacional, el segundo párrafo del art. 41 de la CN establece que "Las autoridades proveerán... a la información y educación ambientales, y el art. 42 CN establece el derecho de los consumidores y usuarios a una información adecuada y veraz. Por su parte, la ley 25.675 establece una primera reglamentación del derecho constitucional a la información ambiental en sus arts. 16 a 18, estableciendo la obligación de las personas físicas y jurídicas públicas y privadas a informar sobre sus actividades, el derecho de todo habitante de obtener la información por parte de las autoridades, que no se encuentre legalmente como "reservada" (art. 16); la obligación de la autoridad de aplicación de desarrollar un sistema que haga disponible y permita brindar esa información a los interesados (art. 17) y finalmente establece la obligación por parte del Poder Ejecutivo de elaborar un informe anual sobre el estado del ambiente en el país para presentar al Congreso (art. 18).

Un nuevo principio que parte del Acuerdo de Escazú y su diálogo de fuentes, es el *principio de facilitación de la prueba*. La inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba que aparecen en Escazú, ya de alguna manera fueron recogidas por el Cód. Civ. y Com. en el art. 1737, cuando determina la posibilidad de establecer las cargas dinámicas de la prueba en

(33) CAFFERATTA, Néstor, "El Debido Proceso Ambiental en el Acuerdo Regional de Escazú", publicado en Acuerdo de Escazú, PRIEUR, Michel, SOZZO, Gonzalo y NÁPOLI, Andrés (eds.), Hacia la Democracia Ambiental en América Latina y el Caribe, Universidad Nacional del Litoral, p. 233.

(34) CAFFERATTA, Néstor, extraído de su "Conferencia en el marco del Primer Conversatorio sobre el Acuerdo Regional de Escazú. Enfoque Internacional, Regional y Nacional. Módulo IV". <https://youtu.be/w7zK2Qi5lOA>.

(35) CAFFERATTA, Néstor, ob. cit.

todo aquello que se refiere a la prueba de la culpa o de las diligencias debidas (36).

Por el principio de ejecutoriedad de la sentencia ambiental, a partir del Acuerdo, la sentencia deja de tener efectos bilaterales, pasando a tener efectos abiertos, propagatorios o expansivos, en la medida en que beneficia a todos aquellos que se encuentran en la misma situación envolvente del caso. El efecto *erga omnes* también está previsto en el art. 33 *in fine* de la Ley General del Ambiente.

Otro principio, sería el de tutela judicial efectiva, porque Escazú no solamente va a garantizar el acceso formal a la justicia ambiental, si no que busca la tutela efectiva del acceso a la justicia.

Otro principio vinculado que se encuentra dentro de los enunciados en el art. 3° de Escazú, pero que se aplica también en el ámbito del proceso colectivo ambiental, es el principio de buena fe en cuanto al principio de lealtad procesal. Finalmente, no deberíamos olvidarnos, del principio de oficiosidad, de impulso procesal por parte del juez, de prueba amplia, libre, flexible, de jueces especializados y de normas aplicables en materia de facilitación de acceso a la justicia sobre todo para las personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad y la resolución pacífica de los conflictos (37). Encontramos también este principio en el art. 32 de la Ley General del Ambiente.

No puedo sino compartir con el Dr. Néstor Cafferatta, en que todos estos principios emergen del Acuerdo Regional de Escazú y se complementan con los consagrados por la ley 25.675, esto es, la Ley General del Ambiente.

Por otra parte, los mecanismos de reparación que prevé Escazú en el art. 8°, apartado tercero, acápite g), donde expresamente se indica: "3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: ... g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo

al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación..." Dentro de estos de mecanismos de reparación, según corresponda, se menciona en primer término a la *restitución íntegra*, la restitución al estado anterior al daño; la *restauración*, que para la Argentina es la *recomposición*, la *reparación es en especie o in natura in situ*; y la *compensación ambiental*, que en el caso de la legislación argentina cobra vigencia cuando el restablecimiento al estado anterior o la recomposición no fuera factible técnicamente (38).

En ese caso, el art. 28 de la ley 25.675 establece que se pagará una indemnización sustitutiva que va a formar parte de un fondo de compensación ambiental. La compensación es la reparación en especie o *in natura ex situ* por equivalente o sucedáneo (39). También habla del pago de una *sanción económica* que es uno de los mecanismos que prevé el derecho internacional de Naciones Unidas y la *satisfacción*, que puede consistir, por ejemplo, en una disculpa pública. Y por último la garantía de no repetición a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

En conclusión, el Acuerdo de Escazú lo que definitivamente hace es consolidar la idea de que la responsabilidad civil por daño ambiental es primero precautoria, segundo preventiva, tercero de recomposición o restauración o restitución al estado previo al daño, cuarto de compensación y por último viene todo lo relativo a la indemnización, a la sanción económica y la satisfacción (40).

II.2.d. Legitimación procesal a la luz de Escazú

La doctrina ha conceptualizado al ambiente como un bien colectivo, destacando que no pertenece a un sujeto determinado o a varios en particular, sino a un conjunto indeterminado

(38) Art. 28, ley 25.675.

(39) CAFFERATTA, Néstor, ob. cit.

(40) CAFFERATTA, Néstor, extraído de su "Conferencia en el marco del Primer Conversatorio sobre el Acuerdo Regional de Escazú. Enfoque Internacional, Regional y Nacional. Módulo IV". <https://youtu.be/w7zK2Qi5lOA>.

(36) CAFFERATTA, Néstor, extraído de su "Conferencia en el marco del Primer Conversatorio sobre el Acuerdo Regional de Escazú. Enfoque Internacional, Regional y Nacional. Módulo IV". <https://youtu.be/w7zK2Qi5lOA>

(37) Ibidem.

de personas, a una colectividad, a la gente en su conjunto, a la humanidad. Es por ello por lo que podemos sostener que el ambiente, globalmente considerado, involucra un bien de pertenencia difusa, formando parte del patrimonio colectivo (41). En estas condiciones, la litigación de casos medioambientales conlleva cuestiones que la colocan por fuera del molde de la tarea tradicional del abogado, y debe ser estudiada como una forma de litigación especial (42).

La especial pieza de ingreso al proceso, la *legitimación activa de obrar en Escazú*, se traduce en esta norma en una función de acceso a la justicia ambiental que no admite como regla restricciones de ningún tipo o especie (como lo establece la ley 25.675 en su art. 30) (43).

Así, en nuestros tribunales, se reconoce legitimación a un elenco de sujetos que abarca: al usuario, al consumidor, al vecino, al afectado y, de manera concurrente o subsidiaria, al Defensor del Pueblo, así como a las asociaciones o entidades ambientalistas (44).

En efecto, en el caso de las causas ambientales, la legitimación activa de obrar se ensancha, deja de habilitar tan solo a aquel que es titular

de la relación jurídica sustantiva, o de un derecho subjetivo, o en su caso, de un interés legítimo plural individual, para adoptar un formato colectivo, que legitima a aquel que es titular de un interés mínimo pero suficiente o razonable, de una cuota, parte, fragmento o porción indivisible, coparticipado con otros, de modo similar, derivado de una situación común, indiferenciada, fungible, referidos globalmente a bienes colectivos, comunes o indivisibles (45).

En cuanto a la interpretación y alcance que debe darse a los términos “todos” (art. 41 de la CN), “afectado” (art. 43 de la CN y art. 30, primer párrafo de la ley 25.675) y “persona” (art. 30, segundo párrafo de la ley 25.675) y la posibilidad de distinción entre ellos al momento de analizar la legitimación activa en el caso de daño ambiental, el Tribunal Cíbero ha sido claro al expresar que más allá de lo estrictamente gramatical, se exige indagar el verdadero alcance y sentido de la norma “...mediante un examen que atienda menos a la literalidad de los vocablos que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos explícitamente...” (46). Esta lectura a su vez es la que surge del art. 8° inc. 3, ap. c) del Acuerdo de Escazú, a partir del cual nuestro país se compromete a garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales y a conceder “legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente”.

Es decir que, si con la Ley General del Ambiente el juzgador debía analizar la legitimación activa de la causa a la luz de los arts. 30 y subsiguientes, frente a la posibilidad de que tal legitimación en el caso concreto no se encuentre expresamente prevista en la norma, la solución está dada por el criterio amplio que ordena el Acuerdo de Escazú en cuanto al acceso a la justicia en causas ambientales.

III. Reflexiones finales

El derecho ambiental contiene una serie de principios que inundan la totalidad del sistema jurídico, por eso se dice que actúa de manera transversal. Y no solo atraviesa el campo de las

(41) GRAFEUILLE, Elías G. y DÍAZ CAFFERATA, Santiago, “Amparo ambiental”, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2021.

(42) LLORET, Juan Sebastián, “Manual de litigación en casos civiles complejos medioambientales”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA Rodo 1950 Providencia Santiago, Chile, 2021.

(43) Art. 30: Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la CN, y el estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo

(44) CAFFERATA, Néstor, “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, DJ, 2002-3, p. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002.

(45) GRAFEUILLE, Elías G. y DÍAZ CAFFERATA, Santiago, “Amparo ambiental”, ob. cit.

(46) Ibidem.

disciplinas sociales, sino también de las científicas, que deben poner el acento en la prevención en cada una de sus actividades. Hemos hablado de los altísimos costos de la recomposición del ambiente una vez que el daño se ha producido, y del carácter irreversible que este reviste en muchas oportunidades. Creo que la prevención es hermana de la información y de la educación. La información debe ser accesible, en un lenguaje claro y son de gran utilidad los medios de comunicación tradicionales y también las redes sociales. Por otra parte, la educación ambiental debe ser brindada en todos los niveles y en todas las disciplinas. De esta manera estaremos cumpliendo con el mandato constitucional de protección al ambiente y de información y educación ambientales en sintonía con el derecho de acceso a la

información comprometido por la Nación Argentina en el Acuerdo de Escazú.

Para culminar, me permito citar una frase del respetado Mustafá Kamal Tolba, "...a largo plazo, no se lograrán reducir o eliminar las amenazas que se ciernen sobre el medio ambiente a menos que el público tome conciencia de la estrecha relación que media entre la calidad del ambiente y la continua satisfacción de las necesidades humanas. Además, estas necesidades y las aspiraciones de todo el mundo solo se cumplirán si la conciencia ambiental conduce a la acción apropiada a todos los niveles sociales, desde la comunidad más pequeña a la comunidad internacional de naciones" (47).

(47) MAL TOLBA, Mustafá, ob. cit.

DERECHO PROCESAL AMBIENTAL

El acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes en asuntos ambientales

El rol del Ministerio Público Tutelar

Laura Victoria Bonhote (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho del niño a participar en los procesos judiciales y la autonomía progresiva.— III. Participación del Ministerio Público Tutelar en procesos locales referentes a asuntos ambientales.— IV. El acceso a la justicia y la necesidad de adecuar los canales de difusión para niñas, niños y adolescentes.— V. Comentarios finales.

I. Introducción

En la República Argentina rige hace más de 30 años la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), tratado internacional de derechos humanos más importante en materia de reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y que goza de jerarquía constitucional, de acuerdo con lo establecido en el art. 75, inc. 22, de la CN.

Dicho tratado instauró a nivel internacional un nuevo modelo o paradigma de protección de la infancia, que reconoce a niñas, niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho.

En ese marco, y con suma preocupación en el impacto del cambio climático sobre la vida de los niños y las futuras generaciones, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se encuentra trabajando en conjunto con niños y jóvenes de todo el mundo, en el armado de la Observación General N° 26 sobre los derechos del niño y el medio ambiente, con especial atención al cambio climático.

Sobre estos aspectos, la CDN nos recuerda que es un deber de los Estados garantizar la pa-

labra y participación de niñas, niños y adolescentes en todo proceso judicial o administrativo que los involucre (v. gr. arts. 5° y 12 CDN).

En función de ello, se analizará el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes en materia de asuntos ambientales, en el marco de procedimientos colectivos en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

II. El derecho del niño a participar en los procesos judiciales y la autonomía progresiva

La CDN indica en su art. 3°, párr. 1., que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El derecho del niño a ser oído se encuentra expresamente consagrado en el art. 12, párr. 1, de la CDN, el prevé que “los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha indicado que

(*) Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora de publicaciones sobre derechos de infancia. Secretaria letrada en Asesoría General Tutelar.

el derecho a ser oído conforma uno los cuatro principios generales de la CDN, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño (1).

En consonancia con ello, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, reconocen el derecho del niño a una tutela especial y prevé su participación en actos judiciales (v. gr. Cap. III, Secc. 3ª).

En el ámbito nacional, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes prevé en el art. 3º que debe garantizarse “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta...”

En lo que respecta al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 39 de su Constitución reconoce expresamente a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de sus derechos y la garantía a ser informados, consultados y escuchados.

En esta línea, la ley local 114 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes incorpora en el art. 17 el derecho a ser oído en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o se encuentren involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos.

Como podemos observar, el derecho del niño a ser oído es un derecho independiente en su mismo y no hay limitaciones etarias respecto a su ejercicio, pero se indica que su ejercicio debe ser resguardado y analizado desde la óptica de la autonomía progresiva, la que nos indicará, conforme a la evolución y maduración del niño, que se encuentra en condiciones de formar su propio juicio y ganar mayor autonomía para el ejercicio de sus derechos, pero de ninguna manera configura un argumento para no escucharlo (2).

(1) Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12, 2009. El derecho del niño a ser escuchado. Página 5.

(2) Art. 5º: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en

En por ello, que en todo procedimiento en el que se encuentren posiblemente afectados los derechos de niñas, niños y adolescentes, se debe garantizar su palabra y un enfoque de derechos de infancia.

II.1. Legitimación de niñas, niños y adolescentes para acceder a la justicia en materia de asuntos ambientales

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado en el precedente “Halabi” (Fallos 332:111) que los bienes colectivos son aquellos que pertenecen a la esfera social y que, por ende, tienen naturaleza colectiva. Son indivisibles, por lo que se concede una legitimación extraordinaria para protegerlos.

Con relación a la legitimación extraordinaria se explica que lo que “se exige es que el afectado tenga un interés sobre la protección del bien colectivo y es ese interés el que lo legitima para actuar y que es compartido con muchos otros ciudadanos que están en la misma posición” (3).

En materia de procedimientos colectivos que involucran el derecho al ambiente como bien colectivo, podemos afirmar que estos tienen diversas particularidades que procesalmente los complejizan. Sumada, la falta de regulación normativa en nuestro país. Pero nada de eso debe ser un impedimento para garantizar la participación de niñas, niños y adolescentes.

En este sentido, la participación de niñas, niños y adolescentes recobra mayor fuerza en aquellos procesos que tengan por objeto la tutela de un bien colectivo focalizada en la incidencia colectiva del derecho, porque como sujetos de derechos conforman la clase afectada y su palabra debe ser incluida, en función de las previsiones contempladas en la Convención sobre los Derechos del Niño (v. gr. art. 3º) y la Conven-

su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

(3) LORENZETTI, R. L., “Justicia Colectiva”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 2ª ed. actualizada, ps. 184 y 185.

ción Americana sobre los Derechos Humanos (v. gr. art. 19).

En el ámbito local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires posibilita un acceso a la justicia amplio, por vía del amparo, concordante con el concepto de democracia participativa. Es por ello, que los procesos ambientales son tramitados a través de la ley 2145 de amparo local y la ley 189 que aprueba el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, ya que, como se adelantó, no hay ninguna normativa a nivel nacional o local que regule este tipo de procedimientos.

En materia de legitimación, y con fundamento en lo establecido en los arts. 41 y 43 de la CN y arts. 14 y 26 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en el ámbito local cualquier ciudadano puede accionar por amparo ambiental, así como el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público y las Organizaciones no gubernamentales (4).

Cabe destacar la fórmula legislativa que contempla el art. 26 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto refiere al derecho de toda persona a defender el ambiente: "El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras..."

De lo expuesto, y tal como surge de la normativa invocada en el punto anterior, en materia de legitimación, podemos afirmar que cualquier niña, niño y adolescente —que cuente con grado de madurez suficiente— podrá instar el acceso a la justicia local en materia ambiental.

Al respecto, cabe destacar una causa que se encuentra en trámite en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que representa uno de los primeros amparos colectivos en los que se destaca "una singularidad, desde el punto de vista de la legitimación activa de obrar", puesto que es promovido, entre otros, por un grupo de niñas y niños de la Ciudad de Rosario (5).

(4) Apel. en lo CATyRC, Sala I, "Barragán, José c. AUSA y GCABA s/ amparo", 2018.

(5) CS, "Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c. Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo am-

II.2. La representación adecuada de niñas, niños y adolescentes

En materia ambiental, no se observan amparos judiciales instados por niñas, niños y adolescentes en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (6). Pero sí, hay numerosas presentaciones formuladas, en su mayoría, por organizaciones no gubernamentales y algunos casos iniciados por representantes legales (tal es el caso de padres y madres) (7).

Esto trae aparejada la necesidad de plantear una cuestión de suma importancia en los procesos colectivos, y es si niñas, niños y adolescentes —en torno a la especial protección que merecen sus derechos— están adecuadamente representados en estos.

La respuesta merece que el lector diferencie el concepto de legitimación al de representación. Legitimación entendida ampliamente como la facultad de iniciar una acción judicial y representación como la intervención en un juicio por personas que no lo han elegido para defender sus derechos.

Con relación a ello, se ha dicho que "la exigencia del requisito de la adecuada representatividad tiende a garantizar que el resultado obtenido con la tutela colectiva no sea distinto del que se obtendría si los miembros ausentes estuvieran defendiendo personalmente sus intereses. Máxime teniendo en cuenta que el representante adecuado es quien va a asumir la defensa de los intereses de otras personas que no participan en el proceso y que, aun así, pueden verse afectadas por la decisión a la que allí se arribe" (8).

biental", Expediente N° CSJ 000542/2020-00, en vista al Ministerio Público desde agosto del año 2022.

(6) Datos relevados del sitio web de consulta pública del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: <https://eje.juscaba.gob.ar>.

(7) "Barruti, maría soledad y otros c. GCBA s/ amparo - ambiental, expediente N° 61278/2020-0; "Heras, claudia c. GCBA y otro s/ amparo - ambiental", expediente N° 4570/2017-0 y "Fundación ciudad c. GCBA s/ amparo - ambiental" expediente N° 36344/2018-0.

(8) Juzgado CAyT N° 20, "Asesoría Tutelar CAYT N° 1 c. GCBA y otros s/ amparo", 22/12/2017, expediente N° 34.839/2017-0.

Respecto a la exigencia de que la representación sea adecuada, lo verdaderamente relevante, en torno al presente trabajo, es que el representante sea idóneo para proteger, en forma apropiada, los derechos de las niñas, niños y adolescentes ausentes en el procedimiento judicial. Sin embargo, cierta doctrina nos explica que no alcanza con contar con legitimación, sino que también resulta menester que el representante sea diligente a lo largo de todo el proceso (9). Este concepto se torna de vital importancia en relación con los derechos de niñas, niños y adolescentes, no solo por la entidad que tienen los derechos ambientales en la vida de los niños, sino porque los efectos de la cosa juzgada los alcanzará junto a las generaciones futuras, conforme el principio de equidad intergeneracional (10).

Como alternativa, y conforme jurisprudencia local donde se ha admitido que personas distintas a quienes habían iniciado una acción colectiva instaran el cumplimiento de la sentencia, se ha brindado otra posible respuesta en relación con el objeto de este artículo, en torno a que la representación del Ministerio Público en los procesos judiciales es importante porque podría permitir subsanar desistimientos infundados, falta de presentación de vías impugnativas, y, en algunos supuestos, asumir la titularidad de la acción, de conformidad con la ley 1903 Orgánica del Ministerio Público (11).

En esa línea, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha sostenido: "Si analizamos esta cuestión desde la óptica de la 'representatividad adecuada' que debe ostentar el representante del grupo tutelado mediante una acción colectiva (conf. lo dispuso la CS en el fallo 'Halabi, Ernesto c. P-N - ley 25.873 dec. 1563/04', 24/02/2009, Fallos 332:111, referido a derechos individuales homogéneos pero aplicable, en lo referido a este concepto, a todo tipo de

procesos colectivos), estimo que el Ministerio Público Tutelar cuenta no solo con competencia sino también con idoneidad específica para defender los derechos colectivos que atañen a menores de edad e incapaces, y posee una mirada omnicomprendensiva de la problemática de autos, que lo torna especialmente apto para defender los intereses generales del grupo que pretende tutelar y no privilegiar situaciones individuales" (12).

Por otra parte, y reiterando la falta de regulación de los procesos colectivos, merece destacarse el art. 3° del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica que prevé: "En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona física, entidad sindical o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción" (13).

Lógicamente, los procesos ambientales tienen particularidades, al estar involucrados bienes colectivos, que implica la imposibilidad de que se presenten todas las personas. Por eso, se entiende que el legitimado idóneo puede formular la representación de la clase.

Pero a mi entender el derecho de ser oído de niñas, niños y adolescentes no debiera ser subsumido al derecho de ser oído del representante de la clase, puesto que tal como ha sido abordado hasta aquí, la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes merece un enfoque especial, conforme la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por eso, considero que en todo proceso judicial en el que se involucre el ambiente como bien colectivo, es necesaria la intervención —aunque

(9) MÓLICA LOURIDO, C., "La representación adecuada en los procesos colectivos lineamientos jurisprudenciales elaborados por el fuero contencioso administrativo, tributario y de relaciones de consumo de la CABA", Ed. Jusbares, 2022, 1ª ed., ps. 73 a 82.

(10) Ley Nacional General del Ambiente 25.675.

(11) MÓLICA LOURIDO, C., "La representación adecuada...", ob. cit., p. 111.

(12) TSJ, "Asesoría Tutelar N° 2 ATCAYT 212/12 s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", 18/10/2017, expediente N° 12412/15, Voto de la Dra. Conde.

(13) Código Modelo de Procesos Colectivos Para Iberoamérica, disponible en: https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/12/codigo_modelo_de_procesos_colectivos_para_iberoamerica_texto-definitivo.pdf.

sea en forma complementaria, en los términos del art. 103 del Cód. Civ. y Com.— del Ministerio Público Tutelar, en representación de niñas, niños y adolescentes, por ser el organismo en el ámbito judicial que más adecuadamente puede representar sus derechos, conforme lo reconoce la Constitución de la Ciudad en sus arts. 124 y 125 y la ley local 1903, que incluye, entre las funciones del organismo, la de “[a]segurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de niñas, niños y adolescentes, personas que requieran la implementación de un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y aquellas en las que hubiera recaído sentencia en un proceso judicial relativo a la capacidad, emitiendo el correspondiente dictamen” (v. gr. art. 57 ley 1903).

III. Participación del Ministerio Público Tutelar en procesos locales referentes a asuntos ambientales

Si analizamos causas del fuero local, podemos encontrar algunos procesos colectivos ambientales en donde se ha dado intervención al Ministerio Público Tutelar, pero un análisis de estos nos permite concluir que eso solo sucede cuando se menciona expresamente en los escritos a niñas, niños y adolescentes como posibles afectados y/o cuando el actor del proceso se presenta alegando su representación legal (14).

Ahora bien, considerando que el derecho al ambiente como tal es un bien colectivo y, por ende, es indivisible y pertenece a la comunidad, me permito concluir que en dichos procedimientos judiciales las niñas, niños y adolescentes siempre serán posibles afectados, puesto que conforman la clase.

Por ende, y aunque no se aplique desde la óptica de la representación más adecuada para niñas, niños y adolescentes, entiendo que siempre debe darse intervención al Ministerio Público Tutelar en materia de procesos colectivos referentes a asuntos ambientales, por el reconocimiento que merecen niñas, niños y adolescentes en su la calidad de sujetos de derecho

posiblemente afectados y la necesidad de garantizar una protección y enfoque especializado en el proceso judicial, y que como fuera mencionado el Ministerio Público Tutelar debe brindar (v.gr. arts. 124 y 125 de la Constitución local).

En aquellas causas en las que se ha dado intervención al Ministerio Público Tutelar, los Asesores de 1era instancia ante el fuero Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo, han tomado intervención en los siguientes términos: “en representación de todos los niños, niñas y adolescentes, así como de las personas afectados/as en su salud mental, que pudieran resultar afectados/as como consecuencia del marco fáctico y jurídico denunciado en el escrito de inicio, de conformidad con el art. 125 de la CCABA y 53 de la ley 1903” (15).

En idéntica sintonía, al llegar a instancias de Alzada del fuero local los Asesores Tutelares han sostenido la intervención en “representación de todos los niños, niñas y adolescentes, así como de las personas afectados/as en su salud mental, que pudieran resultar afectados/as como consecuencia del marco fáctico y jurídico denunciado en el escrito de inicio, de conformidad con el art. 125 de la CCABA y 53 de la ley 1903, sin perjuicio de la representación ejercida por sus progenitores” (16).

IV. El acceso a la justicia y la necesidad de adecuar los canales de difusión para niñas, niños y adolescentes

La Corte Suprema ha sostenido en “Mendoza” (Fallos 329:2316) que la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

Sobre este punto, los Dres. Lorenzetti refieren a la importancia de dar una legitimación a las

(15) Asesoría Tutelar de primera instancia ante el fuero CATyRC N° 3, 01/12/2020, Dictamen N° DI-3747/2020-ATCAYT3.

(16) Asesoría Tutelar N° 2 ante la Cámara de Apelaciones del fuero CATyRC, 05/05/2021, Dictamen N° DI-2040/2021-ATCCAYT2.

(14) Fallos citados.

generaciones futuras en los procesos judiciales e incorporar la visión de largo plazo en las decisiones (17).

Tal como ha sido expuesto, el derecho del niño a ser oído es un derecho independiente en sí mismo, pero también es un factor esencial para que los demás derechos puedan ejercerse de forma plena y efectiva, y es por ello por lo que juega un papel importante en relación con los derechos ambientales.

El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, formulados en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (Río+20), reafirma que “la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible. El desarrollo sostenible requiere la implicación efectiva y la participación activa de las autoridades legislativas y judiciales regionales, nacionales y subnacionales, así como de todos los grupos principales”.

Al respecto, debemos tener presente el reciente 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 (denominado Acuerdo de Escazú) del cual Argentina es Parte, que prevé el “derecho al acceso” (18) a la justicia en asuntos ambientales en términos súper amplios, reconociendo, entre otros, legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional, medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo.

(17) LORENZETTI, R. L. y P., “Justicia y derecho ambiental en las Américas”, publicado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, p. 21.

(18) A los efectos del Acuerdo, por “derechos de acceso” se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales (cf. arts. 2 y 3).

En este sentido, es importante que los canales de difusión de acceso a la justicia —en forma genérica— y, en particular, la divulgación de los procedimientos colectivos en la justicia local, sean adaptados aprovechando las posibilidades que ofrecen actualmente Internet y otros espacios digitales, que permiten que las personas más jóvenes accedan a información, se expresen y ejerzan lo que es hoy es reconocido como ciudadanía digital (19).

Al respecto la Corte Suprema en “Halabi” consideró como esencial el arbitrio de procedimientos para garantizar una adecuada notificación a todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del procedimiento judicial, como forma de garantizarles la opción de quedar incluidos como parte o contraparte del proceso.

Para ello, y en lo que respecta al ámbito local, entiendo que debiera ser modificado el capítulo VI de ley 189, que aprueba el Cód. Cont. Adm. y Trib., en particular los arts. 129 y 131 referentes a la publicación y notificación de los edictos, que entre sus canales de difusión prevén el Boletín Oficial de la CABA, diarios de mayor circulación, anuncios de radiodifusión, a fin de incorporar los medios digitales (redes sociales y otras plataformas) de mayor acceso a niñas, niños y adolescentes.

V. Comentarios finales

En el primer informe publicado sobre el proyecto de Observación General N° 26 del Comité de los Derechos del Niño, niños y jóvenes de todo el mundo nos manifiestan su preocupación por la falta de procedimientos formales para garantizar su participación y acceso a la justicia, como así también la impresión de que su palabra no se escucha debidamente (20).

(19) Al respecto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado acerca de la necesidad de promover y reforzar la ciudadanía digital de niñas, niños y adolescentes, a fin de garantizar su plena y futura integración en una Sociedad y en un mundo en el que las nuevas tecnologías juegan ya un papel central, en el reporte oficial denominado “Niñez, libertad de expresión y medios de comunicación en las Américas”, año 2019.

(20) Informe disponible en: <https://childrightsenvironment.org/es/>.

Como se ha podido observar, en nuestro país tenemos un amplio ordenamiento jurídico aplicable en materia de acceso a la justicia ambiental y, en particular, de acceso a la justicia climática de niñas, niños y adolescentes.

Por todo esto, y como modo de abordaje de la crisis climática, con todas las herramientas jurídicas existentes en materia de acceso a la justicia en asuntos ambientales debemos garantizar

que los derechos de niñas, niños y adolescentes estén protegidos, no solo con la debida intervención de los organismos judiciales creados a dichos efectos, sino con la promoción del acceso a la justicia ambiental **(21)**.

(21) Se recomienda "The Centrality of Children in Climate Action. World Children's Day 2021. Disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/Joint-Statement-20-11-2021.docx>.

Competencia judicial ambiental (*)

Lidia Noemí Stranich (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Competencia federal o competencia provincial: regla y excepción.— III. Competencia contencioso-administrativa.— IV. Competencia civil. El nuevo Código Civil y Comercial.— V. Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— VI. Delitos ambientales.— VII. Amparo y medidas cautelares.— VIII. Competencia en acciones vinculadas a los derechos de acceso reconocidos en el Acuerdo de Escazú.— IX. Reflexiones finales.

I. Introducción

En nuestro país, como Estado Federal, coexisten dos planos de decisión, nacional y provincial, por lo que, para evitar los posibles conflictos de competencia, tanto la Constitución Nacional, como la Ley General del Ambiente de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental 25.675 (LGA), determinan la distribución de competencias ambientales en los tres niveles: competencias legislativa, administrativa y judicial.

La materia ambiental ha generado una modificación en las pautas clásicas del federalismo, por lo que la distribución de las funciones en materia ambiental adquiere una nueva modalidad: el federalismo ambiental, llamado también federalismo integrativo y de cooperación, o federalismo de concertación.

Así, explica Esain (1) que el modo con que “nuestro país distribuye las funciones en materia ambiental es nuevo, donde lo novel no solo se dará en el ámbito de distribución Nación-Provincias, sino, además, en la dimensión pluri participativa que hace extender la estructu-

ra a nuevos actores, como los municipios, las entidades intra federales, los órganos creados especialmente para la concertación de problemas comunes, y los procedimientos de participación”.

Este federalismo ambiental se encuentra receptado en el tercer párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional, que reparte competencias ambientales en vinculaciones en sentido vertical [entre normas de diferentes órdenes, es decir, las relaciones entre las leyes de presupuestos mínimos federales, y las leyes complementarias provinciales y las complementarias municipales (2)], y vinculaciones en sentido horizontal, que se generan entre normas de un mismo orden (leyes de presupuestos mínimos entre sí como por ejemplo LGA y leyes sectoriales de presupuestos mínimos).

Esto si bien se aplica en principio a la competencia legislativa y administrativa, también se refleja en los procesos judiciales ambientales.

Por ello, si bien en este trabajo solo nos ocuparemos de la competencia judicial ambiental, que se encuentra regulada en el art. 7° de la LGA, será necesario tener en cuenta los criterios de competencia legislativa y administrativa en materia ambiental, porque se ven reflejados a la hora de determinar la procedencia de la competencia federal u ordinaria, en razón de la materia, o en razón del territorio.

Porque la competencia judicial ambiental es una parte dentro de la estructura del siste-

(*) Trabajo publicado dentro del marco del programa de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de la Plata, titulado "Extensión ambiental 2: enfoques desde y hacia el acuerdo de Escazú, proceso y procedimiento". Director: Aníbal José Falbo. Coordinadora: Gabriela Margarita Cosentino, p. 45.

(**) Abogada, integrante de la Clínica Jurídica Ambiental de la Universidad Nacional de La Plata. Diplomada en Derecho Ambiental (UBA-2021).

(1) ESAIN José, "Derecho Ambiental en la Provincia de Buenos Aires", t. I, p. 68.

(2) Ibidem, p. 69.

ma de competencias ambientales, por lo tanto, “la atribución de intervención a los tribunales en causas en materia ambiental puede y debe tener base primero en las disposiciones de nuestra Constitución nacional y luego en las leyes que a ella la reglamentan”.

II. Competencia federal o competencia provincial: regla y excepción

El art. 7° de la LGA establece como regla en materia de competencia judicial: “la aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia o las personas”.

Según la opinión mayoritaria de la doctrina en materia judicial (3), interpretando este artículo, “ya no ocurrirá lo que antes, pues hasta la reforma, la legislación federal era aplicada por las autoridades federales y la provincial por las locales (con excepción de las materias del art. 75, inc. 12, antes 67 inc. 11); ahora la legislación básica federal será aplicada en las provincias por los jueces locales. Los jueces federales ya no tendrán competencia en cuestiones ambientales por razón de la materia, aunque podrán tenerla por razón del lugar o de las personas”.

Basan su opinión en la frase que emplea el párrafo tercero *in fine* del art. 41 CN: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas”; ello deberá hacerse “sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”, que es idéntica a la empleada por el art. 75 inc. 12 CN”.

Es decir, como sostienen Tomás Hutchinson y Aníbal Falbo (4), la legislación básica federal, a diferencia de lo que ocurre en otras materias, no será aplicada en principio por los jueces federales, sino que será aplicada por los jueces provinciales.

Ello, porque el art. 7° de la LGA, ha tomado partido en la cuestión, estableciendo que la

autoridad de aplicación de las leyes nacionales que establezcan presupuestos mínimos de protección ambiental, en el territorio de las provincias, será local, tanto en sede administrativa como judicial, sin que ello implique desconocer las posibles competencias federales.

Como explica Esain: “la regla no es absoluta, y se puede decir que muy excepcionalmente, en algún caso, habrá competencia administrativa federal” (5), agregando que “existen supuestos en los cuales —dada la dimensión del problema o los efectos que pudieren acarrear la acción de solución— aparecen implicados intereses que escapan a la jurisdicción local. En estos casos, y solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los poderes locales (provincias), entonces la solución al problema se puede lograr por la intervención del gobierno federal” (6).

Por eso, a continuación, en el mismo art. 7° de la LGA se menciona el criterio por el cual se establece la excepción, en la que deben actuar los jueces federales: “en los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal”.

Es decir, en los casos de conflictos con efectos más allá del territorio de una de las provincias, que incluye los casos en que el recurso natural afectado posea características interjurisdiccionales, corresponderá la intervención del fuero federal, por tratarse de una materia regulada por normas nacionales en virtud del art. 75 inc. 13 de la Constitución Nacional.

II.1. Evaluación del criterio de interjurisdiccionalidad

Cuando el art. 7° de la LGA atribuye competencia judicial a la justicia federal, lo hace en base a los casos de contaminación por efectos interjurisdiccionales.

(3) HUTCHINSON, Tomás, FALBO, Aníbal J., “Derecho administrativo ambiental en la Provincia de Buenos Aires”, p. 164.

(4) Ibidem.

(5) ESAIN, José Alberto, “Competencias Ambientales”, Abeledo Perrot, p. 411.

(6) HUTCHINSON, Tomás, FALBO, Aníbal J., ob. cit., p. 167.

Esta atribución de la competencia federal del segundo párrafo del art. 7° LGA tiene base en lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Nacional, que establece como supuestos de competencia judicial del fuero federal:

a) En razón de la materia: “causas versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación” (en este caso se justifica y se funda la competencia exclusiva del gobierno federal de reglar el comercio interprovincial e internacional, cfr. art. 75 inc. 13 CN) lo que se extiende al intercambio de cosas y recursos más allá de las fronteras provinciales o nacionales.

b) En razón de las personas: “por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

c) En razón del territorio: que surge del art. 75 inc. 30 de la CN que expresamente dice: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”, que determina que la actuación del fuero federal se produzca en los casos acaecidos en los espacios de utilidad nacional siempre y cuando la materia del proceso de vincule a esa utilidad.

La ley 25.675 determina de la misma forma que serán los jueces federales quienes deberán actuar cuando se produzca un caso de contaminación en un territorio de una provincia, pero los efectos se extiendan fuera de sus fronteras.

Sin embargo, la forma en que la jurisprudencia ha interpretado la aplicación del criterio de interjurisdiccionalidad ha ido variando a través de la evolución de las sentencias.

Así, en un principio se aplicó estrictamente la regla del art. 7° de la LGA, como en el caso “Roca Magdalena” de 1995 (7) que versaba sobre una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley de la Provincia de Buenos Aires 11.366, de homologación de un Convenio para la Construcción de un murallón ribereño con el Río de la Plata que tenía manifiestos elementos interjurisdiccionales, pues luego de afirmar que, “si bien la materia ambiental es predominante en la causa judicial, la competencia es de los jueces provinciales”, agregando que “ello trae aparejado que sean las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la provincia de Buenos Aires, las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente”, pues es de las autoridades locales la facultad “de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan”. Sin embargo, en la causa “Líneas de Transmisión del Litoral SA (LITSA) c. Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa” (8) la decisión del Tribunal fue la inversa por cuanto se estableció la competencia federal desechándose la provincial. En esa oportunidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de profundizar sobre la materia, con motivo del proceso de privatización del Sistema de Transmisión Asociado a la Central Hidroeléctrica de Yacyretá, en una acción meramente declarativa, promovida por la empresa Líneas de Transmisión del Litoral SA —en adelante LITSA—, adjudicataria del concurso público internacional para la construcción, operación y mantenimiento del Segundo Tramo del Sistema, contra la Provincia de Corrientes a fin de lograr la declaración de inconstitucionalidad de leyes provinciales que, dentro de sus normas, receptan la tutela del ambiente. Las obras a realizarse correspondían a una línea de extra alta tensión 500 kv. entre las estaciones transformadoras Rincón Santa María y San Isidro de la Provincia de Misiones La Corte hizo lu-

(7) CS, “Roca Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad”, Fallos, 318:992.

(8) CS, “Líneas de Transmisión del Litoral SA c/Corrientes Prov. s/acción declarativa”, 18/02/1999, (L. 400. XXXI.O). ED, Serie Derecho Administrativo, ejemplar del día 28/VI/2000, p. 6, cit. Por ESAIN, José A, “Derecho Ambiental en la Provincia de Buenos Aires”, t. I, p. 92.

gar parcialmente a la acción entendiendo que: a) la prestación del servicio público de electricidad está incluida en la expresión “comercio” del art. 75 inc. 13 de la Constitución Nacional y ello es concordante con el propósito del Preámbulo de promover el bienestar general; de ahí que cuando la Nación actúa como poder concedente del servicio lo hace con plena jurisdicción, en ejercicio de un derecho emanado de la Constitución Nacional, de modo que el ejercicio de facultades provinciales no puede interferir en la satisfacción de ese interés público nacional; lo cual por cierto no implica subordinación de los Estados provinciales al gobierno central, sino coordinación de esfuerzos y funciones dirigidas al bien común general.

Más adelante, en el caso “Fundación Medam” del 21 de septiembre de 2004 (9), la Corte resuelve una contienda negativa de competencias sosteniendo: “En cuanto a la materia, se advierte que, según surge de los términos de la demanda, los procesos contaminantes ‘afectan fuertemente la composición química del acuífero freático y del lindero Río Paraná’, circunstancia que habilita a entender que, en principio, se hallaría configurada la interjurisdiccionalidad que requiere el art. 7º, segundo párrafo, de la ley 25.675”.

Al aceptar esta nueva doctrina y ante este panorama normativo, la Corte corrige el criterio que estableciera en su momento con la sentencia “Roca, Magdalena”.

Luego, en una tesis intermedia en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” el 20 de junio de 2006, se interpreta que “[d]esde esta premisa estructural, es que el art. 7º de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el sub lite en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia ‘la degradación o contami-

nación de recursos ambientales’ al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial (art. 27, ley citada; causa C.1732.XL ‘Confederación General del Trabajo (CGT - Consejo Directivo de la CGT, Regional Santiago del Estero c/Tucumán, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo’, sentencia del 20 de septiembre de 2005)”.

II.2. El requisito de alegar y probar la afectación ambiental interjurisdiccional

Para determinar la procedencia de la competencia federal como excepción a la regla, deberá alegarse y acreditarse el ámbito territorial afectado, es decir, demostrarse con alguna evaluación científica, la efectiva o potencial contaminación o degradación del recurso interjurisdiccional al momento de formular la demanda, adjuntando estudios ambientales o elementos que demuestren de la afectación de las jurisdicciones involucradas.

Ello, porque la CS ha dicho que el solo hecho de que el conflicto verse sobre un bien interjurisdiccional, no es en principio causa suficiente para que intervenga la justicia federal, ya que solo cuando se alegue y acredite la efectiva afectación de un recurso ambiental interjurisdiccional, la competencia será federal (10).

Así se dispuso que ante la situación planteada en el caso “Rivarola, Martín c. Rutilex Hidrocarburos Argentinos SA s/ cese y recomposición daño ambiental” (11), donde la ausencia de prueba o estudio ambiental impidió concluir en la existencia de una verosímil afectación del recurso interjurisdiccional.

Sin embargo, en este fallo la postura disidente de Lorenzetti abona a una interpretación amplia de la afectación ambiental interjurisdiccional y, en consecuencia, remite a un enfoque no restrictivo de la competencia judicial federal. Lorenzetti señaló que “este Tribunal en ningún

(10) SUCUNZA, Matías, “Competencia federal en materia ambiental: la consolidación de una (suprema) línea interpretativa”, trabajo publicado en la revista REDA 106 (Lexis Nexis), Buenos Aires, julio/agosto 2016.

(11) CS, “Rivarola, Martín c/Rutilex Hidrocarburos Argentinos SA s/Cese y recomposición daño ambiental”, competencia causa N° 143 XLVI.

(9) CS, “Fundación Medam c/Estado Nacional Argentino y otro s/daños y perjuicios”, 21/09/2004.

caso ha exigido la presentación de una evaluación científica o estudio que pruebe la efectiva contaminación o degradación del recurso interjurisdiccional en casos como el de autos (Fallos: 329:2469)". Para lo cual, Lorenzetti también destacó que "es jurisprudencia de esta Corte que para que en 'principio' se configure el presupuesto del art. 7º, segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente, solo basta que en la exposición de los hechos en la demanda se observe que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional".

No obstante, la postura mayoritaria se ha expedido en idénticos términos, en la causa "Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. de Contam. y Restauración del Hábitat y otro c. Carboquímica del Paraná SA y otro/a s/ amparo", reiterando que "si no surge que se encuentre afectado un recurso ambiental interjurisdiccional, la cuestión se dilucida sin dificultades a favor de la radicación del proceso ante la justicia provincial, pues la intervención del fuero federal reviste carácter de excepción y está limitada a los casos en que, con un grado de convicción suficiente, se demuestra la afectación ambiental interjurisdiccional como presupuesto insoslayable" (12).

En el caso "Lubricentro Belgrano", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que es competente la justicia local —en el caso, la Provincia de Buenos Aires— para entender en el secuestro de materiales con restos derivados de hidrocarburos, arrojados dentro de un contenedor de residuos domiciliarios, si no se acredita en la causa que los desechos secuestrados pudieran haber afectado a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia en la que fueron hallados. Cabe señalar que, a partir de ese caso, el máximo Tribunal subrayó la exigencia de interjurisdiccionalidad del daño, aun cuando se tratara de residuos peligrosos, como presupuesto inexorable para atribuir la competencia federal.

Esta doctrina, que también fue aplicada en aquellos casos en que no se hubiese descarta-

do que los desechos pudieran encontrarse incluidos en el Anexo 1 de la ley 24.051 (CS, Fallos: 325:269), fue linealmente sostenida desde entonces para discernir la competencia de los tribunales en los conflictos suscitados en torno a la materia que aquí se trata, con la precisión conceptual de que la intervención del fuero federal está limitada a los casos en que la afectación ambiental interjurisdiccional es demostrada con un grado de convicción suficiente.

II.3. Competencia en daños compartidos entre jurisdicciones

Ahora bien, si se acredita que se trata de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción, por ejemplo, RSU en CABA y Provincia de Buenos Aires, trae aparejado en los hechos cuestiones de competencia, ya sea administrativa o jurisdiccional, que en los casos concretos plantean problemas en pos del respeto de las competencias que los distintos niveles de gobierno tienen sobre esta materia.

El abordaje a tal problemática puede estar dado desde la persona, el lugar o la materia, elementos esenciales en materia de competencia, conforme las reglas y los principios generales en materia ambiental. Con ese marco, teniendo presente el principio de complementación en materia ambiental, el principio de gestión integral y de regionalización de los residuos domiciliarios, y la responsabilidad conjunta que le cabe a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires en punto a la actividad que desarrolla el CEAMSE en la región comprensiva de sus territorios, todo ello en relación a la problemática ambiental que subyacía en la causa, la Corte consideró que el conflicto planteado entrañaba una cuestión federal por la persona.

Así lo resolvió la Cámara Federal de La Plata, Sala 1ª, La Plata, que ha resuelto que "la naturaleza del convenio suscripto entre la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Buenos Aires, integra el ámbito del derecho intrafederal con sustento en el art. 124 de la CN. Las consideraciones efectuadas por el Tribunal evidenciaron además una importantísima consecuencia en el plano de la responsabilidad en materia ambiental: tanto la Ciudad Autónoma

(12) CS, "Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. de Contam. y Restauración del Hábitat y Otro C/Carboquímica del Paraná SA y otro/a s/ Amparo", 29/03/2016.

de Buenos Aires como la Provincia de Buenos Aires, dentro del marco de su competencia, son responsables por las acciones que desarrolla el CEAMSE con relación al medio ambiente, en la región donde dicho ente deposita de manera final los residuos domiciliarios de ambos estados (art. 41 CN)" (13).

II.4. Aplicación de los principios del derecho ambiental en cuestiones de competencia

No obstante, y como reflexiona Matías Sucunza (14), las cuestiones de competencia deben resolverse en un restringido y provisorio marco cognoscitivo, por lo que las pruebas y elementos fácticos que son necesarios para demostrar la competencia que se invoca en el primer momento del proceso ambiental, se encuentra con una limitación en términos procesales, ya que se plantean y se deben resolver al inicio de este, sin oportunidad de aportar pruebas de la interjurisdiccionalidad en sentido amplio.

Ello implica que se debe acreditar con algún tipo de examen o evaluación científica la efectiva degradación del recurso ambiental interjurisdiccional (15) o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial, es decir, que abarque a más de una jurisdicción estatal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires o internacional, puesto que debe tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción. La convicción al respecto debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá afirmar la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, de alguna otra evidencia que demuestre la verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas (16).

(13) Cámara Federal de La Plata, Sala 1ª, La Plata, "CEAMSE v. Nuevo Ambiente Centro Vecinal de Punta Lara s/amparo", 28/6/2005.

(14) SUCUNZA, Matías, ob. cit.

(15) CS, "Altube, Fernanda Beatriz y otros c/Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo", 28/05/2008, Fallos 331:1312; "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Acción de recomposición y saneamiento del Río Reconquista s/ Cautelar", 08/04/2008, Fallos 331:699, entre otros.

(16) RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, "La competencia

De allí, que para armonizar las cuestiones de competencia con los principios que regulan la materia ambiental, la Corte resolvió en el fallo "Fernández, Miguel Ángel", donde se investigaba el vertido de efluentes líquidos y cloacales peligrosos en el Arroyo San Francisco, principal afluente de la Cuenca del Arroyo Santo Domingo, que a su vez, desemboca en el Río de la Plata, luego de realizar medidas de prueba de la contaminación en el Arroyo, el inferior entendió que no se encontraba plenamente acreditada la afectación al medio ambiente fuera de los límites de la provincia, ni la contaminación de recursos naturales tuviera efectos interjurisdiccionales (el Río de La Plata), sin embargo, la Corte consideró aplicable al caso los principios de la materia ambiental, porque "surgen elementos vinculados a las características del curso de agua receptor de la contaminación, su influencia directa en el Río de la Plata, las características del elemento contaminante y la escasa distancia a recorrer por este, entre otros, que permiten tener por acreditada, prima facie, con cierto grado de razonabilidad, la potencialidad de que el cauce interjurisdiccional pueda convertirse, o incluso se haya convertido, en cuerpo receptor del efluente líquido contaminante. En consecuencia, cabe sostener prima facie que los hechos denunciados, tienen o pueden llegar a tener consecuencias interjurisdiccionales, fuera de los límites de la Provincia de Buenos Aires o afectar la salud de las personas o el ambiente más allá de las fronteras locales".

Precisamente porque "las cuestiones de competencia se dirimen dentro de un restringido y provisorio marco cognoscitivo (Fallos: 339:353), por lo que se encuentra configurado, en este ámbito procesal estrecho, el requisito de interjurisdiccionalidad, por aplicación de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, en concordancia con lo dispuesto en el art. 7º de la ley 25.675. Por lo expuesto, en este incidente de competencia, se considera acreditado con grado de verosimilitud suficiente (Fallos: 331:699) la interjurisdiccionalidad del hecho que se investiga, que hace surtir la competencia de la justicia federal".

ambiental en los recursos interjurisdiccionales", CS, Fallos: 329:2469 y 330:4234; La Ley 05/07/2011, 3, AR/DOC/2084/2011.-

Y continúa: “Que a igual conclusión se arriba, si se aplica el art. 7° de la ley 25.675 General del Ambiente (2° párrafo), invocado por el magistrado federal, ... Ello así, por las razones antes señaladas. Por último, la propia normativa de referencia establece que la aplicación y la interpretación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios, establecidos en el art. 4° de la ley 25.675 General del Ambiente, que se deben integrar (art. 5°), en todas las decisiones de carácter ambiental”.

“En este contexto, se destaca que por el art. 4° de dicha ley, el principio de congruencia, el principio de prevención, el principio precautorio, y el principio de sustentabilidad, para resaltar, algunos de los más relevantes, entre otros, constituyen el armazón estructural de la regulación de la especialidad, no debiendo el juez, perder de vista la aplicación de los mismos, que informan todo el sistema de derecho ambiental, aun en cuestiones de competencia” (17).

III. Competencia contencioso-administrativa

En los temas ambientales aparecen representados el derecho privado (relaciones de vecindad, cesación de molestias y reparación de daños) y el derecho público, tanto en su vertiente de derecho penal (delitos ecológicos) como de derecho administrativo (poder de policía ambiental, servicios públicos ambientales, dominio estatal de los recursos naturales, responsabilidad estatal, etc.).

El proceso ambiental posee características especiales respecto del proceso administrativo que podríamos denominar “común”, ajeno a la defensa del derecho a vivir en un medio de relativa calidad. El bien jurídicamente tutelado excede los confines de lo personal y se difunde sobre la comunidad toda. La finalidad tuitiva de toda actividad jurisdiccional vinculada a preservar la calidad de vida impone ciertas peculiaridades al proceso que conviene sucintamente tratar aquí (18).

(17) CS, “Fernandez, Miguel Ángel s/infracción ley 24.051”, 22/08/2019.

(18) HUTCHINSON, Tomás, FALBO, Aníbal J., ob. cit., p. 368.

Por eso se considera que el contencioso ambiental es un segmento del proceso administrativo común que posee particularidades debido a la especial naturaleza del bien finalmente tutelado.

Existe un marco normativo procesal de base que regula, al menos en parte, al proceso administrativo ambiental. Deben aplicarse en todo el país los presupuestos mínimos de protección ambiental que dicte la Nación y que regulen cuestiones atinentes a la materia procesal, además de las normas procesales que en cada jurisdicción local puedan regular supuestos ambientales. Se destaca en esta temática la LGA que modifica significativamente el régimen procesal pues existen normas procesales en esa ley que son de aplicación en todo el territorio del país, y forman así un marco normativo, en materia procesal ambiental, de suma importancia.

Por ello las normas procesales de la LGA “son presupuestos mínimos de derecho procesal ambiental de fondo, en virtud de la facultad y deber impuesto al Estado Nacional en el dictado de los presupuestos mínimos. Estas normas mínimas modifican las normas provinciales, en todo cuanto haga al acceso a la jurisdicción y procedimientos de derecho ambiental respecto de los derechos de incidencia colectiva”.

Como se sabe, las leyes de PMA que regulan temáticas procesales son disposiciones normativas e institutos básicos comunes para todo el territorio nacional y, por esa razón, plenamente operativos, vigentes y eficaces en cada provincia del país, a excepción de que exista en la provincia una regulación procesal que regule mejor, más ampliamente, con mayor eficacia, más rigurosamente o en mayor grado e intensidad la tutela del ambiente y los derechos asociados, optimizándolos.

Existen en la Provincia precedentes de la Suprema Corte que deciden en tal sentido, corroborando la aplicación local de los PMA procesales en casos que tramitan ante la jurisdicción local (19).

Será entonces diferente el abanico normativo básico para tramitar el caso si, por ejemplo,

(19) Ibidem, p. 372.

el proceso queda encauzado por la vía de una acción de amparo ambiental o si se transita un proceso de recomposición ambiental que no pueda articularse por esa vía sumarásimas. Tampoco será el mismo, para dar otro supuesto, el procedimiento ante una medida cautelar anticipada contra el Estado o frente a un proceso de daños y perjuicios padecidos de rebote de un daño ambiental.

Existen diferencias entre las pretensiones administrativas en los procesos “comunes” administrativos y los “administrativos ambientales”.

La ley 11.723 de la Provincia sobre “Protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente”, en su art. 35 establece la competencia de la Justicia contencioso administrativa provincial para conocer en el ejercicio de alguna de las pretensiones allí previstas.

El bien jurídico tutelado, que no es otro que la posibilidad de vivir en un ambiente saludable, cuya protección está basada en normas y principios de derecho administrativo, lleva en caso de conflicto a que sea generalmente competente el fuero contencioso administrativo.

