

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

ABORDAJE SISTÉMICO ACTUAL DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA AMBIENTAL

Juan Sebastián Lloret

María Victoria Mosmann

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El campo socio-ambiental donde nace la regulación preventiva. III.- El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (E.I.A) como herramienta preventiva por antonomasia. IV.- Un fallo ambiental y el pivote preventivo sobre el E.I.A. V.- La introducción del E.I.A. en el caso judicial ambiental. VI.- La función preventiva en el Código Civil y Comercial. Relaciones con el sistema ambiental.

I.-INTRODUCCIÓN:

El texto del Código Civil y Comercial incluye la función preventiva de la responsabilidad, función que ya se encontraba prevista en la legislación ambiental.

Por ello nos proponemos analizar esta coexistencia normativa a los fines de determinar cómo habrán de convivir ambas regulaciones, si es que resulta posible integrarlas y potenciarlas para lograr el mayor rendimiento posible del rol preventivo en sede judicial, intentando respuestas para los interrogantes que estimamos presentará la práctica jurisdiccional de la función preventiva ambiental a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial.

II.-EL CAMPO SOCIO-AMBIENTAL DONDE NACE LA REGULACIÓN PREVENTIVA:

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

TOLOSA sostiene que los principios preventivo¹ y precautorio² del derecho ambiental pueden ser examinados en un campo más amplio, que es el de la adopción de medidas judiciales para detener un acontecimiento futuro sobre la base de una información incompleta³.

Es decir, la función de anticipación de daños ambientales se debate, fundamental y decisivamente, en el conjunto de datos y previsiones que el proyectista, el administrador y la sociedad incidida ofrecen y ponderan al tomar la decisión habilitante o no. Veamos un poco el sustrato social y la realidad que se hallan detrás.

En 2007 citábamos que para abordar las sociedades actuales, BORDIEU⁴ nos propone la idea de *campo social*. Explica AZUELA⁵ la idea de campo social es una herramienta metodológica que sirve para dar cuenta de la diferenciación social, para el estudio de las sociedades complejas como la que vivimos hoy. En su interior, hay un particular *campo ambiental* que reúne individuos, organizaciones e instituciones que discuten y toman decisiones respecto de lo que denominamos *problemática ambiental*. Allí, se elaboran (procesan) todas las respuestas sociales a la *crisis ambiental* y es donde el Derecho está

¹ Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

² Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

³ Tolosa, Pamela; *Principio Precautorio y de Prevención: función preventiva y problemas de información*; en J.A.2011-IV-69; citado en LORENZETTI, R.L.- LORENZETTI, Pablo; Derecho Ambiental; 1ra. Ed.; Santa Fé: Rubinzal Culzoni; 2018; p. 139

⁴ BORDIEU, Pierre, Practical Reason, On the Theory of Action, Stanford, Stanford University Press; 1988; Elementos para una sociología del campo jurídico, varios autores, en La fuerza del derecho, Carlos Morales de Setién Ravina (est. prelim. y traducc.), Bogotá, Ediciones Uniandes/Instituto Pensar/Siglo del Hombre Editores [original en Actes de la recherche sociologique 64, 1986]; 2002,

⁵ AZUELA, Antonio; *En torno a los fundamentos socio-culturales del Derecho Ambiental*, en Simposio de jueces y fiscales de América Latina: aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, DI PAOLA, María Eugenia (editora), Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Buenos Aires, 2003; *Visionarios y Pragmáticos – Una aproximación sociológica al derecho ambiental*, Ed. Universidad Autónoma de México - IIS, Distribución Fontamara S.A., México – D.F., 2006.

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

jugando un papel fundamental a través del proceso social de *juridificación*, por el cual las expectativas normativas que se elaboran en el campo ambiental se convierten en normas jurídicas.

Para su análisis, desde el tema particular de este trabajo, se debe reparar en la categoría de la *selección social de los riesgos*. La sociología utiliza la idea del riesgo para analizar la cuestión ambiental, para discernir, entre todos los posibles, cuales “seleccionan” las sociedades para preocuparse y de cuáles no.

En este pantallazo, recordemos que BECK⁶ nos aporta el concepto de *la sociedad del riesgo*, a través del cual se pretende capturar el rasgo dominante de la época contemporánea, tratando de comprender la manera cómo la crisis ambiental es socialmente construida.

Lo que nos hace ver BECK es que “la carga de la prueba” está distribuida en forma sumamente desigual: quien emprende la protesta social se ve inmediatamente envuelto en una red de requerimientos científicos de los cuales es muy difícil salir bien librado. Aquí se revela la importancia que tienen las instituciones jurídicas en la distribución de la carga de la prueba o, para decirlo a su modo, en la regulación de las relaciones sociales de definición⁷.

Más adelante, propone AZUELA, parece claro que los debates sobre temas ambientales suelen estar marcados por la confrontación entre quienes *aparecen como*

⁶ Beck, Ulrich; *The Ecological Enlightenment*, New Jersey, Humaniti Press; 1995; *La Teoría de la Sociedad del Riesgo*, en Berain, Jotsetxo (comp), Las consecuencias perversas de la modernidad. Traducción de Celso Sánchez Capdequí, Anthropos, Barcelona; 1996.

⁷ HACIA UNA COMPRENSIÓN INTEGRAL DEL DERECHO AMBIENTAL Y DE LA SUSTENTABILIDAD - DESAFÍOS DISCIPLINARES Y SISTÉMICOS, en Obra Colectiva Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad, Tomo I, I.- Lloret, Juan Sebastián, recop. II. Garros