Falbo (20) entiende que en estos casos no puede exigirse ni reclamo administrativo previo ni agotamiento de la vía administrativa, sosteniendo que pocos mecanismos procesales como el reclamo administrativo previo y el agotamiento de la vía administrativa previa aparecen tan desajustados de los principios ambientales, de las normas ambientales y de la efectiva tutela del derecho al ambiente; la contradicción, el desajuste, la incompatibilidad es de tal envergadura y de tan nefastas consecuencias que si se exigen los primeros, difícilmente podrán operar debidamente los segundos; la contradicción llega, prácticamente, a la exclusión.

Aquí también la aplicación del principio preventivo tanto como del precautorio, impuestos normativamente por la LGA, también descarta la aplicación de tales requisitos de admisibilidad. La norma del art. 32 de la LGA dispone: “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún

tipo o especie”, sin que ello signifique que deba incluirse dentro de esa restricción la necesidad, en ciertos casos, de agotar la vía administrativa previa.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín decretó, en cuanto a las previsiones contenidas en la ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires, que “cabe concluir que de sus términos tampoco surge la necesidad de agotar la vía administrativa frente a una demanda por daño ambiental” (21) y que “de sus términos surge que lejos de prever la obligatoriedad del reclamo administrativo previo para una demanda por daños y perjuicios en el ambiente, lo que la norma determina es la facultad de cualquier habitante de acudir ante las reparticiones públicas a efecto de hacer cesar o evitar efectos dañinos en el ambiente, antes de acudir a sede judicial”.

IV. Competencia civil. El nuevo Código Civil y Comercial

Cuando se trata de relaciones entre privados, y se afecte al bien jurídico ambiente, ya sea por acción u omisión, estaremos en presencia de la competencia Civil.

Así, el art. 240 establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, que “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva (...) 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”.

Esto último también ha sido tomado por el legislador del Código Civil y Comercial en el art. 241 que dice: “Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

El ingreso del principio de prevención al Código Civil y Comercial fortalece la postura de defensa del ambiente. Aunque hace tiempo se sabe en la doctrina que el derecho de daños

(21) CAFFERATTA, Néstor A., “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 273.

(20) Ibidem, p. 400.

incluye además de la resarcitoria o indemnizatoria, una función preventiva y disuasiva, es valioso que expresamente se establezca esta regla de funcionalidad del instituto de la responsabilidad civil, en todas sus variantes.

Este principio de prevención también es aplicable en supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva.

Porque el Código Civil y Comercial reconoce la doble función del derecho de daños: preventivo, y de reparación, poniendo el acento en la evitación del daño, que para el derecho ambiental es un principio básico de política, y para casos de daños consumados, tendrá prioridad absoluta la recomposición.

El reclamo civil puede comprender, en la regulación del Cód. Civ. y Com., el daño ambiental colectivo, los daños a las pérdidas de chances, y la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas por naturaleza, como también las amplias facultades del juez en casos de molestias intolerables derivadas de actividades de vecinos: inmisiones, molestias que excedían el límite de las incomodidades ordinarias, y las molestias era ruido excesivo proveniente de establecimientos industriales o fabriles vecinos, y se resumía en una indemnización por daños, también de humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o inmisiones similares.

En el art. 2618 refiere a una serie de estándares o parámetros jurídicos que el Juez debe ponderar razonablemente o tener en cuenta al resolver la cuestión, todo ello, aunque mediere autorización administrativa para aquella, por lo cual, según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños.

Otra razón de reclamo ambiental regulado en el Cód. Civ. y Com. se encuentra en el art. 1974 - Camino de sirga, que pone el acento en el viejo instituto del camino de sirga por el significado ambiental que ha adquirido en los últimos tiempos, en especial en el caso "Mendoza, Beatriz Silvia", ejecución de sentencia, por la prevención, y recomposición del daño ambien-

tal colectivo de la Cuenca de los Ríos Matanza Riachuelo.

Por último, dentro de los supuestos posibles de acción ambiental se encuentra en la aplicación del art. 1094, que dispone la interpretación y prelación normativa de las normas que regulan las relaciones de consumo. Estas deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. Es decir, aquí se introduce el concepto de consumo sustentable como uno de los principios básicos en materia del derecho del consumidor, y que puede ser objeto de reclamo judicial.

La jurisprudencia ha interpretado cómo distinguir cuándo compete a la justicia civil y comercial local y no a la contencioso-administrativa.

Así, se ha resuelto (22): "Resulta competente la justicia civil y comercial y no la contencioso administrativa, para entender en una acción de amparo deducida con el fin de evitar la instalación de un *feed lot* —engorde intensivo de ganado a corral— en las cercanías de una ciudad, toda vez que la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires fundada en la atribución transitoria de la jurisdicción en materia contencioso administrativa, no alcanza a aquellas pretensiones que si bien se vinculan con un contrato administrativo, no tienen su fundamento en la violación de una norma del derecho administrativo, sino en la transgresión de un deber impuesto por el derecho común, como lo es la responsabilidad del municipio por omitir la evaluación del impacto ambiental que la obra en concesión puede producir".

También se ha interpretado que (23) "[e]s competente el fuero civil y comercial federal y

(22) C1aCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, "Brisa Serrana c/ Emprendimientos Agropecuarios T.G.T.", 29/03/2005, LLBA 2005-854, citado en CAFFERATTA, Néstor, "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental", La Ley, 2012, t. I, Cap II CAFFERATTA, Néstor (dir.)- en coautoría con LORENZETTI, Pablo — RINALDI, Gustavo — ZONIS, Federico, p. 617.

(23) CS, "Rodríguez, Ramona Valentina c/ Central Dock Sud SA y otro", 14/09/2004, LA LEY 2005-B, 372 Fallos: 327:3706). CAFFERATTA, NÉSTOR "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental", ob. cit., p. 613.

no el contencioso administrativo federal, para entender en la pretensión consistente en obtener un resarcimiento derivado de los perjuicios que le habría ocasionado a la actora la instalación por parte de las empresas demandadas —que se dedican a la generación y comercialización de energía eléctrica— del electroducto de alta tensión que se encuentra ubicado en las cercanías de su vivienda; dado que se trata de una relación entre particulares y el proceso no se encuentra comprendido entre las causas a que se refiere el art. 45, inc. a), de la ley 13.998 (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo)."

Por otra parte, puede darse la circunstancia que confluyan la competencia federal (porque se encuentra configurada la interjurisdiccionalidad, pero que al mismo tiempo corresponda a la competencia civil y no al contencioso administrativo.

Así, en el caso "Fundación Medam" (24), la Corte ha explicado que "la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal (art. 116). En uno y otro supuesto, dicha competencia de excepción responde a distintos fundamentos. Así, el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima, mientras que el segundo procura asegurar esencialmente la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros. Habida cuenta de ello, estimo que este proceso corresponde a la jurisdicción federal tanto *ratione personae* como *ratione materiae*. Ello es así, por cuanto se encuentra demandado el Estado Nacional —en su carácter de propietario de la planta que produciría el daño ambiental— y V.E. tiene dicho que, si la demanda se instaura contra la Nación o una entidad nacional, el fuero federal surge por razón de la persona, en virtud de lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución Nacional y por los arts. 2°, inc. 6°, y 12 de la ley 48. En cuanto a la materia, se advierte que, según surge de los términos de la demanda, los

procesos contaminantes 'afectan fuertemente la composición química del acuífero freático y del lindero Río Paraná', circunstancia que habilita a entender que, en principio, se hallaría configurada la interjurisdiccionalidad que requiere el art. 7°, segundo párrafo, de la ley 25.675".

"Por lo demás, cabe tener en cuenta que no se encuentran aquí cuestionados actos de la administración nacional o de dichos entes, sino que la pretensión de la actora consiste en obtener que cese la contaminación que la planta industrial produce en suelos y aguas de la zona con el consiguiente daño ambiental y el riesgo para la salud de la población lindera, motivo por el cual entiendo que la causa debe tramitar en el fuero civil y comercial federal".

V. Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

De acuerdo con reiterada doctrina del propio Tribunal, su competencia originaria procede cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o Tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante, pero no cuando —como sucede en la especie—, se intenta obtener la nulidad de actos administrativos emanados de la Provincia que conciernen a la preservación del ambiente y que, en consecuencia, resultan de competencia local, de conformidad con los arts. 41 párrafo 3, 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional, toda vez que el Tribunal, para resolver el pleito, debería examinar normas y actos provinciales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, lo cual es ajeno a su instancia. Como se ha podido advertir, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en todos estos precedentes resolvió a favor de la competencia local en materia ambiental (25).

Según Cafferatta (26), "para que una causa como 'Salas' sea de intervención originaria y exclusiva de la Corte se deben dar dos requisitos: a) que el Estado nacional sea parte o que siendo

(25) Cfr. HUTCHINSON, Tomás, FALBO, Aníbal J., ob. cit., p. 179.

(26) CAFFERATTA, Néstor, "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental", ob. cit., p. 618.

(24) CS, "Fundación Medam c/ Estado Nacional y otro", 21/09/2004.

una demanda contra una provincia exista distinta vecindad. Con esto la causa será de competencia federal (conforme art. 116 CN). b) que aparezca entre los demandados una provincia, con lo que la causa federal será de trámite originario y exclusivo ante la Corte (art. 117 CN). Es que, aunque parezca una verdad de Perogrullo, para que una causa sea de competencia originaria y exclusiva de la Corte, ella debe previamente ser de jurisdicción federal, es decir ingresar en la nómina del art. 116 CN atento que la Corte es la cabeza del Poder Judicial de la Nación y luego cumplir con alguno de los supuestos de la segunda parte del art. 117 CN”.

En materia ambiental este criterio fue refrendado y utilizado por la Corte en la causa “Mendoza, Beatriz” (27) por la contaminación del Riachuelo, para decidir su incompetencia en cuanto a la pretensión individual, por entender que no se daba en ella justamente el requisito de causa civil cuando una provincia es parte.

Así se ha expresado: “La pretensión tendiente a recomponer el ambiente frente a la degradación o contaminación de sus recursos y resarcir un daño de incidencia colectiva —en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la Cuenca Matanza-Riachuelo— es de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —art. 117, Constitución Nacional—, frente al carácter federal de la materia en debate —art. 7°, ley 25.675—, si se ha demandado en forma conjunta —entre otros sujetos— a la Nación y a un Estado provincial, ante la necesidad de conciliar el privilegio del fuero federal que corresponde al primero con la condición de aforada a la jurisdicción originaria que ostenta la segunda”.

“No cabe la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en razón de la distinta vecindad o de extranjería —art. 117, Constitución Nacional—, frente reclamos resarcitorios dirigidos contra la Nación, un Estado provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ciertas empresas, por lesión de bienes individuales como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente, al no verificarse el recaudo de ‘causa civil’ exigido por el art. 24,

inc. 1° del dec.-ley 1285/58, ya que el daño alegado se atribuye a la inactividad u omisión de los demandados en el ejercicio del poder de policía. No corresponde, en la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —art. 117, Constitución Nacional—, acumular a la pretensión tendiente a recomponer el ambiente y resarcir un daño de incidencia colectiva reclamos resarcitorios por lesión a derechos individuales —entre otros, gastos por tratamiento médico, cambio de radicación, incapacidad sobreviniente y daño moral—, aun cuando dicha lesión también se derive de la degradación o contaminación de los recursos ambientales, si no se verifica, en estos reclamos, el recaudo de ‘causa civil’ según art. 24, inc. 1° del decreto ley 1285/58”.

Ahora bien, se han encontrado casos muy particulares (en realidad son los que la propia Corte cita en el cuerpo de la resolución “Salas”) en los que, a pesar de que por varias razones debería resolver la intervención de la justicia local con una declaración de incompetencia, termina teniendo algún tipo de actuación. Esto en los últimos años ha venido sucediendo con mayor frecuencia y en mayor cantidad de materias.

En un comienzo se dio en casos aislados, pero cada vez nos encontramos con más ejemplos —como el de autos “Salas”— donde se disponen medidas limitadas pero trascendentes, con exhortaciones a los otros poderes, aún mientras pende la decisión sobre competencia (28).

Por ejemplo, la Corte Suprema (29) declaró su competencia originaria en la acción que la Asociación de Superficiales de la Patagonia interpuso contra YPF SA y otras concesionarias de la explotación de las áreas hidrocarburíferas de la “Cuenca Neuquina” y cuencas hídricas de los ríos Negro y Colorado, a fin de que se las condene a “realizar las acciones necesarias para la recomposición integral de los daños colectivos ambientales causados por la actividad que de-

(28) DI PAOLA, María Eugenia, Esaín, José, “La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño”, LA LEY 2009-C, 471, citado por CAFFERATTA, Néstor en “Tratado...”, ob. cit., p. 619.

(29) CS, “Asociación de Superficiales de la Patagonia c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA y otros”, 13/07/2004.

(27) CS, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros”, 20/06/2006, LA LEY 2006-D, 281.

sarrollan, construir el fondo de restauración ambiental de la ley 25.675 y adoptar medidas para evitar daños en lo sucesivo, pues dada la eficacia refleja que la decisión podría tener debe citarse como terceros al Estado Nacional y a diversos Estados provinciales”.

Respecto de la Ley de Glaciares, primeramente en la causa “Barrick” se declaró la competencia originaria: “Corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *ratione personae* la acción declarativa tendiente a la impugnación de la Ley de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial 26.639 con fundamento en haber sido sancionada en violación al procedimiento para la formación de las leyes y en que violaría los derechos de exploración y explotación minera de las concesionarias actoras, toda vez que la única manera de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales de las que gozan tanto la Provincia de San Juan —citada en el pleito— a no ser juzgada por los tribunales inferiores de la Nación, en virtud de garantía de rango constitucional que le reconoce el art. 117 de la Constitución, como el Estado Nacional al fuero federal, según el art. 116 de la Ley Fundamental, es sustanciando el proceso en esta instancia” (30).

Pero en otra causa también relativa a la ley de glaciares, declaró su incompetencia: “Es incompetente la Corte Suprema de Justicia de la Nación para entender en instancia originaria en la acción de amparo interpuesta por una asociación civil contra el Estado Nacional y contra las provincias de San Juan, Mendoza, Chubut, Neuquén, Santa Cruz y Tierra del Fuego, a los fines de que se declare la inconstitucionalidad del decreto del poder ejecutivo 1837/2008, mediante el cual se vetó el proyecto de ley denominado “Ley presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial”, si no se verifica la hipótesis prevista por los arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental, ya que el alcance de la pretensión no permite atribuir a las provincias demandadas el carácter de partes adversas, pues, de su objeto surge que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la

relación jurídica sustancial, en tanto es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda. En virtud de dicha incompetencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la demandante debe interponer sus pretensiones ante las jurisdicciones que correspondan, según la persona que, en uno u otro caso, opte por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a las provincias, ello sin perjuicio de que las cuestiones federales que también pueden comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del art. 14 de la ley 48 (31).

Ya más recientemente, en la causa CSJ 5258/2014, autos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental” (32), sentencia de fecha 21/12/2016, nuestro máximo Tribunal también restringe su competencia originaria con sustento en la tradicional jurisprudencia en la materia, pareciendo marcar un curso restrictivo de la competencia originaria.

VI. Delitos ambientales

Según Cafferatta (33), “la búsqueda de la competencia para entender en los ilícitos en materia de Medio Ambiente nunca fue pacífica, ni aún con el dictado de la ley 24.521 —primera norma específica sobre este tema—, existiendo criterios dispares tanto en doctrina como en la jurisprudencia. A grandes rasgos, y a tenor de lo dispuesto por el art. 58 de esa ley (prevé la doctrina, al entender esta que les estaba reservada a las provincias la protección y regulación de los recursos naturales que se hallaren dentro de los límites territoriales de las mismas por lo que la competencia para resolver estos problemas debía corresponderle a la justicia ordinaria de las mismas. Este criterio fue encontrando eco

(31) CS, “Asociación civil diálogo por el ambiente c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 20/04/2010, Fallos: 333:479.

(32) CS, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Provincia de Santa Cruz y Otro s/ amparo ambiental”, 21/12/2016.

(33) CAFFERATTA, Néstor, “Tratado...”, ob. cit., p. 619.

(30) CS, “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c/ ESTADO nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 07/06/2011, LA LEY 2011-D, 210.

a través de diversos fallos de los distintos tribunales, llegando incluso esta problemática a ser motivo de pronunciamiento por el más Alto Tribunal de nuestro país, quién resolvió la cuestión en señeros casos (entre otros el ya citado caso 'Lubricentro Belgrano') resueltos con posterioridad a la Reforma de Nuestra Carta Magna y que marcaron el rumbo a seguir".

Es que en materia penal sobre el medio ambiente, la competencia fue evolucionando, pasando primero por la interpretación de que correspondía al fuero Federal, criterio que paulatinamente se fue trasladando hasta quedar finalmente instalada en manos de la justicia ordinaria, salvo una excepción, cuando se vieran involucrados en el conflicto a resolver intereses interjurisdiccionales, es decir, que los efectos del ilícito hayan trascendido las fronteras de una provincia; supuesto este que cabe ser investigado y resuelto por la Justicia de Excepción —Federal— (34).

Pero en los temas complejos para dilucidar este conflicto de competencia federal o local, la Corte recordó (35) que la declaración de incompetencia debe hallarse precedida de una adecuada investigación, tendiente a determinar concretamente en qué figura delictiva encuadra el hecho denunciado (las declaraciones de incompetencia deben contener la individualización de los hechos sobre los cuales versa y las calificaciones que le pueden ser atribuidas) pues solo respecto de un delito concreto cabe analizar la facultad de investigación de uno u otro juez., circunstancia que no se presentó en la causa "UFIMA s/ denuncia" en fecha 23/02/2016, donde el Máximo Tribunal resuelve una contienda negativa de competencia producida entre el Juzgado Federal n° 1 y el Juzgado de Garantías n° 2, ambos de la localidad de Azul, Provincia de Buenos Aires.

La causa se originó a raíz de la denuncia efectuada por el titular de la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA) por la presunta infracción al art. 25 de la ley nacional 22.421 de conservación de la fauna silvestre, en la cual también sostuvo que se debe reparar —si

fuera una decisión circumscripita únicamente a la ley 22.421— que se desconocería cuáles serían las especies ofrecidas más allá de las que se exhiben en la página web; estas últimas protegidas a nivel nacional por la mencionada ley de fauna y a nivel internacional por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES). Por su parte, manifestó el Tribunal que "tampoco se sabe si los animales podrían ser capturados en otras provincias y que, en este sentido, hay que mencionar que el art. 1° de la ley 22.421 declara de interés público la fauna que habita en el territorio de la República Argentina".

"Además, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), reconoce que la 'fauna silvestre', en sus variadas formas, constituye 'un elemento irremplazable en los sistemas naturales de la tierra tiene que ser protegida por esta generación y las venideras'. Y establece que la cooperación internacional es esencial para la protección de ciertas especies de esta 'contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional'. Que, en dicha convención, aprobada por ley 22.344 (decreto reglamentario 522/1997), las especies se encuentran incluidas en listados, denominados 'Apéndices I, II y III', según su grado de amenaza. En ese sentido, se destaca que los ejemplares de la fauna silvestre involucrados están incluidos en dichos apéndices de CITES".

Adicionalmente, analizó la Corte Suprema (36), el caso presentaría otras hipótesis de delitos federales.

De este modo entendió que las investigaciones criminales deben abarcar la totalidad de las implicancias y consecuencias de la conducta denunciada y no acotarlas al análisis de un único tipo penal. Por ello declaró que deberá entender en la causa en la que se originó la presente cuestión de competencia el Juzgado Federal n° 1 de Azul, Provincia de Buenos Aires.

A su vez, las figuras delictivas vinculadas con temas ambientales, por su complejidad, pueden

(34) GÓMEZ, Antonio Gustavo, "Residuos Peligrosos. Tres criterios diferentes", LA LEY 2004-B, 172, citado por CAFFERATTA, NÉSTOR "Tratado...", ob. cit., p. 619.

(35) CS, "UFIMA s/Denuncia", 23/02/2016.

(36) STINCO, Juan, "Las problemáticas ambientales y su recepción en recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

involucrar a funcionarios de diversas jurisdicciones. En estos supuestos corresponde la escisión de las causas y mantener el fuero federal exclusivamente para los funcionarios federales.

Así se resolvió (37) un conflicto de contienda positiva de competencia entre el Juzgado Letrado de Jáchal, Provincia de San Juan y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 7 de esta ciudad, como consecuencia de la investigación del derrame de solución cianurada en el río Potrerillos que se produjo desde la mina Veladero, ubicada en el Departamento de Iglesia de la Provincia de San Juan, y operada por la empresa “Barrick Gold”. Por el mismo episodio se originaron dos procesos penales en distintas jurisdicciones.

En esa oportunidad sostuvo la Corte Suprema que “(...) sobre la base de lo expuesto, resultaría adecuado escindir la investigación por la presunta infracción a la ley 24.051 respecto de los directivos de la empresa ‘Barrick Gold’ y de los funcionarios locales por un lado, y por el otro la investigación exclusivamente sobre la posible responsabilidad de Sergio Lorusso y Jorge Mayoral relacionada con sus funciones de estricto carácter federal... Toda vez que el objeto procesal de la causa de Jáchal se circunscribe a determinar la responsabilidad de los ejecutivos de la empresa Barrick Gold por el delito previsto y reprimido en el art. 56 de la ley 24.051 y examinar la debida actuación de los funcionarios provinciales, correspondería a dicho tribunal continuar con la investigación de estos hechos...”

Para finalizar, la Corte expresó: “Debe finalmente llamarse la atención para que se eviten en el futuro procedimientos similares al adoptado en el presente conflicto, que solo concurren en detrimento de una rápida y buena administración de justicia. En efecto, se trata de evitar excesos de la jurisdicción federal que perjudican las competencias que, de acuerdo a la organización federal de nuestro estado, han sido asignadas a las provincias (art. 50 de la Constitución Nacional)”.

(37) CS, “Actuaciones remitidas por Fiscalía Única de Jáchal s/ con motivo de la denuncia de Saúl Argentino Zeballos y denuncia de Fiscalía de Estado - denuncia Defensoría del Pueblo”, 05/05/2016.

VII. Amparo y medidas cautelares

VII.1. Amparo

El art. 43 de la Constitución Nacional Argentina dispone: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

En el segundo párrafo contempla el amparo ambiental al decir que “[...] podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

El amparo constituye un proceso realmente simplificado, tanto en su aspecto temporal como en cuanto a sus formas, porque su principal objeto es reparar de modo urgente y eficaz.

Por lo tanto, el amparo es además de ser una acción, un derecho constitucional que llama a los Tribunales a intervenir proactivamente, en este caso, a una protección efectiva al derecho a la salud, calidad de vida y preservación del ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano respetando el principio de equidad intergeneracional.

Por eso, en esta materia, la competencia debe ser amplia, es decir que todos los jueces en turno de todos los fueros e instancias son competentes para entender en acciones de Amparo, preservando la competencia territorial y asegurando el derecho a la doble instancia consagrado en el art. 8º ap. H) de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

De allí que la LGA en el primer párrafo de su art. 32 establece: “La competencia judicial am-

biental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”.

Por otra parte, la ley 16.986 establece en su art. 4º: “Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto. Se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas engendraran dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer de la acción. Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso”.

Asimismo, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 20 inciso 2º circunscribe la competencia para entender las acciones de amparo a cualquier juez, pero de primera instancia según lo establece su reglamentación legal (art. 4º de la ley 7166, t.o. decreto 1067/95).

VII.2. Medidas cautelares

Las medidas cautelares, por su parte, son medidas preventivas de situaciones de daños ambientales graves y muchas veces irreversibles, y adquieren un rol predominante en los fallos ambientales.

La LGA en el tercer párrafo de su art. 32 legisla al respecto: “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

Por eso es criterio de la Corte que, aun en caso de un conflicto negativo de competencia, atento la urgencia para proteger el ambiente, se ordenen sin que existan óbice procesal alguno (38).

(38) CS, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Provincia de Santa Cruz y Otro s/ amparo ambiental”, 26/04/2016.

Así, en la causa “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, sentencia de fecha 21/12/2016 (39) referida a la ejecución de obra denominada “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic”, pese a restringir su competencia originaria, señaló “que sin perjuicio la no procedencia de la competencia originaria, con la finalidad de impedir la perduración de situaciones que de mantenerse en el tiempo podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional para las partes, es necesario en esta instancia determinar qué juez debe intervenir en estas actuaciones resultando federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lugar en el que, llegado el caso, debería cumplirse la obligación de hacer reclamada por la parte actora. Por ello la Corte Suprema resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se ordena la suspensión de las obras ‘Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic’ hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término y, asimismo declaró que la presente causa resulta ajena a la competencia de esta Corte prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, determinando la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en la presente causa”.

Mismo criterio sostuvo en un caso de conflicto negativo de competencias que no se encontraba debidamente trabado, no obstante, consideró que razones de economía procesal y los principios de la materia ambiental, tornan aconsejable la dilucidación.

Las razones invocadas por el Máximo Tribunal (40) para considerar aconsejable dirimir el

(39) CS, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 21/12/2016.

(40) CS, “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná Control de Contaminación y Restauración del Hábitat y otro c/Carboquímica del Paraná SA y otro/a s/ amparo”, 29/03/16, citado por SUCUNZA, Matías, ob. cit.

conflicto a pesar de no hallarse debidamente trabado fueron: el sentido instrumental de las normas procesales, su flexibilización, la publicidad del proceso y el rol del juez como director; el entendimiento de que la celeridad y economía procesal operan como principios maximizadores de la jurisdicción y su utilidad, circunstancia que se potencia y modula en función de los bienes, valores y derechos en juego en el conflicto (por ejemplo, los deberes y principios del plexo jurídico ambiental; la gravedad y urgencia del caso en razón del tipo y alcance de contaminación denunciada; la envergadura del conflicto planteado, su repercusión e incidencia y la necesidad de determinar temprana y rápidamente el órgano competente para su resolución.

VIII. Competencia en acciones vinculadas a los derechos de acceso reconocidos en el Acuerdo de Escazú

El Acuerdo de Escazú es un verdadero Tratado Interamericano sobre el Medio Ambiente, por lo que debe considerarse como fuente jurídica, que al igual que los principios mencionados en el art. 4° de la LGA, deben tenerse en cuenta, incluso en temas de competencia.

En efecto, el Acuerdo reconoce con igual jerarquía los tres “derechos de acceso”:

- a) A la información ambiental.
- b) A la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales.
- c) A la justicia.

Es decir, a los principios de la LGA, se agrega la consagración en el sistema procesal ambiental como principios propios: los principios pro persona, precautorio, de no regresión, de progresividad y de buena fe, que influyen en el modelo y en la interpretación de las normas del proceso.

Así, para asegurar el acceso a la justicia, según el Acuerdo cada Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su implementación, por ejemplo, la promulgación de leyes de jurisdicción ambiental, o la creación de tribunales especiales ambientales o la promulgación de reglas especiales para los

casos de conflictos ambientales que conozcan tribunales ordinarios, pero aún en caso de ausencia de tales leyes, los jueces deben proveer lo necesario para asegurar dichas garantías en los procesos donde intervengan, por lo que estos principios, al igual que los principios plasmados en la LGA, deberán ser tenidos en cuenta también al dirimir cuestiones de competencia.

Ello, porque tiene como fuente necesaria el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible que declaró: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”. Con ello se sienta una regla: en caso de duda debe proveerse siempre a favor de la información y participación ciudadana.

En el tema que nos ocupa, respecto de la competencia a dirimirse en el caso de entablarse una acción judicial, para obtener información ambiental, o relativa a la participación ciudadana en procesos de toma de decisiones ambientales, resultará de importancia verificar la calidad de los sujetos obligados a brindarla.

Es que los requisitos exigidos para una cabal información ambiental habrán de ser cumplidos en primer término, por la autoridad administrativa en el acto de brindarlos a los habitantes particulares o público en general.

De esta manera se entiende que “el Estado asume, en orden a la información, dos deberes: uno, recolectarla y procesarla debidamente, es decir, el Estado debe informarse él mismo...; el otro deber consiste en suministrar y difundir la información acumulada y actualizada, todo ello de modo eficaz y constante”.

Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha dispuesto que era Estado Nacional quien debía informar si se han llevado a cabo los estudios de impacto ambiental previos a la construcción de las represas hidroeléctricas “Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic” (localizadas en la provincia de Santa Cruz), las consultas y audiencias públicas con la ciudadanía tal como lo prevé la LGA y si se han iniciado

las obras y, en su caso, el estado de avance en ambos proyectos (41).

Según el art. 2° inciso b) del Acuerdo de Escazú también están obligados a su estricto cumplimiento los sujetos públicos o privados que proponen llevar adelante el emprendimiento sometido al EIA, y toda institución pública que ejerce los poderes, la autoridad y las funciones en materia de acceso a la información, incluyendo a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del estado o controlados por él, que actúen por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y, cuando corresponda, a las organizaciones privadas, en la medida que reciban fondos o beneficios públicos directa o indirectamente o que desempeñen funciones y servicios públicos, pero exclusivamente en lo referido a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados.

Así lo entendió el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8 de en la causa "Fundación ambiente y recursos naturales c. YPF SA s/ varios" (42) que luego de considerar los argumentos de la demandada para negarse a entregar la información que le fue solicitada, recordó no solo lo dicho por la CS en el precedente "Giustiniani, Rubén Héctor c. YPF SA s/ amparo por mora" (Fallos 338:1258) donde el máximo tribunal de nuestro país dejó en claro que —sin perjuicio de su forma societaria— la empresa funciona bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, sino que analiza el Acuerdo de Escazú para concluir que tiene obligación de brindar información atento que "desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una sociedad democrática y de acuerdo a la jurisprudencia reseñada, negar

información de indudable interés público, que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión".

Respecto del acceso a la participación ciudadana en las decisiones, además del Acuerdo de Escazú, recordemos que la participación del público o de la ciudadanía se encuentra impuesta en todo procedimiento de EIA por imperativo legal. En efecto, LGA lo impone como presupuesto mínimo de protección ambiental imperativo para todo el país.

Esa LGA establece expresamente en su art. 21: "La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados" (43).

La efectiva participación de la comunidad también se observa en lo que respecta al control judicial del procedimiento administrativo de EIA y la impugnación al acto administrativo ambiental de ese procedimiento: la DIA

La Declaración de Impacto Ambiental podrá ser impugnada indirectamente (a partir del acto habilitante, o la denegación de la habilitación) en la instancia judicial, por todos los sujetos que hubieren participado en la etapa de discusión de la EIA. También por todos los habitantes de la Provincia que demuestren alguna afectación —actual o futura— si el proyecto se lleva a cabo, o bien por aquellos que acrediten un interés concreto en que la actividad propuesta se realice, prohíba o modifique.

No solo será procedente una acción judicial con una pretensión referente a alguno de los objetos señalados, sino también aquella que se funde en omisiones en el cumplimiento de alguna de sus etapas fundamentales, como podría ser la omisión de una correcta y efectiva información al público o bien no haberse analizado todas las alternativas al proyecto.

Por lo que aquí también entra en juego, a los fines de determinar la competencia, la índole de los sujetos obligados, por lo que será aplicable

(41) CS, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Provincia de Santa Cruz y otro s/ amparo ambiental", 26-04-16 y 4390/2015/1 "Fundación Banco de Bosques para el Manejo Sustentable de los Recursos Naturales c/ Santa Cruz, Provincia de y otros s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad", 26/04/2016).

(42) Fundación Ambiente y Recursos Naturales c/ YPF SA s/ Varios" (Expte. N° 64727/2018, Juz. Nac. Cont. Adm. n° 8, 03/07/2019).

(43) HUTCHINSON, Tomás, FALBO, Aníbal J., ob. cit., p. 302.

lo expuesto respecto de la competencia contencioso-administrativa, resultando la competencia federal o local según la autoridad contra la que se dirija la acción.

Por último, y respecto del acceso a la justicia ambiental, la Suprema Corte bonaerense ha hecho mención al tema, cuando determinó que “si (...) lo ‘predominante’ es la protección contra el daño al ambiente, la cuestión resulta dirimible en la jurisdicción provincial, por cuanto ‘la competencia ordinaria en el caso de cuestiones predominantemente ambientales es la que mejor se aviene con la regla del acceso a la justicia ambiental, pauta que —entre otras— se abatece a partir de la proximidad geográfica entre sujetos afectados y magistrados intervinientes” (44).

IX. Reflexiones finales

Como se puede observar de todo lo expuesto, en el art. 7° de la LGA se plasma claramente el principio general que consiste en atribuir la competencia provincial y en forma excepcional la competencia federal en el caso de afectación de recursos ambientales interjurisdiccionales.

Pero, según el desarrollo jurisprudencial en materia de competencia ha evolucionado en base a distintos criterios: el fallo Magdalena Roca (1995) en el marco de un “criterio descentralizador” (jurisdicción local); el fallo Mendoza (2006) como “doctrina intermedia” (donde se acepta que el art. 7° de la Ley 25.675 prevé un nuevo supuesto de competencia federal por la naturaleza de la degradación o contaminación sobre recursos ambientales interjurisdiccionales); y, por último, el fallo “Fundación Medám” dentro del “criterio centralizador” (el cual configura la interjurisdiccionalidad).

El punto debatido dentro de la misma CS se encuentra en el requisito de elementos fácticos para acreditar la efectiva degradación de los recursos ambientales interjurisdiccionales para habilitar la competencia federal.

Pero también en este punto se puede observar una tendencia hacia la flexibilización de los

rigorismos procedimentales, ya que al aceptarse que al momento de dilucidar cuestiones controvertidas de competencia se opera dentro de un escaso margen probatorio porque se plantea al momento del inicio del proceso, por lo que comenzó a aceptarse, en lo que hace a medios probatorios una mayor inferencia de los métodos indirectos, tales como las presunciones y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Esta flexibilización surge clara en el fallo “Fernández”, donde la CS determina que también en materia de competencia se deben observar los principios del art. 4° de la LGA, en particular del principio precautorio, siendo innecesario la prueba cabal del daño en un recurso interjurisdiccional, pues basta probar la “potencialidad” de dicho daño para que pueda ser aceptada la competencia federal.

En lo que respecta a la competencia originaria de la Corte Suprema, lo que aparecía en años anteriores, como una tendencia abarcadora, ahora se observa un ciclo de restricción, porque la doctrina de la CS realiza una interpretación restrictiva de su competencia originaria y exclusiva aplicada solo a casos ‘excepcionales’, sosteniendo y su estricta interpretación de los arts. 116 y 117.

Sin embargo, pese a los conflictos de competencia, se remarca la necesaria celeridad y economía procesal que se debe profundizar en materia ambiental, por aplicación de los principios propios que la regulan, a los que se agregan ahora los principios regulados en el Acuerdo de Escazú, los que según la doctrina del fallo “Fernández” también deberán ser tenidos en cuenta al dirimir cuestiones de competencia.

Por ejemplo, con la flexibilización del proceso contencioso administrativo donde no se exige la resolución administrativa previa al inicio de la acción judicial, y también en los casos de resolución de medidas urgentes ante conflictos negativos de competencia no resueltos.

Es que el derecho ambiental está recorriendo un camino de permanente evolución, profundizando la tutela de los derechos y garantías, lo que también se refleja en materia de competencia judicial ambiental.

(44) SC Buenos Aires, “Sociedad de Fomento y Cultura de Villa Amaducci contra Movistar SA (ex Movicom SA) y otra. Materia a designar”, 09/09/2009).

INSTRUMENTOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

Implementación progresiva de la Ley de Educación Ambiental en la provincia de Buenos Aires

Luz María Kasperski - Camila Strassanti - Sol de Castro -
Julia Leguizamón - Luz Onorato - Agustina Iezzi - Sofía Ronaldo (*)

“La educación ambiental no es una acumulación de datos. No se agota en lograr que los alumnos manejen determinados conocimientos. Su objetivo es la construcción de un compromiso ciudadano.”

Antonio Elio BRAILOVSKY.

La Ley de Educación Ambiental 27.621 nace de la iniciativa constitucional de nuestro art. 41. Sabemos que en el año 1994 se introdujo en nuestra carta magna la obligación de velar por la protección del derecho ambiental de vivir en un ambiente sano, que se estableció la obligación a las autoridades de proveer educación ambiental y que se faculta a la nación para dictar normas que sientan de base protección uniforme y esencial en todo territorio nacional. De ahí nace nuestra norma de presupuestos mínimos de educación ambiental. De ahí el fundamento normativo legal. Pero el fundamento de la ley es otro, el fundamento de la ley parte de la necesidad de transformar las conductas de las personas, de la necesidad de volver a vincularnos con la naturaleza desde otro lado. De la necesidad de lograr una verdadera armonía socio ambiental. Un verdadero bienestar general global.

La educación es un proceso que busca construir, la educación es un proceso que busca transformar. Si nuestra realidad presenta desequilibrios, necesitamos replantear nuestras conductas como sociedad, y para ello, la educación es el camino.

La educación es la herramienta clave que el estado tiene que tomar si lo que busca es reparar desde el origen una problemática socio ambiental.

El Estado nacional sabe ello; ya se ha declarado en varias legislaciones la importancia de la educación ambiental: en el año 2002 en la Ley General del Ambiente, ley 25.675, en su art. 8° incluyó a la educación ambiental como instrumento de política y gestión ambiental.

También en el ámbito nacional, la ley 26.206, en su art. 89, pone en cabeza del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, “el arbitrar las medidas necesarias para proveer la educación ambiental en todos los niveles y modalidades del sistema educativo nacional, con la finalidad de promover valores, comportamientos y aptitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado y la protección de la diversidad biológica; que propendan a la preservación de los recursos naturales y a su utilización sostenible y que mejoren la calidad de vida de la población. Algunas provincias, por su parte, también han sancionado leyes de educación ambiental o se han referido a ella en sus leyes ambientales locales, cerrando este círculo de obligaciones en cabeza del Estado que recalcan la importancia de la educación ambiental para el desenvolvimiento de cualquier grupo humano” (1).

La provincia de Buenos Aires, por su parte, ya en el año 1995, consecuencia del art. 28 de la Constitución provincial, publicó la ley 11.723,

(*) Grupo de investigación Facultad Cs. Jurídicas - Universidad FASTA: "Derecho y Educación Ambiental".

(1) CATALANO, Mariana - GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, "Consumo sostenible", RDAMB., 31. Thomson Reuters, 01/07/2012.

Ley de Protección, Conservación, Mejoramiento y Restauración de los Recursos Naturales y del Ambiente en General. La cual en su art. 5° dice: “Inc. e): El Estado Provincial promoverá la formación de individuos responsables y solidarios con el medio ambiente. A tal efecto la educación ambiental debe incluirse en todos los niveles del sistema educativo, bajo pautas orientadas a la definición y búsqueda de una mejor calidad de vida”.

En el turno de la norma objeto de nuestro presente trabajo, la ley de educación ambiental fue publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, el 3 de junio de 2021, dicha norma se constituye como una herramienta eficaz para abordar de manera preventiva las diferentes problemáticas de índole ambiental suscitadas desde hace ya un par de años en nuestro país, con el objetivo central y preponderante de *establecer el derecho a la educación ambiental integral como una política pública nacional*, conforme a lo dispuesto en el art. 41 de nuestra CN y de acuerdo con lo establecido en el art. 8° de la ley 25.675 General del Ambiente, como mencionamos *ut supra*.

Según la ley 27.621, la educación ambiental integral es un *proceso educativo permanente*, con contenidos temáticos específicos y transversales, que tiene como propósito general la formación de una *conciencia ambiental* en la persona, a través de procesos educativos integrales orientados a la construcción de una racionalidad consciente, en la cual distintos conocimientos, saberes, valores, técnicas y prácticas orientadas hacia un mismo camino, confluyan aportando a la formación ciudadana en materia ambiental y al ejercicio del derecho a un ambiente sano, digno y diverso.

Se trata de un proceso lógico aplicado a la toma de decisiones conscientes, en donde cada paso importa un eslabón fundamental a la contribución de un fin último, la promoción y defensa de la sustentabilidad como proyecto social, el desarrollo progresivo con justicia social, la preservación de la naturaleza, la igualdad de género, el respeto por la multiculturalidad de los pueblos, la protección y mejora de la salud y educación de todos nuestros habitantes, y por último el fortalecimiento de la democracia participativa en asunto de toma de

decisiones ambientales, a través de los mecanismos de participación pública previstos en nuestro orden normativo; ello, en pos de reestablecer las asimetrías existentes, fruto del desequilibrio dado entre las diversas dimensiones necesarias para satisfacer las necesidades de los ciudadanos; en la esfera social, cultural, política y económica, en pos de tender al desarrollo progresivo de los Estados sin afectar a las generaciones futuras.

La Comisión Brundtland, constituida por la Asamblea General de la ONU en 1983 mediante el informe denominado “Nuestro Futuro Común”, enmarca el concepto de desarrollo progresivo como “...el desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro de satisfacer sus propias necesidades, y buscaba atender tanto las demandas por una agenda de protección del medio ambiente como las de asegurar el desarrollo de los países con menor nivel de desarrollo” (2).

A lo largo de todos estos años, nuestro Estado nacional ha prescindido de integrar el aspecto de sustentabilidad ambiental en la mayoría de sus políticas públicas, es por ello que, mediante la promoción de la mentada ley, se da lugar a la apertura de un nuevo paradigma, en el marco de una ética que trabaje por la consolidación de valores humanos que promuevan una nueva forma de vivir en armonía con la integridad de la naturaleza, velando por el cuidado y mayor protección de nuestra casa común.

La educación es una herramienta eficaz y fundamental para intervenir activamente en el cuidado de nuestra madre naturaleza, es que a través del resultado de un proceso dialéctico entre el conocimiento y la palabra, el individuo se sumerge en el mundo del saber, partiendo de la lectura de la realidad que lo rodea, es decir del resultado de su contacto y conocimiento con el exterior, por ello mediante la observación y el diálogo junto a sus pares, nace la construcción colectiva de una nueva perspectiva, una nueva toma de conciencia, basada en la formación de valores humanos fundamentales, como lo son el

(2) CEPAL, ONU. Acerca de Desarrollo Sostenible. <https://www.cepal.org/es/temas/desarrollo-sostenible/acerca-desarrollo-sostenible>.

respeto, el amor, la dignidad, el no dañar, entre tantos otros.

Para llegar a materializar el mentado cometido, el principal instrumento de la política de la educación ambiental previsto en la norma es la *Estrategia Nacional de Educación Ambiental Integral*, que tiene cuatro objetivos claros.

Por un lado, promover la elaboración y el desarrollo de las estrategias y su implementación operativa, garantizando la creación y existencia de un área programática específica. Por otro lado, es primordial determinar, por parte de la autoridad educativa, la modalidad de articulación del componente de la educación ambiental integral en el ámbito formal, con el fin de dar cumplimiento a las distintas estrategias que componen esta ley.

Asimismo, se encomienda la tarea de desarrollar a nivel nacional y con participación de las distintas jurisdicciones, la elaboración de un estudio de percepción ambiental sobre las distintas áreas, permitiendo establecer una línea de base orientada a ajustar las Estrategias a la realidad de los territorios en razón de las necesidades y demandas de su implementación.

Por último, es necesario que la Estrategia alcance la más amplia cobertura territorial, social y sectorial a nivel nacional, garantizando sistematicidad, continuidad y sostenibilidad de la gestión permanente respecto de la educación ambiental.

La Estrategia Nacional de Educación Ambiental Integral es una responsabilidad compartida, con competencias y facultades diferenciadas, entre el *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible* y el *Ministerio de Educación*, según lo normado en la Ley General del Ambiente, la Ley de Educación Nacional; en articulación con el Consejo Federal de Medio Ambiente y el Consejo Federal de Educación.

A este respecto, y para ir concluyendo con la reseña expuesta de la presente ley, vale observar los efectos que encontramos materializados a más de un año de su sanción.

En primer lugar, en el marco curricular de la provincia se encuentra incorporado como eje formativo prescriptivo “El cuidado del am-

biente” (3). También hay “[r]eferencias sobre la educación ambiental en el Diseño Curricular para el Nivel Inicial, DGCyE. Precisamente en la pág. 50, y en relación al Área de Formación Personal y Social, se destaca que, durante su escolaridad, los niños (...) iniciarán un aprendizaje que les permitirá en los años sucesivos cuidar el ambiente, orientar sus elecciones de consumo, discutir las regulaciones de las organizaciones a las que se integran, con las desigualdades y las diferencias propias de una sociedad crecientemente segmentada y dispersa (...)” (4).

Por otro lado, entre diversas páginas web y redes oficiales del gobierno en sus distintas esferas hemos divisado una serie de variadas y oportunas propuestas, como así también distintas adaptaciones por parte de la provincia de Buenos Aires en lo que respecta a la educación ambiental aplicada de manera transversal, a saber:

- La provincia participó del primer Encuentro Nacional de Educación Ambiental para contribuir a la construcción de planificaciones locales e intersectoriales en el marco de la implementación de la ley 27.621.

- Se relanzó una nueva edición del curso de formación para las y los docentes de todas las modalidades y niveles educativos de la Provincia de Buenos Aires, con el fin de llevar diferentes propuestas ambientales a las aulas.

- Se llevó a cabo la propuesta de Formación en Educación Ambiental que incorpora saberes teórico-prácticos para pensar el aula (Generación 3R). Estos contenidos permiten integrar la perspectiva del ambientalismo popular al ámbito de la escuela, buscando abordar una mirada crítica hacia la temática y de esta manera pensar múltiples propuestas sustentables para las aulas.

(3) Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, “Marco curricular referencial de la Provincia de Buenos Aires”, Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2019, 1ª ed., p. 18.

(4) WEISSMANN, Hilda, “Referencias sobre la educación ambiental en el diseño curricular para el nivel inicial - documento de apoyo N° 6”, Dirección Provincial de Educación Inicial, Provincia de Buenos Aires, octubre/noviembre, 2011.

- Se dictó el curso de Educación Ambiental para una ciudadanía comprometida con el ambiente y con equidad social. Curso de formación destinado a docentes de todos los niveles y modalidades de PBA. Además de abordar temas vinculados a la Educación Ambiental Integral para repensar las prácticas pedagógicas.

- Se realizaron diversas visitas a hogares u organizaciones, municipios desarrollando propuestas de educación ambiental, como obras de teatro, kermesse de juegos.

- Se promueve y alienta el movimiento de Ambientalismo popular y pedagogía del juego y el amor.

- El Ministerio de Ambiente a través de sus plataformas digitales y páginas ofrece distintos programas interrelacionados con la educación ambiental. Con programas como Cultura Ambiental es una propuesta de fortalecimiento comunitario basada en la solidaridad, el trabajo colectivo y el cuidado del ambiente.

- El ministerio también ofrece material pedagógico online, de acceso libre y gratuito para laborar, como La Biblioteca Digital, que es una nueva opción que garantiza el acceso a la información ambiental por parte de toda la comunidad y la difusión de las producciones de las áreas de la provincia y permite seguir fomentando el ambientalismo popular.

- Durante la época de verano 2022, la provincia dispuso el desarrollo de diferentes actividades bajo la denominación de la campaña "Recreo" donde pudimos acercarnos personalmente y divisar propuestas generadoras de conciencia ambiental.

- Se visita periódicamente a jardines y a municipios para brindar taller sobre Nativas Bonaerenses y educación ambiental integral junto a niños, niñas y docentes de nivel inicial para aprender sobre las plantas, su cuidado y su importancia para el ambiente.

- Trabaja actualmente en la campaña provincial de recolección de Residuos de Aparatos Eléctricos, donde además de ser una política de financiamiento, capacitaciones y

asistencia técnica para que cada vez más cooperativas puedan tratar adecuadamente este tipo de residuos, RAEE promueve educación ambiental aplicada.

Por todo ello, y más acciones que seguramente han quedado fuera de nuestro alcance, podemos concluir que la provincia de Buenos Aires sí ha realizado diversas acciones tendientes a garantizar el cumplimiento eficaz de la presente ley. De momento, hay acciones presentes y focos de despertares de toma de conciencia activos. Los focos son cada vez mayores por parte de la población en general, pero aún no alcanza. La intención existe, pero no es suficiente. Siguen existiendo focos de conciencia ambiental que se apagan cuando un bosque se incendia adrede. Sigue habiendo desequilibrio social, sigue existiendo el desequilibrio ambiental. Pero la responsabilidad no es exclusiva del Estado, la responsabilidad es de la sociedad en su totalidad. Necesitamos que el Estado actúe, para darnos herramientas para actuar. El Estado ofrecer educación ambiental en los todos los niveles educativos, pero nosotros debemos hacer nuestra parte en cada hogar, el Estado ahí no puede entrar.

Fueron muchos años de desequilibrio, fueron muchos años de malos hábitos y costumbres difíciles de erradicar. Pero cuando en cada aula se hable de que somos todos parte de una misma tierra y que cada acción individual se vincula en la totalidad; cuando en cada casa se cocine amor por la tierra y por todo lo que existe, nuestra "conciencia o cultura ambiental" se materializará y lo veremos en todo acto, en cada compra, en cada fabricación, en cada construcción, en cada proyecto, en cada gesto, en cada siembra limpia, en cada ejemplo, en cada acción.

Pablo Lorenzetti dice al respecto de la generación de conciencia o cultural ambiental y la educación que "[l]a necesidad de impartir contenidos vinculados al consumo sostenible en todos los niveles educativos, tanto formales como no formales, tiene por objeto la evitación de los dos tipos de daños en torno a los cuales gira básicamente el microsistema ambiental (prevención de riesgos individuales y evitación de daños colectivos)... Sin dudas, la educación responsable se presenta como uno de los pilares

fundamentales a la hora de generar conciencia y cultura ambiental” (5).

Que aún falte, no quiere decir que no sea productiva la acción de la provincia, el accionar en la implementación de la ley esperanza la ilusión de creer que con adecuada educación ambiental integral nuestra transformación social sí ocurrirá, de forma gradual, paso a paso, pero con firmeza en la convicción. Seguimos necesitando una educación ambiental que reconozca a todos los actores como parte esencial, que incluya a todas las partes como protagonistas, con construcciones recíprocas y horizontales. Haciendo parte a los educandos en el proceso de educación. Haciendo parte a lo natural en lo cultural. Porque transmitir contenidos no basta, cuando involucramos los sentimientos de las personas en el proceso de educación, ocurre la verdadera transformación.

Antonio Elio Brailovsky dice respecto de la educación ambiental que “...no puede ser encerrada exclusivamente en las Ciencias Naturales. Estas disciplinas pueden explicarnos qué ocurre con los seres vivos de un río si alguien arroja un tóxico, pero solo a través de las Ciencias Sociales podemos comprender por qué algunas sociedades toleran esas conductas. Así, el vínculo con

el ambiente es histórico y cada cultura genera el suyo. Pero, además, la Educación Ambiental integra ciencias con sentimientos” (6).

Por su parte, el principio de no regresión nos pone constantemente una barrera por detrás de nuestro camino para ya no retroceder y siempre avanzar hasta llegar a nuestro bienestar socio ambiental real, sin estados ilusorios de leyes bonitas sin aplicar. El derecho es la herramienta cultural que nos da orden, la educación es la herramienta cultural que nos transforma. Cuando lleguemos al final del camino y el bienestar general ocurra, será el comienzo de otra realidad. Podremos afirmar que la conciencia ambiental en unidad sistemática ocurrirá, cuando reconozcamos que las personas, el derecho, los ríos, los pájaros y bosques somos la misma orquesta que está sonando.

Queremos resaltar una frase de Martín Luther King, Jr.: “Realmente todo se reduce a esto: toda la vida está interrelacionada. Todos estamos atrapados en una red, cosidos en una sola prenda del destino. Lo que afecta a uno, afecta a todos indirectamente”, y queremos agregar que la educación ambiental es cada hilvanada en la costura que une y repara la desconexión de las personas con lo natural.

(5) LORENZETTI, Pablo, "Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos", RD Amb., 39, Abeledo Perrot, 2014, p. 21.

(6) BRAILOVSKY, Antonio Elio, "Proyectos de educación ambiental: la utopía en la escuela", Ed. Novedades Educativas, 2014.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

IDENTIDAD CULTURAL PROVINCIAL

Celebración de figuras que se identifican con el culto católico romano. Percepción humanística de la fiesta. Derecho a la educación. Libertad de religión y de conciencia. Constitucionalidad de las normas que disponen los días festivos.

Con nota de Carlos Aníbal Rodríguez

1. — La acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” es improcedente, pues se trata de la celebración de eventos históricos y culturales, que hacen a la identidad y tradición local, y tienden a afirmar la pertenencia comunitaria, los cuales, más allá de su incidental vinculación con figuras de una determinada religión, tienen un claro sentido y uso secular, y son abordados desde una perspectiva democrática, neutral y objetiva, despojada de adocrinamiento y actos de fe.
2. — Ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural; desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo de origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso y así se produce una suerte de transformación de su significación, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público.
3. — Cabe rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución local que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, pues las conmemoraciones controvertidas forman parte de un amplio calendario escolar de claro espíritu humanista, donde se contemplan numerosas fechas de diversa índole, ya sean provinciales, nacionales o internacionales, históricas, culturales, vinculadas a los derechos humanos, al ambiente, a la salud, a los valores democráticos, a la educación, entre otras muchas temáticas, que en su conjunto conforman un orga-

nigrama que refleja una visión integral, plural, humanista y democrática.

4. — La acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución local que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” debe ser rechazada, toda vez que se puede afirmar que la Provincia de Mendoza al contemplar las conmemoraciones y actividades cuestionadas no tiene por objetivo imponer actos de culto o prácticas en una determinada fe, sino celebrar dos fechas destacadas por su importancia histórica y su significado secular, arraigado en la tradición y en la cultura local, procurando, de este modo, afianzar la existencia de una comunidad provincial y manteniendo incólume el principio de neutralidad religiosa del Estado.
5. — En el sistema federal, el Estado Nacional delinea las bases de la educación, las que deben respetar las particularidades provinciales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo con el art. 5º CN.
6. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no lesiona a la libertad religiosa y de conciencia de los alumnos, alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, ni afecta a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación, si, como en el caso, la conmemoración de figuras o símbolos identificados en su origen con el credo católico adquieren una significación diferente, secularizada y ajena a su estricto significado religioso.
7. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no lesiona a la libertad religiosa y de conciencia de los alumnos, alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, ni afecta a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación, toda vez que la norma dispone que se deberá eximir de estar presentes en estas actividades a aquellos que, por sus convicciones religiosas o filosóficas, no deseen participar, salvaguardándose así la libertad de conciencia de todos los integrantes de la comunidad educativa.

8. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no vulnera el derecho a la intimidad de los miembros de la comunidad educativa que optaran por no participar en las actividades, en tanto el sistema de exención previsto en la norma no requiere la exteriorización de las creencias personales, ni de los motivos por los que no se desea estar presente en dichos eventos, es decir, el mecanismo de eximición luce como un modo razonable e inocuo de ejercer la objeción de conciencia.
9. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no vulnera el derecho a la intimidad de los miembros de la comunidad educativa que optaran por no participar en las actividades, pues se trata de actividades que se llevan a cabo solo en las dos fechas determinadas en el calendario escolar y no hay elementos que permitan entrever que la ausencia de algún alumno o trabajador en dichas jornadas pudiera provocar su estigmatización o su segregación dentro de la comunidad educativa.
10. — Cabe rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, pues las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o imposición —a los alumnos y/o personal docente y no docente— de una determinada religión o que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación (del voto del Dr. Rosatti).
11. — Ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y—no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida— la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (del voto del Dr. Rosatti).
12. — La libertad de religión es de creencia y de práctica, desde que abarca la libertad de creer o no creer y de exteriorizar —en su caso— esas creencias practicando libremente el culto de una religión, sin que se le pueda imponer a una persona la obligación de tener o dejar de tener una creencia determinada, ni la de practicar un culto determinado (art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12.1 de la CADH; art. 18.4 del PIDCyP; art. 14, inciso 1, CDN) (del voto del Dr. Rosatti).
13. — La libertad religiosa incluye también la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, concebida como el derecho de toda persona, con sustento en razones fundadas en la moral y en sus convicciones más íntimas, de no realizar determinados actos o de cumplir una norma u orden de la autoridad, cuyo ejercicio no puede ser restringido salvo que se ponga en riesgo o se afecte significativamente el orden público, la vida o los derechos de terceras personas (del voto del Dr. Rosatti).
14. — La acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” debe ser rechazada, pues la propia resolución en disputa pone especialmente el acento en el modo y la forma en que dichas conmemoraciones deben llevarse a cabo, destacando que deberán tener características que pongan énfasis en sus aspectos culturales y de tradición, en consonancia con los objetivos de una educación pública y laica que respete los principios de pluralidad, diversidad y tolerancia previstos en la Constitución provincial y que rigen las normas locales en la materia (del voto del Dr. Rosatti).
15. — Cabe rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, pues de los términos en que está redactada la norma que contiene la exención a participar de las actividades no se deriva que para hacer uso de ella se deba informar la creencia religiosa o el motivo expreso en que se sustenta tal pedido, y la parte no ha probado que, en la realidad, ello hubiera sido exigido por la autoridad educativa como condición necesaria para habilitar la exención requerida (del voto del Dr. Rosatti).
16. — La conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” es una manifestación cultural local, mas no un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la

- idiosincrasia mendocina, aunque no se repite en otras provincias, y el respeto al federalismo conlleva necesariamente el respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos (del voto del Dr. Rosatti).
17. — La resolución de la Provincia de Mendoza que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” no vulnera derechos fundamentales que autoricen su declaración de invalidez constitucional, pues se trata de un claro e inequívoco ejercicio del margen de apreciación local (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación (del voto del Dr. Rosatti).
18. — El principio de no discriminación implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa en la que nadie tiene el derecho de imponer su visión a los demás; este principio permite diseñar sociedades en las que convivan diferentes visiones que enriquecen el debate público y que, a través de la participación de cada sector se tengan en cuenta intereses, inquietudes y puntos de vista que aseguren su identidad cultural; así la función del derecho en estos casos no es excluirlos o buscar la homogeneidad, sino lograr un consenso que surge de su interacción (del voto del Dr. Lorenzetti).
19. — El derecho a la identidad dinámica individual y colectiva significa que todas las personas humanas o las comunidades pueden pretender preservar dicha identidad; y, a medida en que avanza la globalización, se refuerzan las identidades culturales locales como una búsqueda de sentido y seguridad (del voto del Dr. Lorenzetti).
20. — El patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad; es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia, puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos futuros (del voto del Dr. Lorenzetti).
21. — Existe un derecho de incidencia colectiva a la identidad cultural dinámica tutelado en tanto no exhiba potencial discriminatorio (del voto del Dr. Lorenzetti).
22. — Corresponde rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, pues la resolución mencionada establece con claridad que con las conmemoraciones y/o celebraciones se persigue una finalidad cultural y la posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual; sin evidencia ni prueba aportada a la causa de que los alumnos o personal docente que se hayan querido abstener de presenciarlas hubieran tenido alguna dificultad para ejercer esa libertad (del voto del Dr. Lorenzetti).
23. — La acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” debe ser rechazada, pues dichas conmemoraciones constituyen tradiciones tendientes a resaltar la identidad cultural colectiva de Mendoza; y su celebración no afecta al derecho de la no discriminación ni la neutralidad religiosa estatal, en tanto no hay elementos que revelen que en ellas se realicen alusiones más allá de esas referencias históricas o culturales, manteniéndose el respeto de cualquier discrepancia que todo habitante pueda tener, como así también la eximición de no concurrir a las festividades que se celebran para aquellos que no desean hacerlo (del voto del Dr. Lorenzetti).

CS, 23/08/2022. - Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c. Dirección General de Escuelas s/acción de amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/109735/2022]



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la constitucionalidad de la res. 2616/2012, emitida por la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza.

CSJ 004956/2015/RH001

Dictamen del Procurador Fiscal

-I-

La Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó los recursos de casación y de inconsti-

tucionalidad interpuestos por Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, y confirmó la sentencia de la Cuarta Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, de Minas y Tributario de esa Provincia (fs. 653/663 de las actuaciones principales, a las que me referiré salvo aclaración en contrario).

El tribunal indicó que la cuestión a resolver consistía en determinar si la resolución 2616/2012, emitida por la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, es inconstitucional en cuanto dispone que en el ciclo lectivo del año 2013 se realicen actividades “de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” en conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen de Carmen de Cuyo”. Señaló que la acción no había devenido abstracta pues se había mantenido la conmemoración de esas fechas en resoluciones posteriores.

En primer lugar, invocó precedentes de tribunales nacionales y de otras jurisdicciones que reflejan la idea de que el Estado no debe asumir una posición de neutralidad frente a los fenómenos religiosos. Sostuvo que la decisión de la Cámara, al igual que aquellos casos, había interpretado los derechos a la libertad religiosa y a la educación de modo armónico sin suprimir ninguno de ellos.

Asimismo, señaló que la resolución impugnada no obliga a ningún individuo a obrar en contra de sus creencias religiosas. Al respecto, recordó la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en “Bahamondez” (Fallos: 316:479), según la cual es posible ejercer la objeción de conciencia e incumplir con una norma salvo que medien razones de orden público.

A su vez, destacó que la actora, al pretender suprimir las referencias religiosas en las escuelas públicas, apeló a una forma extrema de laicismo, distinta a la propuesta por la Constitución provincial y Nacional pues ninguna se compromete con la ausencia absoluta del ejercicio de cultos.

Destacó, por un lado, que la resolución contempla las creencias de quienes profesan otros credos al prever feriados no laborales en fechas relevantes para otras religiones y, por otro, que las conmemoraciones impugnadas no constituyen actos de adoctrinamiento, sino que evocan tradiciones mendocinas para afianzar la pertenencia a la comunidad provincial.

En particular, con relación al contenido de las conmemoraciones, indicó que aquellas hacen referencia a dos figuras representativas de la iglesia católica únicamente en la medida en la que se encuentran vinculadas con la historia de la Provincia. Al respecto, consideró que la supresión de los homenajes a Santiago en su carácter de patrón de la Provincia de Mendoza y a la Virgen de Carmen de Cuyo por haber sido nom-

brada “General” del Ejército de los Andes por José de San Martín, quien también le entregó su bastón de mando, constituiría un acto de represión de manifestaciones populares que forman parte del patrimonio histórico y de las tradiciones de la Provincia.

En virtud de lo expuesto, concluyó que el rechazo de la acción de amparo no implicaba desconocer la laicidad que debe regir en las aulas escolares sino que, por el contrario, aceptaba que la educación integral de los niños abarca la evocación de figuras religiosas involucradas en acontecimientos históricos. Así, alegó que la sentencia apelada respetaba las leyes que regulan la educación a nivel nacional y provincial.

-II-

Contra esa sentencia, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos interpuso recurso extraordinario (fs. 664/684), cuya denegación motivó la presentación de esta queja (fs. 103/108 y 1111115 del cuaderno respectivo).

La actora alega que el a qua decidió en contra de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger la educación de los hijos, a la honra y la dignidad, a la igualdad y a no brindar datos personales.

Por otra parte, manifiesta que la sentencia es arbitraria por diversas razones. En primer término, aduce que el a qua asume la homogeneidad de los sentimientos y la religiosidad de los habitantes de la Provincia de Mendoza. Indica que en el expediente hay presentaciones efectuadas por habitantes de esa Provincia que expresan su disconformidad con las conmemoraciones impugnadas y desacreditan esa asunción.

En segundo término, sostiene que el tribunal omitió tratar cuestiones que introdujo oportunamente. En especial, indica que el a qua no abordó su agravio relativo a que, independientemente de la posibilidad de abstención de las conmemoraciones impugnadas, la conmemoración de esas fechas lesiona el derecho a la intimidad pues hacer uso de ese permiso implica la exposición automática ante la comunidad educativa. Al respecto, agrega que las personas no se abstendrían de participar en las conmemoraciones por temor a ser discriminadas y que quienes cumplen funciones docentes, directivas y auxiliares no pueden hacer uso de la opción en tanto deben cuidar a los menores a su cargo.

En tercer término, indica que el entendimiento del laicismo del a qua implica comprometerse con la ideología católica apostólica romana en perjuicio de las minorías no católicas de la Provincia. Por el contrario, alega que el laicismo conlleva la separación entre la iglesia y el Estado, y el respeto igualitario de las creencias de todos los habitantes.

Finalmente, controvierte la descripción que el tribunal hace de las conmemoraciones impugnadas. Niega que la evocación de figuras religiosas se encuentre justificada por su influencia en acontecimientos históricos provinciales. En particular, indica que el 8 septiembre de 1911, fecha homenajeada como el “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, fue el día en el que se coronó a la imagen de esa virgen por instrucciones del Papa Pío X. Destaca, a su vez, que el primer patrono de Mendoza fue Pedro, y no Santiago.

En cualquier caso, arguye que el a quo omite considerar que las conmemoraciones del Patrón Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo implican un reconocimiento por parte de la Dirección General de Escuelas de los dogmas eclesiásticos de la iglesia católica apostólica romana relativos a que la madre de Jesús era virgen y al culto debido a los santos, y que acrecen el reconocimiento de las fuentes doctrinales de esa iglesia. Para más, alega que ello conlleva la adopción de una posición que discrimina a las minorías no católicas. Precisa que la figura del Patrón Santiago está relacionada con la estigmatización de quienes no profesan la religión católica, pues él es también conocido como “Santiago Matamoros”, un personaje que defendía el catolicismo frente a sus enemigos. Por otra parte, recuerda que la virgen fue instituida como patrona de la educación provincial por el gobierno militar.

-III-

El recurso de queja es procedente. En efecto, los agravios del recurrente suscitan cuestión federal toda vez que cuestiona la validez de la resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas de Mendoza a la luz de los derechos constitucionales a la libertad de religión y de conciencia, a la igualdad y no discriminación, a la autonomía personal y a la intimidad, y la decisión recurrida es favorable al acto de la autoridad local (art. 14, inc. 2, ley 48). A su vez, considero que los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia se encuentran inescindiblemente ligados con aquellos referentes a la cuestión federal debatida, por lo que ambos aspectos deben ser tratados en forma conjunta (Fallos: 321:2764, “La Meridional”; 323:1625, “Arcuri”, entre otros).

-IV-

En el presente caso, el recurrente plantea que la resolución 2616/2012 emitida por la Dirección General de Escuelas de Mendoza lesiona derechos constitucionales en cuanto establece las conmemoraciones del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” en las escuelas públicas de esa Provincia.

Esa resolución, que organiza el calendario escolar de las escuelas públicas de Mendoza, enumera las

conmemoraciones que deberán ser celebradas en el año 2013 en virtud de las que “se realizarán actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional y con la participación de toda la comunidad educativa” (fs. 102/103).

En particular, la resolución señala que los días 24 de marzo (“Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia”), 2 de abril (“Día del Veterano y de los Caídos en la Guerra de las Malvinas”), 1 de mayo (“Día del Trabajo”), 10 de junio (“Afirmación de los Derechos sobre las Islas Malvinas, Islas del Atlántico Sur y Antártida Argentina”), 25 de julio (“Patrón Santiago”), 24 de agosto (“Día del Padre de la Patria”), 8 de septiembre (“Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” y “Día Internacional de la Alfabetización”), 17 de septiembre (“Día del Profesor”), 12 de octubre (“Día del Respeto a la Diversidad Cultural”), 10 de noviembre (“Día de la Tradición”) y 20 de noviembre (“Día de la Soberanía Nacional”) se realizará una conmemoración con la presencia de la bandera de ceremonias en la que se entonará el himno nacional argentino. A su vez, dispone que las restantes actividades con motivo de esas conmemoraciones serán organizadas de acuerdo con lo previsto en los proyectos institucionales de cada escuela, y que podrán consistir en “clases alusivas, carteleras, entrevistas, proyección de videos, actividades diversas en las que participen alumnos, docentes y miembros de la comunidad o personalidades relevantes del medio”.

Esas conmemoraciones y sus características centrales se mantienen en la resolución 2959/2016 emitida por la Dirección General de Escuelas de Mendoza, que regula el ciclo lectivo en curso (disponible en www.mendoza.edu.ar). La resolución establece que las conmemoraciones serán presididas por las banderas de ceremonia provincial y nacional, y que se entonará el himno nacional argentino. A su vez, indica que esas fechas deberán ser celebradas mediante el dictado de clases alusivas y actividades relacionadas con la festividad, organizadas por las autoridades de los establecimientos a fin de que los alumnos profundicen su conocimiento sobre la fecha en cuestión.

Asimismo, esa resolución expresamente aclara que las conmemoraciones del Patrón Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo “deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de estas fechas. Si un alumno y/o personal de la institución, por su concepción religiosa o filosófica, prefiere el abstenerse de participar de dicha conmemoración, se le deberá eximir de estar presente”.

-V-

En este contexto, la cuestión central en el sub lite consiste en determinar si la resolución 2616/2012 en cuanto establece y organiza las conmemoraciones del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del

Carmen de Cuyo” se encuentra dentro del margen de autonomía legisferante de las provincias o si, como alega la recurrente, lesiona los derechos previstos en la Constitución Nacional a la libertad de religión y conciencia, a la igualdad, a la autonomía personal y a la intimidad.

Por un lado, esta Procuración General en su dictamen en la causa CSJ 1870/2014/CS1, “Castillo, Carina Viviana y otros de Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Provincia de Salta”, emitido el 30 de marzo de 2017, destacó que los artículos 5 y 121 de la Constitución Nacional consagran una amplia autonomía a fin de que las provincias dicten su propia constitución y sus propias leyes y, en particular, organicen su sistema educativo, recogiendo las diversidades locales que enriquecen al régimen federal. Allí, apuntó que “[d]esde antaño la Corte Suprema ha destacado las autonomías provinciales, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades (cf. docto Fallos: 311:460, ‘Bruno’ y sus citas; 317:1195, ‘Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe’ y sus citas; 329:5814, ‘Díaz’).”

Por el otro, nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho a la libertad de religión y de conciencia (arts. 14, 19 y 75, incs. 17 y 22, Constitución Nacional; art. 12, Convención Americana sobre los Derechos Humanos; art. 18, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 14, Convención sobre los Derechos del Niño). Aquel se encuentra, a su vez, establecido en el artículo 6 de la Constitución de la Provincia de Mendoza. Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que se trata de un derecho particularmente valioso y que comprende el respeto por quienes sostengan creencias religiosas y por quienes no las sostengan (Fallos: 312:496, “Portillo”, considerandos 8º, 9º y 10º).

En el citado caso “Castillo”, esta Procuración General determinó que el derecho a la libertad de religión y conciencia está conformado por distintas dimensiones fundamentales. En primer término, ese derecho abarca la libertad de tener o no creencias sin sufrir injerencias ajenas (art. 12, párr. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1, párr. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones). Cabe recordar que el Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias de las Naciones Unidas ha destacado que toda práctica que exponga por la fuerza y en contra de su voluntad a los estudiantes a la instrucción religiosa constituirá una violación del artículo 18, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (AJHRC/16/53, 15 de diciembre de 2010, párr. 53).

Asimismo, el derecho a la igualdad y la libertad de religión comprende el derecho a no ser discriminado por motivos religiosos (arts. 16 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; arts. 1, inc. 1, y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; arts. 2, inc. 1, 24, 26 y 27, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones; art. 1, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; arts. 2 y 30, Convención sobre los Derechos del Niño).

En tercer lugar, tanto los niños y niñas como sus padres y representantes legales tienen la libertad de recibir una educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 12, párr. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13, párr. 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Al respecto, se ha precisado que la libertad religiosa permite que la escuela pública imparta la enseñanza de materias tales como historia general de las religiones y ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva, y que la instrucción en una religión es impermisible a menos que se hayan previsto exenciones que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores (Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 22, “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, 48º período de sesiones, HRIIGEN/11Rev.7, 1993, párr. 6; en el mismo sentido, Observación General nro. 13, “El derecho a la educación”, 21º período de sesiones, UN Doc.E/C.12.1999/10, 1999, párr. 28).

Finalmente, la obligación de revelar las creencias religiosas puede implicar una injerencia de terceros en uno de los aspectos más íntimos de las personas, que está prohibida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, a la vez que puede configurar un modo indirecto de coaccionar la libertad de tener o no creencias religiosas (Observación General nro. 22, op. cit., párr. 3).

En ese caso, esta Procuración General concluyó que tanto la instrucción en el catolicismo durante el horario escolar como la realización de prácticas religiosas generalizadas -como rezos, bendiciones y oraciones en los cuadernos- dentro del espacio curricular y fomentadas por las autoridades escolares implicaban una presión indebida en la libertad de elección de los alumnos. A su vez, sostuvo que la aplicación de la normativa cuestionada había tenido un impacto discriminatorio en los niños y niñas en tanto coadyuvó a la segregación y a la consolidación de prejuicios o estereotipos en contra de las minorías religiosas. Señaló también que la educación religiosa no había sido im-

plementada como una enseñanza neutral y objetiva, y que su régimen de exención era meramente una posibilidad teórica, a la vez que configuraba una indebida injerencia en la intimidad de los niñas, niños, padres y tutores. Por último, entendió que existían medios alternativos para garantizar el derecho consagrado en la Constitución de la Provincia de Salta de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos recibieran en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones.

Con relación al presente caso, cabe advertir que el examen constitucional de los derechos en juego debe considerar que existen diferencias entre la educación confesional, y las actividades escolares alusivas a figuras religiosas vinculadas con acontecimientos históricos y festividades populares relevantes en el desarrollo cultural de una sociedad. En mi entender, la sola circunstancia de que ciertas actividades escolares tengan un componente religioso no conlleva necesariamente una afectación a las distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia expuestas en el caso “Castillo”. En particular, ello es así cuando las actividades escolares hagan referencia a elementos religiosos con propósitos estrictamente seculares; se realicen desde una perspectiva plural, neutral y objetiva; no fomenten, directa o indirectamente, dogmas o creencias religiosas; no impliquen la realización de actos de culto o prácticas religiosas; no incluyan actos con contenido o impacto discriminatorio; y contemplen exenciones adecuadas.

La delicadeza de los derechos en juego, la especial protección constitucional de los niños, niñas y adolescentes, y el hecho de que las actividades ocurran en la escuela requieren un escrutinio riguroso a fin de determinar si las referencias a cuestiones religiosas, ya sea por el modo en que son reguladas o implementadas, resguardan las distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia. En ningún caso puede admitirse que, bajo el pretexto de llevar a cabo una conmemoración histórica o cultural, se impongan creencias religiosas o se discrimine por motivos de religión en el ámbito de la escuela pública.

-VI-

De las presentes actuaciones surge que las conmemoraciones previstas en la resolución 2616/2012, que tienen lugar una vez al año, refieren a dos figuras que pertenecen a una religión determinada en tanto se encuentran vinculadas con episodios de la historia y tradiciones culturales de la Provincia.

Por un lado, Santiago es homenajeado en su carácter de patrón de la Provincia de Mendoza. Desde mediados del siglo dieciséis el cabildo de la ciudad de Mendoza organizaba festividades en conmemoración del patronazgo de Santiago. Según reflejan fuentes historiográficas, esas actividades no eran solamente

religiosas sino eminentemente cívicas y patrióticas (“Actas capitulares de Mendoza: años 1566 a 1609”, Tomo I, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires: 1946; “Actas capitulares de Mendoza”, Tomo II, Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Mendoza: 1961; Esteban Fontana, “El Patrono Santiago y su festividad en la época colonial”, Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Segunda época, Volumen 2, 1962).

Por otro lado, la Virgen de Carmen de Cuyo es recordada por haber sido nombrada “Generala” del Ejército de los Andes por José de San Martín, quien en una ceremonia pública depositó ante la imagen de esa virgen su bastón de mando (Ricardo Levene, “El genio político de San Martín”, Buenos Aires, Editorial Kraft, 1950, pág. 79; Ricardo Rojas, “El Santo de la Espada”, Buenos Aires: Editorial Losada, 1942, págs. 164-165).

Los elementos probatorios incorporados al expediente no indican que, en la implementación de las conmemoraciones aquí cuestionadas, se realicen alusiones más allá de esas referencias históricas o culturales. De este modo, no se ha acreditado que la resolución impugnada tenga propósitos que excedan los seculares vinculados con particularidades e identidades de la Provincia de Mendoza.

A su vez, la autoridad educativa provincial fijó directivas acerca de la forma de llevar adelante las actividades escolares cuestionadas. En efecto, ambas resoluciones 2616/2012 y 2959/2016 establecen que las actividades serán presididas por las banderas de ceremonia y que en esa ocasión se entonará el himno nacional argentino. Además, la resolución 2959/2016 expresamente ordena que las conmemoraciones -que incluyen clases alusivas y actividades relacionadas- deberán tener características que enfaticen los aspectos culturales y tradicionales de las festividades y acontecimientos conmemorados. Si bien esas directivas padecen de cierta imprecisión, las pruebas incorporadas a la causa no dan razones para pensar que en el contexto de las conmemoraciones se incluya algún tipo de instrucción religiosa, se fomenten creencias o dogmas, o se imponga a los estudiantes algún tipo de práctica religiosa o actos de culto, como la realización de rezos, misas u oraciones.

Además, las conmemoraciones en cuestión se insertan en un calendario escolar humanista, que no evidencia propósitos confesionales o de adoctrinamiento religioso. Para más, tanto la Constitución como la legislación provincial contemplan una oferta pública educativa regida por el principio de laicidad. Al respecto, cabe recordar que el artículo 212, inciso 1, de la Constitución de la Provincia de Mendoza dispone que “[l]a educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca”. En consonancia con ello, la Ley 6.970 de

Educación Pública Provincial prevé en su artículo 4, inciso e, que el Estado garantizará que la educación sea laica y en su artículo 8, inciso b, que los alumnos tienen derecho “a ser respetados en su integridad y dignidad personal y en sus convicciones religiosas, morales y políticas en el marco de la convivencia democrática”. Esas normas guían a la Provincia en la aplicación de la normativa impugnada pues le exigen adoptar una perspectiva neutral y objetiva en las actividades escolares en general y en las conmemoraciones en particular.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde advertir que las conmemoraciones en cuestión implican cierta exposición de los niños a figuras propias de una religión determinada que, además, es la religión mayoritaria, por lo que cabe verificar la idoneidad de las exenciones otorgadas por la Provincia.

Al respecto, resulta dirimente que de los testimonios prestados por la Directora General de Escuelas y de la Subsecretaria de Educación de ese organismo surge que, en los hechos, se ha exceptuado a las personas que no quieren participar de esas actividades (fs. 213/214 y 215/216). Además, las resoluciones 1853/2013, 2381/2014, 0038/2016 y 2959/2016 prevén expresamente que los docentes, alumnos y personal no docente que deseen no asistir a las conmemoraciones serán eximidos de estar presentes.

Si bien la actora sostiene que esas exenciones son discriminatorias y vulneran el derecho a la intimidad, no trajo elementos probatorios que indiquen que, en la práctica, los alumnos, docentes y personal no docente no hagan uso de la posibilidad de abstención por el temor a ser discriminados o a fin de no revelar sus creencias religiosas o no religiosas. De las pruebas producidas no surge que el sistema de exenciones vigente requiera una expresión manifiesta de las creencias, ni que las conmemoraciones en cuestión generen una segregación entre los alumnos. A diferencia de la instrucción religiosa confesional a lo largo del año lectivo que esta Procuración General analizó en “Castillo”, estas conmemoraciones se desarrollan en un momento determinado durante una jornada escolar, por lo que no es evidente que la ausencia del alumno o el personal pueda provocar un efecto de estigmatización en la comunidad educativa.

En este contexto, y a la luz de las probanzas de la causa, entiendo que las exenciones previstas por la autoridad provincial son adecuadas.

En suma, las particulares circunstancias de este caso no son suficientes para acreditar que del texto o bien de la implementación que hasta aquí se ha realizado de la resolución 2616/2012 resulte una vulneración de los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, tal como expuse, la cuestión examinada amerita una actuación sumamente prudente por

parte de los tribunales pues involucra fundamentalmente a niños y niñas, titulares de una protección constitucional especial, por hechos que tienen lugar en un ambiente altamente permeable a las influencias como la escuela. Por ello, corresponde arbitrar medidas que aseguren la protección efectiva de los derechos en juego.

Es por eso que solicito a la Corte Suprema que, con intervención de la Procuración General de la Nación y previa audiencia de las partes, establezca un mecanismo de observación de la implementación de la resolución impugnada que permita asegurar que las actividades que organiza no se aparten de las circunstancias comprobadas y respeten estrictamente los principios constitucionales enunciados (cf. dictámenes emitidos por la Procuración General de la Nación, S.C. D., L. XLIX, “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, 9 de abril de 2014; S.C. C., L. XLVII, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, 8 de septiembre de 2014).

-VII-

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde admitir la queja y rechazar el recurso extraordinario. Buenos Aires, 22 de noviembre de 2017. — *Víctor Abramovich*.

Buenos Aires, 23 de agosto de 2022

Considerando:

1º) Que la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) –Filial San Rafael– promovió una acción de amparo colectivo contra la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución 2616-DGE-2012 en cuanto dispone la realización de actividades de “gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, respectivamente. En función de ello, solicitó que se ordene a la demandada abstenerse de instruir al personal docente y no docente y al alumnado bajo su potestad administrativa a participar, de cualquier modo, en tales actos escolares.

En primera instancia se hizo lugar al amparo y se ordenó a la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza que adopte las medidas necesarias para que en las escuelas de gestión pública de dicha Provincia no se efectuaran las conmemoraciones en cuestión.

Al resolver el recurso de apelación de la demandada, el tribunal de alzada revocó la sentencia impugnada y rechazó la acción de amparo. Contra este

pronunciamiento, la asociación actora dedujo los recursos de casación y de inconstitucionalidad previstos en el ordenamiento procesal local, los cuales fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

2º) Que, para así decidir, de modo preliminar, la Corte provincial descartó que el caso haya devenido abstracto en razón de que en los calendarios escolares posteriores al del año lectivo cuestionado en la demanda se había mantenido la conmemoración de las dos fechas controvertidas.

Al abordar la cuestión de fondo, el superior tribunal local indicó que como fundamento de su pretensión la asociación actora apelaba a una forma extrema de laicismo, tendiente a la ausencia absoluta del ejercicio de cultos, que difería de la adoptada por la Constitución Nacional. Señaló que la resolución impugnada no obligaba a individuo alguno a obrar en contra de sus creencias religiosas y recordó en este punto la doctrina del precedente de la Corte “Bahamondez” (Fallos: 316:479). Destacó que la actora no había logrado rebatir dos cuestiones fundamentales: por un lado, que la resolución atacada contempla las creencias de quienes profesan distintos credos al prever como feriados no laborables fechas relevantes para otras religiones; y, por otro, que las conmemoraciones cuestionadas no son actos de culto o adoctrinamiento, sino evocaciones de tradiciones mendocinas que procuran afianzar la identidad y pertenencia a la comunidad provincial. Remarcó que la recurrente tampoco había logrado demostrar de qué manera las citadas conmemoraciones lesionan el derecho a la libertad religiosa, a la no discriminación y el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos.

En esta línea, aseveró que la pretendida erradicación del ámbito público escolar de las tradiciones locales “constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares y sentimientos del hombre mendocino que exceden su concreta religiosidad personal misma, porque forman parte de su patrimonio histórico y de su tradición” (cfr. fs. 661 de los autos principales).

Señaló que el rechazo de la acción no implicaba el desconocimiento de la laicidad que debía imperar en las aulas de las escuelas públicas, sino el reconocimiento de que una educación tendiente al desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes podía evocar figuras religiosas que hubieran tenido influencia en los acontecimientos históricos de la Provincia, sin incurrir en adoctrinamientos. En este sentido, indicó que las conmemoraciones controvertidas hacen referencia a dos figuras representativas de la Iglesia Católica únicamente en la medida en que se encuentran vinculadas con la historia de la Provincia de Mendoza. En concreto, recordó que son jornadas en las que se homenajea a Santiago como patrono de la Provin-

cia y a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “Generala del Ejército de los Andes” por José de San Martín, quien en su momento también le ofrendó su bastón de mando. Manifestó que la formación en libertad del educando se vería ostensiblemente oprimida si se pretendiera una educación que ignorara estos componentes históricos y culturales insoslayables.

A partir de lo expuesto, concluyó que la sentencia apelada resultaba ajustada a derecho, según lo normado en los artículos 15 y 28 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y de acuerdo a los fines y objetivos perseguidos tanto por la ley 26.206 de Educación Nacional, como por la ley 6970 de Educación de la Provincia de Mendoza.

3º) Que contra este pronunciamiento, la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos interpuso recurso extraordinario (fs. 664/684), cuya denegación motivó la presente queja.

En su remedio federal, la recurrente plantea que la corte local efectuó una interpretación arbitraria de las normas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que tutelan los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger el tipo de educación para los hijos, a la honra y a la dignidad, a la intimidad y a la igualdad, así como de las leyes nacionales 26.061, 26.206 y 25.326.

Manifiesta que la sentencia es arbitraria por defectos de fundamentación, que resulta dogmática y contradictoria en sus propios términos. En este sentido, expresa que el a quo supone la homogeneidad de los sentimientos y religiosidad de los habitantes de la Provincia de Mendoza, pese a que en el expediente obran presentaciones efectuadas por personas ateas o de religión evangélica que manifiestan su disconformidad con las conmemoraciones cuestionadas y desacreditan tal suposición. Remarca que, de esa manera, la Corte provincial niega la diversidad y desconoce la existencia y derechos de las minorías religiosas del pueblo mendocino.

Señala que al momento de la promoción de la acción de amparo, ninguna norma contemplaba la posibilidad de que los alumnos o el personal de las escuelas públicas provinciales que no fueran católicos o creyentes pudieran ausentarse de las celebraciones en cuestión. Asevera que las posteriores resoluciones que previeron la opción de abstenerse de participar en tales eventos, exponen a quien haga uso de dicha posibilidad como disidente frente a la comunidad educativa, provocando una afectación de su derecho a la intimidad al revelar su no pertenencia al credo católico, incluso cuando no estuviesen obligados a justificar las razones de su objeción. En cuanto al personal de los establecimientos educativos, añade que en su

caso la participación en aquellas actividades sería inevitable, ya que no podrían sustraerse de sus responsabilidades referentes al cuidado de los menores de edad a su cargo.

Aclara que su planteo no tiene nada que ver con aquellos actos religiosos privados que pudieran realizar los alumnos o los miembros del personal dentro del ámbito de las escuelas públicas —como, por ejemplo, llevar una medalla con una imagen religiosa colgada al cuello—, los cuales se encuentran amparados por el artículo 19 de la Constitución Nacional; sino que su pretensión se dirige a garantizar la laicidad institucional.

Sostiene que la corte local, por el contrario, asume una postura confesional, que reafirma el privilegio de la religión Católica Apostólica Romana, adoptando una clara perspectiva discriminatoria de los grupos no católicos, en situación de vulnerabilidad. Expresa que resulta arbitraria e inverosímil la afirmación referida a que no hay elementos de culto o adoctrinamiento explícito en los actos escolares impugnados, pues ellos no son sino el resultado de la extensión de las creencias y tradiciones de la grey católica a la totalidad de la comunidad educativa.

4º) Que el recurso extraordinario resulta admisible toda vez que en el caso se encuentra en tela de juicio la constitucionalidad de normas provinciales (resolución 2616-DGE-2012 y sus sucesoras), bajo la pretensión de ser contrarias a los derechos constitucionales a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la intimidad y a la igualdad, a la honra y a la dignidad; y la decisión apelada ha sido a favor de la validez de las normas locales (artículo 14, inciso 2º, de la ley 48).

5º) Que la recurrente estructura su planteo con base en la afirmación de que las dos conmemoraciones impugnadas y las actividades previstas en el calendario escolar para festejar esas fechas configuran actos de culto y adoctrinamiento en la fe católica. A partir de esta premisa sostiene que conmemorar el día 25 de julio como del Patrón Santiago y el día 8 de septiembre como de la Virgen del Carmen de Cuyo, dos figuras correspondientes a la religión católica, realizando actividades de “gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa”, resulta discriminatorio para quienes no profesan dicha religión mayoritaria y, como consecuencia, lesiona varios de sus derechos.

De aquí se sigue que en el presentid y tradición local, y tienden a afirmar el caso se debe determinar si las conmemoraciones y actividades en cuestión constituyen actos de culto de la fe católica o implican de algún modo adoctrinamiento en esa religión. Esta Corte adelanta su conclusión en el sentido de que dichos eventos carecen del alegado contenido religioso y, en consecuencia, su celebración se encuentra

dentro de las facultades de la Provincia de organizar su calendario escolar, y que por la modalidad como están regulados no lesionan derecho constitucional alguno.

Tal como surge del desarrollo posterior, ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público.

6º) Que como fue expuesto en la sentencia apelada —sin que la recurrente, pese a sus esfuerzos argumentales, lograra rebatirlo— y señalado también en el dictamen del señor Procurador Fiscal, si bien las conmemoraciones y actividades previstas en la norma impugnada refieren a dos figuras que pertenecen a una religión determinada, solo lo hacen en la medida en que se vinculan con la historia y la tradición cultural de la Provincia de Mendoza. En efecto, es la impronta histórica de estas dos fechas, su significado y arraigo en la cultura local, lo que define a estas festividades y la razón que determinó, según lo que surge de la reglamentación de la autoridad educativa provincial, su inclusión en el calendario escolar y la realización de actividades alusivas.

En concreto, el 25 de julio se celebra el día de Santiago, no por su rol bíblico como destacado discípulo de Jesús de Nazaret ni por su labor evangelizadora en la península ibérica, sino como patrono de la ciudad y la Provincia de Mendoza. Es decir, se trata de una jornada en la que se evoca la figura de Santiago como protector y guardián de Mendoza, asignándole a la celebración el sentido de fiesta cívica, propia de la cultura, historia e identidad del pueblo mendocino. La celebración no es una afirmación de convicción religiosa alguna por parte de la comunidad mendocina que se impone a quienes no comparten un credo determinado, sino una forma de mostrar, anclada en la historia provincial, que los mendocinos se consideran como parte de la misma comunidad.

En cuanto a su origen, las fuentes históricas indican que “fue el Cabildo secular el que comenzó y vigorizó la fiesta del Patrono de la ciudad” (Esteban Fontana, “El Patrono Santiago y su festividad en la época colonial”, Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Segunda época, Volumen 2, 1962, página 152).

En efecto, las “Actas Capitulares de Mendoza” dan cuenta de que desde mediados del siglo XVI cada 25 de julio y en su víspera se organizaban anualmente festividades en honor a su patronazgo, las cuales eran eminentemente cívicas y patrióticas. En el marco de aquella celebración, entre las personalidades destacadas de la sociedad mendocina era elegido un nuevo alférez real, quien al aceptar el cargo prestaba el debido juramento y encabezaba una procesión por la plaza y las calles enarbolando el estandarte de la ciudad, que previamente le era entregado en solemne ceremonia.

Así, a modo de ejemplo, del Tomo I de las referidas actas surge que “desde que esta ciudad se fundó y pobló se ha usado y acostumbrado en cada un año nombrar alférez para que saque el pendón y estandarte que esta ciudad tiene la víspera y día de fiesta del Señor Santiago, patrón de las Españas, aquí en esta ciudad tiene por patrón y abogado” (según traducción de Esteban Fontana del pasaje en castellano antiguo que dice: “[...] dixerón que por qu.to desde questa ciudad se fundo y poble sea husado y acostumbrado en cada vn año nombrar alférez pa que saque El pendon y Estandarte que Esta ciudad tiene la víspera y día de fiesta del señor Santo patrón delas Españas aquí en Esta ciudad tiene por patrón y abogado”; ver, Fontana, obra citada, página 151 y Tomo I de las “Actas Capitulares de Mendoza”, publicadas en Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1945, página 149).

También se afirma que “en la fiesta de Santiago era uso y costumbre traer el estandarte real por las calles de la ciudad y de la plaza (según traducción de Esteban Fontana de la frase que dice: “[...] esvso Ecostunbre sacar y traer El Estandarte Real por Las calles desta ciud y placa della”; Fontana, obra citada, página 153 y Tomo I de las referidas actas capitulares, página 464).

En el mismo sentido, en las páginas 91, 231, 264, 361, 408 y 409 de dicho tomo de actas consta que, manteniendo las formas descriptas, esas actividades tenían lugar año tras año en el seno de la comunidad mendocina.

Este carácter cívico y patriótico de la festividad se puede corroborar, asimismo, en varios pasajes del Tomo II de las “Actas Capitulares de Mendoza”. Por ejemplo, se lee en la página 181 que “es costunbre establecida por los primeros pobladores, traer el estandarte real por las calles de esta dha Ciud. con el acompañamiento y solenidad que se requiere”; así como también se encuentran numerosas menciones al nombramiento y juramento del alférez, como la efectuada en las páginas 19 y 20, “para que se le entregue el dicho rreal estandarte para cuyo efecto en Presencia deste cabildo y de mi preste. escriuo. se le tomo juramento” (ver también páginas 130-132, 182, 183, entre otras, del Tomo II de las “Actas Capitulares de Mendoza”, publicadas en Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Mendoza, 1961).

Vale agregar que, siguiendo cuatro siglos de dicha tradición local, desde hace más de cincuenta años que la ley provincial 4081 declara el 25 de julio feriado en todo el territorio de la Provincia de Mendoza en homenaje a su Patrono.

Por su parte, el 8 de septiembre se recuerda a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “Patrona y Generala del Ejército de Los Andes” por José de San Martín, quien a su vez le entregó en advocación su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora. Aquellos actos ya en su momento tuvieron gran significación para la comunidad mendocina con un notorio espíritu patriótico. Así lo relata Ricardo Rojas: “vestido de gala el ejército entró por la Cañada de la ciudad de Mendoza, con su general a la cabeza de la formación; se dirigió a la Matriz por calles adornadas de flores, gallardetes, cortinados e insignias nacionales; proclamó a la Virgen patrona del Ejército Libertador, como Belgrano lo hiciera en Tucumán; y luego en la Plaza, delante de los soldados y del pueblo, enarboló la bandera de Los Andes para invitar al juramento” (Ricardo Rojas, “El Santo de la Espada”, Buenos Aires, Editorial Losada, 1940, pág. 164; ver también Ricardo Levene, “El genio político de San Martín”, Buenos Aires, Editorial Kraft, 1950, pág. 79). Son estos hechos históricos, en los que se exalta la figura del prócer nacido en Yapeyú y la campaña del Ejército de los Andes, los que se conmemoran, sin rendir culto a la figura de la Virgen María como madre de Jesucristo ni abordar los dogmas marianos sostenidos por la Iglesia Católica Apostólica Romana.

Por otro lado, tanto la norma impugnada en la demanda (resolución 2616-DGE-2012) como aquellas resoluciones que fijaron los posteriores calendarios escolares establecen que estas y otras muchas y variadas fechas conmemorativas incluirán actividades de gran significatividad que exalten los valores de identidad nacional, con la participación de toda la comunidad educativa, respetando el normal desarrollo de las tareas de enseñanza, aprendizaje y evaluación. Allí se indica, también, que los actos escolares pertinentes estarán presididos por las banderas de ceremonias y se entonará el himno nacional argentino. Además, la actual normativa (resolución 102-DGE-2020) en forma expresa ordena que las conmemoraciones de los días del Patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de esas fechas, y prevén que si, por su concepción religiosa o filosófica personal, un alumno o miembro del personal escolar prefiere abstenerse de participar, se le deberá eximir de estar presente.

En adición a lo expuesto, no debe perderse de vista que las conmemoraciones controvertidas forman parte de un amplio calendario escolar de claro espíri-

tu humanista. En él se contemplan numerosas fechas de diversa índole, ya sean provinciales, nacionales o internacionales, históricas, culturales, vinculadas a los derechos humanos, al ambiente, a la salud, a los valores democráticos, a la educación, entre otras muchas temáticas, que en su conjunto conforman un organigrama que refleja una visión integral, plural, humanista y democrática. Como muestra vale mencionar que junto a las fechas nacionales e internacionales, se incluyen en el calendario escolar las siguientes jornadas conmemorativas de orden provincial, que se suman a las dos que fueron impugnadas por la asociación actora: 2 de marzo, Fundación de la Ciudad de Mendoza; 20 de marzo, Día Provincial de la Prevención Sísmica; 18 de julio, Día Provincial de la Memoria Activa en homenaje a las víctimas directas e indirectas del atentado terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA); durante todo el mes de agosto, Mes del General San Martín y del Pueblo Mendocono; 1º de agosto, Día del Ejército de los Andes; 15 de agosto, Día Provincial del Árbol; 4 de septiembre, Día Provincial de la Construcción Colectiva de Conciencia Ciudadana en memoria de la desaparición de Johana Chacón; 15 de septiembre, Día Provincial de la Modalidad de Educación Domiciliaria y Hospitalaria y Día Provincial de la Adopción; del 5 al 9 de octubre, Semana de la Inclusión Educativa; del 12 al 16 de octubre, Semana de la Merienda Saludable; 30 de octubre, Día del Escudo de la Provincia de Mendoza; 10 de noviembre, Día de la Flor Provincial (Jarilla); y 20 de noviembre, Día Provincial del Agua (conforme al calendario aprobado por la resolución 102/20 de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza).

Ante el contexto fáctico y normativo descripto, se puede afirmar que la Provincia de Mendoza, al contemplar las conmemoraciones y actividades cuestionadas no tiene por objetivo imponer actos de culto o prácticas en una determinada fe, sino celebrar dos fechas destacadas por su importancia histórica y su significado secular, arraigado en la tradición y en la cultura local, procurando, de este modo, afianzar la existencia de una comunidad provincial y manteniendo incólume el principio de neutralidad religiosa del Estado.

7º) Que descartado entonces el carácter religioso de las conmemoraciones en cuestión, cabe destacar que, desde esta perspectiva, el calendario escolar responde a las claras directivas que emanan de la Constitución de la Provincia de Mendoza que dispone que “[l]a educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca” (artículo 212, inciso 1) y de la ley 6970 de Educación Pública de la Provincia de Mendoza (artículo 4º, inciso c, y 8º, inciso b), que reafirma el principio de laicidad de la educación pública en el ámbito provincial, las cuales, a su vez, guardan conformidad con las

cláusulas de la Constitución Nacional referentes a la educación y al principio de neutralidad religiosa.

A este respecto, vale recordar que según la redacción del artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, fruto de la reforma del año 1994, el Congreso Nacional debe “[s]ancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

De ello se sigue que en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea las “bases de la educación”, las que deben respetar las particularidades provinciales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo al artículo 5º de la Ley Fundamental.

Asimismo, con relación al principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación, esta Corte ha dicho que del debate que precedió a la aprobación del citado texto del artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina —su carácter neutral y gratuito— y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación. Este Tribunal también tuvo oportunidad de aclarar que más allá de las distintas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (Fallos: 340:1795).

En suma, conforme a los lineamientos trazados por el Estado Nacional en base a los reseñados principios y objetivos constitucionales, las provincias organizan la educación en sus respectivas jurisdicciones; por lo que es a la luz del referido principio de laicidad, que surge de la Constitución Nacional y que la Constitución de la Provincia de Mendoza establece expresamente (ver artículos 5, 6 y 212, inciso 1) que las autoridades educativas provinciales deben desarrollar la actividad escolar.

Tal como se explicó en párrafos precedentes, es en este marco de neutralidad religiosa que se llevan a cabo las conmemoraciones en cuestión en el ámbito educativo de la Provincia de Mendoza. Se trata de la

celebración de eventos históricos y culturales, que hacen a la identidad y tradición provincial, y tienden a afirmar la pertenencia comunitaria, los cuales, más allá de su incidental vinculación con figuras de una determinada religión tienen un claro sentido y uso secular, y son abordados desde una perspectiva democrática, neutral y objetiva, despojada de adoctrinamiento y actos de fe. Aquellas figuras o símbolos identificados en su origen con el credo católico adquieren una significación diferente, secularizada y ajena a su estricto significado religioso. En este sentido, vale remarcar lo dicho en cuanto a que la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso.

Lo expuesto conduce, como se adelantó, a descartar que se configure en el caso una lesión a la libertad religiosa y de conciencia de los alumnos, de las alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, así como una afectación a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación.

8º) Que es menester destacar que incluso tratándose de conmemoraciones y actividades que tienen un sentido y propósito secular, la norma cuestionada en su actual redacción contempla la posibilidad de eximirse de participar en ellas a quienes puedan ver afectadas sus convicciones o creencias personales. Vale aquí recordar que la objeción de conciencia es el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común (doctrina de Fallos: 312:496; 316:479, voto de los jueces Fayt y Barra, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi y disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano; 328:2966, disidencia de la jueza Highton de Nolasco y 335:799).

En esta línea, se advierte que, conforme surge de las constancias de autos, en los hechos se ha exceptuado de asistir a estos actos escolares a quienes así lo solicitaron, de acuerdo a las declaraciones de la Directora General de Escuelas de la Provincia de Mendoza y de la Subsecretaria de Educación de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, que lucen a fs. 213/214 y 215/216, respectivamente. Además, las resoluciones que fijan los calendarios de cada ciclo lectivo desde el año 2013 a la fecha de manera expresa prevén —como se señaló— que se deberá eximir de estar presentes en estas actividades a aquellos alumnos, alumnas y miembros del personal docente y no docente de los establecimientos educativos que, por sus convicciones religiosas o filosóficas, no deseen participar.

De esta forma, al contemplarse y tener lugar adecuadas exenciones, se salvaguarda la libertad de

conciencia de todos los integrantes de la comunidad educativa. Por lo demás, la recurrente no aporta elemento alguno que respalde su afirmación acerca de que los miembros del personal de los establecimientos educativos se verían impedidos de exceptuarse de participar en los actos escolares en virtud de la responsabilidad de guarda de los menores a su cargo. Por el contrario, al presentarse en el expediente y adherir a las pretensiones de la asociación actora, Ricardo Alejandro Ermili, en su condición de Director de la escuela secundaria n° 4-130 “Profesor Jorge de la Reta” e integrante de las minorías no católicas de la Provincia de Mendoza, señaló que a lo largo de los veinte años bajo dependencia laboral de la Dirección General de Escuelas provincial nunca participó de los actos escolares cuestionados y reconoció jamás haber recibido un reproche por ello (fs. 285/285 vta.).

9º) Que, asimismo, el planteo de la recurrente referente a la vulneración del derecho a la intimidad de los miembros de la comunidad educativa que optaran por no participar en las actividades impugnadas carece de todo sustento. En primer lugar, el sistema de exención previsto en la norma no requiere la exteriorización de las creencias personales, ni de los motivos por los que no se desea estar presente en dichos eventos. Además, de las constancias de autos no surge que en la práctica hubiera habido casos de alumnos o integrantes del personal de las escuelas que hubieran dejado de hacer uso de esta posibilidad de abstención por temor a develar convicciones íntimas o a sentirse discriminados por su decisión. Por el contrario, el mecanismo de eximición contemplado en la norma luce como un modo razonable e inocuo de ejercer la objeción de conciencia. Por lo demás, se trata de actividades que se llevan a cabo solo en las dos fechas determinadas en el calendario escolar y no hay elementos que permitan entrever que la ausencia de algún alumno o trabajador en dichas jornadas pudiera provocar su estigmatización o su segregación dentro de la comunidad educativa.

Tampoco la recurrente ha logrado demostrar si quiera mínimamente de qué modo la conmemoración de estas fechas lesiona los derechos de los miembros del colectivo actor a la honra, entendido en relación con la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad, amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito (Fallos: 331:1530, voto de la jueza Highton de Nolasco; 337:1174) y a la dignidad, inherente a toda persona humana. Al respecto, alega que la misma fuente de autoridad que establece la doctrina de la que emanan los actos escolares del Patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo, a la que identifica en el “Código de Derecho Canónico y el papado y Obispos reunidos en Concilios”, contiene descalificaciones y condenas hacia quienes no profesan

la fe católica (cfr. fs. 680). Ahora bien, en atención a las características de los actos escolares impugnados descriptas en los considerandos precedentes, resulta innecesario indagar en tales afirmaciones de la recurrente, pues cualquiera que fuere la postura de la autoridad eclesiástica respecto de las personas que no comparten el culto católico, no existe relación alguna entre dicha opinión y los fundamentos por los que la autoridad provincial incluyó las conmemoraciones en el calendario escolar, la forma y el contenido previsto para las actividades alusivas.

10) Que, finalmente, se destaca que el presente caso resulta diferente del registrado en la causa “Castillo” (Fallos: 340:1795). En este precedente, el Tribunal examinó la constitucionalidad de una disposición de la Ley de Educación de la Provincia de Salta que establecía que la instrucción religiosa integraba los planes de estudio, se impartía dentro de los horarios de clase y debía contar con el aval de las autoridades religiosas. El análisis propuesto en dicho fallo consideró el contexto social en el que se aplicaba la disposición, las políticas públicas y las prácticas que de ella se derivaban, y de qué modo impactaba en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacía.

Allí se estableció que en los supuestos en los cuales exista una norma neutral resulta necesario que de las constancias de la causa surja prima facie que dicha norma causa una discriminación sistémica que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.

A diferencia de lo allí acontecido, no surge prima facie de los elementos de la presente causa que las conmemoraciones y actividades contempladas en la resolución cuestionada —cuyo carácter neutral ya se ha afirmado precedentemente— se lleven a cabo en las escuelas de la Provincia de Mendoza generando un impacto diferenciado en los miembros de algún grupo como, en el caso, el conformado por aquellos alumnos y personal de las escuelas públicas que no comulgan con la fe católica. Por ello, no puede pretenderse aquí la aplicación del estándar desarrollado en el mencionado precedente “Castillo”.

11) Que por las razones expuestas se concluye que la resolución 2616-DGE-2012 —en cuanto incluye en el calendario escolar mendocino la realización de actividades de “gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrón Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”— no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en las escuelas públicas y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la actora en la acción colectiva interpuesta.

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se

declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden, en atención a las particulares circunstancias del caso (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Horacio Rosatti* (por su voto). — *Ricardo L. Lorenzetti* (por su voto).

Voto del doctor *Rosatti*

Considerando:

1º) Que la Asociación Civil Permanente por los Derechos Humanos dedujo acción de amparo contra la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución 2616/2012 en cuanto dispuso que en las escuelas públicas, para el ciclo lectivo del año 2013, los días 25 de julio y 8 de septiembre, respectivamente, se realicen actividades “de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” en conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, disposición que —en términos análogos— fue mantenida en las resoluciones posteriores para los ciclos lectivos subsiguientes (conf. resoluciones 2361/2014, 2959/2016 y 2900/2017).

Sostuvo que dicha resolución vulnera los derechos a la libertad religiosa dentro del ámbito escolar y, consecuentemente, el de la libertad de pensamiento, de igualdad, de no discriminación y el de los padres a que sus hijos menores reciban una educación ajustada a sus creencias religiosas (art. 212, inciso 1, de la Constitución provincial, art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 4 y 128 de la ley de Educación Nacional 26.206, art. 28 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, art. 4 de la ley provincial de educación 6970 y de la ley 2589).

En consecuencia, solicitó que se ordenara a la demandada que se abstuviera de instruir a sus docentes, alumnos y personal no docente sometidos a su potestad administrativa, a participar de cualquier modo (organización, asistencia, ejecución) de tales actos escolares.

2º) Que la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por la actora y confirmó la decisión de la Cámara que, al revocar la sentencia de primera instancia, había desestimado la acción intentada.

Después de reseñar los antecedentes del caso y los agravios de la parte, la corte local precisó que el a quo, de conformidad con lo decidido en distintos precedentes que mencionó y frente a la colisión de dos derechos fundamentales, había adoptado las vías interpretativas adecuadas para armonizarlos sin suprimir ninguno de ellos. Recordó que en los supuestos en los que se ventilaban dos o más derechos de igual rango, debía resolverse el asunto aplicando la regla según la cual la interpretación constitucional debía procurar la armonía de ellos dentro del espíritu que les había dado vida, al tiempo que no debía perderse de vista que el reconocimiento de una sociedad pluralista que albergaba el amplio abanico de derechos fundamentales importaba el ejercicio de los mismos de manera razonable, dentro de los límites debidos.

Precisó que los derechos aquí involucrados (derecho de religión y de educación) habían sido expresamente reconocidos en el art. 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, a la vez que la constitución provincial establecía el principio de educación pública, laica y gratuita, el que era receptado en la ley de educación local 6970. Añadió que la laicidad que proclamaba dicha constitución con relación a la educación, tenía correlato con la laicidad que sustentaba la Constitución Nacional respecto del Estado Nacional; en consecuencia, reconocía la dimensión espiritual del ser humano y respetaba la esfera externa e interna que conllevaba el ejercicio de la libertad de conciencia. El laicismo mencionado respondía, por compromiso histórico, a una invocación a la libertad y no a la imposición de cultos ni al forzamiento de su pretendida ausencia absoluta.

A renglón seguido, afirmó que, de acuerdo con el criterio sostenido por la Corte Suprema en el precedente “Bahamondez” (Fallos: 316:479) según el cual la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia e incumplir una norma u orden de autoridad que violentara las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afectara significativamente los derechos de terceros ni el bien común, la sentencia no obligaba a ningún individuo a obrar contra sus creencias religiosas.

Por último, afirmó que la resolución cuestionada contemplaba las creencias religiosas de quienes profesaban otros credos al prever feriados no laborables con relación a fechas relevantes para otras religiones y que las conmemoraciones atacadas no eran actos de culto o adoctrinamiento, sino evocadores de tradiciones mendocinas, cuya conmemoración perseguía afianzar la identidad y pertenencia a la comunidad provincial. Destacó que no se había demostrado que tales conmemoraciones, a partir de dos figuras representativas de la iglesia católica solo en su vinculación con la historia de la ciudad de Mendoza, lesionaran o afectaran ostensiblemente el derecho a la libertad

religiosa, a la no discriminación y al derecho de los padres de elegir la formación de sus hijos.

La pretendida erradicación del ámbito público escolar de tradiciones mendocinas vinculadas al homenaje periódico anual de las figuras del Santo Patrono -inseparable del hecho mismo de la fundación de la ciudad- y de la imagen de la Virgen del Carmen de Cuyo -quien fuera designada por el General San Martín como “Generala” del Ejército de Los Andes y a quien entregó su bastón de mando- constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares que excedían su concreta religiosidad porque formaban parte de su patrimonio histórico y de su tradición.

La corte local concluyó que la decisión de rechazar el amparo no implicaba desconocer la laicidad que debía ostentarse en las aulas escolares, sino reconocer que una educación que tienda al desarrollo integral del niño, niña y adolescente podía evocar figuras religiosas que habían tenido influencia en acontecimientos históricos provinciales, sin incurrir en adoctrinamiento (conf. arts. 15 y 28 de la ley 26.061, fines y objetivos de la Ley de Educación Nacional 26.206 y de la provincial 6970).

3º) Que contra dicho pronunciamiento la actora dedujo recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja.

En apretada síntesis, sostiene que la sentencia vulnera los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger la educación de sus hijos, a la honra y a la dignidad y a la igualdad, al tiempo que vulnera los derechos consagrados en las leyes 26.061 y 25.326.

Asimismo, aduce que la sentencia es arbitraria en cuanto: a) asume la homogeneidad de los sentimientos y la religiosidad de los habitantes de la Provincia, cuando en la causa existen presentaciones de algunos de ellos que dan cuenta de su disconformidad con dichas conmemoraciones y ponen de manifiesto que además de personas católicas mendocinas con sus propias tradiciones existen otros sectores que tienen las suyas, tan respetables como ellas; b) omite tratar su agravio atinente a que la posibilidad de hacer uso de la exención prevista en la resolución lesiona el derecho a la intimidad de los alumnos, docentes y personal no docente, en tanto importa su exposición automática ante la comunidad educativa aun cuando no estuviesen obligados a justificar las razones de su objeción de conciencia ante la autoridad escolar, agregando que, por temor a ser discriminados, el margen de autonomía real de los objetores se reduciría notablemente; y c) adopta una postura confesional y privilegia al catolicismo por sobre los derechos de los grupos no católicos que no se corresponde con un estado democrático.

Por último, además de desconocer que la evocación de las figuras religiosas responda a su influencia en los acontecimientos históricos provinciales destacados por la corte local, señala –con sustento en las publicaciones existentes en el portal de internet de la Dirección General de Escuelas local- que las conmemoraciones cuestionadas importan un claro reconocimiento de los dogmas de la Iglesia Católica Apostólica Romana, conclusión que no ha sido ajena a la propia Dirección en tanto en su reglamentación admitió la posibilidad de que haya alumnos y docentes que puedan abstenerse de participar de tales actos en razón de sus convicciones religiosas o filosóficas.

4º) Que atento a la entidad de los derechos en juego, se solicitaron las actuaciones principales y se dio vista a la Procuración General de la Nación que dictaminó a fs. 71/77 del recurso de hecho en el sentido de que correspondía confirmar la sentencia apelada.

5º) Que los agravios de la recurrente suscitan cuestión federal que habilitan su examen por la vía del art. 14 de la ley 48, pues aun cuando este Tribunal ha sostenido que la interpretación asignada por los jueces locales a las normas rituales aplicables al caso impiden su revisión en la instancia extraordinaria, en virtud del respeto debido a las provincias de darse sus instituciones y regirse por ellas (Fallos: 275:133; 305:112, entre otros), ello encuentra su límite en la observancia a las declaraciones, derechos y garantías reconocidas en la Constitución Nacional, desde que ese límite resulta plenamente aplicable no solo a los poderes de gobierno federal sino también a los pertenecientes a los gobiernos provinciales (art. 5º Constitución Nacional; Fallos: 98:20).

En tales condiciones, toda vez que en el caso se cuestiona la validez de la resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza a la luz de los derechos constitucionales a la libertad de religión y de conciencia, a la igualdad y no discriminación, a la autonomía personal y a la intimidad, derechos todos reconocidos en la Ley Fundamental, y la decisión recurrida es favorable al acto de la autoridad local, corresponde que esta Corte, en uso de su facultad jurisdiccional propia y específica, entienda en el asunto (art. 14, inciso 2º, ley 48). Con relación a los agravios relativos a la arbitrariedad de sentencia, ellos se encuentran inescindiblemente unidos con aquellos referentes a la cuestión federal debatida, por lo que ambos aspectos serán tratados de manera conjunta (conf. Fallos: 326:4285; 327:3560 y 3597; 328:1893, entre muchos otros).

6º) Que la cuestión a resolver radica en determinar si la resolución mendocina de marras –en cuanto prevé en las escuelas públicas la conmemoración del “Día del Patrón Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, los días 25 de julio y 8 de septiembre, respectivamente- vulnera (o no vulnera) los de-

rechos constitucionales de libertad de religión y conciencia, igualdad, autonomía personal e intimidad.

Para ello, se habrán de analizar, en este orden, las siguientes cuestiones: i) titularidad de la competencia educativa (considerando 7º); ii) alcance de la libertad de cultos (considerandos 8º y 9º); iii) impacto de la resolución cuestionada en los términos en que está planteado el conflicto (considerandos 10 a 15); iv) alcances del margen de apreciación local en la causa (considerandos 16 a 18). Como consecuencia de lo anterior, se extraerá la conclusión aplicable a la causa (considerando 19).

Competencia en materia de educación

7º) El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes del país el derecho de aprender (consagrado conjuntamente al de enseñar), que abarca, en el ámbito de la educación formal, el acceso a tal educación así como a no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje.

En ese marco, es competencia del Congreso de la Nación Argentina “sancionar *leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales*; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales” (art. 75, inciso 19, énfasis agregado). Si se trata de pueblos originarios, el Congreso debe asegurar una “educación bilingüe e intercultural”, responsabilidad que pueden ejercer concurrentemente las provincias (art. 75 inc. 17).

Con relación a la competencia provincial en la materia educativa, rige la cláusula del art. 121 que establece el estándar general de que “las provincias *conservan todo el poder no delegado* por esta Constitución al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado al tiempo de su incorporación” (énfasis agregado) y, más específicamente, la norma del art. 5 que dispone que “*cada provincia dictará para sí una Constitución* bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y *que asegure* su administración de justicia, su régimen municipal y *la educación primaria*. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones” (énfasis agregado).

En este marco plural de competencias, es oportuno recordar que “siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una

finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada”. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal, al sostener que “el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial”, que ello “no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes” (Fallos: 330:4564, considerando 11 *in fine* y Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012; 340:1695).

En la misma sintonía, esta Corte ha sostenido que, cuando el deslinde riguroso entre las competencias federales y provinciales ofrece duda “debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes” lo cual “implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal ‘in totum’” (Bidart Campos, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ediar, 2007, Tomo I A, pág. 695. Fallos: 340:1695, considerando 6°).

Alcance de la libertad de cultos

8°) Que a fin de precisar el contexto en el que se inserta el conflicto a resolver, deviene oportuno recordar que este Tribunal ha reafirmado el criterio según el cual ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y que -no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida- la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (conf. Fallos: 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496).

La libertad de religión es de creencia y de práctica, desde que abarca la libertad de creer, o no creer, y de exteriorizar -en su caso- esas creencias practicando libremente el culto de una religión, sin que se le pueda imponer a una persona la obligación de tener o dejar de tener una creencia determinada, ni la de practicar un culto determinado (art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 14, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Para evitar que alguna religión obtenga privilegio sobre las demás, resulta pertinente recordar que la libertad religiosa incluye también la posibilidad de

ejercer la llamada objeción de conciencia, concebida como el derecho de toda persona, con sustento en razones fundadas en la moral y en sus convicciones más íntimas, de no realizar determinados actos o de cumplir una norma u orden de la autoridad, cuyo ejercicio no puede ser restringido salvo que se ponga en riesgo o se afecte significativamente el orden público, la vida o los derechos de terceras personas (conf. Fallos: 316:479).

9°) Que lo dicho no implica que el Estado sea indiferente frente a las religiones, sino que -por considerarlas como una expresión de la espiritualidad humana- debe garantizar su protección y asegurar la libertad de su ejercicio dentro de un marco de pluralismo y tolerancia (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional).

La Resolución cuestionada

10) Que, establecidos los alcances de las normas que consagran los derechos a aprender y a profesar libremente el culto, corresponde analizar si la resolución cuestionada en autos entra en conflicto con alguna de estas prerrogativas, o con ambas.

En primer lugar, debe señalarse que la Constitución provincial mendocina dispone -en lo que aquí interesa- que “la educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca” (art. 212, inciso 1°) y que, en consonancia con ello, la ley 6970 de educación pública local prevé que los alumnos tienen derecho a “ser respetados en su integridad y dignidad personal y en sus convicciones religiosas, morales y políticas en el marco de la convivencia democrática” (arts. 4°, inciso c y 8°, inciso b).

A su turno, la resolución 2616/2012 establece el calendario escolar como una herramienta de planeamiento y orientación del trabajo anual para los distintos niveles y modalidades del sistema educativo provincial, y -entre otros temas- contempla la incorporación de efemérides nacionales y departamentales, atendiendo a las características propias de la Provincia que hacen a su identificación como estado integrante del sistema federal. Entre ellas, se encuentran la conmemoración del Patrón Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo (véase en especial Anexo I, punto 9, FORMA 2, y puntos 11 y 12; Anexo II).

Al respecto, dispone que “las instituciones escolares darán a los actos y conmemoraciones la importancia que revisten en la formación de nuestra identidad nacional, los valores democráticos y la formación de actitudes que tales actos procuran lograr” (conf. art. 8). Con particular referencia a todas las conmemoraciones allí contempladas, dispone que se llevarán a cabo “...actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional con la participación de toda la comunidad educativa”, y

respecto a las conmemoraciones en disputa establece que se realizarán con la presencia de la bandera de ceremonias de la escuela, entonándose el himno nacional argentino, y que “deberán ser conmemoradas y solemnizadas en el transcurso de los días de la semana en que ocurren, mediante el dictado de clases alusivas y actividades relacionadas con la festividad, las que serán organizadas por las autoridades de los establecimientos de forma tal que los alumnos profundicen en el conocimiento y significado de la fecha celebrada” (art. 3º, Anexo I, punto 9).

En las resoluciones posteriores para los ciclos lectivos escolares se mantienen las citadas conmemoraciones, aclarándose expresamente que las referidas al Patrón Santiago y a la Virgen del Carmen de Cuyo “deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de estas fechas. Si un alumno y/o personal de la institución, por su concepción religiosa o filosófica, prefiera abstenerse de participar de dicha conmemoración, se le deberá eximir de estar presente” (véase resoluciones 2361/2014, 2959/2016 y 2900/2017).

11) Que la pregunta que se proyecta, a partir de los conceptos resumidos y en relación a la resolución de la presente causa, es la siguiente: ¿pueden las celebraciones de mención “tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición”, como sostienen las autoridades locales, o están inexorable e irremediablemente ligadas a convicciones religiosas y –más aún– propias de una sola religión? En el primer caso, las resoluciones de marras podrían sortear –bajo determinada percepción del federalismo argentino– el test de razonabilidad constitucional; en el segundo, no cabría otra alternativa que declarar su inconstitucionalidad por violación del derecho a aprender, a ejercer libremente el culto, a la intimidad y a la igualdad entendida como no discriminación.

12) Que una de las celebraciones cuestionadas, la del 25 de julio, conmemora el día de Santiago, que ciertamente –conforme al texto bíblico– fue un discípulo de Jesús de Nazaret, pero que es asimismo el patrono de la ciudad y la Provincia de Mendoza, entendiendo por “patrón” o “patrono”, a estos efectos, a un protector espiritual o guardián de un grupo de personas o una comunidad.

Fuentes históricas mendocinas indican que esta celebración es de larga data: “desde que esta ciudad se fundó y pobló se ha usado y acostumbrado en cada un año nombrar alférez para que saque el pendón y estandarte que esta ciudad tiene, la víspera y día de fiesta del Señor Santiago”, quien lo paseaba por las calles de la ciudad agregando que “fue el Cabildo secular el que comenzó y vigorizó la fiesta del Patrono de la ciudad” (Esteban Fontana, “El Patrono Santiago y su festividad en la época colonial”, Revista de la Junta

de Estudios Históricos de Mendoza, Segunda época, Volumen 2, 1962, páginas 151 y sgtes.).

Las actas del Cabildo de Mendoza revelan que la celebración anual del patronazgo se organizaba desde mediados del siglo XVI. En el marco de aquella celebración se desarrollaba una actividad típicamente cívica, que era la elección del alférez real, una distinción que –en la tradición ibérica– recaía en quien se había destacado en el campo de batalla, y que se fue trasmutando –por el peso de la costumbre– en una designación cívica de alto contenido simbólico (“Actas Capitulares de Mendoza”, publicadas en Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Mendoza, 1961, tomo II, págs. 130-132, 182, 183, entre otras; “Actas Capitulares de Mendoza”, publicadas en Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1945, tomo I, página 149). En ese contexto, siguiendo cuatro siglos de tradición local, desde hace más de cincuenta años, la ley provincial 4081 declaró el 25 de julio feriado en todo el territorio de la Provincia de Mendoza en homenaje a su Patrono.

13) Que es pertinente recordar que el federalismo argentino se estructura desde las provincias hacia el Estado federal y no al revés. Dicho de otro modo: el Estado nacional es una creación de las provincias originarias (luego fortalecido por las provincias sobrevinientes a la Constitución de 1853/60); si no fuera por estas –por la voluntad de sus representantes y en cumplimiento de pactos preexistentes, conforme dice el Preámbulo– aquel no existiría. El texto mismo de la Norma Fundamental lo recuerda, en su art. 35, cuando designa a nuestro país no solo con el nombre de “República Argentina”, sino también como “Confederación Argentina” y como “Provincias Unidas del Río de la Plata”.

La preexistencia de las provincias al Estado federal permite comprender la regla de que conservan el poder no delegado constitucionalmente a aquel; ello ha sido expresamente reconocido por esta Corte desde temprana época (Fallos: 1:170) y reiterado en tiempos más recientes (Fallos: 324:3048; 327:3852 y 334:626, entre tantos otros).

Y si esto es indudablemente así, también lo es que las provincias originarias se gestan a partir de una extensión político-territorial del área de influencia de sus ciudades más antiguas: “No hay duda [...] que la fundación de ‘ciudades’ por las tres corrientes colonizadoras del norte, del oeste y del este, va a echar las bases del futuro localismo. Trece de estas ciudades –Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Córdoba, Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Jujuy, San Luis, La Rioja, Catamarca, San Juan y Mendoza– serán futuras capitales de provincia en territorio argentino. Ello nos muestra que el núcleo urbano se zonifica en una dimensión geográfica de influencia más amplia...” (Germán J. Bidart Campos, “Historia política y constitucio-

nal argentina”, Ediar, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 186. Vide asimismo, p. 201, cita 8).

Debido a la relevancia de las circunstancias narradas, es necesario que un poder federal -como el que ejerce esta Corte-, actúe con el debido respeto institucional para no cercenar (o convalidar el cercenamiento) de una manifestación histórica vinculada a un momento fundacional de una ciudad constitutiva de una provincia originaria, que -además- se renueva año tras año por voluntad de sus protagonistas.

14) Que otra de las celebraciones cuestionadas, la del 8 de septiembre, recuerda a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “Patrona y Generala del Ejército de Los Andes” por el General José de San Martín, quien a su vez le entregó en advocación su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora. El acto tuvo gran significación para la comunidad mendocina, conforme lo relata Ricardo Rojas: “vestido de gala el ejército entró por la Cañada de la ciudad de Mendoza, con su general a la cabeza de la formación; se dirigió a la Matriz por calles adornadas de flores, gallardetes, cortinados e insignias nacionales; proclamó a la Virgen patrona del Ejército Libertador, como Belgrano lo hiciera en Tucumán; y luego en la Plaza, delante de los soldados y del pueblo, enarboló la bandera de Los Andes para invitar al juramento” (Ricardo Rojas, “El Santo de la Espada”, Buenos Aires, Editorial Losada, 1940, pág. 164; ver también Ricardo Levene, “El genio político de San Martín”, Buenos Aires, Editorial Kraft, 1950, pág. 79).

Es evidente que la celebración está vinculada en este caso no solo con la historia mendocina sino con la historia argentina. Su protagonista es el General San Martín, una de las figuras prominentes de la historia nacional, y el marco es el de la campaña del Ejército de Los Andes, que consolidó la independencia argentina y forjó la de pueblos hermanos. El atavío de la Virgen María y el bastón de mando en su mano derecha, con el que se representa a Carmen de Cuyo, expresan atributos que, sin pretender cuestionar el valor religioso que puede tener para los fieles del culto católico, le impregnan un sesgo simbólico vinculado a la gesta sanmartiniana, que expresaba la voluntad de un país de vivir liberado de toda dominación extranjera.

15) Que, conforme a lo descripto, las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o imposición -a los alumnos y/o personal docente y no docente- de una determinada religión o que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación.

La propia resolución en disputa pone especialmente el acento en el modo y la forma en que dichas conmemoraciones deben llevarse a cabo, destacando que

deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de las mismas, en consonancia con los objetivos de una educación pública y laica que respete los principios de pluralidad, diversidad y tolerancia previstos en la Constitución provincial y que rigen las normas locales en la materia.

No obsta a las conclusiones reseñadas, sino que las reafirma, la previsión de que estudiantes, docentes y/o personal no docente, se abstengan de concurrir a los actos conmemorativos locales que se objetan. Se trata de una exención que debe entenderse como un reaseguro hacia las percepciones más sensibles sobre el tema.

A estar a las constancias de la causa, en la práctica se ha exceptuado a las personas que han manifestado su voluntad de no participar de las actividades y se ha incluido en las resoluciones subsiguientes expresamente el derecho de los alumnos y/o personal de la institución a abstenerse -por su concepción religiosa o filosófica- de participar de las actividades, de lo que se desprende el correlativo deber de la autoridad educativa de eximirlos de estar presentes (conf. fs. 213/214 y 215/216 y resoluciones posteriores 2361/2014, 2959/2016 y 2900/2017), sin que se haya acreditado en debida forma que -como invoca la recurrente- los interesados no hubieran hecho uso de tal prerrogativa por temor a ser discriminados o a fin de no revelar sus creencias religiosas o no religiosas.

De los términos en que está redactada la norma que contiene la exención no se deriva que para hacer uso de ella se deba informar la creencia religiosa o el motivo expreso en que se sustenta tal pedido, y la parte no ha probado que, en la realidad, ello hubiera sido exigido por la autoridad educativa como condición necesaria para habilitar la exención requerida.

Al respecto, las críticas de la recurrente referidas a la imposibilidad de los docentes y/o personal no docente de hacer uso de la exención contemplada en las normas en razón de que, al encontrarse a cargo de los alumnos, estos “quedarían librados a su suerte”, no resultan atendibles. Al margen de que los dichos de quien se presentó en la causa en su condición de director de una escuela secundaria y afirma que nunca participó de los actos escolares y jamás fue cuestionado por ello (conf. fs. 285/285 vta.) le restan entidad a los planteos, no cabe pensar que, admitida dicha posibilidad, la propia autoridad educativa no adoptase y/o previese los mecanismos necesarios para que el interesado pueda ejercer su derecho.

Margen de apreciación local

16) Que tanto la norma impugnada (resolución 2616-DGE-2012), como aquellas resoluciones que fijaron los posteriores calendarios escolares, inclu-

yen además de las dos celebraciones cuestionadas en autos, otras conmemoraciones con la previsión de la participación de la comunidad educativa, tales como: 2 de marzo, Fundación de la Ciudad de Mendoza; 20 de marzo, Día Provincial de la Prevención Sísmica; 18 de julio, Día Provincial de la Memoria Activa en homenaje a las víctimas directas e indirectas del atentado terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA); durante todo el mes de agosto, Mes del General San Martín y del Pueblo Mendocino; 1º de agosto, Día del Ejército de Los Andes; 15 de agosto, Día Provincial del Árbol; 4 de septiembre, Día Provincial de la Construcción de Conciencia Ciudadana en memoria de la desaparición de Johana Chacón; 15 de septiembre, Día Provincial de la Modalidad de Educación Domiciliaria y Hospitalaria y Día Provincial de la Adopción; del 5 al 9 de octubre, Semana de la Inclusión Educativa; del 12 al 16 de octubre, Semana de la Merienda Saludable; 30 de octubre, Día del Escudo de la Provincia de Mendoza; 10 de noviembre, Día de la Flor Provincial (Jarilla); y 20 de noviembre, Día Provincial del Agua (conforme al calendario aprobado por la resolución 102/20 de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza).

17) Que las conmemoraciones citadas, incluyendo las cuestionadas en esta demanda, conforman un calendario escolar de claro espíritu humanista, y deben entenderse como expresión del “margen de apreciación local”, potestad inherente a la autonomía provincial reconocida por este Tribunal (Fallos: 340:1795, disidencia parcial del juez Rosatti; 341:1869; 342:1938, votos del juez Rosatti y 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti), que deriva del sistema federal establecido por el art. 1º de la Constitución Nacional, y que ha sido ejercida en este caso por la comunidad mendocina en materia educativa. No se trata de una potestad ilimitada sino controlable por los poderes (inicialmente) locales y (finalmente) federales, para evitar la vulneración de la Ley Suprema de la Nación consagrada en el art. 31 de la Constitución. Justamente, un ejemplo de ese control es el que se realiza por medio de esta sentencia.

18) Que no incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental.

Contrariamente a lo que puede haberse sostenido en la presente causa, la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos.

Conviene recordar lo afirmado reiteradamente por este Tribunal, en el sentido en que la Constitución Nacional ha reconocido “la autonomía provincial, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades, y en tales oportunidades, ha destacado el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de gobierno adoptado por nuestro país” (conf. doctrina de Fallos: 311:460 y sus citas; 317:1195 y sus citas; 329:5814).

19) Que a la luz de lo expresado, corresponde concluir que no se presentan en la causa motivos que permitan considerar que el texto de la resolución, y la implementación que de ella se ha efectuado en la Provincia de Mendoza, importe vulnerar los derechos fundamentales invocados que autoricen su declaración de invalidez constitucional.

Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del “margen de apreciación local” (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación. Es importante remarcar que la práctica debe acompañar en estos casos a la norma, para evitar que por medio de aquella se viole a esta (cfr. Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, especialmente considerandos 33 y 34).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible la queja, formalmente procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Horacio Rosatti*.

Voto del doctor *Lorenzetti*

Considerando:

1º) Que la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), filial San Rafael, promovió una acción de amparo colectivo contra la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución 2616/2012 en cuanto dispone la realización de actividades de “gran significatividad” y con la “participación de toda la comunidad educativa” los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrón Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, respectivamente.

2º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza rechazó los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por la actora y confirmó la decisión de la Cámara que, al revocar la sentencia de primera instancia, había desestimado la acción intentada.

Contra dicho pronunciamiento la actora interpuso recurso extraordinario (fs. 664/684), cuya denegación motivó la presente queja. La recurrente alega que se afectan los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger la educación de los hijos, a la honra y la dignidad, a la igualdad, así como de las leyes nacionales 26.061, 26.206 y 25.326.

3º) Que el recurso extraordinario resulta admisible toda vez que se impugna la constitucionalidad de normas provinciales (resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas de Mendoza) a la luz de los derechos constitucionales a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la intimidad y a la igualdad, a la honra y a la dignidad; y la decisión apelada ha sido a favor de la validez de las normas locales (art. 14, inc. 2, ley 48). A su vez, los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia se encuentran inescindiblemente ligados con aquellos referentes a la cuestión federal debatida, por lo que ambos aspectos deben ser tratados en forma conjunta.

4º) Que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si, en el caso de autos, la Provincia de Mendoza a través de la resolución 2616/2012, emitida por la Dirección General de Escuelas provincial, al disponer que la comunidad educativa realice actividades “de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” en conmemoración del “Patrono Santiago” y del “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”, se encuentra dentro del margen de autonomía de las provincias o si bien lesiona los derechos a la libertad de religión y conciencia, a la igualdad, a la autonomía personal y a la intimidad previstos en la Constitución Nacional.

Se trata de un caso de indudable trascendencia institucional ya que la decisión de esta Corte tendrá un efecto relevante sobre otros casos en los cuales las provincias o la Nación han adoptado decisiones similares.

En estos supuestos, la decisión debe estar fundada razonablemente (art. 3º del Código Civil y Comercial de la Nación) lo que requiere delimitar con precisión el conflicto debatido, ponderar los principios aplicables y considerar las consecuencias de la decisión que debe adoptarse.

5º) Que, en primer lugar, cabe señalar que la actora ha basado su pretensión en un encuadramiento del conflicto vinculado a la enseñanza y adoctrinamiento religioso en las escuelas, lo que resulta jurídicamente incorrecto.

La calificación normativa de una conducta de este tipo debe ser analizada teniendo en consideración el significado simbólico que el mismo tiene en el momento en que se lo juzga.

Para efectuar esa calificación se debe considerar:

- Que el principio de no discriminación implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa en la que nadie tiene el derecho de imponer su visión a los demás. Este principio permite diseñar sociedades en las que convivan diferentes visiones que enriquecen el debate público, y, que a través de la participación de cada sector se tengan en cuenta intereses, inquietudes y puntos de vista que aseguren su identidad cultural (Fallos: 344:441). La función del derecho en estos casos no es excluirlas o buscar la homogeneidad, sino lograr un consenso que surge de su interacción. Es lo que se denomina consenso entrecruzado (Rawls, John, “Teoría de la Justicia”, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; “Justice as Fairness: A Restatement”, Harvard University Press, 2001).

- Que el derecho a la identidad dinámica individual y colectiva significa que todas las personas humanas o las comunidades pueden pretender preservar dicha identidad. Este principio es la contracara del anterior y resulta evidente que a medida en que avanza la globalización se refuerzan las identidades culturales locales como una búsqueda de sentido y seguridad.

- Que la ponderación de ambos principios permite admitir el ejercicio del derecho a la identidad cultural individual o colectiva en tanto no tenga una consecuencia discriminatoria.

- Que la identidad cultural se construye alrededor de bienes que son desprovistos de su contenido derivado del contexto en que fueron creados. En ese aspecto, cuadros, estatuas, monumentos que fueron elaborados con una finalidad religiosa y que pudieron tener un efecto discriminatorio en su origen, ya no lo tienen. Por el contrario, son visitados y admirados en museos y exposiciones en todo el mundo. El mismo fenómeno se observa con relación a determinadas prácticas culturales. Es por ello que fueron perdiendo su función de origen vinculada a la religión y al poder y ya no son reconocibles en su finalidad originaria (Sánchez Cordero, Jorge, “Patrimonio Cultural-Ensayos de Cultura y Derecho”, Unam, México, 2013).

- El “Día del Patrono Santiago”, como muchos otros sucesos similares, ha sido transformado por la historia y se ha constituido en elemento definitorio de la identidad cultural de la Provincia de Mendoza.

- Una interpretación de “neutralidad estricta” llevaría a eliminar cualquier referencia religiosa en todo tipo de símbolos, días festivos y su impacto en la educación. En este supuesto habría que considerar el efecto que tendría sobre numerosas leyes provinciales que podrían resultar equiparadas. Por ejemplo: en la Provincia de Catamarca, se celebra el natalicio de Fray Mamerto Esquiú, y la Virgen del Valle; en Córdoba el día de San Jerónimo; en Corrientes la Señora

de Itatí, San Juan Bautista y la Virgen de la Merced; en Entre Ríos el Santo Patrono San Miguel Arcángel; en Formosa el día de la Virgen del Carmen; en Jujuy la Virgen María de Río Blanco; en Salta la Virgen del Milagro; en San Luis el Santo de la Quebrada; en Santa Fe el Santo Patrono San Jerónimo. El nombre de provincias como San Juan, Santa Fe, Santa Cruz, San Luis o la ciudad de Rosario, debería ser cambiado o prohibidos los días festivos que recuerdan su fundación.

La verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que busque la paz social, fijando una jurisprudencia estable como un modo normal de la convivencia humana, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla. Pues, un sistema previsible de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de derecho (Fallos: 344:2601, disidencia del juez Lorenzetti).

6º) Que una interpretación del ordenamiento jurídico basada en un diálogo de fuentes permite afirmar claramente que el derecho argentino y comparado reconocen un derecho a la identidad cultural individual y colectiva.

Esta interpretación es consistente con diversas fuentes.

La Constitución Nacional establece que corresponden al Congreso dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (art. 75, incs. 17 y 19). El art. 41 de la Carta Magna, dispone que “las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural”.

Los valores culturales están protegidos en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 240).

La Ley General del Ambiente (ley 25.675, art. 2º, inc. a) también reconoce el valor jurídico de la cultura al señalar que la política ambiental nacional deberá asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales tanto naturales como culturales.

La ley 25.197, si bien se refiere al registro de objetos materiales, establece claramente el valor jurídico de la cultura. Esta última entiende por “bienes culturales”, a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino.

En el mismo orden, la “Convención de San Salvador” sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las naciones americanas, aprobada por ley 25.568, se halla orientada fundamentalmente a preservar para las generaciones venideras el legado del acervo cultural.

De igual modo, la ley 26.206 (art. 11) establece como uno de los fines y objetivos de la política educativa nacional brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESCO, aprobada por ley 26.556, reconoce la importancia del patrimonio cultural subacuático como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común.

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, aprobada por ley 26.118, incluye las tradiciones y expresiones orales, y los usos sociales, rituales y actos festivos.

El derecho latinoamericano reconoce la identidad cultural individual y colectiva adoptando diferentes denominaciones: “derechos culturales” (art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), “tesoro cultural de la Nación” (arts. 60 y 61 de la Constitución Política de la República de Guatemala y art. 34 de la Constitución de Uruguay), “Patrimonio cultural de la Nación” (art. 21 de la Constitución Política del Perú; art. 21 de la Constitución de la República del Ecuador; art. 81 de la Constitución de Paraguay y art. 99 de la Constitución Política de Bolivia), “Patrimonio cultural de los bienes de naturaleza material e inmaterial” (art. 216 de la Constitución de Brasil); “riquezas culturales y naturales de la Nación” (arts. 7 y 8 de la Constitución Política de Colombia), “expresiones científicas, artísticas y populares de la cultura” (art. 64 de la Constitución de República Dominicana), “cultura nacional constituida por manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas” (art. 81 de la Constitución de Panamá) o “patrimonio arqueológico, histórico, lingüístico, cultural y artístico de la nación” (art. 128 de la Constitución de Nicaragua).

La ley 397 de 1997 de la República de Colombia define el patrimonio cultural “por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plásti-

co, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico, y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular”.

7º) Que, como se advierte, el derecho regula aspectos del “patrimonio cultural y natural” pero también del “patrimonio cultural inmaterial” como lo menciona la citada Convención de la UNESCO que incluye tradiciones o expresiones de vida heredadas de nuestros antepasados y que se han ido transmitiendo a nuestros descendientes, como las tradiciones orales, artes escénicas, prácticas sociales, rituales, eventos festivos, etc. Dentro de la categoría de los inmateriales se incluye el derecho a la identidad cultural.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la identidad individual está reconocido en relación a las personas humanas (art 52. del Código Civil y Comercial de la Nación); y comprende tanto la identidad estática como la dinámica. Este derecho encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano y fundamento legal como derecho personalísimo.

La “identidad cultural” es también un derecho de incidencia colectiva que encuadra en la tipificación efectuada por esta Corte en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111). Es un bien jurídico colectivo, indivisible, de uso común, que no puede ser apropiado por los individuos ni por el Estado, ya que pertenece a toda la comunidad, no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón, solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En tal sentido, los derechos culturales confieren legitimación para actuar en defensa del bien, y la pretensión debe enfocarse en la incidencia colectiva del derecho. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

El concepto jurídico de identidad cultural, al igual que la individual, tiene un aspecto estático y otro dinámico. El primero contempla las tradiciones consolidadas tanto en bienes físicos como inmateriales. El segundo incorpora también los cambios que se producen con el tiempo, ya que la diversidad cultural es variable.

8º) Que, es doctrina de esta Corte resaltar la importancia que tiene la preservación del patrimonio histó-

rico, artístico y cultural de la Nación. En ese sentido, este Tribunal ha sostenido que el patrimonio cultural de una Nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia, puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros (conf. Fallos: 336:1390, considerando 9º y CAF 29528/2014/1/RH1 “EN-EMGE c/ Cencosud S.A. s/ varios”, sentencia del 2 de agosto de 2022).

9º) Que existe un derecho de incidencia colectiva a la identidad cultural dinámica tutelado en tanto no exhiba potencial discriminatorio. Esa interpretación es la que corresponde aplicar para la solución del conflicto que debe resolver esta Corte.

En el caso, la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, dictó la resolución 2616, del 12 de diciembre de 2012, que estableció que “En las siguientes fechas se realizarán actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional y con la participación de toda la comunidad educativa” (fs. 102/103). Menciona los días 24 de marzo (“Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia”), 2 de abril (“Día del Veterano y de los Caídos en la Guerra de las Malvinas”), 1º de mayo (“Día del Trabajo”), 10 de junio (Afirmación de los Derechos sobre las Islas Malvinas, Islas del Atlántico Sur y Antártida Argentina), 25 de julio (“Patrón Santiago”), 24 de agosto (Día del Padre de la Patria), 8 de septiembre (“Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”) y “Día Internacional de la Alfabetización”), 17 de septiembre (“Día del Profesor”), 12 de octubre (“Día del Respeto a la Diversidad Cultural”), 10 de noviembre (“Día de la Tradición”) y 20 de noviembre (“Día de la Soberanía Nacional”). Dispone que las actividades podrán consistir en “clases alusivas, carteleras, entrevistas, proyección de videos, actividades diversas en las que participen alumnos, docentes y miembros de la comunidad o personalidades relevantes del medio”. A su vez, esas conmemoraciones y sus características centrales se mantienen en la resolución 2959/2016 emitida por la Dirección General de Escuelas de Mendoza, que regula el ciclo lectivo en curso e indica que esas fechas deberán ser celebradas mediante el dictado de clases alusivas y actividades relacionadas con la festividad, organizadas por las autoridades de los establecimientos a fin de que los alumnos profundicen su conocimiento sobre la fecha en cuestión. Asimismo, esa resolución expresamente aclara que las conmemoraciones del Patrón Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo “deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de estas fechas. Si un alumno y/o personal de la institución, por su concepción religiosa o filosófica,

prefiere abstenerse de participar de dicha conmemoración, se le deberá eximir de estar presente”.

10) Que las resoluciones mencionadas establecen con claridad que con las conmemoraciones y/o celebraciones se persigue una finalidad cultural.

La posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual y no hay evidencia, ni prueba aportada a la causa, de que los alumnos o personal docente que no compartan esas ideas puedan abstenerse de presenciarlas sin ninguna dificultad para ejercer esa libertad.

De este modo queda claro que las resoluciones tampoco persiguen un adoctrinamiento religioso, sino de preservación de la memoria a la identidad cultural colectiva y, como se dijo, no se verifica un potencial discriminatorio conforme el criterio señalado anteriormente. La participación de la comunidad educativa no es otra que la de exaltar los valores de la identidad provincial.

Con ello se desprende que la situación planteada en autos difiere sustancialmente de la analizada por esta Corte, e invocada por la actora, en la causa “Castillo” (Fallos: 340:1795) en tanto allí el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una disposición de una ley provincial y de la norma de la dirección general de educación local que establecían la enseñanza religiosa y prácticas de esa índole a realizarse durante el horario escolar en las escuelas públicas de la Provincia de Salta.

11) Que, en este contexto, afirmar la identidad cultural colectiva no lesiona el principio de neutralidad religiosa del Estado.

Existen registros históricos de los que surge que, desde mediados del siglo XVI, el Cabildo de la ciudad de Mendoza organizaba festividades en conmemoración del patronazgo de Santiago. Según reflejan fuentes historiográficas, esas actividades no eran solamente religiosas sino eminentemente cívicas y patrióticas. Su origen se remonta al traslado de la ciudad de Mendoza, efectuado por Juan Juárez, en 1562. Desde entonces, siempre fue Santiago Apóstol el patrono de la ciudad y con posterioridad de la Provincia de Mendoza.

Por otro lado, la Virgen del Carmen de Cuyo es recordada por haber sido nombrada “Generala” del Ejército de Los Andes por el General José de San Martín, quien, en una ceremonia pública, depositó ante la imagen de esa virgen su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora.

12) Que, de lo descripto anteriormente, se desprende que las conmemoraciones festivas relativas al “Patrono Santiago” y “Virgen del Carmen de Cuyo”

durante los días 25 de julio y 8 de septiembre de cada año, constituyen tradiciones tendientes a resaltar la identidad cultural colectiva de la Provincia de Mendoza, y su celebración no afecta al derecho de la no discriminación ni la neutralidad religiosa estatal.

Pues no hay elementos que revelen que en esas celebraciones se realicen alusiones más allá de esas referencias históricas o culturales de la Provincia, manteniéndose el respeto de cualquier discrepancia que todo habitante de la Provincia de Mendoza pueda tener, como así también, como se señaló, la eximición de no concurrir a las festividades que se celebran para aquellos que no desean hacerlo.

También debe tenerse en cuenta que el contexto de celebración que fija la norma cuestionada no tiene una connotación religiosa en absoluto. Por el contrario, ambas establecen que las actividades serán presididas por las banderas de ceremonia y que en esa ocasión se entonará el himno nacional argentino. Además, la resolución 2959/2016 expresamente ordena que las conmemoraciones —que incluyen clases alusivas y actividades relacionadas— deberán tener características que enfaticen los aspectos culturales y tradicionales de las festividades y acontecimientos conmemorados.

13) Que esta Corte afirmó el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación (Fallos: 340:1795), además de ratificar el criterio según el cual ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y que —no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida— la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (conf. Fallos: 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496).

Este principio de neutralidad se advierte claramente en la Constitución de la Provincia de Mendoza que en su art. 212, inc. 1º dispone: “la educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca”. A su vez, la ley 6970 (art. 4º) establece que el Estado garantizará que la educación sea laica y en su art. 8, inciso b, que los alumnos tienen derecho a “ser respetados en su integridad y dignidad personal y en sus convicciones religiosas, morales y políticas en el marco de la convivencia democrática”. Esas normas guían a la Provincia en la aplicación de la normativa impugnada, pues le exigen adoptar una perspectiva neutral y objetiva en las actividades escolares en general y en las conmemoraciones en particular.

Como se ha señalado, el conflicto no se refiere a la enseñanza y adoctrinamiento religioso en las escuelas, sino a la conmemoración de fechas relativas a la identidad cultural e histórica de la Provincia.

14) Que por las razones expuestas se concluye que la resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas provincial, en cuanto incluye en el calendario escolar mendocino la realización de actividades los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en los establecimientos educativos y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la parte actora en la acción de amparo interpuesta.

Esta interpretación armoniza de manera razonable la norma impugnada con la Constitución Nacional y la ampara por lo tanto de la tacha de inconstitucionalidad alegada por la recurrente. Debe recordarse que la invalidez de una norma es siempre la última ratio de la interpretación, a la que solo debe acudir, como tiene dicho esta Corte, cuando no exista alternativa de mantenerla dentro del sistema normativo pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre muchos otros).

15) Que el diseño constitucional dispone que el Congreso de la Nación debe dictar normas de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, pero admite un importante margen de apreciación local que las provincias se han reservado con la finalidad de mantener la diversidad cultural local, que enriquece al régimen federal.

En este marco, la descentralización institucional es un poderoso instrumento para el desarrollo de las regiones, ciudades y diferentes tipos de actividades.

El significado concreto del federalismo, en este aspecto, es fortalecer ámbitos locales de decisión autónomos compatibles con una base de presupuestos mínimos nacionales.

La riqueza cultural y económica de cada región, provincia o ciudad se potencia en la medida en que pueden funcionar de acuerdo con proyectos que reflejen sus identidades. De este modo se generan múl-

tiples decisiones diferentes, flexibles, que dialogan entre sí y ascienden progresivamente hasta formar un modelo más general (Fallos: 344:1151, voto del juez Lorenzetti).

Es en este orden que cabe considerar la competencia de la autoridad de la cual emana la norma impugnada.

La Constitución también establece como principio general que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación” (art. 121) y también que “cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones” (art. 5º). En el mismo sentido el citado artículo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia. Ambos principios han sido receptados en precedentes de esta Corte (Fallos: 338:249, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y Fallos: 344:809, voto del juez Lorenzetti).

Con ello, se debe concluir que la resolución cuestionada tiene por finalidad reafirmar valores y tradiciones culturales propias de la Provincia de Mendoza, razón por la cual se compadece con las facultades que le competen a la autoridad educacional de la provincia.

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden, en atención a las particulares circunstancias del caso (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

La protección del patrimonio cultural, la religión, la libertad de cultos y la autonomía de las provincias en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Carlos Aníbal Rodríguez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los antecedentes del caso.— III. Los agravios de la parte recurrente.— IV. La admisibilidad del recurso.— V. Las consideraciones del tribunal y la resolución.— VI. El voto del Dr. Horacio Rosatti.— VII. El voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo del 23 de agosto de 2022), en autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c. Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo” CSJ 4956/2015/RH1 (con los votos de sus cuatro miembros) se volvió a expedir sobre lo referente a la protección del patrimonio cultural de conformidad con el art. 41 de la CN.

II. Los antecedentes del caso

La Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) —Filial San Rafael— promovió una acción de amparo colectivo contra la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad e inapli-

cabilidad de la res. 2616-DGE-2012 en cuanto dispone la realización de actividades de “gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrón Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, respectivamente. En función de ello, solicitó que se ordene a la demandada abstenerse de instruir al personal docente y no docente y al alumnado bajo su potestad administrativa a participar, de cualquier modo, en tales actos escolares.

En primera instancia se hizo lugar al amparo y se ordenó a la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza que adopte las medidas necesarias para que en las escuelas de gestión pública de dicha provincia no se efectuaran las conmemoraciones en cuestión.

Al resolver el recurso de apelación de la demandada, el tribunal de alzada revocó la sentencia impugnada y rechazó la acción de amparo. Contra este pronunciamiento, la asociación actora dedujo los recursos de casación y de inconstitucionalidad previstos en el ordenamiento procesal local, los cuales fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

(*) Abogado. Doctor en Derecho (UNNE). Máster en Derecho Ambiental. Especialista en Derechos Humanos (Universidad del País Vasco, España). Magíster en Derecho Fundiario y Empresa Agraria (UNNE). Exjefe de la Excma. Cámara Civil y Comercial de Corrientes. Profesor titular por concurso de Derecho Agrario y Ambiental y de Economía Política (UNNE). Docente de posgrado en el país y en el extranjero.

Al abordar la cuestión de fondo, el superior tribunal local indicó que como fundamento de su pretensión la asociación actora apelaba a una forma extrema de laicismo, tendiente a la ausencia absoluta del ejercicio de cultos, que diferiría de la adoptada por la Constitución Nacional. Señaló que la resolución impugnada no obligaba a individuo alguno a obrar en contra de sus creencias religiosas y recordó en este punto la doctrina del precedente de la Corte “Bahamondez” (Fallos: 316:479). Destacó que la actora no había logrado rebatir dos cuestiones fundamentales: por un lado, que la resolución atacada contempla las creencias de quienes profesan distintos credos al prever como feriados no laborables fechas relevantes para otras religiones; y, por otro, que las conmemoraciones cuestionadas no son actos de culto o adoctrinamiento, sino evocaciones de tradiciones mendocinas que procuran afianzar la identidad y pertenencia a la comunidad provincial. Remarcó que la recurrente tampoco había logrado demostrar de qué manera las citadas conmemoraciones lesionan el derecho a la libertad religiosa, a la no discriminación y el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos.

En esta línea, aseveró que la pretendida erradicación del ámbito público escolar de las tradiciones locales “constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares y sentimientos del hombre mendocino que exceden su concreta religiosidad personal misma, porque forman parte de su patrimonio histórico y de su tradición”.

Señaló que el rechazo de la acción no implicaba el desconocimiento de la laicidad que debía imperar en las aulas de las escuelas públicas, sino el reconocimiento de que una educación tendiente al desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes podía evocar figuras religiosas que hubieren tenido influencia en los acontecimientos históricos de la provincia, sin incurrir en adoctrinamientos. En este sentido, indicó que las conmemoraciones controvertidas hacen referencia a dos figuras representativas de la Iglesia Católica únicamente en la medida en que se encuentran vinculadas con la historia de la Provincia de Mendoza. En concreto, recordó que son jornadas en las que se homenajea a Santiago como patrono de la provincia y a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido

nombrada “Generala del Ejército de los Andes” por José de San Martín, quien en su momento también le ofrendó su bastón de mando. Manifestó que la formación en libertad del educando se vería ostensiblemente oprimida si se pretendiera una educación que ignorara estos componentes históricos y culturales insoslayables.

A partir de lo expuesto, concluyó que la sentencia apelada resultaba ajustada a derecho, según lo normado en los arts. 15 y 28 de la ley 26.061 (1) de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y de acuerdo con los fines y objetivos perseguidos tanto por la ley 26.206 de Educación Nacional, como por la ley 6970 de Educación de la Provincia de Mendoza.

Que, contra este pronunciamiento, la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motivó la queja.

(1) Ley 25.061: Art. 15. — Derecho a la educación. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente. Tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia. En el caso de carecer de documentación que acredite su identidad, se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los Organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento. Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente. Las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica. Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna. Art. 28. — Principio de igualdad y no discriminación. Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

III. Los agravios de la parte recurrente

En su remedio federal, la recurrente plantea que la corte local efectuó una interpretación arbitraria de las normas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que tutelan los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a escoger el tipo de educación para los hijos, a la honra y a la dignidad, a la intimidad y a la igualdad, así como de las leyes nacionales 26.061 (2), 26.206 (3) y 25.326 (4).

Manifiesta que la sentencia es arbitraria por defectos de fundamentación, que resulta dogmática y contradictoria en sus propios términos. En este sentido, expresa que el a quo supone la homogeneidad de los sentimientos y religiosidad de los habitantes de la Provincia de Mendoza, pese a que en el expediente obran presentaciones efectuadas por personas ateas o de religión evangélica que manifiestan su disconformidad con las conmemoraciones cuestionadas y desacreditan tal suposición. Remarca que, de esa manera, la corte provincial niega la diversidad y desconoce la existencia y derechos de las minorías religiosas del pueblo mendocino.

Señala que, al momento de la promoción de la acción de amparo, ninguna norma contemplaba la posibilidad de que los alumnos o el personal de las escuelas públicas provinciales que no fueran católicos o creyentes pudieran ausentarse de las celebraciones en cuestión. Asevera que las posteriores resoluciones que previeron la opción de abstenerse de participar en tales eventos exponen a quien haga uso de dicha posibilidad como disidente frente a la comunidad educativa, provocando una afectación de su derecho a la intimidad al revelar su no pertenencia al credo católico, incluso cuando no estuviesen obligados a justificar las razones de su objeción. En cuanto al personal de los establecimientos educativos, añade que en su caso la participación en aquellas actividades sería inevitable, ya que no podrían sustraerse de sus responsabilidades referentes al cuidado de los menores de edad a su cargo.

(2) Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

(3) Ley de educación nacional.

(4) Ley de habeas data

Aclara que su planteo no tiene nada que ver con aquellos actos religiosos privados que pudieran realizar los alumnos o los miembros del personal dentro del ámbito de las escuelas públicas —como, por ejemplo, llevar una medalla con una imagen religiosa colgada al cuello—, los cuales se encuentran amparados por el art. 19 de la Constitución Nacional; sino que su pretensión se dirige a garantizar la laicidad institucional.

Sostiene que la corte local, por el contrario, asume una postura confesional, que reafirma el privilegio de la religión Católica Apostólica Romana, adoptando una clara perspectiva discriminatoria de los grupos no católicos, en situación de vulnerabilidad. Expresa que resulta arbitraria e inverosímil la afirmación referida a que no hay elementos de culto o adoctrinamiento explícito en los actos escolares impugnados, pues ellos no son sino el resultado de la extensión de las creencias y tradiciones de la grey católica a la totalidad de la comunidad educativa.

IV. La admisibilidad del recurso

La Corte consideró que el recurso extraordinario resulta admisible toda vez que en el caso se encuentra en tela de juicio la constitucionalidad de normas provinciales (res. 2616-DGE-2012 y sus sucesoras), bajo la pretensión de ser contrarias a los derechos constitucionales a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la intimidad y a la igualdad, a la honra y a la dignidad; y la decisión apelada ha sido a favor de la validez de las normas locales (art. 14, inciso 2°, de la ley 48).

V. Las consideraciones del tribunal y la resolución

“(5°) Que la recurrente estructura su planteo con base en la afirmación de que las dos conmemoraciones impugnadas y las actividades previstas en el calendario escolar para festejar esas fechas configuran actos de culto y adoctrinamiento en la fe católica. A partir de esta premisa sostiene que conmemorar el día 25 de julio como del Patrón Santiago y el día 8 de septiembre como de la Virgen del Carmen de Cuyo, dos figuras correspondientes a la religión católica, realizando actividades de ‘gran significatividad’

y ‘con la participación de toda la comunidad educativa’, resulta discriminatorio para quienes no profesan dicha religión mayoritaria y, como consecuencia, lesiona varios de sus derechos.

“De aquí se sigue que en el presente caso se debe determinar si las conmemoraciones y actividades en cuestión constituyen actos de culto de la fe católica o implican de algún modo adoc-trinamiento en esa religión. Esta Corte adelanta su conclusión en el sentido de que dichos eventos carecen del alegado contenido religioso y, en consecuencia, su celebración se encuentra dentro de las facultades de la provincia de organizar su calendario escolar, y que por la modalidad como están regulados no lesionan derecho constitucional alguno.

“Tal como surge del desarrollo posterior, ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público.

“(6°) Que como fue expuesto en la sentencia apelada —sin que la recurrente, pese a sus esfuerzos argumentales, lograra rebatirlo— y señalado también en el dictamen del señor Procurador Fiscal, si bien las conmemoraciones y actividades previstas en la norma impugnada refieren a dos figuras que pertenecen a una religión determinada, solo lo hacen en la medida en que se vinculan con la historia y la tradición cultural de la Provincia de Mendoza. En efecto, es la impronta histórica de estas dos fechas, su significado y arraigo en la cultura local, lo que define a estas festividades y la razón que determinó, según lo que surge de la reglamentación de la autoridad educativa provincial, su inclusión en el calendario escolar y la realización de actividades alusivas.

“En concreto, el 25 de julio se celebra el día de Santiago, no por su rol bíblico como destacado discípulo de Jesús de Nazaret ni por su labor evangelizadora en la península ibérica, sino como patrono de la ciudad y la Provincia de Mendoza. Es decir, se trata de una jornada en la que se evoca la figura de Santiago como protector y guardián de Mendoza, asignándole a la celebración el sentido de fiesta cívica, propia de la cultura, historia e identidad del pueblo mendocino. La celebración no es una afirmación de convicción religiosa alguna por parte de la comunidad mendocina que se impone a quienes no comparten un credo determinado, sino una forma de mostrar, anclada en la historia provincial, que los mendocinos se consideran como parte de la misma comunidad”.

A continuación, cita antecedentes históricos de las celebraciones. Agrega que, siguiendo cuatro siglos de dicha tradición local, desde hace más de cincuenta años que la ley provincial 4081 declara el 25 de julio feriado en todo el territorio de la Provincia de Mendoza en homenaje a su Patrono.

Por su parte, el 8 de septiembre se recuerda a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada “Patrona y Generala del Ejército de los Andes” por José de San Martín, quien a su vez le entregó en advocación su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora. Aquellos actos ya en su momento tuvieron gran significación para la comunidad mendocina con un notorio espíritu patriótico. También el Tribunal cita los antecedentes históricos de dicha celebración.

Por otro lado, dice la Corte, tanto la norma impugnada en la demanda (res. 2616-DGE-2012) como aquellas resoluciones que fijaron los posteriores calendarios escolares establecen que estas y otras muchas y variadas fechas conmemorativas incluirán actividades de gran significatividad que exalten los valores de identidad nacional, con la participación de toda la comunidad educativa, respetando el normal desarrollo de las tareas de enseñanza, aprendizaje y evaluación. Allí se indica, también, que los actos escolares pertinentes estarán presididos por las banderas de ceremonias y se entonará el himno nacional argentino. Además, la

actual normativa (res. 102-DGE-2020) en forma expresa ordena que las conmemoraciones de los días del Patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición de esas fechas, y prevén que si, por su concepción religiosa o filosófica personal, un alumno o miembro del personal escolar prefiere abstenerse de participar, se le deberá eximir de estar presente.

Agrega en adición a lo expuesto, que, no debe perderse de vista que las conmemoraciones controvertidas forman parte de un amplio calendario escolar de claro espíritu humanista. En él se contemplan numerosas fechas de diversa índole, ya sean provinciales, nacionales o internacionales, históricas, culturales, vinculadas a los derechos humanos, al ambiente, a la salud, a los valores democráticos, a la educación, entre otras muchas temáticas, que en su conjunto conforman un organigrama que refleja una visión integral, plural, humanista y democrática. Como muestra vale mencionar que junto a las fechas nacionales e internacionales, se incluyen en el calendario escolar las siguientes jornadas conmemorativas de orden provincial, que se suman a las dos que fueron impugnadas por la asociación actora: 2 de marzo, Fundación de la Ciudad de Mendoza; 20 de marzo, Día Provincial de la Prevención Sísmica; 18 de julio, Día Provincial de la Memoria Activa en homenaje a las víctimas directas e indirectas del atentado terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA); durante todo el mes de agosto, Mes del General San Martín y del Pueblo Mendocino; 1° de agosto, Día del Ejército de los Andes; 15 de agosto, Día Provincial del Árbol; 4 de septiembre, Día Provincial de la Construcción Colectiva de Conciencia Ciudadana en memoria de la desaparición de Johana Chacón; 15 de septiembre, Día Provincial de la Modalidad de Educación Domiciliaria y Hospitalaria y Día Provincial de la Adopción; del 5 al 9 de octubre, Semana de la Inclusión Educativa; del 12 al 16 de octubre, Semana de la Merienda Saludable; 30 de octubre, Día del Escudo de la Provincia de Mendoza; 10 de noviembre, Día de la Flor Provincial (Jarilla); y 20 de noviembre, Día Provincial del Agua (conforme al calendario aprobado por la res. 102/20 de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza).

Para concluir dice que, ante el contexto fáctico y normativo descripto, se puede afirmar que la Provincia de Mendoza, al contemplar las conmemoraciones y actividades cuestionadas no tiene por objetivo imponer actos de culto o prácticas en una determinada fe, sino celebrar dos fechas destacadas por su importancia histórica y su significado secular, arraigado en la tradición y en la cultura local, procurando, de este modo, afianzar la existencia de una comunidad provincial y manteniendo incólume el principio de neutralidad religiosa del Estado.

“(7°) Que descartado entonces el carácter religioso de las conmemoraciones en cuestión, cabe destacar que, desde esta perspectiva, el calendario escolar responde a las claras directivas que emanan de la Constitución de la Provincia de Mendoza que dispone que ‘[l]a educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca’ (artículo 212, inciso 1) y de la ley 6970 de Educación Pública de la Provincia de Mendoza (artículo 4°, inciso c, y 8°, inciso b), que reafirma el principio de laicidad de la educación pública en el ámbito provincial, las cuales, a su vez, guardan conformidad con las cláusulas de la Constitución Nacional referentes a la educación y al principio de neutralidad religiosa.

“A este respecto, vale recordar que según la redacción del artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, fruto de la reforma del año 1994, el Congreso Nacional debe sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

“De ello se sigue que, en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea las ‘bases de la educación’, las que deben respetar las particularidades provinciales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo al artículo 5° de la Ley Fundamental.

“Asimismo, con relación al principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación, la Corte ha dicho que del debate que precedió a la aprobación del citado texto del artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina —su carácter neutral y gratuito— y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación. Este Tribunal también tuvo oportunidad de aclarar que más allá de las distintas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (Fallos: 340:1795).

“En suma, conforme a los lineamientos trazados por el Estado Nacional en base a los reseñados principios y objetivos constitucionales, las provincias organizan la educación en sus respectivas jurisdicciones; por lo que es a la luz del referido principio de laicidad, que surge de la Constitución Nacional y que la Constitución de la Provincia de Mendoza establece expresamente (ver artículos 5, 6 y 212, inciso 1) que las autoridades educativas provinciales deben desarrollar la actividad escolar”.

Es en este marco de neutralidad religiosa que se llevan a cabo las conmemoraciones en cuestión en el ámbito educativo de la Provincia de Mendoza. Se trata de la celebración de eventos históricos y culturales, que hacen a la identidad y tradición provincial, y tienden a afirmar la pertenencia comunitaria, los cuales, más allá de su incidental vinculación con figuras de una determinada religión tienen un claro sentido y uso secular, y son abordados desde una perspectiva democrática, neutral y objetiva, despojada de adoctrinamiento y actos de fe. Aquellas figuras o símbolos identificados en su origen con el credo católico adquieren una significación diferente, secularizada y ajena a su estricto significado religioso. En este sentido, vale remarcar lo dicho en cuanto a que la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no

implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso.

Con esos fundamentos se llega a descartar que se configure en el caso una lesión a la libertad religiosa y de conciencia de los alumnos, de las alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, así como una afectación a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación.

“(8°) Que es menester destacar que incluso tratándose de conmemoraciones y actividades que tienen un sentido y propósito secular, la norma cuestionada en su actual redacción contempla la posibilidad de eximirse de participar en ellas a quienes puedan ver afectadas sus convicciones o creencias personales. Vale aquí —dice el Tribunal—, recordar que la objeción de conciencia es el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común (doctrina de Fallos: 312:496; 316:479, voto de los jueces Fayt y Barra, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi y disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano; 328:2966, disidencia de la jueza Highton de Nolasco y 335:799).

“En esta línea, se advierte que, conforme surge de las constancias de autos, en los hechos se ha exceptuado de asistir a estos actos escolares a quienes así lo solicitaron, de acuerdo a las declaraciones de la Directora General de Escuelas de la Provincia de Mendoza y de la Subsecretaría de Educación de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, que lucen a fs. 213/214 y 215/216, respectivamente. Además, las resoluciones que fijan los calendarios de cada ciclo lectivo desde el año 2013 a la fecha de manera expresa prevén —como se señaló— que se deberá eximir de estar presentes en estas actividades a aquellos alumnos, alumnas y miembros del personal docente y no docente de los establecimientos educativos que, por sus convicciones religiosas o filosóficas, no deseen participar.

“De esta forma, al contemplarse y tener lugar adecuadas exenciones, se salvaguarda la libertad de conciencia de todos los integrantes de

la comunidad educativa. Por lo demás, la recurrente no aporta elemento alguno que respalde su afirmación acerca de que los miembros del personal de los establecimientos educativos se verían impedidos de exceptuarse de participar en los actos escolares en virtud de la responsabilidad de guarda de los menores a su cargo. Por el contrario, al presentarse en el expediente y adherir a las pretensiones de la asociación actora, Ricardo Alejandro Ermili, en su condición de Director de la escuela secundaria n° 4-130 'Profesor Jorge de la Reta' e integrante de las minorías no católicas de la Provincia de Mendoza, señaló que a lo largo de los veinte años bajo dependencia laboral de la Dirección General de Escuelas provincial nunca participó de los actos escolares cuestionados y reconoció jamás haber recibido un reproche por ello.

“(9°) Que, asimismo, el planteo de la recurrente referente a la vulneración del derecho a la intimidad de los miembros de la comunidad educativa que optaran por no participar en las actividades impugnadas carece de todo sustento. En primer lugar, el sistema de exención previsto en la norma no requiere la exteriorización de las creencias personales, ni de los motivos por los que no se desea estar presente en dichos eventos. Además, de las constancias de autos no surge que en la práctica hubiera habido casos de alumnos o integrantes del personal de las escuelas que hubieran dejado de hacer uso de esta posibilidad de abstención por temor a develar convicciones íntimas o a sentirse discriminados por su decisión. Por el contrario, el mecanismo de eximición contemplado en la norma luce como un modo razonable e inocuo de ejercer la objeción de conciencia. Por lo demás, se trata de actividades que se llevan a cabo solo en las dos fechas determinadas en el calendario escolar y no hay elementos que permitan entrever que la ausencia de algún alumno o trabajador en dichas jornadas pudiera provocar su estigmatización o su segregación dentro de la comunidad educativa.

“Tampoco la recurrente ha logrado demostrar siquiera mínimamente de qué modo la conmemoración de estas fechas lesiona los derechos de los miembros del colectivo actor a la honra, entendido en relación con la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad, amparando a la persona frente a expresiones o

mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito (Fallos: 331:1530, voto de la jueza Highton de Nolasco; 337:1174) y a la dignidad, inherente a toda persona humana. Al respecto, alega que la misma fuente de autoridad que establece la doctrina de la que emanan los actos escolares del Patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo, a la que identifica en el ‘Código de Derecho Canónico y el papado y Obispos reunidos en Concilios’, contiene descalificaciones y condenas hacia quienes no profesan la fe católica. Ahora bien, en atención a las características de los actos escolares impugnados descriptas en los considerandos precedentes, resulta innecesario indagar en tales afirmaciones de la recurrente, pues cualquiera que fuere la postura de la autoridad eclesiástica respecto de las personas que no comparten el culto católico, no existe relación alguna entre dicha opinión y los fundamentos por los que la autoridad provincial incluyó las conmemoraciones en el calendario escolar, la forma y el contenido previsto para las actividades alusivas.

“(10) Que, finalmente, se destaca que el presente caso resulta diferente del registrado en la causa ‘Castillo’ (Fallos: 340:1795). En este precedente, el Tribunal examinó la constitucionalidad de una disposición de la Ley de Educación de la Provincia de Salta que establecía que la instrucción religiosa integraba los planes de estudio, se impartía dentro de los horarios de clase y debía contar con el aval de las autoridades religiosas. (...)

“A diferencia de lo allí acontecido, no surge prima facie de los elementos de la presente causa que las conmemoraciones y actividades contempladas en la resolución cuestionada —cuyo carácter neutral ya se ha afirmado precedentemente— se lleven a cabo en las escuelas de la Provincia de Mendoza generando un impacto diferenciado en los miembros de algún grupo como, en el caso, el conformado por aquellos alumnos y personal de las escuelas públicas que no comulguen con la fe católica. Por ello, no puede pretenderse aquí la aplicación del estándar desarrollado en el mencionado precedente ‘Castillo’.

“(11) Que por las razones expuestas se concluye que la resolución 2616-DGE-2012 —en

cuanto incluye en el calendario escolar mendocino la realización de actividades de ‘gran significatividad’ y ‘con la participación de toda la comunidad educativa’ los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del ‘Patrono Santiago’ y de la ‘Virgen del Carmen de Cuyo’ —no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en las escuelas públicas y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la actora en la acción colectiva interpuesta”.

Finalmente, la Corte resuelve:

“Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden, en atención a las particulares circunstancias del caso (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil Comercial de la Nación).”

VI. El voto del Dr. Horacio Rosatti

“(8°) Que a fin de precisar el contexto en el que se inserta el conflicto a resolver, deviene oportuno recordar que este Tribunal ha reafirmado el criterio según el cual ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y que —no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida— la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (conf. Fallos: 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496).

“La libertad de religión es de creencia y de práctica, desde que abarca la libertad de creer, o no creer, y de exteriorizar —en su caso— esas creencias practicando libremente el culto de una religión, sin que se le pueda imponer a una persona la obligación de tener o dejar de tener una creencia determinada, ni la de practicar un culto determinado (art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 14, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

“Para evitar que alguna religión obtenga privilegio sobre las demás, resulta pertinente re-

cordar que la libertad religiosa incluye también la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, concebida como el derecho de toda persona, con sustento en razones fundadas en la moral y en sus convicciones más íntimas, de no realizar determinados actos o de cumplir una norma u orden de la autoridad, cuyo ejercicio no puede ser restringido salvo que se ponga en riesgo o se afecte significativamente el orden público, la vida o los derechos de terceras personas (conf. Fallos: 316:479).

“(9°) Que lo dicho no implica que el Estado sea indiferente frente a las religiones, sino que —por considerarlas como una expresión de la espiritualidad humana— debe garantizar su protección y asegurar la libertad de su ejercicio dentro de un marco de pluralismo y tolerancia (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional). (...)”

“(13°) Que es pertinente recordar que el federalismo argentino se estructura desde las provincias hacia el Estado federal y no al revés. Dicho de otro modo: el Estado nacional es una creación de las provincias originarias (luego fortalecido por las provincias sobrevivientes a la Constitución de 1853/60); si no fuera por estas —por la voluntad de sus representantes y en cumplimiento de pactos preexistentes, conforme dice el Preámbulo— aquel no existiría. El texto mismo de la Norma Fundamental lo recuerda, en su art. 35, cuando designa a nuestro país no solo con el nombre de ‘República Argentina’, sino también como ‘Confederación Argentina’ y como ‘Provincias Unidas del Río de la Plata’.

“La preexistencia de las provincias al Estado federal permite comprender la regla de que conservan el poder no delegado constitucionalmente a aquel; ello ha sido expresamente reconocido por esta Corte desde temprana época (Fallos: 1:170) y reiterado en tiempos más recientes (Fallos: 324:3048; 327:3852 y 334:626, entre tantos otros). (...)”

“Debido a la relevancia de las circunstancias narradas, es necesario que un poder federal —como el que ejerce esta Corte—, actúe con el debido respeto institucional para no cercenar (o convalidar el cercenamiento) de una manifestación histórica vinculada a un momento fundacional de una ciudad constitutiva de una pro-

vincia originaria, que —además- se renueva año tras año por voluntad de sus protagonistas. (...)

“ Que, conforme a lo descripto, las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o imposición -a los alumnos y/o personal docente y no docente- de una determinada religión o que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación. (...)

“ Que las conmemoraciones citadas, incluyendo las cuestionadas en esta demanda, conforman un calendario escolar de claro espíritu humanista, y deben entenderse como expresión del ‘margen de apreciación local’, potestad inherente a la autonomía provincial reconocida por este Tribunal (Fallos: 340:1795, disidencia parcial del juez Rosatti; 341:1869; 342:1938, votos del juez Rosatti y 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti), que deriva del sistema federal establecido por el art. 1° de la Constitución Nacional, y que ha sido ejercida en este caso por la comunidad mendocina en materia educativa. No se trata de una potestad ilimitada sino controlable por los poderes (inicialmente) locales y (finalmente) federales, para evitar la vulneración de la Ley Suprema de la Nación consagrada en el art. 31 de la Constitución. Justamente, un ejemplo de ese control es el que se realiza por medio de esta sentencia.

“ Que no incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental.

“Contrariamente a lo que puede haberse sostenido en la presente causa, la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos. (...)

“ Que, a la luz de lo expresado, corresponde concluir que no se presentan en la causa motivos que permitan considerar que el texto de la

resolución, y la implementación que de ella se ha efectuado en la Provincia de Mendoza, importe vulnerar los derechos fundamentales invocados que autoricen su declaración de invalidez constitucional.

“Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del ‘margen de apreciación local’ (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación. Es importante remarcar que la práctica debe acompañar en estos casos a la norma, para evitar que por medio de aquella se violente a esta (cfr. Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, especialmente considerandos 33 y 34)”.

VII. El voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

“(4°) Que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si, en el caso de autos, la Provincia de Mendoza a través de la resolución 2616/2012, emitida por la Dirección General de Escuelas provincial, al disponer que la comunidad educativa realice actividades ‘de gran significatividad’ y ‘con la participación de toda la comunidad educativa’ en conmemoración del ‘Patrono Santiago’ y del ‘Día de la Virgen del Carmen de Cuyo’, se encuentra dentro del margen de autonomía de las provincias o si bien lesiona los derechos a la libertad de religión y conciencia, a la igualdad, a la autonomía personal y a la intimidad previstos en la Constitución Nacional.

“Se trata de un caso de indudable trascendencia institucional ya que la decisión de esta Corte tendrá un sobre otros casos en los cuales las provincias o la Nación han adoptado decisiones efecto relevante similares.

“En estos supuestos, la decisión debe estar fundada razonablemente [art. 3° del Código Civil y Comercial de la Nación (5)] lo que requiere delimitar con precisión el conflicto debatido, ponderar los principios aplicables y considerar las consecuencias de la decisión que debe adoptarse.

“(5°) Que, en primer lugar, cabe señalar que la actora ha basado su pretensión en un encuadra-

(5) Cód. Civ. y Com.: Art. 3° Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

miento del conflicto vinculado a la enseñanza y adoctrinamiento religioso en las escuelas, lo que resulta jurídicamente incorrecto.

“La calificación normativa de una conducta de este tipo debe ser analizada teniendo en consideración el significado simbólico que el mismo tiene en el momento en que se lo juzga.

“Para efectuar esa calificación se debe considerar:

“- Que el principio de no discriminación implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa en la que nadie tiene el derecho de imponer su visión a los demás. Este principio permite diseñar sociedades en las que convivan diferentes visiones que enriquecen el debate público, y, que a través de la participación de cada sector se tengan en cuenta intereses, inquietudes y puntos de vista que aseguren su identidad cultural (Fallos: 344:441). La función del derecho en estos casos no es excluirlas o buscar la homogeneidad, sino lograr un consenso que surge de su interacción. Es lo que se denomina consenso entrecruzado (Rawls, John, ‘Teoría de la Justicia’, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; ‘Justice as Fairness: A Restatement’, Harvard University Press, 2001).

“- Que el derecho a la identidad dinámica individual y colectiva significa que todas las personas humanas o las comunidades pueden pretender preservar dicha identidad. Este principio es la contracara del anterior y resulta evidente que a medida en que avanza la globalización se refuerzan las identidades culturales locales como una búsqueda de sentido y seguridad.

“- Que la ponderación de ambos principios permite admitir el ejercicio del derecho a la identidad cultural individual o colectiva en tanto no tenga una consecuencia discriminatoria.

“- Que la identidad cultural se construye alrededor de bienes que son desprovistos de su contenido derivado del contexto en que fueron creados. En ese aspecto, cuadros, estatuas, monumentos que fueron elaborados con una finalidad religiosa y que pudieron tener un efecto discriminatorio en su origen, ya no lo tienen. Por el contrario, son visitados y admirados en museos y exposiciones en todo el mundo. El mismo fenómeno se observa con relación a determina-

das prácticas culturales. Es por ello que fueron perdiendo su función de origen vinculada a la religión y al poder y ya no son reconocibles en su finalidad originaria (Sánchez Cordero, Jorge, ‘Patrimonio Cultural-Ensayos de Cultura y Derecho’, Unam, México, 2013).

“- El ‘Día del Patrono Santiago’, como muchos otros sucesos similares, ha sido transformado por la historia y se ha constituido en elemento definitorio de la identidad cultural de la Provincia de Mendoza.

“- Una interpretación de ‘neutralidad estricta’ llevaría a eliminar cualquier referencia religiosa en todo tipo de símbolos, días festivos y su impacto en la educación. En este supuesto habría que considerar el efecto que tendría sobre numerosas leyes provinciales que podrían resultar equiparadas. Por ejemplo: en la Provincia de Catamarca, se celebra el natalicio de Fray Marmerto Esquiú, y la Virgen del Valle; en Córdoba el día de San Jerónimo; en Corrientes la Señora de Itatí, San Juan Bautista y la Virgen de la Merced; en Entre Ríos el Santo Patrono San Miguel Arcángel; en Formosa el día de la Virgen del Carmen; en Jujuy la Virgen María de Río Blanco; en Salta la Virgen del Milagro; en San Luis el Santo de la Quebrada; en Santa Fe el Santo Patrono San Jerónimo. El nombre de provincias como San Juan, Santa Fe, Santa Cruz, San Luis o la ciudad de Rosario, debería ser cambiado o prohibidos los días festivos que recuerdan su fundación.

“La verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que busque la paz social, fijando una jurisprudencia estable como un modo normal de la convivencia humana, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla. Pues, un sistema previsible de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de derecho (Fallos: 344:2601, disidencia del juez Lorenzetti).

“(6°) Que una interpretación del ordenamiento jurídico basada en un diálogo de fuentes permite afirmar claramente que el derecho ar-

gentino y comparado reconoce un derecho a la identidad cultural individual y colectiva.

“Esta interpretación es consistente con diversas fuentes.

“La Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (art. 75, incs. 17 y 19). El art. 41 de la Carta Magna, dispone que ‘las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural’.

“Los valores culturales están protegidos en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 240) (6).

“La Ley General del Ambiente (ley 25.675, art. 2º, inc. a) también reconoce el valor jurídico de la cultura al señalar que la política ambiental nacional deberá asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales tanto naturales como culturales.

“La ley 25.197, si bien se refiere al registro de objetos materiales, establece claramente el valor jurídico de la cultura. Esta última entiende por ‘bienes culturales’, a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino.

“En el mismo orden, la ‘Convención de San Salvador’ sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las naciones

americanas, aprobada por ley 25.568, se halla orientada fundamentalmente a preservar para las generaciones venideras el legado del acervo cultural.

“De igual modo, la ley 26.206 (art. 11) establece como uno de los fines y objetivos de la política educativa nacional brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural.

“La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESCO, aprobada por ley 26.556, reconoce la importancia del patrimonio cultural subacuático como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común.

“La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, aprobada por ley 26.118, incluye las tradiciones y expresiones orales, y los usos sociales, rituales y actos festivos (7).

(7) Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, del 03/1/2003, que fuera adoptada por la Trigésima Segunda Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura —UNESCO— el 17 de octubre de 2003, ratificada por Ley 26.118. Artículo 2: Definiciones. A los efectos de la presente Convención, 1. Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sos-

(6) Cód. Civ. y Com.: Art. 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

“El derecho latinoamericano reconoce la identidad cultural individual y colectiva; enumerando los antecedentes legislativos latinoamericano y del caribe. (...)”

“(7°) Que, como se advierte, el derecho regula aspectos del ‘patrimonio cultural y natural’ pero también del ‘patrimonio cultural inmaterial’ como lo menciona la citada Convención de la UNESCO que incluye tradiciones o expresiones de vida heredadas de nuestros antepasados y que se han ido transmitiendo a nuestros descendientes, como las tradiciones orales, artes escénicas, prácticas sociales, rituales, eventos festivos, etc. Dentro de la categoría de los inmateriales se incluye el derecho a la identidad cultural.”

“En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la identidad individual está reconocido en relación a las personas humanas [art 52. del Código Civil y Comercial de la Nación (8)]; y comprende tanto la identidad estática como la dinámica. Este derecho encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano y fundamento legal como derecho personalísimo.”

“La ‘identidad cultural’ es también un derecho de incidencia colectiva que encuadra en la tipificación efectuada por esta Corte en el precedente ‘Halabi’ (Fallos: 332:111). Es un bien jurídico colectivo, indivisible, de uso común, que no puede ser apropiado por los individuos ni por el Estado, ya que pertenece a toda la comunidad, no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón, solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación

tenible. 2. El “patrimonio cultural inmaterial”, según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales

(8) Cód. Civ. y Com.: Art. 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

“En tal sentido, los derechos culturales confieren legitimación para actuar en defensa del bien, y la pretensión debe enfocarse en la incidencia colectiva del derecho. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.”

“El concepto jurídico de identidad cultural, al igual que la individual, tiene un aspecto estático y otro dinámico. El primero contempla las tradiciones consolidadas tanto en bienes físicos como inmateriales. El segundo incorpora también los cambios que se producen con el tiempo, ya que la diversidad cultural es variable.”

“(8°) Que, es doctrina de esta Corte resaltar la importancia que tiene la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural de la Nación. En ese sentido, este Tribunal ha sostenido que el patrimonio cultural de una Nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia, puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros [conf. Fallos: 336:1390, considerando 9° (9) y CAF 29528/2014/1/RH1 ‘EN-EMGE c/ Cencosud S.A. s/ varios’, sentencia del 2 de agosto de 2022].”

“(9°) Que existe un derecho de incidencia colectiva a la identidad cultural dinámica tutelado en tanto no exhiba potencial discriminatorio. Esa interpretación es la que corresponde aplicar para la solución del conflicto que debe resolver esta Corte.”

(9) CS, “Zorrilla, Susana y otro c. E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa”, 27/08/2013, AR/JUR/47004/2013

Cita asimismo las distintas celebraciones que realiza la Provincia de Mendoza en el calendario académico.

“ Que las resoluciones mencionadas establecen con claridad que con las conmemoraciones y/o celebraciones se persigue una finalidad cultural.

“La posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual y no hay evidencia, ni prueba aportada a la causa, de que los alumnos o personal docente que no compartan esas ideas puedan abstenerse de presenciarlas sin ninguna dificultad para ejercer esa libertad.

“De este modo queda claro que las resoluciones tampoco persiguen un adoctrinamiento religioso, sino de preservación de la memoria a la identidad cultural colectiva y, como se dijo, no se verifica un potencial discriminatorio conforme el criterio señalado anteriormente. La participación de la comunidad educativa no es otra que la de exaltar los valores de la identidad provincial.

“Con ello se desprende que la situación planteada en autos difiere sustancialmente de la analizada por esta Corte, e invocada por la actora, en la causa ‘Castillo’ (Fallos: 340:1795) en tanto allí el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una disposición de una ley provincial y de la norma de la dirección general de educación local que establecían la enseñanza religiosa y prácticas de esa índole a realizarse durante el horario escolar en las escuelas públicas de la Provincia de Salta.

“ Que, en este contexto, afirmar la identidad cultural colectiva no lesiona el principio de neutralidad religiosa del Estado. Citando los antecedentes históricos de ambas celebraciones en cuestión. (...)

“ Que, de lo descripto anteriormente, se desprende que las conmemoraciones festivas relativas al ‘Patrono Santiago’ y ‘Virgen del Carmen de Cuyo’ durante los días 25 de julio y 8 de septiembre de cada año, constituyen tradiciones tendientes a resaltar la identidad cultural colectiva de la Provincia de Mendoza, y su celebración no afecta al derecho de la no discriminación ni la neutralidad religiosa estatal.

“Pues no hay elementos que revelen que en esas celebraciones se realicen alusiones más allá de esas referencias históricas o culturales de la provincia, manteniéndose el respeto de cualquier discrepancia que todo habitante de la Provincia de Mendoza pueda tener, como así también, como se señaló, la eximición de no concurrir a las festividades que se celebran para aquellos que no desean hacerlo.

“También debe tenerse en cuenta que el contexto de celebración que fija la norma cuestionada no tiene una connotación religiosa en absoluto. Por el contrario, ambas establecen que las actividades serán presididas por las banderas de ceremonia y que en esa ocasión se entonará el himno nacional argentino. Además, la resolución 2959/2016 expresamente ordena que las conmemoraciones —que incluyen clases alusivas y actividades relacionadas— deberán tener características que enfaticen los aspectos culturales y tradicionales de las festividades y acontecimientos conmemorados.

“ Que esta Corte afirmó el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación (Fallos: 340:1795), además de ratificar el criterio según el cual ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y que -no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida- la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (conf. Fallos: 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496). Citando así mismo la normativa constitucional provincial. (...)

“Como se ha señalado, el conflicto no se refiere a la enseñanza y adoctrinamiento religioso en las escuelas, sino a la conmemoración de fechas relativas a la identidad cultural e histórica de la provincia.

“ Que por las razones expuestas se concluye que la resolución 2616/2012 de la Dirección General de Escuelas provincial, en cuanto incluye en el calendario escolar mendocino la realización de actividades los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del ‘Patrono Santiago’ y de la ‘Virgen del Carmen de Cuyo’, no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en los establecimientos edu-

cativos y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la parte actora en la acción de amparo interpuesta.

“Esta interpretación armoniza de manera razonable la norma impugnada con la Constitución Nacional y la ampara por lo tanto de la tacha de inconstitucionalidad alegada por la recurrente. Debe recordarse que la invalidez de una norma es siempre la última ratio de la interpretación, a la que solo debe acudir, como tiene dicho esta Corte, cuando no exista alternativa de mantenerla dentro del sistema normativo pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre muchos otros).

“Que el diseño constitucional dispone que el Congreso de la Nación debe dictar normas de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, pero admite un importante margen de apreciación local que las provincias se han reservado con la finalidad de mantener la diversidad cultural local, que enriquece al régimen federal.

“En este marco, la descentralización institucional es un poderoso instrumento para el desarrollo de las regiones, ciudades y diferentes tipos de actividades.

“El significado concreto del federalismo, en este aspecto, es fortalecer ámbitos locales de decisión autónomos compatibles con una base de presupuestos mínimos nacionales.

“La riqueza cultural y económica de cada región, provincia o ciudad se potencia en la medida en que pueden funcionar de acuerdo con proyectos que reflejen sus identidades. De este modo se generan múltiples decisiones diferentes, flexibles, que dialogan entre sí y ascienden progresivamente hasta formar un modelo más general (Fallos: 344:1151, voto del juez Lorenzetti).

“Es en este orden que cabe considerar la competencia de la autoridad de la cual emana la norma impugnada.

“La Constitución también establece como principio general que ‘las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal y el que expresamente se

hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación’ (art. 121) y también que ‘cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones’ (art. 5°). En el mismo sentido el citado artículo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia. Ambos principios han sido receptados en precedentes de esta Corte (Fallos: 338:249, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y Fallos: 344:809, voto del juez Lorenzetti).

“Con ello, se debe concluir que la resolución cuestionada tiene por finalidad reafirmar valores y tradiciones culturales propias de la Provincia de Mendoza, razón por la cual se compadece con las facultades que le competen a la autoridad educacional de la provincia”.

VIII. Conclusiones

De este extenso fallo de 69 páginas podemos decir:

1. Es un caso difícil (10) que contempla varios temas jurídicos a considerar y se trata de un caso de indudable trascendencia institucional ya que la decisión de la Corte tendrá sobre otros casos en los cuales las provincias o la Nación han adoptado decisiones de efecto relevante similares:

a) En primer lugar la importancia de proteger y preservar el patrimonio cultural-histórico inmaterial de una comunidad en este caso de la Provincia de Mendoza.

b) Que dicho patrimonio cultural- histórico inmaterial de una provincia debe interpretarse de manera dinámica, con su significado actual, más allá de sus orígenes religiosos.

c) Deben respetarse en tal sentido las autonomías provinciales de regular bajo los parámetros del fallo su patrimonio cultural e histórico y son

(10) DWORKIN, Ronal, "Los derechos en serio", Ariel, Buenos Aires, 2002, ps. 146 y ss.

ellas las que determinan cuáles son los hechos a proteger, ello enriquece el patrimonio cultural de la Nación.

El Congreso de la Nación debe dictar normas de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, pero admite un importante margen de apreciación local que las provincias se han reservado con la finalidad de mantener la diversidad cultural local, que enriquece al régimen federal.

d) Que los derechos culturales e históricos pueden ser derechos individuales como de incidencia colectiva. Rigiendo para cada caso las normas o la jurisprudencia pretoriana de la Corte aplicable.

e) Que para el Estado argentino rige el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación (Fallos: 340:1795), además de ratificar el criterio según el cual ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino, y que —no obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida— **(11)** la neutralidad religiosa adoptada

(11) Art. 2º de la CN

por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y de la libertad de conciencia consagrados en su art. 14 (conf. Fallos: 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496).

f) En el caso concreto no se conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en los establecimientos educativos y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la parte actora en la acción de amparo interpuesta es decir los alumnos/as y/o docentes y comunidad educativa en general cuyos derechos son debidamente respetados.

2. Que la protección del patrimonio cultural material o inmaterial es parte del derecho ambiental y por ende es un derecho humano fundamental como los demás derechos y obligaciones ambientales **(12)**.

3. El fallo es completo, esclarecedor y que fija jurisprudencia en un área tal vez un poco olvidada de nuestro derecho ambiental.

(12) Res. A/76/L.75, 26 de Julio de 2022. Asamblea General de las Naciones Unidas que reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano

DERECHO PENAL AMBIENTAL

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Conducta penalmente típica. Disposición de restos orgánicos. Residuos peligrosos. Derecho del imputado a ser defendido por un profesional de su confianza.

Con nota de Julieta González Schlachet

1. — Es a partir de la cantidad y el modo en que fueron dispuestos los restos orgánicos enterrados en el suelo que adquirieron la característica de residuos peligrosos, sobre todo cuando quedó acreditado, que producían el proceso llamado “lixiviación”, que ocurre cuando los residuos son dejados sin protección en contacto con el suelo y que, a lo largo del tiempo, con la lluvia y los cambios climáticos, van produciendo líquidos que penetran en el suelo y llegan a las napas subterráneas, afectándolas de sobremanera, con peligro para el medio ambiente y la población allí lindante, no sólo la actual, sino esencialmente la compuesta por las futuras generaciones.
2. — El imputado contaminó, de un modo peligroso para la salud, el agua, la atmósfera y el suelo del lugar donde se desarrollaban las tareas de la empresa que dirigía.
3. — Escoger sin restricciones a un abogado defensor, que llene las condiciones legales pertinentes y pueda producir, en nombre de su representado, los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, es una garantía que se extiende a todo tipo de proceso, ya sea como actor o demandado, querellante o acusado y hace al respeto del derecho de defensa en juicio. Constituye un resguardo inalienable del inculpado, a modo de garantía mínima y para que no se vea vulnerado el derecho, no sólo el de ser asistido durante el proceso por un defensor de su elección, sino también el de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
4. — Entre la renuncia de estos abogados, la posterior designación en su reemplazo de la defensa pública oficial y la fijación de la audiencia de debate por parte del órgano jurisdiccional de juicio transcurrió un tiempo más que prudencial para que el nombrado hiciera uso del derecho a designar a un letrado particular de su confianza que lo representara durante esta etapa sustancial del proceso.
5. — A partir de los elementos de prueba se logró constatar que en el predio del establecimiento de la firma de la cual era gerente el imputado, se acumularon y enterraron desechos industriales, se quemaron a cielo abierto desechos sólidos industriales; todo lo cual produjo la contaminación del ambiente en general producto de la liberación de dioxinas y furanos en el aire y la contaminación del suelo producto de la lixiviación en la tierra y napas del agua subterránea a raíz de tales actividades (del voto del Dr. Borinsky).
6. — El *a quo* sopesó las evidencias y pudo acreditar la hipótesis acusatoria, vinculada a que las actividades desarrolladas por la empresa de la cual era gerente el imputado contaminaban de un modo peligroso para la salud el suelo, el agua y la atmósfera; es decir, el ambiente en general, produciendo una afectación a la salud pública (del voto del Dr. Hornos).
7. — No puede entenderse el derecho a la salud de los habitantes como algo limitado a estar sano, o no sufrir una enfermedad en particular. La ley 24.051 no se limita a castigar penalmente una afectación concreta y particular a la salud humana, sino que abarca el peligro potencial que la contaminación mediante residuos peligrosos significa para la especie humana (del voto del Dr. Hornos).
8. — El acusado contó con tiempo suficiente para poder designar a su abogado de confianza y diagramar su estrategia defensiva previo al inicio del juicio oral, sin presentarse obstáculos que le impidiesen ejercer plenamente su derecho a una defensa técnica eficaz (del voto del Dr. Hornos).

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 20/04/2022. - Mocarbel, Jorge Elías s/ infracción ley 24.051 (art. 55).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/42136/2022]

Expte. n° FPA 005117/2016/TO01/CFC001

Buenos Aires, 20 de abril de 2022.

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, Provincia de Entre Ríos, resolvió por veredicto del 11 de diciembre de 2020, en lo que aquí interesa:

“1) DECLARAR a Jorge Elías Mocarbel, demás datos personales obrantes al inicio, autor penalmente responsable del delito descripto en los artículos 55 y 57 de la ley 24.051, que castiga con las penas previstas en el artículo 200 del Código Penal, a quién, utilizando los residuos a que se refiere dicha ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para

la salud, el agua, la atmósfera y el suelo, o sea, el ambiente en general. 2) En consecuencia, CONDENAR a Jorge Elías Mocarbel a las penas de TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL Y MULTA DE PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000) (arts. 200, 22 bis y 26, todos del CP). 3) Conforme lo establecido en el art. 27 bis incisos 5 y 8 del Código Penal, IMPONER a Jorge Elías Mocarbel a: a) la realización de un curso sobre el cuidado del medio ambiente por cualquier modo, presencial o virtual, cuyo cumplimiento deberá acreditar ante el Juzgado de Ejecución de este Tribunal y b) la efectivización de tareas comunitarias por el lapso de dos (2) horas semanales y por el término de dos (2) años a favor de la municipalidad de Aldea Brasilera o cualquier institución de dicha localidad. En caso de imposibilidad de realización de las mismas, deberá efectuar la donación de lo estipulado en el convenio que rige para los trabajadores de su fábrica, por el valor de dos (2) horas semanales por el término de dos (2) años, a los fines de la reparación del medio ambiente según lo estipulado en el art. 41, primer párrafo, última parte de la Constitución Nacional. 4) IMPONER las costas de la causa al condenado (art. 531 del C.P.P.N.).”

II. Contra dicha resolución, interpusieron recursos de casación los letrados defensores de Elías Mocarbel, doctores Leopoldo L. F. Lambruschini y Julio A. Federek, el que fue concedido por el tribunal a quo el 23 de febrero de 2021; y mantenido en esta instancia.

III. Los defensores particulares fundaron su recurso en ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer lugar, plantearon que se había afectado la garantía de ser defendido por un abogado de su confianza, al haberse rechazado el pedido de postergación del inicio del debate para que asumieran su defensa los letrados particulares en reemplazo del defensor oficial que se encontraba designado para asistir legalmente al señor Mocarbel.

Indicaron que el cambio de defensores por parte del imputado se debió a que no conocía personalmente a los defensores oficiales, “... no sabía qué defensa se iba a articular a su respecto, qué planteos se harían, si iba a declarar o no, qué iba a declarar, etc. Tan es así que no hubo una articulación del imputado y su defensa en este sentido que la propia defensora oficial se opuso a que contestara preguntas en el debate pese a que el imputado quiso hacerlo”.

Y que fue sometido a juicio “... sin contar con la defensa que éste hubiese querido, pero no en términos voluntaristas, sino en términos materiales, los planteos que este hubiera querido realizar –vgr. la inexplicable no realización de una inspección judicial (...), el asesoramiento y circunstancias que el proceso ameritaba, sobre el contenido y alcance de su declara-

ción en el debate, sobre el contenido y alcance de los interrogatorios a los testigos, sobre la decisión estratégica del caso y su defensa, etc.-”.

En definitiva, que la decisión por la que se denegó la suspensión del debate que le hubiera permitido contar con un defensor de su confianza devino arbitraria.

Por otra parte, se agravieron de la condena dictada respecto de su asistido, por considerar que la jueza de grado realizó una interpretación “integradora” del tipo penal contraviniendo el principio de legalidad”.

Señalaron que, contrariamente a lo resuelto en la sentencia, el tipo penal del art. 55 de la ley 24.051 es un delito de peligro concreto dirigido a proteger la salud pública.

Afirmaron que lo que se busca proteger “... es la salud humana, el peligro concreto sufrido por ésta y, en su caso, agravada en los supuestos de lesión del bien jurídico protegido –resultado muerte-”; y que con la “interpretación” realizada por el “a quo” se amplió la materia de prohibición, “... creando pretorianamente el delito medioambiental como así también anticipando la punibilidad mediante su entendimiento como delito de peligro abstracto”.

Asimismo, alegaron que la magistrada de grado sustentó la condena en una arbitraria interpretación de la prueba.

En tal sentido, en primer lugar argumentaron que el informe realizado por la Licenciada Química de la Unidad Fiscal de Investigación en Materia Ambiental, María Fernanda Cúneo Basaldúa, fue transcripto en forma parcial en la sentencia; ya que en aquél se había concluido que el “lixiviado” podría ocurrir, no que efectivamente hubiese ocurrido; y que inciden múltiples variables de distinta índole que no fueron analizadas –en particular referenció los testimonios de Daniel Hess, del ingeniero Borda y de Elizabeth Saavedra-, por lo que concluyeron que no habría podido acreditarse fehacientemente la contaminación del suelo.

En cuanto a la contaminación del aire, afirmaron que de conformidad con lo regulado por la ley 26.911 que aprobó el Convenio de Estocolmo, en el anexo C, se estableció que sólo es contaminante si la quema de residuos orgánicos se realiza con cloro o elementos que contenga el elemento cloro; extremo, que, según sostuvieron, tampoco se habría demostrado.

Asimismo, que conforme surge de la letra de la ley, existen actividades que generan un riesgo permitido y uno desaprobado, refiriendo que “... habrá desaprobación jurídico penal solo si con la quema se produjeran dioxinas y furanos (...), por encima de los valores permitidos”. Y que, en el particular, no se pudo cons-

tatar las emisiones de aquellos, por lo que tampoco puede sostenerse que hubo contaminación en el sentido jurídico penalmente reprobado.

Sobre esta imputación en concreto, indicaron una serie de irregularidades en la medición de la supuesta contaminación del aire que impedirían arribar a la certeza requerida en esta etapa del proceso para condenar a su pupilo Mocarbel.

Por otra parte, en cuanto a la imputación de contaminación del arroyo “El Salto”, sostuvieron que la jueza de grado soslayó “... el sistema de tratamiento de efluentes líquidos que tenía la planta de la firma Mocarbel”. Y que conforme quedó acreditado durante el debate, las muestras valoradas –en las que persistían niveles de DBO mayores a los permitidos– habían sido tomadas dentro de la “laguna de tratamiento”, lugar que no estaba destinado para ser vertido a ningún curso de agua.

Señalaron que, en todo caso, debía responsabilizarse a Mocarbel por no haber reparado el talud que permitió el vertido de efluentes líquidos al arroyito “El Salto”, por negligencia o imprudencia.

Para ello también consideraron que debieron haberse valorado los distintos testimonios recibidos en el juicio en los que se hizo referencia a la reparación del referido talud. Y que los vertidos al afluente eran excepcionales y se producían frente a procesos exógenos a la planta de tratamiento.

Luego de analizar el “Informe Prevencional” de la PFA valorado por la magistrada de grado, concluyeron que “... solo da valores más allá de lo permitido, en lo que hace a la demanda química de oxígeno (DQO) y sólo respecto del punto de vuelco”; que debió haber sido contrastado con el informe producido por el experto presentado por la defensa. Y que “... existen elementos técnicos para sostener que las conclusiones a las que arriba el informe de la PFA en lo que hace a las mediciones de DQO son equivocadas, incompatibles con otras mediciones –DBO–, lo que se explicaría por un error técnico en su confección, prueba que fuera completamente soslayada por la sentencia”.

Ello, sin perjuicio de que no se habría acreditado un peligro concreto que afecte el bien jurídico protegido –salud pública–, de conformidad con lo establecido por el art. 55 de la ley 24.051.

En definitiva, solicitaron que se casara la sentencia recurrida y se decretara la nulidad del juicio por haberse privado al señor Mocarbel de la posibilidad de contar con un defensor de su confianza; subsidiariamente, que se dispusiera la absolución de su pupilo por haberse violado el principio de legalidad al establecerse su condena por un delito ambiental no legislado; o, subsidiariamente también, se lo absuelva

por cuanto no se encontraría acreditada la contaminación del suelo, aire y aguas.

Hicieron expresa reserva del caso federal.

IV. Durante el término de oficina, previsto por los artículos 465, cuarto párrafo, y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó el señor Fiscal General en la instancia, doctor Mario A. Villar, y solicitó el rechazo del recurso de casación interpuesto por los letrados defensores de Jorge Mocarbel.

Señaló que la resolución aquí recurrida fue sustentada en forma razonable y que “... bajo la invocación de arbitrariedad en la argumentación y valoración de los elementos de prueba, únicamente se exteriorizan divergencias de criterio con el razonamiento efectuado por el a quo al momento de condenar, de cuya compulsa no surge en modo alguno un apartamiento de las constancias de la causa, sino que se ajustan de manera concluyente a éstas”.

En cuanto a la nulidad planteada, concluyó que los recurrentes no lograron demostrar un perjuicio efectivo en los derechos del imputado, por lo que por aplicación del principio de trascendencia correspondía su rechazo.

Por otra parte, refirió que también corresponde rechazar el recurso deducido por la defensa en tanto el tipo penal en cuestión protege al medio ambiente –citó en apoyo de su postura jurisprudencia de esta Cámara– y que si bien en la ley 24.051 se exige el acaecimiento de un peligro concreto, éste puede ser para “la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”; por lo que concluyó que “esto asegura la correcta tutela del medio ambiente”.

Asimismo, que el hecho investigado en autos fue debidamente acreditado mediante las tareas de inteligencia, los testimonios policiales y de los peritos, los relatos de los vecinos, prueba documental y pericial; y que todos estos elementos de prueba “... resultan concordantes los unos con los otros y justifican la condena impuesta”.

En definitiva, postuló la confirmación de la sentencia impugnada por la defensa.

V. Superada la etapa prevista en los artículos 465, último párrafo, y 468 del Código Procesal Penal de la Nación, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

Considerando:

El doctor *Carbajo* dijo:

I. El recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que corresponde a esta Cámara Federal de Casación Penal resolver cuestiones como la que en esta oportunidad viene impugnada, de

conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes de Fallos: 318:541 (“Giroldi”), 328:1108 (“Di Nunzio”) y 330:393 (“Garrone”).

Además, los recurrentes se encuentran legitimados para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N), y sus agravios encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, y se ha cumplido con el art. 463 del citado código.

En este sentido, cobra vocación aplicativa la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal, Matías Eugenio” (Fallos 328:3399), pues al tratarse, en la especie, de la impugnación de una sentencia de condena se impone su control de acuerdo con los estándares de ese fallo, a cuyo tenor se exige un máximo esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar.

De todos modos, el examen casatorio quedará ceñido a las cuestiones planteadas oportunamente al interponerse el recurso y, además, no implicará una revisión integral de oficio de la sentencia impugnada.

II. Por una cuestión metodológica y de claridad expositiva se abordará en primer término el planteo vinculado con cuestiones preliminares al dictado de la sentencia, pues lo decidido podrá tener incidencia directa en los restantes.

En segundo lugar, los agravios relativos a la fundamentación de la condena de Jorge Mocarbel -con el alcance antes señalado-, y luego, aquellos referidos a la aplicación de la ley sustantiva -título de imputación discernido-.

III. Como quedó reseñado ab initio, para los recurrentes, al haberse denegado la postergación del inicio del debate frente al cambio de asistencia técnica articulado, se configuró una clara afectación a la garantía de Mocarbel de ser defendido por un profesional de su confianza.

Al respecto, cabe señalar que escoger sin restricciones a un abogado defensor, que llene las condiciones legales pertinentes y pueda producir, en nombre de su representado, los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, es una garantía que se extiende a todo tipo de proceso, ya sea como actor o demandado, querellante o acusado y hace, como inveteradamente sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al respeto del derecho de defensa en juicio (cfr. Fallos 312:1042, entre otros, y, especialmente, voto de la señora Ministra Carmen M. Argibay, en “López, Ramón Angel s/ recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar -causa N° 2845-” en Fallos 330:399).

Constituye un resguardo inalienable del inculpado, a modo de garantía mínima y para que no se vea vul-

nerado el derecho, no sólo el de ser asistido durante el proceso por un defensor de su elección (cfr. art. 8, punto 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sino también el de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (cfr. art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por otra parte y como se sabe, el Alto Tribunal ha afirmado que la garantía de la defensa en juicio tiene carácter sustancial (Fallos 189:306 y 391; 192:240 y 308; 193:487, entre muchos otros) y por ello exige de parte de quien la invoca, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto (Fallos 298:279 y 498).

Y, en el caso, no sólo esa demostración se encuentra ausente por parte de la asistencia letrada de Mocarbel, sino que, en todo momento a lo largo del proceso -desde su génesis-, se observa que éste pudo contar con una defensa técnica para su debido asesoramiento.

Tal como reseñó la señora jueza de grado en el proveído del 17 de noviembre de 2020, el nombrado designó como letrados defensores al doctor Ciro Muzza-chiodi y a la doctora Ailin Duarte en el inicio de estas actuaciones, con carácter previo a prestar declaración indagatoria en el mes marzo de 2018, los que aceptaron debidamente el cargo conferido.

En esa línea, se observa también que entre la renuncia de estos abogados, la posterior designación en su reemplazo de la defensa pública oficial y la fijación de la audiencia de debate por parte del órgano jurisdiccional de juicio, transcurrió un tiempo más que prudencial para que el nombrado hiciera uso del derecho a designar a un letrado particular de su confianza (en reemplazo de aquellos y si no deseaba continuar siendo asistido por la Defensa Oficial) que lo representara durante esta etapa sustancial del proceso.

Desde esa perspectiva y como remarcó con acierto el señor Fiscal General ante esta Cámara, “... el argumento defensorista entraña meramente una distinta valoración de las circunstancias tenidas en cuenta, de modo que no se debería imponer la nulidad del juicio planteada, alegando que no se respetó el derecho a designar defensor de confianza, ya que claramente no se le impidió al acusado designarlo. Como la propia defensa lo reconoce, lo que el tribunal rechazó fue la suspensión del debate, ya que fue solicitada un día antes de la fecha establecida para su inicio y sin alegar razones sobrevinientes, cuando razonablemente pudo hacerlo con mayor antelación, en cuanto estaba notificado de ello varios días antes”.

Coincidió con su mirada en cuanto a que “... [N]o debe confundirse el respeto a los recaudos que tien-

den a asegurar la protección del ejercicio de una garantía constitucional con la incolumidad de la garantía misma, pues suponer que una hipotética omisión formal pudiera causar la nulidad del acto, implicaría convertir a los medios tendientes a proteger el ejercicio de aquella garantía en una garantía en sí misma, con olvido del carácter meramente instrumental que tales medios revisten (CSJN, Fallos: 325:1404)”.

Es que, en efecto, tal como surge del legajo, las actuaciones ingresaron al tribunal oral -provenientes del Juzgado Federal nº 1 de Paraná- el 13 de junio de 2019, siendo defendido en ese momento Mocarbel por sus letrados particulares Muzzachiodi y Duarte; posteriormente, el 2 de octubre de 2019, ante la renuncia de éstos, se llevó a cabo la designación de la defensa pública oficial; más de un año después, el 9 de noviembre de 2020, se notificó a las partes de la fijación de las audiencias de debate a partir del 18 de ese mes y año; sin embargo, recién el 17 de noviembre, esto es, el día anterior al comienzo del juicio y a más de un año de que la causa se radicara en el órgano cuya función por antonomasia es precisamente esa, el acusado hizo saber no sólo su pretensión de mutar de representante legal para ejercer su defensa -derecho que, obviamente, le asiste-, sino también la de que se postergue su anunciado arranque.

Como respuesta por parte de la jurisdicción -según se lee en el proveído correspondiente- se le comunicó que “... [n]o habiendo aceptado el cargo ni presentado en la causa los Dres. Federick y Lambruschini, se admitirá su intervención en el caso que decidan aceptar, sin interferir la audiencia fijada”.

Y ese rechazo al pedido de postergación del debate, a la luz de las circunstancias referidas, luce razonado y razonable, sin que se advierta la tacha invocada por su actual defensa ni ninguna otra vinculada a afectación de garantía constitucional en contra de Mocarbel.

En el *sub judice*, la parte recurrente sólo se ha limitado a invocar la conculcación del derecho de defensa en juicio sin acreditar, en concreto y de modo patente, qué medidas de prueba se vio impedida de ofrecer o de realizar como consecuencia de la decisión de mi colega de grado de mantener el comienzo del debate, sin que pueda sostenerse con suficiencia que no pudo disponer del tiempo o de los medios adecuados para la preparación de su defensa a la vista del relevamiento antes detallado.

En suma y con especial miramiento en el marco jurisprudencial y convencional precisado, cabe concluir que, en las especiales circunstancias del caso, no se ha logrado demostrar la conculcación al derecho con que cuenta el imputado a tener una defensa técnica efectiva, oportuna y eficaz, por lo que el agravio introducido por la parte será rechazado, lo que así dejo postulado a mis colegas de Sala.

IV. También se cuestionan las conclusiones a las que arribó la magistrada del tribunal de mérito en lo que respecta a la acreditación de los hechos por los que fue condenado Mocarbel.

De inicio he de remarcar que el agravio no prosperará pues los planteos introducidos sólo revelan un desacuerdo poco convincente frente a las sólidas conclusiones a las que llegó la colega del tribunal de juicio en la sentencia aquí recurrida.

Considero necesario destacar que en las presentes actuaciones se le imputó a Jorge Elías Mocarbel que “... durante el período comprendido entre el 19 de mayo de 2014 y el 1º de julio de 2017, en su carácter de socio gerente de la empresa ‘Saul Mocarbel S.R.L.’, ubicada sobre la ruta nº 11 a la altura del km 20 ½ de la localidad de Aldea Brasilera, departamento Diamante, provincia de Entre Ríos, la cual se dedica a la fabricación de jabones, detergentes, aceites y grasas de origen animal, como al procesamiento de su carne con la elaboración de sub productos cárnicos y la fabricación de calzado de tela, plástico, goma, caucho y otros materiales, derramó efluentes líquidos sin tratamiento y por fuera de los límites permitidos en el Decreto 5837/91 en el arroyo ‘El Salto’ que se comunica con el río Paraná, asimismo quemó a cielo abierto y sin ningún tipo de tratamiento residuos sólidos industriales tales como restos de animales, sus cabezas, huesos, pelos, cueros y grasas liberando tóxicos en contacto con el aire; del mismo modo acumuló y enterró en suelo natural y sin los recaudos necesarios desechos industriales correspondientes a animales muertos (bovinos); todo ello sin ningún tipo de autorización, habilitación o certificado de aptitud ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos, contaminando de modo peligroso para la salud, el suelo, el agua y el ambiente en general” (cfr. requerimiento fiscal reseñado en la sentencia).

Que a esas conductas se las calificó como constitutivas del delito de contaminación del agua, suelo y ambiente en general de un modo peligroso para la salud, de conformidad con lo previsto en el art. 55, en función del art. 57 de la ley 24.051 y 200 del C.P., solicitando los acusadores, por las razones brindadas en su alegato de cierre, que se lo condene a la pena de cinco años y dos meses de prisión.

En la pieza procesal atacada, una de las juezas del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, provincia de Entre Ríos, actuando de manera unipersonal, concluyó que la empresa “Mocarbel SRL”, de la que el imputado Jorge Elías Mocarbel era su responsable y socio gerente, “... utilizó residuos o desechos industriales, sin el tratamiento correspondiente, convirtiéndolos en peligrosos, con los cuales contaminó el agua, el suelo, el aire y el ambiente en general, con efectos en la salud”.

Asimismo que "... se acumularon y enterraron desechos industriales, se quemó a cielo abierto desechos sólidos industriales, o sea se produjo la contaminación del ambiente en general producto de la liberación de dioxinas y furanos al aire y la contaminación del suelo producto de lixiviación en las napas subterráneas, en el período comprendido desde el 19 de mayo de 2014 y el 1° de julio de 2017".

Que "... se pudo determinar la contaminación del agua a partir de diversos factores, como un exceso en los valores permitidos de DBO, DQO, conductividad eléctrica, según las muestras tomadas en los lugares indicados al enunciar y valorar las fuentes de datos". Y que "... el imputado realizó esta conducta con permanencia en el tiempo, con continuidad, constantemente desarrollaba o aprobaba conductas excedidas de los límites legalmente tolerables, creando de esta manera el riesgo jurídicamente desaprobado, que impactaba en el medio ambiente".

Para arribar a ese corolario, precisó el contenido de la prueba y reseñó los elementos de cargo admisibles y conducentes a tal fin presentados por la acusación.

Así, para tener por debidamente probado los hechos atribuidos a Jorge Mocarbel, tuvo en cuenta -entre otras-: las constancias de la investigación preliminar N° 1723/15 que llevó a cabo la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA); las declaraciones del Sargento Carlos Alberto Frías y el Oficial Guillermo Haberckon -de la Policía Federal Argentina-, en el mencionado expediente y que luego ampliaron en el debate; las actuaciones llevadas adelante por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos respecto de la empresa Mocarbel; los informes técnicos presentados por la licenciada en química Fernanda Cuneo Basaldúa, del Subcomisario químico Candia, de los ingenieros ambientales Elisabet Saavedra y Rodrigo Borda, y de los especialistas Martín Irigoytía y Germán Rivero Solari. Y también lo señalado por el ingeniero Daniel Hess, ex asesor de la empresa aquí investigada.

Puntualmente, refirió que la UFIMA, ante la noticia periodística del Diario UNO de Entre Ríos, que daba cuenta de que el establecimiento "Mocarbel S.R.L." vertía efluentes líquidos y gaseosos que contaminaban el medio ambiente, inició la investigación preliminar que encomendó a la Delegación Paraná de la Policía Federal.

Reseñó que el sargento Frías declaró que las primeras tareas de observación fueron efectuadas el día 7 de octubre de 2015, oportunidad en la que "... constató las existencias de piletones, que se encontraban en muy mal estado, de los cuales es notable sentir mucho olor nauseabundo, observándose también una especie de vapor blancuzco o similar"; que "... uno de los piletones posee un caño que comunica con el arroyo

Salto, el cual luego desemboca en el río Salto". También que "... los vecinos más próximos al lugar manifestaron que es constante sentir olores nauseabundos y gases que emanan de los piletones, como de la fábrica en sí"; que "... cuando se volcaban los efluentes se formaba una capa grasosa, de grasa aceitosa, de la que surgía un olor nauseabundo"; que "... también manifestaron los vecinos que tiempo atrás utilizaban el agua del arroyo para riego y para consumo de animales, lo que provocó que muchos animales y vegetales se enfermaran, hasta en muchos casos producir la muerte" y que "... se contaminaron las napas para extraer agua de pozo".

Luego, que el 15 de octubre de 2015 observó restos de animales en la parte trasera de la fábrica y que allí el olor era aún más fuerte.

Que volvió a presentarse en la empresa los días 10, 18 y 24 de junio y el 1° de julio de 2017, cumpliendo directivas del juez federal que había ordenado nuevas inspecciones, y refirió que "... la fábrica seguía en funciones; que el mayor volumen de camiones era recibido los fines de semana, en horario nocturno, y que los vecinos del lugar informaron que los responsables de la empresa estaban al tanto de las consecuencias negativas de su accionar y pese a ello continuaban con el volcado de efluentes contaminantes en el arroyo Salto, que pudo observar que el agua del arroyito presentaba un color rojizo y con espuma blanca y que en el lugar había un notable olor nauseabundo".

Por otra parte, que el oficial Guillermo Haberckon, de la División Operaciones del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, destacó que se constituyó en la vera de los cursos de agua donde desembocaban los piletones y tomó distintas muestras a fin de analizar los efluentes líquidos volcados por la empresa; también indicó que pudo advertir "... a simple vista que la firma posee gran cantidad de restos vacunos (huesos) en la parte posterior al predio de la firma, los cuales se encontraban quemados en su mayoría, otros enterrados, algunos emanando humo de la incineración al aire libre, percibiendo un fuerte olor a materia putrefacta". Por otra parte, que el 15 de octubre de 2015 "... extrajo las muestras en distintos puntos, tomando como punto de partida el caño de vuelco al arroyito el Salto, también aguas arriba y aguas abajo"; y que "... no percibió la presencia de maquinaria que dé cuenta del tratamiento de efluentes volcados, pero observó una cantidad importante de bolsas de arpillera con tierra o arena en su interior, para contener el terraplén armado para la creación de los piletones".

Mi colega del tribunal de juicio valoró todo cuanto surgía de las investigaciones preliminares realizadas por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos y detalló, en tal sentido, las distintas actuaciones administrativas que habían tenido lugar en abril de 2013, junio, julio, octubre y noviembre de 2014, febre-

ro, mayo y agosto de 2015, las que daban cuenta de las reiteradas observaciones hechas a la empresa por las irregularidades detectadas en el tratamiento de los desechos.

También hizo mérito de la resolución nº 296 de la Secretaría de Ambiente por la que se le aplicó a la empresa una sanción pecuniaria y se le otorgó un plazo de 10 días para que presentara un plan de tratamiento de residuos sólidos y de efluentes gaseosos -notificada el 6 de agosto de 2015-, a pesar de lo cual -según se afirmó- persistieron "... los incumplimientos a las sanciones y además no [se] presentó ningún plan de tratamiento de efluentes líquidos y gaseosos".

Por otra parte y en cuanto a la contaminación del aire, valoró los informes y testimonios brindados durante el debate por los especialistas Martín Irigoytía y Germán Rivero Solari. En particular, indicó que éste último "... fue contundente al afirmar que los vapores de la quema causaban contaminación, sostuvo que se logró determinar que los valores de dióxido de azufre, nitrógeno y sulfídico eran superiores a los límites y que también detectaron monóxido de carbono, que podía estar asociado a la combustión de combustibles fósiles, agregando precisamente esos gases se consideraban peligrosos y generaban contaminación".

Tuvo en cuenta el informe de la Secretaría de Ambiente acerca del monitoreo de la calidad del aire (del 22/11/2016), por el que concluyó que "... En el primer punto de medición (vientos arriba) se exceden los valores límites reglamentados en el Anexo II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 y en la Tabla 10 del Anexo II de la ley nº 24.051 para las siguientes contaminantes criterio: NO₂, H₂S y SO₂"; y que "... en el segundo punto de medición (vientos abajo) se exceden los valores límites reglamentados en el Anexo II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 y en la Tabla 10 del Anexo II de la Ley Nº 24051 para las siguientes contaminantes criterio: NO₂, H₂S, CO y SO₂".

En este punto, también valoró lo señalado por el señor Daniel Hess, profesional que asesoraba a la firma Mocarbel, quien reconoció que la empresa no había logrado solucionar definitivamente la existencia de los olores nauseabundos que provocaba la producción de la fábrica.

Con relación al suelo, tomó en consideración las conclusiones de la licenciada en química Fernanda Cúneo Basaldua en cuanto a que "... las actividades de enterramiento son una fuente de contaminación en las napas subterráneas, o sea lixiviación, pues el líquido que disuelve total o parcialmente ciertos compuestos y suspende otros, los arrastra hacia las capas más profundas del suelo".

Aunada a la ya referida declaración del sargento Frías, sumó, a modo de prueba de cargo en esa di-

rección inculpativa, que los vecinos de la zona la habían manifestado que habían tenido que hacer los pozos de agua a mayor profundidad por efecto de la contaminación y concluyó que, si bien los residuos sólidos encontrados "... no son residuos peligrosos, de todos modos llegan a serlo, por la práctica ilegal de tratamiento, enterramiento en suelo natural y quema a cielo abierto".

Agregó la señora jueza que desde la propia empresa habían reconocido la necesidad de cambiar el método de disposición de los residuos, ya que habían firmado frente a la Secretaría de Ambiente un compromiso para solucionar este tema y que actualmente -al momento del juicio- se "... los coloca en un contenedor para ser trasladados a un predio o basural del Estado, en modo de admitir el accionar ilegal".

Por último, al referirse a la afectación de las aguas del arroyo El Salto, valoró que "... la presencia de los piletones en el predio de la fábrica es un hecho no controvertido, los cuales no tenían el cuidado suficiente"; y que "... de estos piletones salía un caño por el que se volcaba los efluentes líquidos"; todo ello conforme surgía de los informes de la Secretaría de Ambiente y de lo señalado por los preventores que hicieron las tareas de observación y recolección de muestras.

También que "... la Secretaría de Ambiente, en oportunidad de realizar una inspección al predio, en fecha 10 de junio 2014, tomó una muestra del efluente líquido final de un sector de ruptura del talud de la laguna de estabilización previo a descargar en el arroyo, donde comprobó que la empresa estaba volcando fuera del Anexo I del decreto 5837/91, reglamentario de la ley 6260, pues la DBO, que estipula un valor permitido menor 50 mg/I para descarga a arroyo y el resultado de la muestra es de 103 mg/I (fs. 68/71)".

Luego que "... el 11 de noviembre de 2016 se volvió a constatar que la rotura del talud de la laguna de estabilización no fue reparada, por lo cual el volcado de efluentes peligrosos era una realidad".

Continuando con el análisis de las pruebas referidas a la contaminación del arroyo, valoró los dichos del subcomisario Candia, quien al analizar las muestras extraídas por el oficial Haberkon refirió que el agua estaba contaminada, pues "... las muestras obtenidas en el punto de vuelco, evidenciaron turbidez y determinada coloración, dada sus características físicas. Así esa muestra dio un valor de oxígeno disuelto de 4,96 mg/l, próximo al límite determinado como riesgoso. Para el caso de las muestras tomadas aguas arriba y aguas abajo se presentaron valores de oxígeno muy superiores al del punto de vuelco, lo que demuestra que el efluente que se vuelca en el arroyito El Salto produce contaminación, por eso el bajo valor de oxígeno."

Y que "... otro punto de referencia que da cuenta de la contaminación del agua, lo establece la conductividad del agua. La muestra tomada en el punto de vuelco exhibió un valor elevado y mayor respecto [de] las muestras tomadas aguas arriba y abajo, lo que se relaciona con una alta carga de sales minerales".

Asimismo que "... la contaminación se correspondía con contaminantes de contenido orgánico: grasas, aceites y que había un peligro para la salud de la vida acuática."

A su vez, también señaló que el ingeniero Hess, declaró en el debate sobre esta cuestión que "... para obtener grasa industrial se utilizaba dióxido de sodio y cloruro de sodio (soda caustica), que los restos acuosos y el agua que se utilizaba para limpiar la grasa y las instalaciones eran los efluentes líquidos que se volcaban en las piletas, reconociendo que se rompió un talud que permitió que los efluentes líquidos salgan, siendo viable colegir que estas materias se arrojaban al arroyo el Salto".

Por último, la sentenciante también valoró lo afirmado por el ingeniero ambiental Rodrigo Borda en cuanto manifestó que "... del análisis de las muestras obtenidas del sistema de tratamiento de lagunas, estaban por encima de lo reglamentado por la provincia y que la elevada demanda biológica de oxígeno generaba contaminación"; y que, en similar sentido, la ingeniera Elisabet Saavedra arguyó que "... se habían obtenido muestras de efluentes líquidos y que dieron como resultado que estaban por arriba del límite permitido por la normativa ambiental, pues en laboratorio se determinó que la demanda biológica de oxígeno no respetaba lo preceptuado por la ley 6260 y su anexo".

Confrontado el plexo cargoso que referenció la magistrada de grado para demostrar la responsabilidad penal de Jorge Mocarbel, con los planteos esgrimidos por los letrados defensores del nombrado, considero que la sentenciante ha detallado con suficiencia y lógica los sucesos por los que se le reprochó materialmente la conducta al referido, en tanto él era el socio gerente de la firma "Mocarbel S.R.L." al momento de que aquellos ocurrieron.

Desde una perspectiva heurística, observo que, a fin de recrear históricamente los hechos comprensivos de la contaminación ambiental aquí investigada, el a quo reseñó los elementos de prueba -directos e indirectos- admisibles y conducentes y arribó a la solución condenatoria adoptada como consecuencia de un examen crítico de los elementos convictivos reunidos, no existiendo reparo alguno que formular al iter lógico desarrollado a la sazón, por lo que el agravio no puede prosperar.

Es que, sentada la suficiencia de la prueba y el ajuste a los parámetros de la lógica y de la experiencia común en la forma de deducir y razonar por parte de

la jueza del tribunal oral, la discusión sobre el mayor o menor valor de unos medios de prueba por sobre otros, la correspondencia entre todos ellos, el contraste entre la reclamada inocencia del acusado y los elementos probatorios instrumentales, testimoniales y periciales que apuntan en sentido contrario, no puede ser reeditado en esta sede casatoria a espaldas de los principios de inmediación de la prueba, de oralidad y de contradicción que gobierna los juicios orales.

Esas evidencias, como se sostuvo y reseñó, son válidas, es decir, que han sido obtenidas e introducidas al debate con respeto a los derechos fundamentales y con apego a las normas procedimentales que regulan su práctica.

Así, cabe poner de resalto que la magistrada ponderó no sólo los testimonios de los distintos funcionarios que realizaron los procedimientos en la firma en cuestión y el de los preventores que estuvieron presentes en el lugar, escucharon y recogieron los dichos de los vecinos que hicieron mención a la contaminación de las napas, sino también los informes técnicos realizados por los expertos que, contrapuestos con las referencias efectuadas por el ingeniero Hess -de las que se vale el recurrente para cuestionar la sentencia-, la llevaron a determinar la responsabilidad de la firma en la falta de tratamiento adecuado de los desechos y, a la sazón, en la responsabilidad penal de Mocarbel en el delito atribuido.

Y esa valoración integral realizada por el a quo para arribar a la conclusión que configura la base de la condena, no se aparta de las reglas de la lógica y del criterio humano y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria.

Dicho de otro modo, considero que el marco fáctico acreditado en el pronunciamiento supera el test de fundamentación a tenor de lo dispuesto por los arts. 123 y 404 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Nación para ser considerado un acto jurisdiccional válido, por lo que la tacha de arbitrariedad pretendida por la asistencia del nombrado no será de recibo.

En los casos en que se investiga la presunta infracción a los delitos previstos en la ley 24.051, cobran particular relevancia, en tanto elementos de prueba, no sólo los peritajes que se lleven a cabo sobre las muestras recolectadas, sino también las distintas inspecciones oculares y constataciones que se hayan realizado en el lugar.

En el *sub lite*, como acertadamente precisó mi colega del tribunal oral, los resultados de las pericias técnicas han sido decisivos para precisar la incidencia que tuvieron los distintos elementos encontrados y, consecuentemente, el impacto pernicioso en el medio ambiente por no estar correctamente tratados y manipulados.

Con ajustado criterio se ha sostenido que en estos casos de daños ambientales la prueba científica tiene una superlativa preponderancia pues "... cumple con las reglas de la ciencia y supone rigor epistemológico ... [p]ese a no estar regulada en el digesto ritual, normalmente se la emparenta con la prueba pericial, pues al igual que ésta, posee un peso específico que limita la libertad de apreciación judicial ... Es que, frente a un dictamen pericial o informe científico categórico, el juez no tiene demasiadas opciones de apartamiento, más allá de una irrazonabilidad manifiesta o, mejor dicho, inteligible (tengamos en cuenta que, como abogado, aquel carece de conocimientos técnicos expertos) o la verificación de falta de respaldo en la comunidad científica de que se trate. Hipótesis en las cuales el magistrado deberá fundar el no seguimiento (cfr. Mariana Catalano, Prueba ambiental y teoría de la prueba, con cita de Augusto Morello, quien sostiene que la opinión técnica de perito o experto arrastra y suplanta al dictum jurídico, artículo disponible en línea en RDamb 55, 28/09/2018, 89, AR/DOC/3405/2018).

Y esos estudios técnicos han sido valorados como elementos carcosos en contra de Mocarbel para determinar la gravedad de los hechos objeto de análisis, atendiendo al bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión, que reconoce tutela convencional y constitucional.

En definitiva, la resolución impugnada, en cuanto a la materialidad y responsabilidad asignada al imputado, se encuentra razonablemente sustentada con base en la prueba arrimada al juicio por la acusación, la que ha podido ser oída y controvertida por la defensa en el debate.

Y, en esa línea de análisis, la decisión a la que se arribó cuenta, en ese sentido, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido.

V. Corresponde ahora analizar el cuestionamiento vinculado con la alegada errónea aplicación de la ley sustantiva.

Como quedó reseñado, la defensa planteó que el delito reprochado, configurativo del tipo penal previsto en los arts. 55 y 57 de la ley 24.051, debía ser considerado como de peligro concreto y que, como no se había acreditado una afectación real y directa sobre la salud pública, debió haberse absuelto a su asistido.

De adverso a lo postulado, considero que en el particular caso de autos, la señora jueza de grado ha concluido acertadamente en su decisorio que los hechos de contaminación debidamente corroborados –como quedó reseñado en los párrafos precedentes–, han quedado alcanzados por la figura prevista en la pri-

mera disposición citada, siendo penalmente responsable en carácter de autor el socio gerente de la firma en cuestión, Jorge Elías Mocarbel, de conformidad con lo dispuesto por el art. 57 de la ley 24.051.

Y se concluyó de esa manera pues se probó que en el sub judice, pese a los reclamos recibidos en la empresa por las autoridades de control, Mocarbel contaminó, de un modo peligroso para la salud, el agua, la atmósfera y el suelo del lugar donde se desarrollaban las tareas de la empresa homónima.

En primer término es preciso resaltar que si de lo que se trata es de la aplicación de la ley sustantiva a casos como el de autos, no es posible soslayar lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional.

Esta disposición, que se ubica en el vértice superior de nuestro ordenamiento legal, delimita la adecuada planificación de la política ambiental del Estado y es útil para determinar la definición del bien jurídico y de los intereses vitales que se busca proteger.

Se reconoce la existencia de un surgimiento de lo que se llama el "bien ambiental", que ha redimensionado el ejercicio de los derechos subjetivos, marcando un límite externo que se denomina "función ambiental".

En su obra Teoría del derecho ambiental, Ricardo Lorenzetti señala que "... en el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el artículo 41 y consta de los siguientes elementos: el derecho a un ambiente sano, el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras. Estos datos normativos conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica. El derecho se expresa aquí mediante prohibiciones (no contaminar), o mandatos (preservar), que influyen sobre la propiedad y al contrato" (cfr. ob. cit., Ed. Porrúa, México, 1a. Edición, 2008, p. 50, disponible en línea www.librosderechoperu.org).

Sin dudas, y en sintonía con esa autorizada doctrina, el nuevo art. 41 "... coloca al hombre en el centro de la protección, otorga un derecho a todos los habitantes (el de gozar de un ambiente sano y equilibrado) y dispone un deber (el de preservarlo). Habla del hoy y también del mañana, pero dice que el ambiente debe ser 'apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras'. Medio ambiente protegido en función de la vida y salud de las personas, pero también en sintonía con el desarrollo, en una ecuación equilibrada y con términos que no deben autoexcluirse. No es otra cosa que la idea de desarrollo sustentable, acuñada por las Naciones Unidas" (cfr. Alejandro Freeland López Le-

cube, Apuntes sobre la problemática penal ambiental, El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Política Criminal, 182-1355).

Es que en el mundo actual, es necesario compatibilizar el progreso económico y social con un medio ambiente sano y saludable, próspero y, a la vez, como dice la manda constitucional, apto para el disfrute de la vida y el desarrollo de las personas, las que hoy vivimos y las que nos sucederán.

Resalta esta disposición que todos tenemos “el deber de preservarlo [y] el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Y, continúa, “... [l]as autoridades proveerán la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

... Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, ya las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”

Es en el marco del último de los párrafos transcritos que debe interpretarse la ley 24.051, aún vigente al haberse vetado parcialmente la ley 25.612 – cfr. decreto 1343/2002- y las normas dictadas por la provincia de Entre Ríos -citadas en el pronunciamiento impugnado-, en las que se regula el modo de tratamiento de los distintos desechos generados por la actividad, tanto de particulares como de las fábricas y empresas emplazadas en las respectivas jurisdicciones.

En efecto, el art. 55 de la ley 24.051 dispone –en lo que aquí interesa- que “... será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general...”

A su vez, el decreto del Gobierno de la provincia de Entre Ríos n° 5837/91, reglamentario de la ley n° 6260, dispone en su art. 19, que “... a los fines de la presente reglamentación, el término ‘residuo industrial’ designa todo material sólido, líquido o gaseoso que deba ser eliminado de un establecimiento, así como los ruidos y vibraciones que se generen en el mismo...”

Por otra parte, en el art. 24 se establece la prohibición “... a todos los establecimientos, ya sean propiedad privada o estatal, la descarga o emisión de cualquier tipo de efluente de las condiciones permitidas por este Decreto Reglamentario y las normas complementarias que se dicten”. Luego de lo cual indica que “... A tal fin sus propietarios deberán construir, operar

y mantener a su costa todas las instalaciones de depuración de residuos y transporte de efluentes y atenuación de ruidos y vibraciones que resulten necesarios. En los casos en que la autoridad de aplicación lo considere necesario, también se deberán instalar y mantener a costa de los propietarios, elementos de medidas, registro y alarma de niveles de contaminación”.

Y en el art. 25 se dispone que “... Los residuos en espera de su tratamiento, o los afluentes antes de su evacuación tampoco deberán afectar en forma directa o indirecta a la salud, seguridad y bienestar de la población ni sus bienes. Cualquiera sea el proceso de depuración, las instalaciones de tratamiento deberán contar con los medios adecuados, ya sean mecánicos o manuales, que permitan la fácil limpieza y mantenimiento de sus partes sin que se vea afectada la calidad del efluente durante esas operaciones. De no ser posible el cumplimiento de esta condición, deberá interrumpirse el funcionamiento del establecimiento hasta que los sistemas de tratamiento estén en condiciones de operar normalmente”.

Que ese fue el marco normativo tenido en cuenta en la especie, el que luce razonablemente aplicado por la señora jueza de grado en el decisorio impugnado.

Ahora bien, en cuanto al motivo de concreto agravio presentado por la defensa, me remito in totum a un precedente de esta Sala -con una integración parcialmente diferente- en el que se resolvió que “... tal como está redactado el tipo penal previsto en el art. 55 de la ley 24.051 ... se contempla un delito doloso y pluriofensivo: de lesión y de peligro abstracto, por lo que, no sólo incumbe a la acusación pública probar la sola existencia de una degradación concreta del medio ambiente (lesión), sino que además debe acreditarse la existencia de una relación de imputación con el peligro al menos potencial para la salud de las personas (peligro abstracto). En este orden de ideas, cuadra mencionar que -a mi entender- las disposiciones penales de la ley 24.051 se dirigen a la protección de dos bienes jurídicos fundamentales: la salud y el medio ambiente. Dicho criterio, ha sido seguido por nuestro más Alto Tribunal en Fallos: 323:163, en cuanto sostuvo que ‘... Corresponde declarar la competencia de la justicia provincial para entender en la causa instruida por infracción a la ley 24.051 de residuos peligrosos..., toda vez que no se probó que los desechos pudieron afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de dicha provincia.’ (...) postura [que] fue seguida en forma concordante en Fallos: 326: 1642, 328:3500, entre otros)” (cfr. FTU 400830/2007/CFC1 “Azucarrera, J. M. Terán S.A., Ing. Santa Bárbara, José Agustín Colombres y Julio José Colombres s/recurso de casación”, Reg. 937/16, del 14/7/2016).

En dicha oportunidad se precisó que “... más allá de que la norma en cuestión prevé una responsabilidad

penal sólo cuando se dañe al medio ambiente de un modo ‘peligroso para la salud’, lo cierto es que no puede entenderse el derecho a la salud de los habitantes como algo limitado a estar sano, o no sufrir una enfermedad particular. La ley no se limita a castigar penalmente una afectación concreta y particular a la salud humana, sino que abarca el peligro potencial que la contaminación mediante residuos peligrosos significa para la especie humana”. Y que “... se advierte que si bien, efectivamente, el tipo penal en cuestión, tutela dos bienes jurídicos de suma importancia -el medio ambiente y la salud-, no debe entendiérselos como enmarcados en compartimientos estancos independientes el uno del otro, como si el daño al primero de ellos no pudiere resultar, al menos, un peligro para el segundo”.

En apoyo de esta posición, se citó la obra de Sebastián Creus y Marcelo C. Gervasoni “Tipos penales de la ley de residuos peligrosos” (en Carlos Creus, “Derecho Penal. Parte Especial”, 6ª. Edición, Ed. Astrea, Bs. As., 1997, p. 69) que sostiene que “... [e]l concepto de salud, como bien jurídico protegido en estos tipos, no es el de la salud humana o el de la salud pública tradicional que tutela el Código Penal (arts. 200 ss.), restringido a la protección del estado sanitario de la población. Aquí se trata de una conceptualización más amplia, comprensiva de la salud de todos los componentes vivos que interactúan en el ecosistema. Eso es así puesto que los tipos penados comentados nacen en el contexto de una ley cuyo objeto de protección es el medio ambiente (...). El actual estado de la conciencia comunitaria viene exigiendo la protección del medio ambiente, por considerar su preservación como uno de los elementos condicionantes del futuro de la vida humana. La ley 24.051 es la institucionalización de dichas exigencias, de manera que los delitos insertos allí no pueden escapar a los intereses que satisface”.

En similar sentido, se expidió la Sala I de esta Cámara en el fallo “Cruz, Marcelo Delsmiro s/recurso de casación” (FMP 23116/2016/2/CFC1, Reg. 2316/19, del 23/12/2019).

Es que tal como indicó el señor Fiscal General en la instancia, “... claramente se advierte, entonces, que la conducta de autos no solo pone en peligro (concreto) el mantenimiento de la composición del agua, del aire y del suelo, sino que, en la medida en que ella modifica al propio medio ambiente, se podría observar una ‘lesión’ a la salud pública. Sin perjuicio de que, frente a bienes jurídicos individuales, como la salud, en tanto ‘indemnidad corporal’, el tipo penal solo exige un peligro abstracto”.

Este criterio, a su vez, coincide con la posición doctrinaria que postula que “... la norma refiere que la acción de contaminar lo sea de modo peligroso para la salud, lo que implica, no la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino la generación de un peligro co-

mún. No es el daño, sino la posibilidad del daño que entraña el delito. La salud es el mejor indicador de la degradación ambiental: es por tal razón que el derecho al medio ambiente se relaciona en primer lugar con el derecho a la salud” (cfr. Néstor A. Cafferata, Contaminación atmosférica por gases tóxicos, en JA 2001-I-347).

Cierto es que, tal como se sostiene en el fallo, es a partir de la cantidad y el modo en que fueron dispuestos los restos orgánicos enterrados en el suelo que adquirieron la característica de residuos peligrosos, sobre todo cuando quedó acreditado, en base al plexo cargoso analizado con logicidad -como ya vimos- que producían el proceso llamado “lixiviación”, que ocurre cuando los residuos son dejados sin protección en contacto con el suelo y que, a lo largo del tiempo, con la lluvia y los cambios climáticos, van produciendo líquidos que penetran en el suelo y llegan a las napas subterráneas, afectándolas de sobremanera, con peligro para el medio ambiente y la población allí lindante, no sólo la actual, sino esencialmente la compuesta por las futuras generaciones.

Otro tanto ocurrió con el vertido de los efluentes al arroyo “El Salto” ya que, como indicó la señora jueza en la sentencia atacada, no puede atribuirse el volcado a un evento aislado y que podría ser considerado accidental o inmerso en una conducta neutral, sino que fue reiteradamente observado por los distintos funcionarios que realizaron tareas de investigación en la firma y también corroborado por los expertos, los que determinaron la constatación de valores superiores a los permitidos en la Demanda Biológica de Oxígeno (DBO) y Demanda Química de Oxígeno en el curso de agua.

Repárese, como se sostuvo, que éstos son parámetros indispensables cuando se necesita determinar el estado o la calidad del agua de ríos, lagos, lagunas o efluentes y que, según las reglamentaciones, en estos casos se fijan valores de D.B.O. máximos que pueden tener las aguas residuales, para poder verterlas a los ríos y otros cursos de agua. De acuerdo a estos valores se establece si es posible arrojarlas directamente o si deben sufrir un tratamiento previo.

Por lo demás, si bien hay determinadas actividades que implican la producción de riesgos que se consideran permitidos, lo cierto es que, en la especie, se acreditó que se concretaron hechos de contaminación que fueron más allá de esos riesgos legal y socialmente tolerados.

Ciertamente existen en nuestra época actividades que generaran riesgos tolerables o autorizados y, por tanto, permitidos, mas la contraposición que el recurrente intenta introducir como motivo de concreto agravio entre el desarrollo industrial y la protección ambiental no puede ser de recibo.

Es que el desarrollo nunca puede ser ilimitado, siendo necesario tener una guía acerca de los bienes en juego y los valores comprometidos.

Indudablemente este es el rumbo a seguir en la coyuntura, delineado con acierto por Ricardo Lorenzetti en su reciente obra “El nuevo enemigo, el colapso ambiental, cómo evitarlo”, al resaltar la contienda que en nuestros tiempos se presenta entre Desarrollo versus Ambiente y la Admisibilidad del balance riesgo-beneficio, al precisar que “... las ideas de desarrollo sustentable y consumo sustentable están basadas, justamente, en la necesaria ponderación entre la necesidad de riqueza y los límites que deben respetarse ... No puede haber duda de que, en caso de conflicto de valores, la protección ambiental es prevalente. Por esta razón no se puede invocar el análisis costo-beneficio como una vía indirecta para imponer la primacía del desarrollo económico por sobre la tutela ambiental, alterando así la decisión valorativa” (cfr. ob. cit., ps. 48/9 y 254, Sudamericana, Bs. As., 2021).

Es que, como se señala “... el Derecho Penal no debe extender la grave calificación de injusto penal a conductas que incluso una persona prudente y respetuosa del Derecho no dejaría de realizar por una remota posibilidad de que resultasen lesivas”. Y que “... el Derecho Penal -por lo menos en un Estado democrático- ha de respetar las valoraciones sociales y no debe castigar conductas que socialmente se consideran lícitas o muy poco graves, o no debe asociar hechos levemente antijurídicos (como un empujón) a penas previstas para comportamientos mucho más graves (como el homicidio). Desde luego, todo el ámbito del riesgo permitido queda excluido de la imputación típica por una ponderación político- criminal de la utilidad social del sector de actividad de que se trata frente a los riesgos que supone, que lleva a decidir la permisión de la actividad peligrosa, incluida la que expost resulte lesiva por razón precisamente del riesgo permitido” (cfr. Mir Puig, Santiago “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, en “Homenaje a Claus Roxin. Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001, p. 69).

Por otra parte, también se ha indicado que “... la cuestión acerca de hasta dónde llega el permiso para generar una situación de peligro (en razón del beneficio que representa para el desenvolvimiento de la vida en comunidad) y comienza la prohibición (porque el riesgo que conlleva es demasiado importante para que pueda aceptarse sin más en interés del libre despegue del desarrollo social, transformándose así en un peligro jurídicamente desaprobado) no está resuelta de manera expresa por la ley, salvo para ciertas actividades reglamentadas...” (cfr. Terragni, Marco Antonio “Autor, partícipe y víctima en el delito culposo”, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p. 91). Y que, “...

[a]unque una acción entrañe riesgo, la sociedad permite que sea emprendida, siempre que su dueño haya discernido -distinguido previamente- lo bueno de lo malo para obrar luego con cautela, circunspección y precaución. Aparte la tolera hasta el punto en que la estimación de los perjuicios que puede acarrear demuestre que éstos superan a los beneficios que la sociedad consiga a partir de una actuación que entrañe riesgo” (op. cit., p. 93).

Por lo demás, el puro riesgo incontrolable funciona dentro del caso fortuito y, en ese sentido, se puede afirmar que hay riesgos naturales incontrolables.

Sin embargo, en nuestro caso, mi colega de juicio entendió, en base a las pruebas rendidas y legítimamente incorporadas por la acusación en el debate, que el riesgo no solo no era de origen natural, sino que esencialmente, Mocarbel no lo había controlado, de modo tal de evitarlo, disminuir su intensidad o, cuanto menos, administrarlo.

En este sentido, el Alto Tribunal de la Nación resolvió que “... La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales...” (cfr. Fallos 3198:2316).

En suma, las conclusiones a las que se arribó en el fallo cuestionado en cuanto a la ley penal que resultaba aplicable al caso, no lucen irrazonables, manifiestamente erróneas o arbitrarias y, de adverso, sólo dejan traslucir la disconformidad de los recurrentes, quienes no han encontrado satisfechas sus pretensiones, dejando, por tanto incólume el pronunciamiento también en este aspecto.

Finalmente, considero necesario agregar que esta decisión que aquí postulo que se confirme va en línea con lo dispuesto en diferentes Acuerdos suscriptos por nuestro país, a partir de los cuales los Estados asumen compromisos en pos del bienestar ambiental global y en los que se resalta la trascendencia que tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, en nuestro caso, no sólo para los habitantes que actualmente residen en el municipio de Aldea Brasileira, sino, fundamentalmente, para el desarrollo sano y normal de las nuevas generaciones de ese lugar y aledaños y de las que las sucederán en el tiempo.

A modo de ejemplo, confrontar el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, aprobado por ley 27.566, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, el que tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

El Acuerdo de París, aprobado por ley 27.270, adoptado en la 21ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 21) celebrada en esa ciudad en 2015 y por el que se adoptó, entre otras cuestiones, mantener el aumento de la temperatura global muy por debajo de los 2°C, aumentando la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promoviendo la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de carbono.

El Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, aprobado en los términos de la ley 26.001, el que tiene como objetivo proteger la salud humana y el medio ambiente de Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs). El convenio requiere que las Partes tomen medidas para eliminar o reducir la producción, utilización, importación, exportación y emisión al medio ambiente de COPs e incluye disposiciones en cuanto al acceso a la información, la sensibilización y formación del público y la participación en el desarrollo de planes de aplicación.

Y, también, el Protocolo de Kyoto [de la Convención Marco sobre el Cambio Climático], aprobado por ley 25.438, que establece metas vinculantes de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para los países industrializados, reconociendo que son los principales responsables de los elevados niveles de emisiones que hay actualmente en la atmósfera y bajo el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas.

En dicha hermenéutica, cobran especial relevancia los objetivos y metas (17) globales para proteger el planeta y abordar la emergencia climática aprobados en 2015 por los Estados Miembros de Naciones Unidas -conocidos por su sigla ODS-, los que constituyen un llamamiento universal a la acción para, entre otros fines, mejorar las condiciones de vida y las perspectivas de las personas que habitan la tierra (cfr., específicamente, los nros. 13, 14 y 15).

Estos Objetivos de Desarrollo Sostenible, que forman parte de la Agenda 2030 de ONU, requieren de los países miembros, como el nuestro, un plan sólido destinado a la protección de la naturaleza, de modo que ésta pueda proteger a la humanidad, a la actual y a la porvenir.

Es deber el Estado garantizar a las víctimas de estos hechos, de una manera ágil y sencilla, las herramientas que le permitan ejercer en plenitud sus derechos, en tanto ciudadanos del lugar, "... con la certeza de independencia, imparcialidad y objetividad en el órgano encargado de investigar y juzgar las conductas que menoscaban el derecho a gozar de un ambiente sano. La protección estatal al medio ambiente, conduce a que sean adoptadas todas aquellas decisiones que permitan proteger el derecho a un ambiente sano, cuya titularidad no sólo es de las generaciones actuales, sino también de las futuras" (del voto de mi colega Ana María Figueroa en el precedente de la Sala I del Cuerpo, antes citado, cuyos fundamentos comparto por resultar de estricta aplicación a nuestro caso).

Por último, destaco que el presente proceso tuvo su génesis a partir de un expediente de investigación preliminar llevado a cabo por la Unidad Fiscal de Investigación en Materia Ambiental (UFIMA), iniciado a raíz de una publicación periodística de un medio local el 15 de septiembre de 2015, titulada Volvió el olor nauseabundo a Aldea Brasilera, que recogía relatos de vecinos de esa zona rural ubicada en el Departamento de Diamante, provincia de Entre Ríos (v.gr., "... cada mañana tenemos que ver la orientación del viento para saber si este día debemos convivir con el aire pestilente o el humo que sale de las chimeneas").

Dicha nota reflejaba una opinión, en principio generalizada, de los habitantes del reciente municipio: "... lejos de estar en desacuerdo con que una empresa invierta en el pueblo, lo que los habitantes del lugar piden a Mocarbel es que realice una producción sustentable y cuide el medioambiente" (cfr. www.unoentrieros.com.ar/la-provincia-volvio disponible en línea).

Todo ello es revelador de que la gravedad de la crisis ambiental y la lucha para erradicarla requiere de la participación e involucramiento de todos los actores del tejido social, los ciudadanos y sus instituciones públicas y privadas, generando conciencia de que es políticamente correcto declarar que se desea cuidar el ambiente y, en su caso, denunciar a quienes no lo hacen.

VI. En definitiva, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jorge Elías Mocarbel, con costas en la instancia, teniendo presente la reserva del caso federal efectuada.

Tal es mi voto.

El doctor *Borinsky* dijo:

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, provincia de Entre Ríos, de forma unipersonal, por veredicto de fecha 11 de diciembre de 2020 -cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 17 de diciembre de 2020- resolvió:

“1) DECLARAR a Jorge Elías Mocarbel, demás datos personales obrantes al inicio, autor penalmente responsable del delito descripto en los artículos 55 y 57 de la ley 24.051, que castiga con las penas previstas en el artículo 200 del Código Penal, a quién, utilizando los residuos a que se refiere dicha ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el agua, la atmósfera y el suelo, o sea, el ambiente en general.

2) En consecuencia, CONDENAR a Jorge Elías Mocarbel a las penas de TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL Y MULTA DE PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000) (arts. 200, 22 bis y 26, todos del CP).

3) Conforme lo establecido en el art. 27 bis incisos 5 y 8 del Código Penal, IMPONER a Jorge Elías Mocarbel a: a) la realización de un curso sobre el cuidado del medio ambiente por cualquier modo, presencial o virtual, cuyo cumplimiento deberá acreditar ante el Juzgado de Ejecución de este Tribunal y b) la efectivización de tareas comunitarias por el lapso de dos (2) horas semanales y por el término de dos (2) años a favor de la municipalidad de Aldea Brasileira o cualquier institución de dicha localidad. En caso de imposibilidad de realización de las mismas, deberá efectuar la donación de lo estipulado en el convenio que rige para los trabajadores de su fábrica, por el valor de dos (2) horas semanales por el término de dos (2) años, a los fines de la reparación del medio ambiente según lo estipulado en el art. 41, primer párrafo, última parte de la Constitución Nacional.

4) IMPONER las costas de la causa al condenado (art. 531 del C.P.P.N.)”

En la sentencia impugnada, el tribunal a quo tuvo por acreditada la imputación formulada por el representante del Ministerio Público Fiscal a Jorge Elías Mocarbel en el requerimiento de elevación de la causa a juicio, la que fue descripta en los siguientes términos:

“...durante el período comprendido entre el 19 de mayo de 2014 y el 1º de julio de 2017, en su carácter de socio gerente de la empresa ‘Saul Mocarbel S.R.L.’, ubicada sobre la ruta nº 11 a la altura del km 20 ½ de la localidad de Aldea Brasileira, departamento Diamante, provincia de Entre Ríos, la cual se dedica a la fabricación de jabones, detergentes, aceites y grasas de origen animal, como al procesamiento de su carne con la elaboración de sub productos cárnicos y la

fabricación de calzado de tela, plástico, goma, caucho y otros materiales, derramó efluentes líquidos sin tratamiento y por fuera de los límites permitidos en el Decreto 5837/91 en el arroyo ‘El Salto’ que se comunica con el río Paraná, asimismo quemó a cielo abierto y sin ningún tipo de tratamiento residuos sólidos industriales tales como restos de animales, sus cabezas, huesos, pelos, cueros y grasas liberando tóxicos en contacto con el aire; del mismo modo acumuló y enterró en suelo natural y sin los recaudos necesarios desechos industriales correspondientes a animales muertos (bovinos); todo ello sin ningún tipo de autorización, habilitación o certificado de aptitud ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos, contaminando de modo peligroso para la salud, el suelo, el agua y el ambiente en general”.

Dicho accionar fue calificado por el Fiscal General como constitutivo del delito de contaminación del agua, suelo y ambiente en general de un modo peligroso para la salud (art. 55 en función del art. 57 de la ley 24.051).

En su recurso de casación, los defensores particulares de Jorge Elías Mocarbel, doctores Leopoldo L. F. Lambruschini y Julio A. Federik, invocaron, como primer motivo de agravio, la vulneración al derecho de su defendido a ser asistido por un abogado de su confianza.

Puntualizaron que el tribunal vulneró la garantía en cuestión al rechazar el pedido realizado por Jorge Elías Mocarbel consistente en que se postergue el inicio del debate. Recordaron que la petición fue formulada a fin de que asumieran su defensa los letrados particulares en reemplazo de la Defensora Pública Oficial.

En función de ello, los defensores peticionaron que se declare la nulidad del pronunciamiento impugnado.

Corresponde recordar que la Corte Suprema tiene dicho que la declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 295:961; 298:312), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507).

Ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el sentido de que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas, pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia (conf. C.F.C.P., Sala IV, “Cuevas, Mauricio Isabelino s/ recurso de casación”, causa nº 14.447, reg. nº 15.972 del 12/11/11; “Paíta, Ricardo Al-

berto y otro s/recurso de casación”, causa n° 9538, reg. n° 755/12 del 17/5/12; “Lucas, José Andrés y otro s/recurso de casación”, causa n° 14.943, reg. n° 848/12 del 24/5/12; “Rojas, Isabel y otra s/recurso de casación”, causa n° 13293, reg. n° 899/12 del 06/6/12; “Palombo, Rodolfo Oscar y otros s/recurso de casación”, causa n° 15.148, reg. n° 191/14 del 26/2/2014; “Carrera Ganga, Walter Gabriel s/ recurso de casación”, causa FCR 9400939/2011/TC1/1/CFC1, reg. n° 1009/15 del 29/5/2015; “Rodríguez, Joel Antonio y otros s/recursos de casación, FCR 28812009710/2013/TO1/CFC4, reg. n° 728/16 del 14/06/16; “Cantaluppi, Daisy Cristhiane y Cabral, Michela s/recurso de casación”, causa FSA 12272/2015/TO1/CFC1, reg. n° 743/17 del 19/06/17; “Arrillaga, Alfredo Manuel y otros s/ recurso de casación”, causa FMP 33004447/2004/TO1/CFC66, reg. n° 1460/18, del 11/10/2018, y “Nerone Rolando Oscar y otros s/ privación de libertad agravada -art. 142, inc. 1- y homicidio agravado con ensañamiento- alevosía”, causa CFP 2637/2004/TO3/CFC39, reg. n° 203/19 del 27/2/2019; causa FSM 183751/2018/TO1/CFC1, caratulada “Barreto, Ricardo Cristián s/ recurso de casación”, reg. nro. 352/20.4, rta. el 16/03/2020; causa FMZ 2250/2017/TO1/24/CFC8, caratulada “Aguilera Maldonado, Daniel Orlando y otros s/ recurso de casación”, reg. nro. 376/2021, rta. el 8/04/2021, resolución contra la que se interpusieron recursos extraordinarios federales, los que fueron declarados inadmisibles -Reg. 844/21.4-, entre muchas otras.).

Con respecto al planteo traído a consideración de este tribunal por la defensa de Jorge Elías Mocarbel, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “En materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La Corte siempre señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que le asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 343:2181; 342:122; 330:5052; 330:4925; 330:4471; 329:1794; 327:3087; 5095; 325:157; 321:1424; 320:854; 311:2502)”.

Para que exista debido proceso legal es preciso que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva. El derecho a un juicio justo tiene como uno de sus elementos fundamentales el derecho de todo acusado a ser defendido de manera efectiva, independientemente si se trata de un abogado de su confianza o de oficio.

En esta inteligencia, Maier refiere que “Las leyes procesales penales, al reglamentar la garantía de la defensa, prevén la designación de un defensor para el imputado desde el comienzo de la persecución penal, en todo caso antes de la primera declaración del imputado...”

Conforme a esas reglas le corresponde al propio imputado el derecho de designar un defensor; si él no lo ejerce, o lo ejerce mal o desea defenderse por sí mismo sin reunir las calidades mínimas para el cargo o sin poder ejercerlas con idoneidad en el caso concreto, corresponde el nombramiento de un defensor de oficio” (cfr. Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Editorial del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1996, 2° Edición, pág. 584).

Las autoridades judiciales deben velar por el cumplimiento de la asistencia letrada teniendo en cuenta que esta debe ser concreta y efectiva.

En las concretas circunstancias del caso, no se advierte -ni la defensa ha logrado acreditar- la vulneración del derecho de defensa en juicio de Jorge Elías Mocarbel.

De adverso a lo sostenido por la parte, las constancias del caso evidencian que Jorge Elías Mocarbel contó durante todo el proceso con asistencia letrada y con la posibilidad de designar un abogado de su confianza.

Cabe precisar que mediante el decreto de fecha 17 de noviembre de 2020, el tribunal de juicio no denegó a Jorge Elías Mocarbel la posibilidad de designar un abogado de su confianza, sino que, como la propia defensa reconoce, rechazó la petición formulada por el nombrado dirigida a que se postergue la realización de la audiencia de debate que se llevaría a cabo al día siguiente.

Precisamente, del decreto mencionado surge que el rechazo de la petición de la parte se fundó en que la presente “se trata de una causa iniciada en el año 2015, en la que designó como abogados defensores a los Dres. Ciro Muzzachiodi y Ailin Duarte (fs. 232), prestó declaración indagatoria en marzo del 2018 (fs. 234/235), fue procesado el 09/11/18 (fs. 273/294 vta.), ingresó la causa a este Tribunal el 13/06/19 (fs. 331) e, intimado a unificar defensa por tener dos causas en trámite (fs. 341) y habiendo renunciado sus abogados (fs. 173 de la causa penal tributario) se dio intervención a la Defensa Oficial el 02/10/19. Por último, fijada la audiencia de debate con inicio el 18/11/2020 (fs. 353 y vta.) fue debidamente notificado el 09/11/20 (fs. 366 vta.)”.

Luego de señalar la inviabilidad de la postergación de la audiencia por haber sido solicitada un día antes de su comienzo, en el decreto en cuestión, la jueza de la instancia previa admitió la intervención de los defensores particulares propuestos, en el caso que decidieran aceptar el cargo.

Si bien el recurrente alegó que la denegatoria de la postergación del inicio del debate implicó, en los hechos, la imposibilidad de que Jorge Elías Mocarbel designe letrados de confianza en tanto no tendrían

tiempo para preparar adecuadamente la defensa, lo cierto es que la fecha de iniciación del juicio le fue notificada a esa parte el día 9/11/20 para comenzar el 18/11/20 y que la Defensa Pública Oficial del nombrado había sido designada desde el mes de octubre del 2019.

En este contexto, entonces, el planteo del impugnante carece de sustento en tanto desde la designación de su Defensa Pública Oficial hasta la fijación de la fecha de debate, Jorge Elías Mocarbel contó con tiempo suficiente para designar letrados de su confianza.

La crítica ensayada, además, carece de la debida fundamentación porque la defensa, más allá de invocar una genérica afectación a los derechos constitucionales en cita, prescindió de exponer las concretas defensas que esa parte se vio impedida de desplegar. Tampoco explicó en qué medida tales defensas –no especificadas– habrían influido en la solución del caso, todo lo cual, lejos de fundar el planteo ensayado, sella negativamente su suerte.

El impugnante tampoco ha demostrado la imposibilidad de comunicarse con la Defensora Pública Oficial que lo asistió en la instancia previa, ni se advierte que se haya encontrado en un estado de indefensión.

Por el contrario, de las constancias del caso surge que, a poco de asumir su representación, la Defensa Pública Oficial que asistió al imputado solicitó la suspensión del juicio a prueba, ofreció prueba en la oportunidad prevista por el art. 354 del CPPN y, durante el debate, formuló sus alegatos y se vio posibilidad de plantear las defensas que estimó pertinentes. Durante el juicio también le fue cedida la palabra al imputado quien efectuó sus alegaciones y descargos.

En definitiva, no se advierte ni el recurrente se ha hecho cargo de demostrar que en el caso haya existido un inadecuado ejercicio de la Defensora Pública Oficial que asistió al imputado durante la etapa previa que lo hubiese colocado en un estado de indefensión.

Por otro lado, la defensa cuestionó que a Jorge Elías Mocarbel le haya sido designada una Defensora Pública Oficial sin haberle brindado previamente la posibilidad de designar un abogado de su confianza.

Del análisis de las actuaciones se desprende que, con fecha 5/9/2019, la secretaria del a quo certificó que había ingresado ante ese tribunal otra causa en la Jorge Elías Mocarbel se encontraba procesado. Por esa razón, la señora jueza del a quo dispuso la acumulación subjetiva de ambos expedientes y, al advertir la existencia de pluralidad de abogados, requirió que el nombrado unifique su defensa conforme lo establecido por el artículo 105 del CPPN.

De ello, se advierte que fue ante la renuncia de los defensores particulares del imputado en la otra causa

que tramitaba ante ese tribunal, y luego de la intimación cursada al imputado sin que conste manifestación alguna al respecto, que la magistrada del tribunal dispuso la intervención de la Defensa Pública Oficial.

En este punto, el impugnante no logra explicar el agravio que dicha circunstancia le causó en tanto, como se dijo, desde la designación de la Defensa Pública Oficial (octubre de 2019) el imputado contó con la posibilidad de nombrar un abogado de su confianza. De las constancias del caso, tampoco surge que Mocarbel haya manifestado su voluntad de revocar tal designación, ni demostró que el tribunal lo haya impedido de hacerlo.

En función de lo expuesto, sin que el recurrente haya logrado acreditar —ni se advierta— una real privación de defensas con aptitud para incidir en el resultado del juicio, corresponde rechazar los planteos examinados.

Los defensores particulares cuestionaron la valoración de la prueba realizada por la magistrada del a quo en la decisión impugnada.

Concretamente, manifestaron que el análisis probatorio realizado por el tribunal de juicio por medio del cual concluyó que las conductas reprochadas a Jorge Elías Mocarbel contaminaron el suelo, aire y agua resultó arbitrario.

Corresponde examinar si la sentencia traída en revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del C.P.P.N.) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.), tal como afirman los recurrentes.

El recurso de casación debe ser regulado y aplicado de conformidad con el derecho a recurrir el fallo -derivado del derecho de defensa- consagrado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestro sistema legal con igual jerarquía (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5).

Para asegurar la vigencia de la garantía en cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (sentencia del 2 de julio de 2004), sostuvo que el recurso de casación debe ser “amplio” y “eficaz”, de tal manera que permita que el tribunal superior realice “un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior”, sea que éstas se refieran a los hechos, el derecho o la

pena, y así procurar “la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho” (párr. 161, 162 y 167).

Dicho precedente, precisamente, fue recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al reafirmar que le compete a esta Cámara Federal de Casación Penal “...agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable” (in re Fallos C.1757. XL. “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, causa N°. 1681, rta. 20/09/05). Esta doctrina fue confirmada en Fallos, 328:3741; 329:149; 330:449, entre otros. Una correcta hermenéutica del recurso de casación permite que este Tribunal analice el modo en el que los jueces de la instancia anterior han valorado el material probatorio, encontrando como único límite aquellas cuestiones relacionadas directa y únicamente con la inmediación del juicio oral, materia vedada por su propia naturaleza irrepetible en esta instancia. Por ello, con relación a las declaraciones testimoniales recibidas durante la audiencia de debate, dado su carácter irreproducibles, esta Cámara podrá analizar si su contenido ha sido valorado fundadamente de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, en función del resto del material probatorio, pero en modo alguno podrá verificarse qué impresión ha causado en el ánimo de los jueces que la han presenciado y escuchado, por cuanto se trata de una percepción propia relativa a lo acontecido en el debate oral.

La doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 295:140, 329:2206 y sus citas; 330:133, entre otros).

De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de modo reiterado que dicha doctrina no es invocable en tanto la sentencia contenga fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial (Fallos: 290:95; 325:924 y sus citas, entre otros).

Desde esta perspectiva y con los alcances asignados, los que han sido reiterados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gorrgoitia vs. Argentina* (sentencia del 2 de septiembre de 2019), debe evaluarse el acierto o error del a quo a la hora de valorar la prueba y tener por debidamente comprobado el hecho y la responsabilidad penal de Jorge Elías Mocarbel consistente en haber contaminado el suelo, el agua y el ambiente en general de un modo peligroso para la salud, mediante: a) el derrame de efluentes líquidos de la empresa “Mocarbel SRL” sin tratamiento y por fuera de los límites permitidos en el arroyo “El Salto”, el cual se comunica con el río Paraná, b) la quema a cielo abierto y sin ningún tipo de tratamiento de residuos sólidos industriales tales como restos de

animales, sus cabezas, huesos, pelos, cueros y grasas, lo cuales liberaron gases tóxicos en contacto con el aire, y c) la acumulación y entierre en suelo natural y sin los recaudos necesarios de desechos industriales correspondientes a animales muertos (bovinos).

Cabe adelantar que de la lectura de la resolución en crisis se advierte que en la sentencia se han aplicado correctamente las reglas de la sana crítica racional y que el razonamiento allí expuesto demuestra que se ha comprobado debidamente el hecho que derivó en la condena impuesta.

Para tener por acreditados los sucesos imputados y la participación que en ellos le cupo a Jorge Elías Mocarbel en su carácter de socio gerente de la empresa “Mocarbel SRL”, el tribunal se valió de diversos elementos probatorios reunidos en autos, entre los que caben destacar: el expediente de investigación preliminar iniciado por la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (en adelante, UFIMA); las tareas de campo efectuadas por la Policía Federal Argentina Delegación Paraná de Delitos Federales Complejos; las declaraciones brindadas durante el debate por el ingeniero químico Daniel Hess; por los ingenieros ambientales Rodrigo Lisandro Borda y Elisabet Saavedra; por el Técnico de la Secretaría de Ambiente, Martín Eduardo Irigoitia; por el licenciado en ciencia ambiental de la Secretaría de Ambiente, Germán Andrés Rivero Solari; por el Subcomisario de la PFA, Claudio Fernando Duque; por el Comisario Alberto Raúl Candia; por el Comisario Inspector de la PFA, Víctor Alfonso Chanenkeno; por la licencia en química, María Fernanda Cuneo Basaldúa; por el entonces miembro de la de la División Operaciones de la Dirección de Delitos Ambientales, Guillermo Leonardo Haberckon, y por el agente de la PFA, Carlos Alberto Frías.

También fueron ponderadas las actuaciones e informes técnicos realizados por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos respecto de la empresa “Mocarbel SRL” y los informes técnicos presentados por la licenciada en química de la UFIMA Fernanda Cuneo Basaldúa; por el Subcomisario químico, Albero Raúl Candia; por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos y por el ingeniero químico, Daniel Hess (todos estos elementos fueron incorporados por lectura al debate).

En el caso no se encuentra controvertido que la empresa “Mocarbel SRL”, en la cual Jorge Elías Mocarbel era socio gerente, se dedicaba a la producción de materia prima derivada de la grasa vacuna, a la elaboración de granos y sémola, harinas de origen animal, y a productos tales como jabones de tocador e industriales.

La defensa objeta que la actividad desplegada por la empresa haya producido un resultado lesivo para el

medio ambiente, tal como se tuvo por probado en la sentencia impugnada.

Las presentes actuaciones tuvieron inicio a partir de la denuncia efectuada por el Fiscal Federal, doctor Diego Iglesias, a cargo de la UFIMA, al constatar que desde la aplicación “alerta Google”, una noticia periodística daba cuenta que el establecimiento “Mocarbel SRL”, sito en el kilómetro 21 de la Ruta Provincial N° 11, Aldea Brasileira, de la provincia de Entre Ríos, estaba generando emisiones gaseosas y olores nauseabundos.

Según lo relatado en la resolución impugnada “El diario UNO, de esta ciudad, también comunica que se hace eco de las denuncias públicas de vecinos preocupados por el perjuicio al medio ambiente y la salud de la población, que los mismos plantearon el problema ante las autoridades pertinentes, destacando que la empresa había asumido un compromiso firmado en octubre de 2008 con la Secretaría de Medio Ambiente, que cumplió el 30 de agosto de 2009, incorporando equipos para mejorar el tratamiento de los efluentes líquidos y gaseosos, pues había clausurado ese establecimiento e intimado a que se realicen adecuaciones con el fin de evitar las circunstancias mencionadas”.

La investigación preliminar N° 1723/15 llevó a la UFIMA a disponer medidas para investigar la veracidad de la información y, en esa tarea, convocó a cinco autoridades diferentes: encomendó a la Policía Federal Argentina -Delegación Paraná- a que efectúe tareas investigativas tendientes a verificar la existencia de actividades en infracción a la ley 24.051, encomendándole 10 medidas; en caso de encontrarse la empresa “Mocarbel SRL” realizando proceso productivo y evacuando efluentes líquidos comisionó a personal idóneo de la División Operaciones del Departamento Delitos Ambientales para que obtenga muestras del líquido industrial volcado, a fin de que el laboratorio de la fuerza realice análisis para determinar los parámetros de potencial de hidrógeno (pH), demanda biológica de oxígeno (DBO), demanda química de oxígeno (DQO), sustancias activas al azul del metileno (SAAM) y sustancias solubles en éter etílico.

También se peticionó al Secretario a cargo de la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos los antecedentes de inspecciones realizadas allí desde el año 2013 hasta la actualidad y la confección de diversos informes.

Se le requirió al Intendente de la Municipalidad de Aldea Brasileira la realización de otras medidas como la zonificación del predio de la firma “Mocarbel SRL” y que informe si se encuentra habilitada, y si registra denuncias de los vecinos.

Finalmente, se solicitaron informes al Juzgado Federal y a la Fiscalía Federal para que den cuenta si la

firma mencionada registraba causas por infracción a la ley 24.051.

La magistrada de la instancia anterior refirió que los resultados de la investigación fueron categóricos en cuanto a que la actividad llevaba a cabo por la empresa investigada generaba contaminación ambiental. Destacó que “los actos que efectuaron los agentes estatales gozan de la presunción de autenticidad, ellos no fueron autogestionados, sino que fueron encomendados por funcionarios que representan el interés público, cuyo deber es actuar bajo las premisas constitucionales y legales. Las críticas defensitas a la actividad de la Policía Federal y a los resultados de los análisis químicos y biológicos son inconsistentes”.

En el pronunciamiento examinado se explicó que la actividad de adquisición de datos efectuada por los funcionarios de la Policía Federal se encuentra corroborada por las declaraciones del Suboficial Carlos Alberto Frías y del Oficial Guillermo Haberckon, -donde refiere que actuó junto al cabo Guzmán y dos testigos hábiles— quienes demuestran la transparencia de dicha tarea.

El tribunal de la instancia previa ponderó que en el acta de extracción de muestras lucen las firmas de dos ciudadanos Mario Augusto Barón y Pedro Martín Rohr, donde se lee testigo 1 y testigo 2. Por último, resaltó que “No solo existió esa actividad prevencional, sino que Frías y Haberckon fueron examinados en el juicio oral y público, donde expusieron con claridad sus investigaciones”.

Por otra parte, el tribunal tuvo en cuenta los trabajos de campo realizados por la Policía Federal Argentina -División de medio ambiente-.

En la sentencia surge que “A través del Sargento Frías, quien se hizo presente en las inmediateces de la fábrica, se constató las existencias de piletones, que se encontraban en muy mal estado, de los cuales es notable sentir mucho olor nauseabundo, observándose también una especie de vapor blancuzco o similar. Constató asimismo que uno de los piletones posee un caño que comunica con el arroyo Sato, el cual luego desemboca en el río Salto”.

Al respecto, valoró que el funcionario refirió que “los vecinos más próximos al lugar, manifestaron que es constante sentir olores nauseabundos y gases que emanan de los piletones, como de la fábrica en sí.

Dijo que los vecinos agregaron que la mayor cantidad de camiones que llegaban a la fábrica, lo hacían los días sábado, que para ellos esa situación es nociva para la salud y el medio ambiente, destacando que cuando se volcaban los efluentes se formaba una capa grasosa, de grasa aceitosa, de la que, surgía un olor nauseabundo. También manifestaron los vecinos que tiempo atrás utilizaban el agua del arroyo

para riego y para consumo de animales, lo que provocó que muchos animales y vegetales se enfermaran, hasta en muchos casos producir la muerte. También dijeron que se contaminaron las napas para extraer agua de pozo. Toda esta labor específica realizada el 7 de octubre de 2015 fue ilustrada con fotografías que fueron reconocidas en la audiencia”.

Conforme surge de la sentencia examinada, el día 15 de octubre de 2015, el funcionario Frías constató la presencia de restos animales en la parte trasera de la fábrica, donde el olor era aún más fuerte. La magistrada también valoró que Frías manifestó que “uno de los piletones posee un caño el cual libera líquidos al arroyo el Salto”.

A partir de allí, el a quo explicó que “Con tales antecedentes, el Oficial Guillermo Haberckon, perteneciente a la División Operaciones del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina... se constituyó a la vera de los cursos de agua, donde desembocan los piletones, tomó las muestras de líquidos en distintos puntos, a fin de analizar los efluentes líquidos volcados por la empresa. Este funcionario pudo advertir una gran cantidad de desechos como huesos y grasa animal. Lucen fotografías de la toma de muestras a fs. 41/44. Ratifica su actuación de fs. 103, agregando que los días 14 y 15 de octubre de 2015 se hizo presente en las inmediaciones de la firma Mocarbel, observando a simple vista que la firma posee gran cantidad de restos vacunos (huesos) en la parte posterior del predio de la firma, los cuales se encontraban quemados en su mayoría, otros enterrados, algunos emanando humo de la incineración al aire libre, percibiendo un fuerte olor a materia putrefacta. Observó varios piletones, sin equipamiento mecánico alguno, aunque no diviso emanación de gases. El día 15 extrajo las muestras en distintos puntos, tomando como punto de partida el caño de vuelco al arroyito el Salto, también aguas arriba y aguas abajo. Especificó que no percibió la presencia de maquinaria que dé cuenta del tratamiento de efluentes volcados, pero observó una cantidad importante de bolsas de arpillerá con tierra o arena en su interior, para contener el terraplén armado para la creación de los piletones”.

La jueza precisó que, iniciada la investigación jurisdiccional, el juez instructor ordenó nuevas inspecciones en la firma sospechada, encomendando la labor a la Policía Federal. Así, “el Sargento Frías se constituyó en el lugar, los días 10, 18 y 24 de junio y el día 1° de julio de 2017. El funcionario informó que: la fábrica seguía en funciones; que el mayor volumen de camiones era recibido los fines de semana, en horario nocturno, y que los vecinos del lugar informaron que los responsables de la empresa estaban al tanto de las consecuencias negativas de su accionar y pese a ello, continuaban con el volcado de efluentes contaminan-

tes en el arroyo Salto, que pudo observar que el agua del arroyito presentaba un color rojizo y con espuma blanca y que en el lugar había un notable olor nauseabundo...”.

En el pronunciamiento aquí examinado también se tuvo en cuenta la tarea desarrollada por la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos.

Al respecto, la magistrada señaló que “la actividad del Estado Entrerriano fue precautoria y preventiva, no requirió la solución al Poder Punitivo, trató de encausar el conflicto en sede administrativa, cuidando una fuente importante de trabajo. Actuó en diversas oportunidades a través de profesionales idóneos en la materia, había realizado numerosas inspecciones, las que fueron volcadas en documentos, sin que pudiera obtener, de quién representaba a la empresa, el hoy imputado, una respuesta que concluya o cese con el accionar ilícito”.

En la sentencia se puntualizó que la relación de causalidad entre los efluentes líquidos, gaseosos y sólidos que provenían de la fábrica no puede ser refutada ya que las actas reflejan la actividad preventiva de los funcionarios, todas firmadas por Jorge Elías Mocarbel, y que las declaraciones de los funcionarios actuantes “revelan la contumacia a adecuar el funcionamiento del emprendimiento a los valores que respetan el medio ambiente”.

El tribunal ponderó el informe sobre la actividad que desarrollaron los funcionarios de la Secretaría de Ambiente desde el año 2013 a octubre de 2015, junto con las copias de actas en el predio que ocupa la empresa.

A partir de las inspecciones realizadas y documentadas, el tribunal ponderó que los funcionarios constataron los siguientes hechos:

*En abril de 2013 se constató fuga de efluentes gaseosos, en la tubería que comunica el aercondensador con el digestor, presencia de residuos sólidos dispersados en suelo natural, quema a cielo abierto de cueros, pelos, huesos, remanente de grasa, sin tratamiento. Es importante destacar que la Secretaría de ambiente se constituyó por denuncia telefónica que efectuó Vialidad Nacional. Se lo intimó a presentar un plan, no habiendo dado cumplimiento.

*El 10 de junio de 2014 se constató que no se realizaron las tareas de limpieza en el sector donde se encuentra grasa, cueros, huesos, restos de residuos quemados a cielo abierto. (fs.68). Lucen tomas fotográficas a fs. 72/75. También se tomaron muestras del efluente líquido, de un sector de ruptura del talud de la laguna de estabilización antes de descargar al arroyo. (fs. 69). En fecha 2 de julio la empresa informa que ha iniciado las tareas de limpieza del predio.

*El 22 de julio de 2014 comprobando que estaban quemando residuos industriales a cielo abierto, tales como huesos, pelos, restos de animales, generando olores nauseabundos. Se realizan tomas fotográficas.

*Frente a esta situación se convoca al Gerente Elías Mocarbel a fin de tratar el tema de gestión de residuos generados por la empresa, ante reclamos realizados por los vecinos – Vialidad Nacional.

*El 22 de octubre de 2014 obra acta de inspección, se constató quema a cielo abierto, agregando fotografías, que dan cuenta que no se trata de las secuelas del incendio ocurrido el 23 del mismo mes y año. (fs. 81/2).

*El 21 de noviembre de 2014 la empresa se compromete a presentar un proyecto de adecuación de la fábrica, presentando el mismo el 11 de diciembre de 2014, el cual no se adecua al acta acuerdo.

*El 18 de febrero de 2015 se notifica a la empresa las observaciones formuladas por personal técnico.

*En repuesta el Ingeniero Daniel Hess presenta un descargo el 18 mayo de 2015, el que fue evaluado por los funcionarios de la Secretaría, considerando que la empresa no cumple con el acta acuerdo.

*El 27 de mayo de 2015 se realiza una nueva inspección constatando la situación de quema a cielo abierto, sobre suelo natural, percibiendo un fuerte olor, fruto de la descomposición. La empresa presenta la propuesta de enterrarlos, la que fue rechazada.

*Con los antecedentes reunidos, el Ingeniero Fernando Raffo, Secretario de Ambiente, mediante resolución N° 296 le aplica a la Empresa una sanción pecuniaria y le otorga un plazo de 10 días para que presente un plan de tratamiento de residuos sólidos y tratamiento de efluentes gaseosos, siendo notificada la empresa el 6 de agosto de 2015. Siguen los incumplimientos a las sanciones y además no presentó ningún plan de efluentes líquidos y gaseosos.

*También la Secretaría remitió al domicilio real de la Empresa Mocarbel y al consultor técnico Ingeniero Daniel Hess, la denuncia de Vialidad Nacional Zona VI, fechada el 31 de Julio de 2015, para que efectúen el descargo, pero la misma fue ignorada...”

La magistrada concluyó que con el trabajo realizado por los profesionales idóneos en la materia se demostró que los efluentes líquidos, sólidos y gaseosos impactaban negativamente en el ambiente, alterando sus valores normales y contaminándolo.

En este punto, destacó la solvencia académica y funcional de la licenciada en química María Fernanda Cuneo Basaldúa, del Subcomisario químico Candia, de los profesionales de la Secretaría de Ambiente, Ingenieros Ambientales Elisabet Saavedra y Rodrigo Bor-

da, de los especialistas Martín Irigoytia, Germán Rivero Solari, patentizada a través de sus informes y a partir de oír sus conclusiones en la audiencia de debate.

Frente a las críticas efectuadas por la defensa vinculadas con las conclusiones arribadas en los informes realizados, las que fueron reiteradas en su impugnación ante esta instancia, la magistrada refirió que “De estos especialistas provienen los datos más importantes que vertebran la sólida hipótesis fiscal, sin que surja de lo actuado un actuar reprochable, interesado o parcial”.

Sobre la cuestión, en la sentencia se tuvo en cuenta lo dicho por la CSJN en orden a que “los dictámenes emitidos por organismos del Estado en sede administrativa sobre daño ambiental agregados al proceso tienen la fuerza probatoria de los informes periciales (conf. art. 33, de la ley 25.675)” (CSJN, causa 714/2016/RH1 Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental, resolución del 11/7/2019).

A continuación, la sentenciante analizó el material probatorio reunido en la causa con el fin de determinar si existió, o no, la contaminación del aire, agua, suelo y del ambiente en general con base en la cual el representante del Ministerio Público Fiscal sustentó su acusación.

Con respecto a la contaminación del aire producto de la actividad llevaba a cabo por la empresa, la magistrada de grado valoró los informes labrados por la Secretaría de Ambiente y lo declarado durante el debate por los testigos Rivero Solari y Martín Irigoytia.

La jueza ponderó que Rivero Solari fue contundente al afirmar que los vapores de la quema causaban contaminación, sostuvo que se logró determinar que los valores de dióxido de azufre, nitrógeno y sulfídico eran superiores a los límites y que también detectaron monóxido de carbono, y que este último podía estar asociado a la combustión de combustibles fósiles, pues esos gases se consideraban peligrosos y generaban contaminación.

En la sentencia se tuvo en consideración que en el informe de la Secretaría de Ambiente de fecha 22 de noviembre de 2016, se concluyó que: “En el primer punto de medición (vientos arriba) se exceden los valores límites reglamentados en el Anexo II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 y en la Tabla 10 del Anexo II de la Ley N°24051 para las siguientes contaminantes criterio: NO2, H2S y SO2...”

En el segundo punto de medición (vientos abajo) se exceden los valores límites reglamentados en el Anexo II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 y en la Tabla 10 del Anexo II de la Ley N° 24051 para las siguientes contaminantes criterio: NO2, H2S, CO y SO2”.

A partir de lo reseñado, la magistrada concluyó que “Estas aseveraciones llevan a colegir que la quema que se efectuaba en la Empresa Mocarbel provocaba emisiones contaminantes a la atmósfera, situación percibida por el Sargento Frías, pues sintió olores nauseabundos, los que también fueron advertidos por los vecinos del lugar, por los agentes de Vialidad Nacional y por los funcionarios de la Policía Federal que participaron de las inspecciones a la empresa”.

Con relación a la afectación del suelo, la sentenciante recordó las explicaciones brindadas por la Licenciada Química, en cuanto mencionó que “la práctica de quema en basurales está contemplada como una de las principales fuentes de generación de ‘dioxinas y furanos’, cfr. ley 26.011, que aprueba el Convenio de Estocolmo. La ley citada los categoriza como contaminantes orgánicos persistentes. Añadió que las dioxinas y furanos, producto de la quema están presentes en el aire, han sido clasificadas en la ley 24.051”.

El tribunal también valoró los dichos de la licenciada química Fernanda Cúneo Basaldúa quien destacó que “las actividades de enterramiento son una fuente de contaminación en las napas subterráneas, o sea lixiviación, pues el líquido que disuelve total o parcialmente ciertos compuestos y suspende otros, los arrastra hacia las capas más profundas del suelo. Viene al caso destacar, que el Sargento Frías recoge las impresiones de los vecinos de la zona, quienes manifestaron que los pozos donde extraían el agua debieron ser contruidos a mayor profundidad, por efectos de la contaminación”.

Por último, con relación a la contaminación del agua, la jueza, a partir de la prueba reunida en autos, tuvo por acreditado que la empresa “Mocarbel SRL” arrojó efluentes líquidos al arroyito “El Salto” que desemboca en el Río Paraná, por lo cual la degradación afectaría su curso e impactaría en las vecinas provincias de Santa Fe y Buenos Aires, por el principio de unidad de la cuenca.

Seguidamente, se ponderó que “la presencia de los piletones en el predio de la fábrica es un hecho no controvertido, los cuales no tenían el cuidado suficiente... De estos piletones salía un caño que volcaba los efluentes líquidos”.

El tribunal de juicio destacó que en la inspección realizada el día 10 de junio de 2014 al predio de la empresa por parte de la Secretaría de Ambiente “se tomó una muestra del efluente líquido final de un sector de ruptura del talud de la laguna de estabilización previo a descargar en el arroyo, donde comprobó que la empresa estaba volcando fuera del Anexo I del decreto 5837/91, reglamentario de la ley 6260, pues la DBO, que estipula un valor permitido menor 50 mg/I para descarga a arroyo y el resultado de la muestra es de 103 mg/I”.

La magistrada tuvo en cuenta que “Se aclaró en la audiencia que el DBO indica la presencia elevada de materia orgánica, lo que provoca el consumo de oxígeno disuelto del cuerpo receptor con el consiguiente impacto negativo sobre los organismos acuáticos. Por ello, el anexo II de la ley 24.051, lo subsume en H.12 Ecotóxicos, definiéndolos la Licenciada en Química, Fernanda Cúneo Basaldúa como ‘sustancias o desechos que si se liberan tienen o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos”.

A continuación, la jueza memoró que el 11 de noviembre de 2016 se volvió a constar que la rotura del talud de la laguna de estabilización no fue reparada, por lo cual el volcado de efluentes peligrosos era una realidad.

En este sentido, en la sentencia se ponderó que “el Sargento Frías constató que los piletones no tenían equipamiento, el color oscuro de las aguas del arroyo, la emisión de gases, la capa espesa y aceitosa en el arroyo ‘El Salto’, el fuerte olor nauseabundo. Además, deja constancia que los vecinos del lugar manifestaron que el agua del arroyo Salto es utilizada para riego y para el consumo de animales de granja, debiendo ampliarse la profundidad de los pozos desde la aparición de la fábrica. El subcomisario químico Candia analizó las muestras extraídas por Haberckon, comprobando la existencia de contaminación del agua, pues las muestras analizadas obtenidas en el punto de vuelco, evidenciaron turbidez y determinada coloración, dadas sus características físicas. Así esa muestra dio un valor de oxígeno disuelto de 4,96 mg/I, próximo al límite determinado como riesgoso. Para el caso de las muestras tomadas aguas arriba y aguas abajo se presentaron valores de oxígeno muy superiores al del punto de vuelco, lo que demuestra que el efluente que se vuelca en el arroyito El Salto produce contaminación, por eso el bajo valor de oxígeno. En lo que respecta a la demanda química de oxígeno (DQO) la muestra en el punto de vuelco evidenció un valor mayor a 1500mg/I, demostrativa de la alta contaminación”.

Por otro lado, la magistrada señaló que otro punto de referencia que da cuenta de la contaminación del agua lo establece su conductividad y que la muestra tomada en el punto de vuelco “exhibió un valor elevado y mayor respecto las muestras tomadas aguas arriba y aguas abajo, lo que se relaciona con una alta carga de sales minerales”.

A partir de lo reseñado la sentenciante concluyó que “En consecuencia, dos organismos del Estado, autónomos unos de otros, con diferentes enclaves institucionales, son fuentes independientes, cuyas conclusiones no han sido refutadas con eficacia por la defensa técnica. Tanto los funcionarios de la Po-

lucía Federal, como los de la Secretaría de Ambiente de E.R., advirtieron que el vertido que provenía de un caño de la empresa, se volcaba al Arroyo El Salto, donde fue visualizada una capa grasosa y aceitosa.

Los efluentes líquidos vertidos tenían materia orgánica que provocaba consumo de oxígeno en el agua, ello generaba un impacto negativo sobre los organismos acuáticos y contaminación al agua, tal como lo describió el Ingeniero Ambiental Rodrigo Borda, quien sostuvo, desde su saber científico, que del análisis de las muestras obtenidas del sistema de tratamiento de lagunas, estaban por encima de lo reglamentado por la provincia y que la elevada demanda biológica de oxígeno generaba contaminación.”

En el pronunciamiento examinado se valoró que la ingeniera Elisabet Saavedra recordó que se habían obtenido muestras de efluentes líquidos y que dieron como resultado que estaban por arriba del límite permitido por la normativa ambiental.

El informe labrado por la División de Delitos Ambientales de la PFA también acompañó dichas conclusiones en tanto surge que “En la determinación de la demanda química de oxígeno (DQO), la muestra del punto de vuelco precintada N° 423404 y rotulada como M=-2, evidenció un valor muy elevado (mayor a 1500 mg/l) y por encima de los valores máximos permitidos en el Decreto”.

En el mismo sentido se pronunciaron los licenciados Alberto Candia y Fernanda Cúneo Basladúa. En la sentencia surge que el primero de ellos ratificó en el debate lo sostenido en el informe de la PFA y agregó que “la contaminación se correspondía con contaminantes de contenido orgánico: grasas, aceites y que había un peligro para la salud de la vida acuática. También sostuvo que la mucanga, es un producto grasoso, que, si sus residuos se vuelcan al agua, sin un debido tratamiento, constituye un accionar peligroso”.

Finalmente, en el pronunciamiento recurrido se valoró que Cuneo Basaldúa declaró en el juicio sobre la gravedad que implicaba el accionar de la empresa “Mocarbel SRL” consistente en volcar los efluentes líquidos en el agua, remarcó el daño que ello generaba en la vida acuática y reiteró su explicación sobre los “eco tóxicos” y el daño a la flora y a la fauna.

De la reseñada efectuada acerca de la actividad de valoración de la prueba efectuada por el tribunal, se observa que la misma ha sido realizada conforme las reglas de la sana crítica racional, resultando las alegaciones introducidas por la defensa en su escrito casatorio, desprovistas de sustento fáctico, inscribiéndose como afirmaciones que no se corresponden con las constancias de la causa.

En el caso sometido a estudio, la jueza sentencian- te se valió de numerosos elementos de prueba que

permitieron sustentar la hipótesis delictiva atribuido por el representante del Ministerio Público Fiscal a la empresa “Mocarbel SRL” y, precisamente, a su socio gerente Jorge Elías Mocarbel. A su vez, de adverso a lo postulado por el recurrente, el material probatorio es conteste en señalar que el accionar realizado por la firma “Mocarbel SRL” generó contaminación en el suelo, agua y ambiente en general.

La materialidad de los hechos imputados surge acreditada en virtud de los numerosos elementos probatorios obrantes en la causa y valorados por la magistrada en la resolución aquí analizada.

Las tareas de campo realizadas por la Policía Federal Argentina en el establecimiento, las numerosas inspecciones desarrolladas por personal técnico de la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos, el sumario iniciado a la empresa por dicho organismo, el acta de levantamiento de muestras y fotografías tomadas por personal del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina y la inspección realizada; el informe de laboratorio L22/15 correspondiente a las muestras extraídas, el informe técnico N° 64/15 del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina, el informe de la licenciada en química de la UFIMA, Fernanda Cúneo Basladúa y los últimos informes de la Secretaría de Ambiente de la Provincia, así como las últimas tareas de inteligencia efectuadas por la Policía Federal Argentina permitieron acreditar la contaminación del agua, suelo y del ambiente general a raíz de la actividad de la fábrica de jabones, detergentes, aceites, grasas y otros productos de origen animal de la firma “MOCARBEL SRL”.

Concretamente, a partir de los elementos de prueba mencionados se logró constatar que en el predio del establecimiento de la mencionada firma en el período determinado en la imputación, se acumularon y enterraron desechos industriales, se quemaron a cielo abierto desechos sólidos industriales; todo lo cual produjo la contaminación del ambiente en general producto de la liberación de dioxinas y furanos en el aire y la contaminación del suelo producto de la lixiviación en la tierra y napas del agua subterránea a raíz de tales actividades. También se determinó que la actividad llevaba a cabo por la empresa produjo la contaminación del agua a partir de diversos factores, como un exceso en los valores permitidos de la Demanda Biológica de Oxígeno (DBO), Demanda Química de Oxígeno (DQO), y la conductividad eléctrica; lo que fue suficientemente fundamentado a partir de los resultados obtenidos por los organismos especializados en los análisis de laboratorios y sobre las muestras extraídas en el funcionamiento de la fábrica.

Cabe destacar que, en casos como el presente, cobra especial relevancia la prueba consistente en la extracción de muestras, las pericias realizadas sobre

ellas y los informes técnicos elaborados al respecto, así como las distintas inspecciones oculares y constataciones realizadas en el terreno. Esos peritajes resultan de un importante valor probatorio en tanto dan cuenta sobre la calidad, el tipo de sustancia y su influencia en el medio ambiente. Dadas las características de este tipo de procesos, y en tanto la apreciación de los hechos controvertidos requerirá conocimientos especializados, el juez (y el desenlace del pleito) dependerá en gran medida (casi prioritariamente) de la prueba técnica y científica (Mariana Catalano y Mariano Hernán Borinsky, "Protección penal del ambiente y del patrimonio cultural", 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot, 2021, pag. 333, y sus citas).

En este aspecto, se advierte que las críticas ensayadas por la defensa no logran conmover las conclusiones alcanzadas en el fallo examinado, pues la prueba referida da cuenta de la existencia de contaminación y degradación del ambiente y que los parámetros informados exceden los valores de referencia permitidos.

Todo lo expuesto permite rechazar la alegación defensiva de que no ha sido comprobado el poder contaminante de las sustancias manipuladas por la empresa, pues la numerosa prueba producida ha sido conteste en señalar la calidad de residuos peligrosos de las sustancias en cuestión (artículo 2, Anexo I y Anexo II de la ley 24.051), idóneos para producir la contaminación del suelo, el agua y el ambiente en general de modo peligroso para la salud.

En tales condiciones, la arbitrariedad denunciada se encuentra desprovista de todo sustento. Ello es así, ni bien se observa que el tribunal de la instancia previa, en su inteligencia, realizó un tratamiento concreto y pormenorizado sobre las particularidades de cada uno de los sucesos investigados y descartó las diferentes defensas articuladas en favor del imputado a través de un razonamiento lógico y crítico de los distintos elementos de prueba incorporados al legajo. En definitiva, las manifestaciones expuestas en la presentación casatoria no resultan suficientes para controvertir la prueba recabada en autos, que acredita el suceso atribuido y la responsabilidad que le cupo en el a Jorge Elías Mocarbel.

Por otra parte, la defensa cuestionó la interpretación efectuada en la sentencia respecto del tipo penal contenido en el art. 55 de la ley 24.051, en tanto allí se consideró que el delito en cuestión tiene como bien jurídico protegido al medio ambiente.

Contrariamente, el impugnante alegó que el delito protege la salud pública y que, para su configuración, exige la comprobación de un peligro concreto sobre ese bien jurídico.

En esta inteligencia, la defensa sostuvo que, al no haberse acreditado una afectación real y directa sobre la salud pública, corresponde que se dicte la absolución de Jorge Elías Mocarbel.

La figura legal por la que Jorge Elías Mocarbel resultó condenado establece que "Será reprimido con las mismas penas del artículo 200 del Código Penal el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general..." (art. 55 de la ley 24.051).

A su vez, el art. 2 de la citada ley establece que "Será considerado peligroso, a los efectos de esta ley, todo residuo que pueda causar daño directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley..."

A partir de la reforma llevada a cabo en el año 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el artículo 41, que establece que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

De la lectura de este artículo, inserto bajo el título de "nuevos derechos y garantías" se advierte que la Constitución Argentina consagra el derecho a un ambiente sano y el deber de preservarlo. La CSJN, por su parte, pone de resalto este correlato del derecho ambiental, en cuanto a la importancia que tiene el deber de cuidado del ambiente. Así, ha sido explícita al respecto al decir que "La Constitución Nacional tutela el ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho" (Fallos: 339:515).

El derecho internacional también reconoce la relación interdependiente que existe entre la protección

del medio ambiente, el desarrollo sostenible, la salud y los derechos humanos (cfr. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y lo resuelto por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas —Nro. A/RES/64/292, rta. 28/07/2010—).

En esta línea, con respecto a los bienes jurídicos en juego -medio ambiente y salud, como delitos de lesión y de peligro- ya he tenido oportunidad de recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el "... reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente..." (C.S.J.N., "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", M.1569.XL., rta. el 20/06/2006, Fallos: 329:2316; doctrina reiterada in re "Cruz, Felipa y otros c/Minera Alumbrera Limited y otro s/sumarísimo", causas CSJ 154/2013 (49-C)/CS1 y CSJ 695/2013 (49-C)/CS1, rta. el 23/02/2016, Fallo: 339:142).

En este esquema, no puede ser soslayado que la "... tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales" (C.S.J.N., caso "Mendoza" ya citado, considerando 18, doctrina reiterada in re "Municipalidad de Berazategui c/Aguas Argentinas S.A.", M.2695.XXXIX, rta. el 28/07/2009, Fallos: 332:1600) —cfr., en lo pertinente y aplicable, voto del suscripto, C.F.C.P., Sala IV, causa FCB 91001122/1998/TO1/4/CFC1, caratulada "Bornemann, Jorge Alfredo s/ recurso de casación", rta. el 9/3/2022, Reg. 195/22; causa FTU 400835/2007/CFC1, caratulada "ROCCHIA FERRO, Jorge Alberto s/ infracción ley 24.051", rta. el 17/11/2017, Reg. 1654/17.4; causa FTU 400830/2007/CFC1 "Azucara, J.M. Terán S.A., Ing. Santa Bárbara, José Agustín

Colombres y Julio José Colombres s/recurso de casación", rta. 14/7/16, Reg. 937/16 y de la Sala I de esta CFPC, voto del suscripto, causa CCC 51880/2011/3/1/CFC1 "AMUTIO, Silvia Beatriz s/recurso de casación", rta. 29/11/16, Reg. 2295/16.1—.

En esta inteligencia también se ha pronunciado la Sala I de esta CFPC en la causa FMP 23116/2016/2/CFC1, caratulada "Cruz, Marcelo Delismiro s/recurso de casación", rta. el 23/12/2019, Reg. 2316/19.

Sobre la cuestión, Cafferata explica que "la norma refiere que la acción de contaminar lo sea de modo peligroso para la salud, lo que implica, no la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino la generación de un peligro común. No es el daño, sino la posibilidad del daño que entraña el delito" (Cafferata, Néstor A., "Jurisprudencia Penal Ambiental", Thomson Reuters, La Ley, AR/DOC/8129/2001).

De adverso a lo postulado por el recurrente, la significación jurídica escogida por el tribunal ha sido suficientemente sustentada a partir de los diversos sucesos que fueron correctamente acreditados en el caso bajo examen, sin que sus alegaciones logren demostrar la violación a las garantías constitucionales que enuncia.

Tal como se expuso en la sentencia, el accionar de Jorge Elías Mocarbel produjo:

"H11: Sustancias tóxicas (con efectos retardados o crónicos): sustancias o desechos que, de ser aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel pueden entrañar efectos retardados o crónicos, incluso la carcinogénia.

H12: Ecotóxicos: sustancias o desechos que, si se liberan, tienen o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos.

H13: sustancias que pueden, por algún medio, después de su eliminación dar origen a otra sustancia, por ejemplo, un producto de lixiviación, que posee alguna de las características arriba expuestas" (cfr. Ley 24.051, Anexo II, Lista de Características Peligrosas).

Con respecto al suelo, se acreditó que la actividad desplegada por "Mocarbel SRL" produjo un proceso llamado "lixiviación" que según lo explicado por el Ingeniero Borda y la licenciada Cúneo Basaldúa, se produce cuando "los residuos son dejados sin protección producen ese fenómeno, lixiviación, que es el residuo entrando en contacto con el suelo a lo largo del tiempo, con la lluvia, con los cambios climáticos, va produciendo líquidos que van penetrando en el suelo, y que va a llegar, a la napa subterránea, que debe estar limpia, y que si no está limpia es por una acción del hombre en la superficie", afirmando que "ese es uno de los problemas de la contaminación, del mal manejo

de los residuos sólidos, y que ‘toda la reglamentación, toda la literatura de esta materia, establece que los residuos sólidos que se acumulan ubicados de manera desnuda, sin ningún tipo de protección, solamente pueden aferrarse al suelo, si no hay protección, no hay otra opción de que ese líquido no penetre en el suelo’. Fenómeno que contempla el anexo II, H 13. Las sucesivas inspecciones dieron cuenta de las repetidas quemaduras a cielo abierto y del enterramiento de los restos, como también las investigaciones y las visualizaciones efectuadas por personal de la Policía Federal Argentina”.

Con base en lo expuesto el tribunal descartó el planteo de la defensa de Mocarbel —reiterado en su recurso de casación—, referido a que la actividad desplegada por su asistido se mantuvo dentro de los parámetros normativos pues se trataba de materiales orgánicos que la tierra biodegrada e inmuniza. A lo expuesto, el a quo añadió que la defensa “Insiste en su postura a pesar de las diversas objeciones que recibió de la Secretaría de Ambiente de Entre Ríos, él mismo reconoció en el Convenio firmado en noviembre de 2014, que los residuos eran depositados sobre suelo natural, comprometiéndose a efectuar un tratamiento”.

De este modo, el tribunal concluyó que “Su accionar produjo la lixiviación, afectó las napas subterráneas que utilizan los vecinos del lugar, para extraer el agua para el diario vivir, tal como fuera oportunamente informado por la fuerza prevencional interviniente, configurándose entonces el potencial riesgo para la salud, pues lo que hacía el imputado era precisamente lo que tenía prohibido”.

Por otro lado, y en lo que respecta a la contaminación del agua, el tribunal recordó que los testigos expertos, Borda y Cúneo Basaldúa, determinaron con certeza que estaba contaminada. A partir de ello, la sentenciante indicó que “De ese modo, se afectó la vida de la flora, fauna y se comprometió la salud pública de todos quienes vivían en las inmediaciones. Es que esa contaminación del agua, obstaculizó su uso recreativo, como también impidió una visual transparente dada la cobertura grasosa y su turbidez, afectando también las posibilidades de un riego limpio y la bebida de los animales en toda esa cuenca hídrica, que comprende el cañadón o arroyito El Salto, el arroyo El Salto y el río Paraná”.

De la misma manera, también quedó acreditado que se satisficieron los requisitos del tipo penal en lo que hace a la contaminación de la atmósfera y del ambiente en general. Ello, a partir de la sistemática quema de residuos que llevó adelante Mocarbel en su predio, pese a que le fue advertido que cesara, porque esa quema de sólidos industriales provocó la emisión de “dioxinas y furanos” (cfr. apartado H12 del Anexo II de la ley 24.051, denominados “ecotóxicos”).

En el pronunciamiento examinado, se explicó que las dioxinas y furanos producidos por la quema de residuos sólidos, como la que efectuaba Mocarbel, se consideran tóxicos porque generan efecto en la salud inmediato y, además, se consideran tóxicos con efecto persistente, porque la exposición permanente a pequeñas dosis de estos compuestos puede llegar a causar diversos trastornos. Sumado a ello, se precisó que “De todos modos, las dioxinas y las sustancias similares a las dioxinas, como los policlorobifenilos (PCB), son contaminantes orgánicos persistentes (COP), de acuerdo con el Convenio de Estocolmo, que fue ratificado por nuestro País mediante ley 26.011”.

De lo expuesto, se advierte que la premisa sobre la cual la defensa sustenta la ausencia de tipicidad de la conducta reprochada a su asistido (esto es la supuesta falta de comprobación de que la actividad llevada a cabo por “Mocarbel SRL” haya puesto en riesgo la salud) no encuentra sustento en las circunstancias comprobadas del caso. Su planteo ha sido ampliamente rebatido por la sentenciante, sin que en esta ocasión se observen argumentos capaces de conmovir el razonamiento seguido en la resolución impugnada.

No cabe soslayar que los dos bienes jurídicos tutelados por el tipo penal en cuestión revisten suma importancia —medio ambiente y salud— y se encuentran íntimamente relacionados uno con el otro.

Al respecto, he precisado que “En el caso del delito ambiental, por cuanto el entorno natural, la biodiversidad y recursos vitales como el agua constituyen presupuestos existenciales: la vida misma de los seres vivos, actuales y futuros depende de su existencia en condiciones aceptables. A partir de allí, centrados ya en el ser humano, mientras mayor sea la preservación en equilibrio con un desarrollo sostenible, mayor será la calidad de vida” (Mariana Catalano y Mariano Hernán Borinsky, ob. cit., pag. 21).

La protección del medio ambiente exige que se adopten decisiones orientadas a proteger el derecho a un ambiente sano, en procura de las generaciones actuales y de las futuras. Dicho deber abarca el juzgamiento de las acciones desplegadas por empresas o particulares que puedan poner en riesgo el derecho de toda la sociedad a vivir en un ambiente sano. Ello así, en tanto los derechos que se encuentra involucrados son objeto de tutela de nuestra Constitución Nacional y del Derecho Internacional (art. 41 de la CN, art. 1 del PIDCyP, art. 1 del PIDEsCy y art. 11 de la CADH).

En esta misma línea, el último proyecto de reforma integral del Código Penal de la Nación (cuya Comisión formada al efecto fue presidida por el suscripto, Decreto PEN 103/2017) refuerza la protección del medio ambiente al despojarlo de su valor meramente instrumental, habilitante para el desarrollo humano,

y lo convierte en un bien jurídico en sí mismo, que también es autónomo (Catalano- Borinsky, ob. cit., p. 36). Esto resulta de sumo interés, a poco que se repara que el proyecto del Código Penal cuenta no solo con el consenso de todos los integrantes de la Comisión, sino también de los sectores académicos, de los actores del sistema penal, del resto de las autoridades públicas y de la ciudadanía junto con los fallos de la CSJN en cuanto han establecido una clara doctrina en algunos temas (como el referido a la importancia del medio ambiente que han sido citados en el presente), los anteproyectos anteriores, las propuestas de reformas legislativas que están actualmente en el Congreso y las leyes que fueron sancionadas desde que se conformó la Comisión (cfr. exposición de motivos del Proyecto de Reforma del Código Penal).

En conclusión, tal como ha sido expuesto en la sentencia impugnada, el material probatorio reunido en el caso evidencia que Jorge Elías Mocarbel, en su calidad de socio gerente de la firma “Mocarbel SRL”, realizó la conducta tipificada por el art. 55 de la ley 24.051, ello es contaminar, de un modo peligroso para la salud y mediante el empleo de residuos peligrosos, el agua, el suelo y el ambiente en general.

En función de lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Jorge Elías Mocarbel, sin costas en la instancia. Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Hornos* dijo:

I. El recurso de casación interpuesto por la defensa de Jorge Elías Mocarbel resulta formalmente procedente en tanto se dirige contra una sentencia de las enumeradas en el art. 457 del C.P.P.N., y ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 459 del C.P.P.N.), con fundada invocación de los motivos previstos por el art. 456, incs. 1° y 2°, del código de rito.

II. Con relación a la nulidad planteada en torno al rechazo de la postergación de inicio del debate oral y público, adhiero, en lo sustancial, a las consideraciones desarrolladas por el distinguido colega que lidera el presente acuerdo, Dr. Javier Carbaño.

Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema ha dicho que “en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garantizan plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor ase-

gurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502)” (CSJN, “Núñez”, Fallos: 327:5095).

En tal sentido, y como bien ya han entendido los distinguidos colegas que me preceden en el orden de votación, en el caso de autos no se vislumbra una afectación al derecho de defensa por no haber postergado el inicio del debate oral y público.

Como ya fuera detallado en el voto lindante –y para evitar reiteraciones–, el acusado contó con tiempo suficiente para poder designar a su abogado de confianza y diagramar su estrategia defensiva previo al inicio del juicio oral, sin presentarse obstáculos que le impidiesen ejercer plenamente su derecho a una defensa técnica eficaz.

Por tales razones, adhiero a la solución propuesta de rechazar el planteo efectuado.

III. Como segundo punto, habré de adherir también a las valoraciones efectuadas en los votos precedentes en relación con la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de juicio.

En efecto, el a quo realizó una minuciosa y acertada valoración de todas las evidencias recolectadas y producidas en el juicio oral y público, de lo que pudo concluirse la participación del acusado en los hechos delictivos investigados.

En tal dirección, el tribunal de origen ponderó: las inspecciones oculares efectuadas por miembros especializados de las fuerzas de seguridad, los dichos de los vecinos en torno a las afectaciones que estaba produciendo la contaminación del arroyo “El Salto”, los informes periciales que determinaron que lo medido (vientos arriba, vientos abajo y efluentes líquidos) excedían los valores reglamentados en los Anexos I y II del Decreto 5837/91 de la Ley Provincial 6260 (más específicamente, en la Tabla 10 del Anexo II de la ley n° 24.051, respecto de los valores de vientos), sumado a las declaraciones de peritos como la Lic. Química Cúneo Basaldua (quien corroboró que las actividades de enterramiento detectadas contaminaron las napas subterráneas) y el hecho de haber constatado el 11 de noviembre de 2016 que la rotura del talud de la laguna de estabilización no fue reparada (lo que demostraba el volcado de efluentes peligrosos al arroyo mencionado).

Por último, el tribunal ponderó lo dicho por los ingenieros ambientales, Rodrigo Borda y Elisabet Saavedra, quienes concluyeron que las muestras obtenidas arrojaron contaminación del arroyo a partir de excederse lo desechado por la empresa Mocarbel S.R.L. a lo reglamentariamente permitido.

A partir de ello, y con el grado de certeza positiva que dicha etapa procesal exige para el dictado de una sentencia condenatoria, el a quo sopesó las eviden-

cias y pudo acreditar la hipótesis acusatoria, vinculada a que las actividades desarrolladas por la empresa Mocarbel S.R.L. contaminaban de un modo peligroso para la salud el suelo, el agua y la atmósfera; es decir, el ambiente en general, produciendo una afectación a la salud pública.

Por todo lo dicho, como el recurrente no ha logrado demostrar que el juzgador ha caído en el absurdo, en la arbitrariedad o ha violado las leyes de la sana crítica racional al momento de ponderar la evidencia en su contra, deviene adecuado afirmar que la sentencia recurrida resulta un acto jurisdiccional válido, por lo que corresponde rechazar este agravio planteado en torno a la valoración de la prueba.

IV. Respecto del planteo realizado sobre la aplicación de la ley sustantiva, además de coincidir en lo sustancial con las valoraciones expuestas por mis colegas preopinantes, cabe efectuar algunas aclaraciones.

En primer lugar, y a los fines de comprender qué tipo de bienes jurídicos han resultado afectados en autos, es menester recordar que a partir de la reforma llevada a cabo en el año 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el artículo 41, que establece que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

De la lectura de este artículo, inserto bajo el título de “nuevos derechos y garantías”, se advierte cómo el constituyente empoderó al medio ambiente sano como un derecho autónomo más de los protegidos y garantizados en la parte dogmática del texto fundamental de la Nación, ubicándolo como un derecho que atañe a la sociedad toda, y a las generaciones por venir (cfr. voto del suscripto en causa FCR 52018730/2005/TO1/15/CFC4, “BIANCIOOTTO, Ricardo Aníbal y otro s/recurso de casación”, reg. N°1120/17, rta. el 30/8/17 por esta Sala IV de la C.F.C.P.).

A su vez, la temática vinculada con el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano fue

objeto de tutela internacional, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su artículo 11 expresa “Todo individuo tiene el derecho de vivir en un ambiente sano y a tener acceso a los servicios básicos públicos. Los Estados parte deben promover la protección, preservación y el mejoramiento del ambiente”.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó los alcances de este nuevo paradigma constitucional en el precedente “MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios” (Fallos: 329:2316, conocida como la causa “Riachuelo”) y fue categórica al sostener que “la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (ver considerando 18, el resaltado me pertenece).

A su vez, en dicho precedente el Máximo Tribunal dejó en claro que “el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente...”.

De lo expuesto se desprende que el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado posee una importancia y trascendencia que afecta al conjunto de la comunidad de vida, al ser humano actual y a las generaciones por venir (cfr. causa “AZUCARERA J.M. TERÁN S.A. s/recurso de casación reg. N° 937/16.4, rta. el 14 de julio de 2016).

Traeré en apoyo de esta postura, la Carta Encíclica Laudato ‘SI’ de la Iglesia Católica Apostólica y Romana con la autoridad de su Sumo Pontífice, Francisco, al decir que “... Si tenemos en cuenta que el ser humano también es una criatura de este mundo, que tiene derecho a vivir y a ser feliz, y que además tiene una dignidad especialísima, no podemos dejar de

considerar los efectos de la degradación ambiental, del actual modelo de desarrollo y de la cultura del descarte en la vida de las personas” (cfr. puntos 21 y 43).

Bajo tal paradigma constitucional resulta que la postura esbozada por la parte recurrente no es correcta, ni ajustada al derecho vigente (que como ya he sostenido reiteradamente abarca a la Constitución Nacional, a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y a las leyes de la Nación; cfr. C.F.C.P. Sala IV causas n° 1619 caratulada “Galvan, Sergio Daniel s/recusación”, Reg. 2031.4, rta. el 31/8/1999, n° 2509 caratulada “Medina, Daniel Jorge s/recusación”, Reg. 3456.4, rta. 20/6/2001 y n° 335 caratulada “Santillán, Francisco s/casación”, Reg. Nro. 585.4, rta. el día 15/5/1996).

En suma, no es posible separar en compartimientos estancos la tutela que el Estado debe llevar a cabo sobre el medio ambiente de la protección a la salud pública.

Ahora bien, más allá de que la norma en cuestión prevé una responsabilidad penal sólo cuando se dañe al medio ambiente de un modo “peligroso para la salud”, lo cierto es que no puede entenderse el derecho a la salud de los habitantes como algo limitado a estar sano, o no sufrir una enfermedad en particular. La ley no se limita a castigar penalmente una afección concreta y particular a la salud humana, sino que abarca el peligro potencial que la contaminación mediante residuos peligrosos significa para la especie humana.

No puedo dejar de remarcar en este aspecto que la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) reconoce desde el mismo preámbulo de su carta constitutiva firmada en el año 1946, que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

La O.M.S., además de caracterizar el concepto de salud, también estableció una serie de componentes que la integran: el estado de adaptación al medio (biológico y sociocultural), el estado fisiológico de equilibrio, el equilibrio entre la forma y la función del organismo (alimentación) y la perspectiva biológica y social (relaciones familiares, hábitos). La relación entre estos componentes es lo que determina el estado de salud de una persona.

Esta definición sobre el concepto de la salud humana, es el resultado de una evolución conceptual del pensamiento vinculado con la materia, y que surgió en reemplazo de una noción que se tuvo durante mucho tiempo, que sostenía que la salud era, simplemente, la ausencia de enfermedades biológicas o de peligro inmediato de contraerlas, concepto que parecen haber adoptado los magistrados de a quo y

que hoy es prácticamente insostenible, a la luz de los avances desarrollados en el tópico.

La salud pública se refiere entonces a la salud de las poblaciones humanas de modo amplio y el objeto de su tutela por parte del Estado, es prevenir la enfermedad, la discapacidad, prolongar la vida, fomentar la salud física y mental, mediante los esfuerzos organizados de la comunidad, para el saneamiento del ambiente y desarrollo de la maquinaria social, para afrontar los problemas de salud y mantener un nivel de vida adecuado.

En este sentido se advierte, en base a los parámetros referidos por los organismos internacionales especialistas en la materia y a los criterios sentados por las normas fundamentales de la Nación y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la salud humana está estrechamente relacionada con el medioambiente que nos rodea.

Por ello, se desprende de manera inequívoca del ilícito previsto por la ley 24.051 que, a los efectos típicos, el vertido de los residuos de que se trata debe: envenenar, adulterar o contaminar de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Por lo tanto es correcta la conclusión de que si no existe peligro para la salud, no existe este delito.

Sin embargo, esta circunstancia no significa de ningún modo que deba acreditarse un daño o peligro concreto, comprobable de manera actual y científica en los términos pretendidos por la defensa, puesto que como lo hemos observado, el daño al medio ambiente mediante el uso de los residuos peligrosos previstos en la norma daña al ecosistema y afecta, al menos de modo potencial, la salud de los habitantes. Sin perjuicio de ello se desarrollará luego que, en el caso concreto, sí se logró acreditar bajo tales parámetros el daño ocasionado al medio ambiente mediante contaminación.

Entonces se advierte que si bien, efectivamente, el tipo penal en cuestión tutela dos bienes jurídicos de suma importancia –el medio ambiente y la salud–, no debe enténderselos como enmarcados en compartimientos estancos, independientes el uno del otro, como si del daño al primero de ellos no pudiere resultar, al menos, un peligro para el segundo. Los bienes jurídicos tutelados por la norma se encuentran íntimamente relacionados por cuanto la gradual destrucción del ecosistema en el que vivimos tiene como efecto inmediato el deterioro de la salud humana.

En tal escenario, el art. 55 de la ley 24.051 tutela la salud pública y el medio ambiente. Al respecto, el tipo penal exige que las acciones (envenenar, adulterar o contaminar) deban crear o incrementar un peligro contra la salud humana. Por ende, la acción típica im-

plica que la salud pública debe ser puesta en peligro mediante la realización de las conductas descriptas en los arts. 55 y 56, que representan una contaminación efectiva del ambiente natural.

Aplicado al caso bajo estudio, resulta claro que las actividades llevadas adelante por Mocarbel S.R.L. desatendían los límites permitidos reglamentariamente que se relacionaban con el cuidado del entorno ambiental en el que se desarrollaba, y que ocasionaron contaminación suficiente para poner en peligro la salud pública.

Como fuera descripto anteriormente, los peritajes especializados lograron determinar que los efluentes de su proceso de fabricación arrojaron valores que excedían los normativamente autorizados. Para más, tras la notificación de la resolución nº296 de la Secretaría de Ambiente a través de la cual se le aplicó a la empresa una sanción pecuniaria y se le otorgó un plazo de 10 días para que presentara un plan de tratamiento de residuos sólidos y de efluentes gaseosos, ésta incumplió las sanciones y no presentó plan de tratamiento de la situación alguno.

Sumado a ello, cabe recordar que el Sargento Frías, quien realizó diversas tareas investigativas en autos, destacó que “los vecinos más próximos al lugar manifestaron que es constante sentir olores nauseabundos y gases que emanan de los piletones, como de la fábrica en sí”. Asimismo, declaró que “también manifestaron los vecinos que tiempo atrás utilizaban el agua del arroyo para riego y para consumo de animales, lo que provocó que muchos animales y vegetales se enfermaran, hasta en muchos casos producir la muerte” y que “... se contaminaron las napas para extraer agua de pozo”.

Ello, sumado a los informes periciales que demostraron la efectiva contaminación propiciada por la actividad desarrollada por la empresa en cuestión, permite afirmar que, en el caso bajo estudio, se materializó el verbo típico y se produjo un peligro efectivo para la salud pública. Para mayor precisión, los vecinos de la zona fueron quienes tuvieron que claudicar su relación con el arroyo y con las napas por los problemas ocasionados a partir de la contaminación generada por Mocarbel S.R.L.

De este modo y pese a las objeciones formuladas por la parte recurrente, ha quedado demostrado que la conducta juzgada que le fue atribuida ha configurado el tipo penal previsto en el art. 55 de la ley 24.051, causando un peligro suficiente como para poner en riesgo la salud pública.

Así las cosas, de la argumentación concretamente desarrollada en la sentencia se desprende la suficiencia de su fundamentación para arribar a la conclusión sobre la materialidad y calificación legal respecto a los hechos sujetos a análisis, habiendo sido, por lo tanto, ligados mediante un razonamiento respetuoso de las reglas de la sana crítica racional, sin cometer el tribunal de la instancia anterior en grado, arbitrariedad alguna ni parciales consideraciones.

Por tales razones, adhiero a la solución propuesta en los votos que anteceden en tanto propician el rechazo de este agravio vinculado con la aplicación de la ley sustantiva.

V. Por lo expuesto, adhiero a la solución propuesta por los colegas que me preceden en el orden de votación, de rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Elías Mocarbel, sin costas en la instancia por haberse efectuado razonable ejercicio del derecho al recurso, previsto en el art. 8.2.h de la C.A.D.H.(arts. 530, 531 y 532 del C.P.P.N.). Y tener presente la reserva del caso federal.

Por lo expuesto, en virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal, *Resuelve*:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Elías Mocarbel; por mayoría, sin costas en la instancia (arts. 530 y ss del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, que deberá notificar personalmente a los encausados de lo aquí decidido, sirviendo de presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Gustavo M. Hornos*. — *Carlos J. Carbajo*.

El delito ambiental: algunas precisiones en la primera confirmación de condena por el artículo 55 de la ley 24.051

Julieta González Schlachet (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso “Mocarbel”.— III. Recurso ante la Cámara Federal de Casación Penal.— IV. La sentencia.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía.

I. Introducción

El 20 de abril de 2022, la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el Dr. Mariano H. Borinsky como presidente y los Dres. Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos, confirmó la primera sentencia penal por delito de contaminación dolosa del ambiente con residuos peligrosos, tipo penal contenido en el art. 55 de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos.

Si bien distintas salas del mismo cuerpo judicial se habían expedido ya con antelación en el marco de procesos penales por la ley 24.051, se trata de la primera confirmación de condena y, por tanto, un precedente de mucho interés e importancia para el país, en un momento en que se discute la incorporación de los delitos ambientales al Cód. Penal y la extensión de la tutela a los hechos graves de contaminación, sea que deriven o no del uso de residuos peligrosos.

Resulta por ende relevante su análisis para comprender cabalmente el alcance que se da en la sentencia al delito de contaminación ambiental vigente en la actualidad, como una figura pluriofensiva y de peligro abstracto.

(*) Abogada (Univ. de Mendoza); actualmente se desempeña como asistente letrada de la Unidad Fiscal de Delitos Ambientales y Leyes Especiales del Ministerio Público Fiscal de la Provincia del Neuquén.

II. El caso “Mocarbel”

En el caso bajo estudio, y conforme surge del requerimiento fiscal reseñado en la sentencia de primera instancia, se le imputó a Jorge E. Mocarbel haber contaminado de modo peligroso para la salud, el suelo, el agua y el ambiente en general. Los hechos ocurrieron en el período comprendido entre el 19/05/2014 y el 01/07/2017; en sede de la empresa Saúl Mocarbel SRL, ubicada sobre la ruta 11, a la altura del km 20 1/2 de la localidad de Aldea Brasileira, departamento de Diamante, provincia de Entre Ríos, de la cual el imputado era socio gerente.

La empresa se dedica a la fabricación de jabones, detergentes, aceites y grasas de origen animal, como al procesamiento de su carne con la elaboración de subproductos cárnicos y la fabricación de calzado de tela, plástico, goma, caucho y otros materiales; y se le imputó concretamente haber derramado efluentes líquidos sin tratamiento y por fuera de los límites permitidos en el dec. 5837/1991 —normativa provincial de Entre Ríos— en el arroyo El Salto, que se comunica con el río Paraná; asimismo quemó a cielo abierto y sin ningún tipo de tratamiento residuos sólidos industriales tales como restos de animales, sus cabezas, huesos, pelos, cueros y grasas, liberando tóxicos en contacto con el aire; y haber acumulado y enterrado en suelo natural y sin los recaudos necesarios desechos industriales correspondientes a animales muertos (bovinos), todo ello sin ningún tipo de au-

torización, habilitación o certificado de aptitud ambiental por parte de la Secretaría de Ambiente de la provincia de Entre Ríos.

A esas conductas se las calificó como constitutivas del delito de contaminación del agua, suelo y ambiente en general de un modo peligroso para la salud, de conformidad con lo previsto en el art. 55, en función del art. 57 de la ley 24.051 y 200 del Cód. Penal.

En primera instancia, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, provincia de Entre Ríos, declaró al Sr. Mocarbel autor penalmente responsable del delito descrito en los arts. 55 y 57 de la ley 24.051 y lo condenó a las penas de tres [3] años de prisión de cumplimiento condicional y multa de pesos cincuenta mil (\$50.000), ello con base en los arts. 200, 22 bis y 26, todos del Cód. Penal; y le impuso además y de acuerdo con el art. 27 bis, incs. 5) y 8), del Cód. Penal: a) la realización de un curso sobre el cuidado del medio ambiente por cualquier modo, presencial o virtual, cuyo cumplimiento deberá acreditar ante el juzgado de ejecución del tribunal y b) la realización de tareas comunitarias; con más las costas del proceso.

III. Recurso ante la Cámara Federal de Casación Penal

El caso llega a conocimiento de la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal por un recurso de casación deducido por los letrados defensores del imputado, en los términos del art. 456 del Cód. Proc. Penal.

En lo que es de particular interés del presente —ya que existen cuestionamientos respecto del desarrollo del proceso que no serán objeto del presente análisis— la defensa considera que la jueza de grado realizó una interpretación “integradora” del tipo penal contraviniendo el principio de legalidad”, y sobre la base de ello funda sus agravios.

Señaló la defensa que, contrariamente a lo resuelto en la sentencia, el tipo penal del art. 55 de la ley 24.051 es un delito de peligro concreto dirigido a proteger la salud pública, extremo que consideraron no se acreditó en el juicio. Y que la interpretación realizada por el tribunal de

juicio amplió la materia de prohibición, “creando pretorianamente el delito medioambiental como así también anticipando la punibilidad mediante su entendimiento como delito de peligro abstracto”.

Sobre el recurso interpuesto, se expidió primeramente el Dr. Mario Villar, fiscal general en la instancia, quien sugirió rechazar el recurso deducido por la defensa en tanto el tipo penal en cuestión protege al ambiente, y sostuvo con asistencia de jurisprudencia anterior de la Cámara, que si bien en la ley 24.051 se exige el acaecimiento de un peligro concreto, este puede ser para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

IV. La sentencia

La sentencia de la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal confirmó la postura adoptada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, sosteniendo que el delito contemplado en el art. 55 de la ley 24.051 es un delito pluriofensivo, destinado a proteger dos bienes jurídicos fundamentales: la salud y el medio ambiente. Y que, por la estrecha relación entre ambos, es suficiente para la configuración del tipo con la creación de un peligro común para el bien jurídico salud, es decir: que se trata de una figura de peligro abstracto.

Esta posición ya había sido expresada por la misma sala con integración parcialmente distinta en 2016, en el caso “Azucarera J. M. Terán SA, Ing. Santa Bárbara, José Agustín Colombres y Julio José Colombres s/ recurso de casación” (reg. 937/16, del 14/07/2016); cuando se dijo que en dicho tipo penal “se contempla un delito doloso y pluriofensivo: de lesión y de peligro abstracto, por lo que, no solo incumbe a la acusación pública probar la sola existencia de una degradación concreta del medio ambiente (lesión), sino que además debe acreditarse la existencia de una relación de imputación con el peligro al menos potencial para la salud de las personas (peligro abstracto)”.

Resulta no obstante de interés analizar el alcance e interpretación que se da a los bienes jurídicos ambiente y salud en el caso; y el estándar probatorio que aplican los juzgadores; ya que se

trata de la primera sentencia condenatoria que es analizada en instancia de casación penal.

IV.1. El ambiente como bien jurídico tutelado

De la lectura de los tres votos resulta unánime en primer lugar el reconocimiento que realizan al ambiente como bien jurídico tutelado, ello anclado en el art. 41 de la CN, y en los numerosos tratados internacionales en la materia.

Roxin nos enseña que los bienes jurídicos son las circunstancias o finalidades que resultan necesarias para el desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento del sistema estatal.

En materia penal ambiental, la doctrina ha desarrollado tres posturas distintas desde las cuales entender la relación entre el ambiente y la protección penal.

La primera de ellas, denominada “antropocéntrica”, y alineada en forma absoluta con el principio de lesividad, se centra en la protección de los intereses vitales del hombre, y por ende reconoce la posibilidad de tutelar penalmente al ambiente cuando a través de la lesión a este bien se pone en riesgo de forma real y concreta, o se lesiona, un interés individual que es el real objeto de protección. Desde esta perspectiva, el ambiente resulta un objeto de tutela y protección jurídica, mas no un bien jurídico susceptible de tutela penal en forma autónoma.

Opuesta, encontramos la postura ecocéntrica o ecologista, que se construye sobre el valor intrínseco del ambiente, y lo independiza de todo valor que pueda ello tener para la sociedad. Esta posición reconoce un lugar preponderante al ambiente como bien jurídico, en forma independiente y autónoma de toda referencia a bienes jurídicos individuales.

Finalmente, la teoría intermedia o dualista, postula el reconocimiento del ambiente tanto por su valor intrínseco en cuanto bien supraindividual, como igualmente del valor que su existencia representa para el ser humano, por ser el ambiente la base natural indispensable para la vida humana; advertimos desde ya que los tres camaristas se enrolan en esta última.

En este sentido, el Dr. Carbajo, preopinante, realiza un pormenorizado análisis del art. 41 de la CN, y sostiene que este resulta referencia obligada para determinar la definición del bien jurídico “ambiente” y de los intereses vitales que busca proteger la norma.

Destaca el reconocimiento del derecho a un ambiente sano y su correlato: el deber de preservarlo; y avanza sobre el concepto de desarrollo sostenible al sostener que “en el mundo actual, es necesario compatibilizar el progreso económico y social con un medio ambiente sano y saludable, próspero y, a la vez, como dice la manda constitucional, apto para el disfrute de la vida y el desarrollo de las personas, las que hoy vivimos y las que nos sucederán”.

Se apoya en citas doctrinarias para decir que “[e]l actual estado de la conciencia comunitaria viene exigiendo la protección del medio ambiente, por considerar su preservación como uno de los elementos condicionantes del futuro de la vida humana. La ley 24.051 es la institucionalización de dichas exigencias, de manera que los delitos insertos allí no pueden escapar a los intereses que satisface”.

En su voto, Carbajo recuerda también las palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las cuales se reconoce al ambiente como un bien supraindividual y se delimita su materialidad: “La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (cfr. Fallos 3198:2316).

Se advierte en efecto allí, que nuestro Címero Tribunal entiende comprensivos del concepto de ambiente, no solo a los componentes descri-

tos en el art. 55 de la ley 24.051: el agua, el suelo y la atmósfera; sino igualmente a los seres vivos que componen la flora y fauna; y, el reconocimiento de que estos constituyen la base natural para la vida humana, tanto actual como futura.

El Dr. Carbajo culmina su alocución haciendo referencia a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en defensa del ambiente y la necesaria protección de las generaciones futuras, toda vez que el ambiente es presupuesto indispensable para “el desarrollo sano y normal de las nuevas generaciones de ese lugar y alrededores y de las que las sucederán en el tiempo”.

En suma, la importancia de la preservación del ambiente y su íntima vinculación con la calidad de vida, tanto de las generaciones presentes como futuras es una referencia común en los tres votos, que con distintas palabras sostienen una tesis dualista del ambiente, que estiman compuesto por bienes jurídicos individuales y colectivos, y conceden la protección penal a los bienes ecológicos supraindividuales que lo componen: el agua, el suelo, el aire.

Esta postura se advierte clara en la referencia que realiza el Dr. Borinsky a su obra conjunta con la Dra. Catalano: “En el caso del delito ambiental, por cuanto el entorno natural, la biodiversidad y recursos vitales como el agua constituyen presupuestos existenciales: la vida misma de los seres vivos, actuales y futuros depende de su existencia en condiciones aceptables. A partir de allí, centrados ya en el ser humano, mientras mayor sea la preservación en equilibrio con un desarrollo sostenible, mayor será la calidad de vida” (Catalano & Borinsky, 2021, p. 21).

Esta postura es efectivamente la que mejor se ajusta, no solo a una interpretación textual del art. 55 de la ley 24.051, sino a una interpretación integral y sistémica de nuestro ordenamiento jurídico.

IV.2. El concepto integral de salud y su relación con el ambiente

Otro de los conceptos fundamentales que surgen de la sentencia en análisis es que la tutela penal alcanza al ambiente como bien jurídico supraindividual, pero a la vez como elemento

fundamental y constitutivo de la base natural para la vida humana; y, que de allí deviene su íntima vinculación con la salud, entendida no en los términos tradicionales de estado sanitario de la población o ausencia de enfermedades, sino desde la óptica más amplia, comprensiva de un completo bienestar físico, mental y social, que solo puede lograrse en un ambiente sano.

Referencia obligada resultan las palabras del Dr. Hornos en el precedente “Azucarera”; que son recordadas tanto por el Tribunal Oral Federal en su sentencia, como por los tres jueces que integran actualmente la sala IV de la Cámara de Casación: “Ahora bien, más allá de que la norma en cuestión prevé una responsabilidad penal solo cuando se dañe al medio ambiente de un modo ‘peligroso para la salud’, lo cierto es que no puede entenderse el derecho a la salud de los habitantes como algo limitado a estar sano, o no sufrir una enfermedad en particular. La ley no se limita a castigar penalmente una afectación concreta y particular a la salud humana, sino que abarca el peligro potencial que la contaminación mediante residuos peligrosos significa para la especie humana”.

El Dr. Hornos dedica buena parte de su voto en el fallo aquí analizado a delimitar el contenido del concepto salud, a cuyo efecto remite en primer lugar al preámbulo de la carta constitutiva de la Organización Mundial de la Salud (OMS), firmada en el año 1946, en donde se reconoce que “[l]a salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Recuerda luego que la OMS también estableció una serie de componentes que integran el concepto de salud, y los detalla: el estado de adaptación al medio (biológico y sociocultural), el estado fisiológico de equilibrio, el equilibrio entre la forma y la función del organismo (alimentación) y la perspectiva biológica y social (relaciones familiares, hábitos).

Concluye sosteniendo que “[l]a salud pública se refiere entonces a la salud de las poblaciones humanas de modo amplio y el objeto de su tutela por parte del Estado, es prevenir la enfermedad, la discapacidad, prolongar la vida, fomentar la salud física y mental, mediante los

esfuerzos organizados de la comunidad, para el saneamiento del ambiente y desarrollo de la maquinaria social, para afrontar los problemas de salud y mantener un nivel de vida adecuado”.

Los tres jueces dedican asimismo buena parte de sus votos a resaltar la interdependencia que existe entre la preservación del ambiente y la salud: “Los bienes jurídicos tutelados por la norma se encuentran íntimamente relacionados por cuanto la gradual destrucción del ecosistema en el que vivimos tiene como efecto inmediato el deterioro de la salud humana; (...) [y] se advierte que si bien, efectivamente, el tipo penal en cuestión, tutela dos bienes jurídicos de suma importancia —el medio ambiente y la salud—, no debe entenderse como enmarcados en compartimentos estancos independientes el uno del otro, como si el daño al primero de ellos no pudiese resultar, al menos, un peligro para el segundo” (del voto del Dr. Carbajo).

IV.3. Delito de peligro ¿abstracto?

Comprendido el alcance de los bienes jurídicos tutelados en la norma, cabe referirse al momento de su tutela ya que, como se dijo, el principal agravio esgrimido por la defensa técnica del imputado radica en el adelantamiento de la punición por haber interpretado el tribunal de juicio que el delito contenido en el art. 55 de la ley 24.051 es una figura de peligro abstracto. Postula en cambio la defensa que el tipo penal del art. 55 de la ley 24.051 es un delito de peligro concreto dirigido a proteger la salud pública.

La discusión no es menor, toda vez que la diferencia puede implicar efectivamente como señalan los defensores un adelantamiento de la punición. Asimismo, y en consecuencia, la elección de una u otra postura impacta directamente en el estándar probatorio a aplicar por el juez al momento de sentenciar.

Por una parte, al entender el delito tipificado por la Ley de Residuos Peligrosos como un delito de peligro abstracto para la salud, se difumina en gran medida la línea divisoria entre conductas que son sancionables administrativamente de aquellas que merecen una sanción penal, ello por cuanto para la configuración del ilícito penal bastaría con acreditar que los vertidos

realizados superan los límites establecidos en la normativa.

Por el contrario, requerir la concurrencia de un peligro efectivo y real o próximo para la salud producido *ex post* de dicha acción, implica desconocer la virtualidad del ambiente como bien jurídico tutelado por la norma, ya que el ámbito de la prohibición se estrecharía por demás, exigiendo a la acusación la acreditación de que al menos una persona se encontró en el radio de acción de la conducta, y que su salud se encontró en un peligro inminente de ser lesionada. Lo que contradice la argumentación del ambiente como bien transindividual y sustento de la vida de las generaciones presentes y futuras.

Vienen a colación las palabras del Dr. Cafferrata, citadas en caso: “[L]a norma refiere que la acción de contaminar lo sea de modo peligroso para la salud, lo que implica, no la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino la generación de un peligro común. No es el daño, sino la posibilidad del daño que entraña el delito. La salud es el mejor indicador de la degradación ambiental: es por tal razón que el derecho al medio ambiente se relaciona en primer lugar con el derecho a la salud” (Cafferata, 2001).

Al momento de expedirse sobre la cuestión, el Dr. Carbajo cita *in totum* el precedente “Azucarera”, en el cual se entendió que la figura del art. 55 de la Ley de Residuos Peligrosos contiene un delito pluriofensivo y de peligro abstracto para la salud.

A su turno, el Dr. Hornos interpreta que “es correcta la conclusión de que, si no existe peligro para la salud, no existe este delito. Sin embargo, esta circunstancia no significa de ningún modo que deba acreditarse un daño o peligro concreto, comprobable de manera actual y científica en los términos pretendidos por la defensa, puesto que como lo hemos observado, el daño al medio ambiente mediante el uso de los residuos peligrosos previstos en la norma daña al ecosistema y afecta, al menos de modo potencial, la salud de los habitantes”, señalando seguidamente que “[s]in perjuicio de ello se desarrollará luego que, en el caso concreto, sí se logró acreditar bajo tales parámetros el daño ocasionado al medio ambiente mediante contaminación”.

En efecto, los camaristas traen a colación la prueba producida en el debate, y la valoran, entendiendo que de ella resulta debidamente acreditado que, en el caso concreto, el daño ocasionado al ambiente fue de una magnitud tal que resultó idóneo en el caso concreto para poner en riesgo al bien jurídico salud, entendido este como completo estado de bienestar físico, emocional y social.

Respecto de la lesión al bien jurídico ambiente, el Dr. Borinsky es categórico al decir que “la numerosa prueba producida ha sido conteste en señalar la calidad de residuos peligrosos de las sustancias en cuestión (art. 2º, anexo I y anexo II de la ley 24.051), idóneos para producir la contaminación del suelo, el agua y el ambiente en general de modo peligroso para la salud”. Elimina así toda duda respecto, por una parte, de la calidad de los residuos y de la aptitud de estos para generar una lesión al ambiente; y, por la otra, que la prueba producida en el caso fue suficiente para acreditar que dicha lesión efectivamente ocurrió.

De los votos de los Dres. Carbajo y Borinsky surge la especial relevancia que la tiene la prueba científica en el marco de la investigación de los delitos ambientales: “[E]n estos casos de daños ambientales la prueba científica tiene una superlativa preponderancia pues ‘...cumple con las reglas de la ciencia y supone rigor epistemológico...’”, dice el juez preopinante; y acuerdan que “en casos como el presente, cobra especial relevancia la prueba consistente en la extracción de muestras, las pericias realizadas sobre ellas y los informes técnicos elaborados al respecto, así como las distintas inspecciones oculares y constataciones realizadas en el terreno. Esos peritajes resultan de un importante valor probatorio en tanto dan cuenta sobre la calidad, el tipo de sustancia y su influencia en el medio ambiente. Dadas las características de este tipo de procesos, y en tanto la apreciación de los hechos controvertidos requerirá conocimientos especializados, el juez (y el desenlace del pleito) dependerá en gran medida (casi prioritariamente) de la prueba técnica y científica” (Catalano & Borinsky, 2021, 333, y sus citas).

Sin embargo, acreditada ya la degradación relevante del medio, los jueces dan un paso más y

avanzan en analizar la vinculación de esta contaminación con la salud integral de la población circundante. Destaca Borinsky en su voto que la sentencia de primera instancia indicó que a causa de la contaminación al agua “se afectó la vida de la flora, fauna y se comprometió la salud pública de todos quienes vivían en las inmediaciones. Es que esa contaminación del agua, obstaculizó su uso recreativo, como también impidió una visual transparente dada la cobertura grasosa y su turbidez, afectando también las posibilidades de un riego límpido y la bebida de los animales en toda esa cuenca hídrica, que comprende el cañadón o arroyito El Salto, el arroyo El Salto y el río Paraná”.

Asimismo, recuerda que “el sargento Frías recoge las impresiones de los vecinos de la zona, quienes manifestaron que los pozos donde extraían el agua debieron ser construidos a mayor profundidad, por efectos de la contaminación”; y que de las testimoniales brindadas por los vecinos resulta que “el agua del arroyo Salto es utilizada para riego y para el consumo de animales de granja, debiendo ampliarse la profundidad de los pozos desde la aparición de la fábrica”.

En similar sentido, el Dr. Hornos resaltó que, a causa de la contaminación del agua, “los vecinos de la zona fueron quienes tuvieron que claudicar su relación con el arroyo y con las napas por los problemas ocasionados a partir de la contaminación generada por Mocarbel SRL”.

V. Conclusión

El fallo “Mocarbel” de la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal viene a resolver por la afirmativa la disputa doctrinaria de si el ambiente es o no un bien jurídico penalmente tutelado en la ley 24.051; ello, al menos hasta que se sancione una muy necesaria reforma en materia penal ambiental.

Como bien señala Aboso, se advierte que “la política criminal ha ido progresando en el sendero de un mayor contenido ético y abstracción en la configuración de los bienes jurídicos” (Aboso, 2016, 64); y resulta esperable que en un futuro cercano se sancionen nuevos tipos penales que contemplen al ambiente como bien jurídico tutelado, con independencia de que el

daño provenga de la utilización de los residuos peligrosos contemplados en la ley 24.051.

Sin embargo, y al menos con base en el derecho vigente, la concepción dualista del ambiente que adopta la sala IV de la Cámara Federal, que resalta no solo su valor intrínseco, sino su importancia directa para la preservación de la calidad de vida del ser humano, supera a mi entender todo cuestionamiento relacionado a la falta de lesividad de las conductas imputadas.

Asimismo, se da igualmente por superada la concepción restrictiva de la “salud pública” reducida a un estado sanitario de la población, que es definitivamente puesta en crisis y reemplazada por el concepto de salud integral que con tanta precisión define el Dr. Hornos en su voto.

Sin embargo, advierto que la discusión entre quienes postulan el delito como de peligro concreto y quienes sostienen un adelantamiento en la punibilidad mediante la aplicación de la figura del delito de peligro abstracto no se encuentra culminada.

Y, al efecto, es pertinente traer a colación las palabras de los Dres. Borinsky y Catalano: “Por nuestra parte, dispuestos a inmiscuirnos en este debate, y a fuerza de ser honestos con el lector, no podemos dejar de subrayar la gran dificultad de tomar partido, pues se trata de una discusión con fundamentos atendibles en ambos 'bandos' doctrinarios y en los fallos concordantes”, para luego sostener que, “[s]i bien desde una postura proteccionista, e incluso a los fines prácticos, es más lineal e incluso más sencillo, subsumir el art. 55 en la figura del peligro abstracto, la contundente fórmula empleada por el legislador ('de un modo peligroso para la salud'), *ausente en todo otro* enunciado legal de delito abstracto (violación de domicilio, portación de armas, asociación ilícita, tenencia de drogas y de pornografía, etc.) genera un estado de *duda insupe-*

nable que nos obliga a revisar posturas anteriores, desde la óptica de la hermenéutica jurídica” (Catalano & Borinsky, 2021, p. 189).

Como un pequeño aporte a la discusión, considero relevante el análisis realizado por José Muñoz Lorente, quien postula un subtipo dentro del peligro abstracto, al que denomina “peligro hipotético”, y, en el cual además de superarse los parámetros establecidos en la legislación administrativa —único requisito necesario para la configuración del peligro abstracto *stricto sensu*—, “es necesario que dicha acción sea apta o idónea para poner en peligro el bien jurídico en el caso concreto”. Esta tercera categoría, dice, “requiere algo más que la mera contravención administrativa, pero, también, algo menos que la prueba de la efectiva y real puesta en peligro del bien jurídico”. Así, la conceptualización como un delito de peligro hipotético facilita la prueba del hecho delictivo a la vez que evita la confusión del delito con las infracciones administrativas (Muñoz Lorente, 2007).

VI. Bibliografía

ABOSO, G. E., “El derecho penal ambiental: estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad del riesgo”, Ed. B de F, 2016.

CAFFERATA, Néstor A., “Contaminación atmosférica por gases tóxicos”, JA 2001-I-347.

CATALANO, M. - BORINSKY, M., “Protección penal del ambiente y del patrimonio cultural”, Ed. Didot, 2021, 1ª ed.

MUÑOZ LORENTE, J., “Algunas consideraciones sobre el concepto de peligro, clandestinidad y delito continuado en los delitos contra el medio ambiente”, *Revista de Derecho Penal*, 2007-2, “Delitos de Peligro - I”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, ps. 331-381.

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Estrategias y alternativas de litigio climático para América Latina y el Caribe

Mario Peña Chacón ^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. Constitucionalismo climático en América Latina y el Caribe.— III. Protagonistas de los litigios climáticos.— IV. Complejidad.— V. Caja de herramientas.— VI. Clasificación.— VII. Pretensiones.— VIII. Bien jurídico clima.— IX. Derechos humanos invocados en la litigación climática.— X. Dificultades de litigio.— XI. Fortalezas de los sistemas jurídicos latinoamericanos.— XII. Litigios climáticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.— XIII. Conclusiones.

I. Introducción

Según el *Informe Mundial sobre Litigios Climáticos - Revisión Global 2020 (1)* del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), al 01 de julio de 2020 se habían reportado, al menos, mil quinientos cincuenta litigios climáticos en treinta y ocho distintos países. Ello representa casi el doble del número de casos registrados para el año 2017, siendo los Estados Unidos el que lidera la lista de países donde más litigios se han presentado, para un total de mil doscientos procesos, y le siguen: Australia con noventa y siete, Reino Unido con cincuenta y ocho y la Unión Europea con cincuenta y cinco.

(*) Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Abogado litigante, consultor, investigador y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE).

(1) UNEP, "Global Climate Litigation Report 2020 Status Review", 2020, disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Consultado el 01 de agosto de 2022).

En el continente americano, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), a través de su *Plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe (2)* ha logrado identificar cuarenta y nueve procesos climáticos en la región, siendo los países con más litigios: México, Brasil, Colombia y Chile (3).

(2) Disponible en: <https://litigioclimatico.com/es> (Consultado el 01 de agosto de 2022).

(3) Algunos casos recientes de litigio son: En Perú, un grupo de jóvenes demandó al gobierno por no haber formulado y ejecutado una política y un plan nacional para frenar la deforestación en la Amazonía peruana (Álvarez et al. vs. Perú). En Colombia, comunidades indígenas Wayuu promovieron una acción para anular el permiso ambiental de una colosal mina de carbón (Cerrejón). En México, Greenpeace interpuso un amparo para detener la contaminación atmosférica y mejorar la calidad del aire en el estado de México (Greenpeace vs. Secretaría de Medio Ambiente). En Argentina, la Organización de Ambientalistas Organizados exigió que el Ministerio de Medio Ambiente detuviera la aprobación de la exploración de combustibles fósiles en alta mar por sus impactos en las ballenas y en el clima (Organización de Ambientalistas Organizados vs. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible). En Ecuador, un grupo de nueve niñas cuestiona al Estado ecuatoriano por autorizar a empresas petroleras a quemar gas en la Amazonía (Caso Mecheros). En Chile, la ONG Defensoría Ambiental demandó al gobierno y a todas las empresas que operan en una emblemática zona de sacrificio por el daño ambiental causado tras años de operaciones (Daño Ambiental en Ventanas). <https://aida-americas.org/es/blog/litigio->

II. Constitucionalismo climático en América Latina y el Caribe

El tema climático se encuentra incluido en cuatro de las constituciones políticas del continente americano. La primera constitución en incluirlo fue la de Venezuela en 1999 (art. 127) (4), le siguieron Ecuador en 2008 (art. 414) (5), República Dominicana en 2015 (art. 194) (6) y, por último, Cuba en 2019 (art. 16) (7).

climatico-en-america-latina-y-el-caribe-lanzamiento-de-una-plataforma-regional (Consultado 01 de agosto de 2022).

(4) Art. 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

(5) Art. 414.- El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.

(6) Art. 194.- Plan de ordenamiento territorial. Es prioridad del Estado la formulación y ejecución, mediante ley, de un plan de ordenamiento territorial que asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de la Nación, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático.

(7) Art. 16.- La República de Cuba basa las relaciones internacionales en el ejercicio de su soberanía y los principios antiimperialistas e internacionalistas, en función de los intereses del pueblo y, en consecuencia: f) promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo.

Aunado a lo anterior, ocho Estados de la región cuentan actualmente con leyes marco o generales sobre cambio climático: Guatemala (8), Honduras (9), México (10), Perú (11), Argentina (12), Colombia (13), Paraguay (14) y Chile (15).

III. Protagonistas de los litigios climáticos

Los aún incipientes litigios climáticos poseen una serie de protagonistas que actúan como demandantes, demandados y destinatarios de protección jurídica.

En un primer orden, son protagonistas de primera línea las personas individuales como principales actores de los procesos climáticos, así como las organizaciones no gubernamentales, tanto en el plano global, regional y nacional, las cuales, a través de coaliciones y especialmente, aprovechando el conocimiento generado de la retroalimentación —fertilización cruzada— entre litigantes y litigios climáticos, juegan un rol primordial en su desarrollo y evolución, en la medida que, en la mayoría de los casos, llevan el peso de los litigios, por sí mismos y/o en representación de individuos o grupos.

También destacan como protagonistas los Estados, así como las grandes empresas generadores de gases de efecto invernadero (GEI), tales como

(8) Ley Marco para regular la reducción de la vulnerabilidad, la adaptación obligatoria ante los efectos del cambio climático y la mitigación de gases de efecto invernadero, dec. 7/2013 del 05 de setiembre de 2013.

(9) Ley de Cambio Climático, dec. 297/2013 del 13 de enero de 2014.

(10) Ley General de Cambio Climático, del 04 de junio de 2012.

(11) Ley marco 30.754 sobre Cambio Climático, del 17 de abril de 2018.

(12) Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, nro. 27.520 del 28 de setiembre de 2011

(13) Ley 1931 por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático, del 27 de julio de 2018.

(14) Ley nacional 5875 de Cambio Climático, del 09 de agosto de 2017.

(15) Ley marco 21.455 de Cambio Climático, del 30 de mayo de 2022.

petroleras, carboeléctricas, automotrices, entre otras; constituyéndose comúnmente en la parte procesal demandada de los litigios climáticos.

Es importante resaltar que los destinatarios de tutela o sujetos de protección de este tipo especial de litigios son tanto las generaciones presentes, las generaciones futuras y la naturaleza, esta última protegida incluso por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como un interés jurídico en sí mismo.

Por último, tal como se desarrollará más adelante, surge un “nuevo” bien jurídico de naturaleza común o colectiva, denominado *sistema climático*, eje principal de las pretensiones de los litigios climáticos.

IV. Complejidad

Como regla generalizada, el litigio climático es complejo. Ello debido, entre otros factores, a la multiplicidad de partes involucradas, ya sea como actores y/o demandados. Entre ellas, sería posible distinguir entidades públicas y sujetos de derecho privado, así como personas y grupos especialmente vulnerables a la degradación del medio ambiente y a los efectos adversos de la crisis climática, tales como: pueblos indígenas, niños y niñas, personas viviendo en situación de extrema pobreza, minorías, personas con discapacidad, mujeres, comunidades costeñas y de islas pequeñas (16).

Otro factor que refleja la señalada complejidad es el hecho de que esta clase de litigios involucra, a la vez, múltiples ramas del derecho, incluyendo derecho internacional público y privado, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional ambiental, derecho constitucional, derecho ambiental, derecho administrativo, derecho agrario, derecho civil, derecho mercantil y societario.

V. Caja de herramientas

A efectos de plantear las distintas pretensiones dentro de este tipo de litigios, es común que

(16) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 23/17 del 15 de noviembre de 2017, párr. 67.

los litigantes climáticos acudan a las diversas herramientas jurídicas existentes, tanto de tipo legal como jurisprudencial.

Dentro de las herramientas legales es posible distinguir las de índole constitucional, así como aquellas emanadas del derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional ambiental, incluyendo *soft* y *hard law* (17).

Por su parte, como herramientas jurisprudenciales destacan aquellas emanadas del *common law*, como la doctrina del *public trust*, o bien, el *duty of care* y *duty of diligence* (18), esta última ampliamente desarrollada y aplicada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y más recientemente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

VI. Clasificación

Para fines exclusivamente pedagógicos y didácticos, sería posible diferenciar los litigios climáticos planteados contra los Estados de aquellos interpuestos contra empresas (19).

Dentro de los primeros es posible distinguir claramente los litigios que se dirigen contra políticas generales y normas climáticas a raíz de su insuficiencia, falta de ambición o incumplimien-

(17) "En ese sentido, tal y como lo expone Sozzo (2021), en la actualidad, el *soft law* y el *hard law* del derecho internacional público ambiental, ya no pueden verse como polos opuestos. En los últimos años diversas cortes a nivel global han estado utilizando el *soft law* ya no solo para interpretar, delimitar e integrar los ordenamientos internos, sino también para resolver casos concretos. De esta forma, el *soft law* ha permitido lograr, en algunos casos, mejores resultados y mayor efectividad en materia de justicia ambiental que el propio *hard law*. A la vez, cada vez es más común la inclusión dentro de instrumentos internacionales de *hard law* de disposiciones y obligaciones flexibles o blandas, similares —*mutatis mutandis*— a aquellas típicas o clásicas de *soft law*". PEÑA CHACÓN, M., "El Acuerdo de Escazú, un instrumento internacional de última generación", *Lex Difusión y Análisis*, nro. 312, México, junio 2021.

(18) TORRES SCHAUB, M., "Nuevos desarrollos de los litigios climáticos: tendencias, oportunidades y obstáculos", *Revista Medio Ambiente & Derecho*, nro. 37, diciembre 2020, disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/> (Consultado el 01 de agosto de 2022).

(19) *Ibidem*.

to de los compromisos internacionales adquiridos a través de instrumentos internacionales; los que exigen que los actos administrativos habilitadores de actividades, obras y proyectos (licencias, autorizaciones, permisos y concesiones) integren la variable climática, ejemplo: aeropuertos; y por último, los que tienen como fin temas migratorios, tales como desplazamiento climático, refugio, asilo, visados, etc.

Por otra parte, están los litigios de responsabilidad civil contra sujetos de derecho privado, especialmente contra las grandes generadoras de gases de efecto invernadero: petroleras, carboeléctricas, automotrices, etc., o bien, los litigios de carácter societario: accionistas versus empresas por falta de previsión u ocultamiento de los riesgos climáticos con efectos presentes y futuros en el valor de las acciones.

VII. Pretensiones

Algunos de los litigios climáticos buscan obligar a los Estados tomar acciones ante la ausencia o falta de ambición climática (mitigación y adaptación), entre ellos es posible citar: “Juliana vs. USA” (2015); “Leghari vs. Pakistán” (2014); “Generaciones Futuras contra Colombia” (2018); “Urgenda vs. Países Bajos” (2020); “Greenpeace, Oxfam France, Notre Affaire à Tous y Fundación por la Naturaleza y el Hombre vs. Francia” (2021), “Klimaatzaak” en Bélgica (2021) y “Corte Constitucional” de Alemania (2021).

Otros tienen por finalidad obligar a los Estados a incluir la variable climática en actos administrativos habilitadores, o bien, revertir autorizaciones, permisos y licencias previamente otorgadas a actividades, obras o proyectos con impactos climáticos, en este sentido es posible citar los casos de los aeropuertos de Viena (2017); Dublín (2017) y Londres (2021).

También están los litigios cuyo objetivo es establecer la responsabilidad civil de las grandes industrias emisores de gases de efecto invernadero, tales como: “California vs. General Motors” (2007); “Saúl Luciano Lliuya vs. RWE” (pendiente de resolución); “Milieudefensie y otros vs. Royal Dutch Shell Reino Países Bajos” (2021) cuya sentencia ordenó a la petrolera mul-

tinacional Shell reducir sus emisiones de CO₂ en un 45% en menos de 10 años, marcando un precedente y una gran victoria climática a nivel mundial.

Por último, están aquellas pretensiones relacionadas con otras responsabilidades climáticas especialmente en temas migratorios, donde destacan los casos de “Ioane Teitiota vs. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment” de Nueva Zelanda (2015).

VIII. Bien jurídico clima

El primer objetivo de este tipo de litigios es obtener la declaración jurisdiccional de que el sistema climático es un bien merecedor de tutela jurídica, y a partir de allí, lograr medidas adecuadas para preservar el sistema climático para las generaciones presentes y futuras y las demás especies.

Salta entonces la pregunta: ¿cuál es actualmente la naturaleza jurídica del sistema climático? Se trataría de un bien jurídico objeto de protección internacional y en algunos casos constitucional, de carácter colectivo o común (20). Aún es temprano para encasillarlo como un *global common* o un bien planetario, para lo que haría falta instrumentos internacionales que así lo establecieran.

Ahora bien, un clima estable es una condición de funcionamiento de los ecosistemas naturales

(20) “De acuerdo con Francisco Verbic [2007], un bien es común o colectivo cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Gonzalo Sozzo [2022] los describe como indivisibles e inapropiables; mientras que para Ricardo Luis Lorenzetti [1997], presentan las siguientes características: a) la indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan y no es posible su apropiación privada; b) el uso es común; c) el principio de la no exclusión de los beneficiarios significa que todos los individuos tienen derecho a su utilización y no pueden verse limitados; d) uso sustentable: el desarrollo tecnológico no debe consumir bienes no renovables; y e) status normativo: es necesario que tenga un reconocimiento normativo para que sea calificado de jurídico y protegible.” PEÑA CHACÓN, M., “Estatus Jurídico del ambiente en Costa Rica”, Revista Ivstitia, nro. 302, año 26, abril-junio 2022, disponible en: <https://ivstitia.uci.ac.cr/items/show/2> (Consultado el 01 de agosto de 2022)

(macrobien) y de la supervivencia de los elementos que los componen (microbienes), por lo que no puede darse un ambiente limpio, saludable ni sostenible, sin un clima estable.

Nuevamente cabe preguntarse: ¿podría hablarse ya de un derecho autónomo a un clima estable y seguro, o más bien, este formaría parte del contenido del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible?

Al estado actual de su desarrollo, un clima seguro forma parte esencial del contenido del derecho humano a un ambiente limpio, saludable y sostenible, junto con: aire limpio, agua segura y suficiente, saneamiento, alimentos sanos y sostenibles, medio ambiente libre de tóxicos y ecosistemas biodiversos y sanos. Ello de acuerdo con los informes y trabajos desarrollados por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente (21).

IX. Derechos humanos invocados en la litigación climática

El derecho mayormente invocado en los litigios climáticos es el derecho a un ambiente sano. Como ejemplos es posible citar el caso “Urgenda” (art. 21 de la Constitución del Reino de los Países Bajos); el caso “Klimatzaak” (art. 23 de la Constitución de Bélgica) y el caso “Generaciones Futuras contra Colombia” (art. 79 de la Constitución de Colombia junto a la Convención Americana de Derechos Humanos).

Por su parte, también destaca la invocación del derecho a la salud, como fue en el caso de las “Abuelas Suizas” (pendiente de resolución), así como los derechos a la alimentación y vida (art. 2° de la Convención Europea de Derechos Humanos), a la salud y a la vida familiar (art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos) en los casos “Urgenda”, “Abuelas Suizas” y “Klimatzaak”. Cabe destacar que en el caso “Urgenda” el tribunal no aplicó la Convención Europea de Derechos Humanos debido a que se trataba de una persona jurídica.

(21) Disponibles en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment#:~:text=El%20Sr.,un%20per%C3%ADodo%20de%20tres%20a%C3%B1os.> (Consultado 01 de agosto de 2022).

X. Dificultades de litigio

Íntimamente relacionado con las complejidades analizadas en la sección 3 de este artículo, es posible enlistar algunas de las principales dificultades, barreras u obstáculos que enfrentan las partes que litigan en esta materia.

Entre ellas destacan, de acuerdo con la jurista española Marta Torres Schaub (22): el establecimiento del vínculo causal; la delimitación e individualización del daño sufrido o por venir; la diversidad y multiplicidad de derechos invocados y la falta de homogenización del derecho climático, apenas en formación; su justiciabilidad, y por supuesto, la determinación de la legitimación activa o *standing to sue* para actuar ante los tribunales.

XI. Fortalezas de los sistemas jurídicos latinoamericanos

Los sistemas jurídicos de los países de la región de América Latina y el Caribe ofrecen una serie de fortalezas y ventajas, de carácter tanto procesal como sustantivas, que favorecen la litigación climática.

XI.1. Reconocimiento constitucional del derecho a un ambiente sano

Veinte constituciones políticas de América Latina y el Caribe reconocen expresamente el derecho humano a un ambiente sano y equilibrado, mientras que cuatro de ellas abordan directamente la problemática climática.

A nivel de América Latina y el Caribe, treinta y dos de los litigios climáticos recopilados por la Plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe de AIDA, están basados en la vulneración de derechos humanos, donde el cambio climático supone una amenaza para los derechos ambientales, siendo que en su mayoría no citan al cambio climático como preocupación principal, sino como un argumento adicional para la protección del medio ambiente. Ahora bien, todos ellos tienen como denominador común la invocación de derechos ambien-

(22) TORRES SCHAUB, M., “Nuevos desarrollos de los litigios climáticos...”, ob. cit.

tales sustantivos y procedimentales como fundamento de las demandas (23).

XI.2. Derechos de la Naturaleza

Varios países de la región reconocen expresamente derechos a la naturaleza. A nivel constitucional lo hace Ecuador, a nivel legal Panamá y Bolivia, y jurisprudencialmente algunos ecosistemas colombianos han adquirido estatus de sujetos de derechos.

En esos casos, también sería posible fundamentar los procesos climáticos en la tutela de los derechos de la naturaleza, en virtud de que los impactos negativos del cambio climático recaen no solo sobre los seres humanos, sino que también sobre ecosistemas, la naturaleza o la Madre Tierra como entidad jurídica.

XI.3. Derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional ambiental

Tanto el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (interpretado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 23/17 y en la sentencia "Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina"), como el art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocen y tutelan el derecho humano a un ambiente sano, a lo cual se une el reciente e histórico reconocimiento global realizado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la res. A/76/300, del 28 de julio de 2022, titulada: *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*.

Aunado a lo anterior, los Estados latinoamericanos son suscriptores de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y del Acuerdo de París (24), y a la fecha, 13 paí-

ses de América Latina y el Caribe han ratificado el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación Pública y el Acceso a la Justicia Ambiental en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú, en vigencia desde el 22 de abril de 2021.

En la mayoría de los Estados latinoamericanos, el derecho internacional es equivalente al derecho interno, directamente aplicable, de obligado acatamiento y plena ejecutoriedad. A la vez, veinte de los Estados de la región reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH y la vinculatoriedad de sus resoluciones (25).

En muchos casos climáticos se invocan las obligaciones de los Estados derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos y ambientales, así como la jurisprudencia de la Corte IDH. En ese sentido, dicha Corte ha desarrollado estándares de derechos humanos relacionados con el medio ambiente, especialmente en la Opinión Consultiva 23/17 y en la sentencia "Lhaka Honhat vs. Argentina".

La Corte IDH ha expuesto que el derecho a un medio ambiente sano, junto con el derecho al agua y la alimentación, como parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), son derechos autónomos y justiciables de forma directa, aún en situaciones de incerteza científica sobre el riesgo a las personas

gresiva y vinculantes, quedando por tanto obligados, ante la Conferencia de las Partes de la Convención, la comunidad internacional y a lo interno de sus países, a su efectivo y fiel cumplimiento, siendo objeto de control jurisdiccional interno, ante su incumplimiento". PEÑA CHACÓN, M., "Vinculatoriedad de los compromisos de París sobre cambio climático", *DiarioConstitucional.cl*, 2018, disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/2018/10/12/vinculatoriedad-de-los-compromisos-de-paris-con-el-cambio-climatico/> (Consultado 02 de agosto de 2022).

(25) Estados que reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Corte IDH, "ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica", 2018, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf> (Consultado 02 de agosto de 2022).

(23) <https://aida-americas.org/es/blog/litigio-climatico-en-america-latina-y-el-caribe-lanzamiento-de-una-plataforma-regional> (Consultado 01 de agosto de 2022).

(24) "Es importante considerar que las medidas y metas asumidas por los Estados a través de instrumentos internacionales ambientales de hard law en materia de cambio climático y derechos humanos, como lo son la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y su Acuerdo de París, son de naturaleza pro-

individuales, lo cual, a todas luces, favorece su litigación dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

XI.4. Mecanismos procesales para la defensa de los derechos humanos

La mayoría de los sistemas jurídicos de América Latina y el Caribe ofrecen mecanismos, instancias y vías procesales para la tutela de los derechos humanos y control constitucional, tales como: amparos, tutelas y acciones de inconstitucionalidad.

Por ejemplo, el procedimiento o recurso de amparo o acción de tutela está presente en todas las constituciones políticas latinoamericanas. Se trata de un recurso para proteger los derechos humanos que generalmente puede ser presentado contra actores públicos y/o privados, en cualquier momento, sin patrocinio letrado y sin condena en costas.

En el caso de Colombia, la acción de tutela conocida como “Generaciones Futuras contra Colombia”, fue presentada por 25 jóvenes y en sentencia, la Corte Suprema reconoció el vínculo entre la deforestación, el cambio climático y los derechos humanos, ordenando al gobierno colombiano la protección de la Amazonía.

Esta histórica acción de tutela ha tenido un claro efecto multiplicador, impulsando la presentación de acciones similares en otras jurisdicciones latinoamericanas, como Perú, Argentina, México y Brasil, procesos que, en su mayoría, aún se encuentran pendientes de resolución.

XII. Litigios climáticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el artículo titulado “¿Hacia un eventual litigio climático? A propósito de la sentencia ‘Lhaka Honhat vs. Argentina’”, la jurista colombiana Natalia Castro Niño (26) menciona que si bien, a la fecha, ninguna instancia internacional ha decidido favorablemente un litigio climático,

en la OC-23/17 y en “Lhaka Honhat vs. Argentina”, la Corte IDH dejó abierto el camino para futuras decisiones relacionadas con derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la crisis climática.

De acuerdo con Castro Niño, a partir de la OC-23/17, la Corte IDH podría declarar la responsabilidad de un Estado por afectaciones al medio ambiente como un interés jurídico en sí mismo, aún ante la “ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”.

A criterio de esta jurista, luego de la sentencia “Lhaka Honhat vs. Argentina” y partiendo del supuesto que la Corte IDH mantenga la línea jurisprudencial, esta podría pronunciarse sobre afectaciones a individuos o grupos, incluyendo a las generaciones futuras, generadas por acciones u omisiones estatales que agraven o no atiendan suficientemente las causas y consecuencias del cambio climático.

De esta forma, la Corte IDH no tendría que justificar la violación de derechos consagrados expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tales como la propiedad, la vida o la integridad personal, sino que bastaría demostrar la vulneración del derecho a gozar de un ambiente sano, con fundamento en el art. 26 de la CADH.

Sobre la prueba del nexo causal, para Castro Niño, la sentencia “Lhaka Honhat” parece reducir el nivel de exigencia fijado en la OC-23/17, la cual plantea que la obligación de prevención que se integra al deber de garantía de los derechos (art. 1.1 de la CADH) se aplica respecto de daños ambientales “significativos”, es decir, aquellos que pueden afectar la vida o la integridad de las personas. Mientras que la sentencia “Lhaka Honhat” sugiere, en cambio, que esta obligación implica adoptar medidas efectivas para evitar degradaciones ambientales susceptibles de lesionar otros derechos, como los DES-CA previstos por el art. 26 de la CADH (derecho al ambiente sano, derecho al agua, derecho a una alimentación adecuada y derecho de participación en la vida cultural).

Por lo anterior, la jurista colombiana sugiere que siguiendo la línea desarrollada en la sen-

(26) CASTRO NIÑO, N., “¿Hacia un eventual litigio climático? A propósito de la Sentencia Lhaka Honhat vs. Argentina”, 2020, disponible en: <https://www.accoldi.org/post/corte-idh-hacia-un-eventual-litigio-clim%C3%A1tico> (Consultado 01 de agosto de 2022).

tencia “Lhaka Honhat vs. Argentina”, bastaría demostrar, que el comportamiento estatal no satisfizo el estándar de debida diligencia respecto de la prevención de una “amenaza ambiental” y que esto generó una degradación de los componentes del ambiente que, a su vez, tuvo un impacto en el modo de vida de una comunidad.

De acuerdo con su razonamiento, el cual suscribimos, la Corte IDH estaría preparada para declarar la violación de los DESCAs ocasionada por el comportamiento de los Estados frente al cambio climático, así como para ordenar medidas de cesación, reparación y garantías de no repetición respectivas.

XIII. Conclusiones

Si bien en América Latina y el Caribe, a través de litigios climáticos, hemos logrado sentencias favorables que son objeto de estudio en las escuelas de derecho a nivel mundial, como es el caso de la sentencia de la Corte Suprema de Colombia en relación con la Amazonía, el principal desafío que enfrenta nuestra región, ya no es solo obtener sentencias climáticas favorables, sino también lograr su cumplimiento efectivo.

En ese sentido, el control y seguimiento del cumplimiento de las sentencias climáticas juega un rol primordial para alcanzar la tan deseada justicia climática.

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

DERECHO DE AGUAS

ESTUDIO SOBRE EL USO, PRESERVACIÓN Y DOMINIO DE LAS AGUAS PÚBLICAS

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA

Autor: Liber Martín



2022



1 Tomo
disponibles en
papel y eBook
(con un anexo
exclusivo para
esta versión).

La segunda edición actualizada de este trabajo se justifica en la necesidad de reformular y actualizar parte de su contenido en función de las grandes transformaciones y novedades operadas a nivel teórico, legislativo, jurisprudencial y doctrinario sobre aguas y ambiente.

Esta nueva publicación presenta, además, por primera vez, la base sustancial positiva del derecho de aguas vigente y completa que se encuentra más en la legislación de aguas provincial que en las disposiciones del Código Civil y Comercial de 2015 relativas a las aguas.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra página
de  **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

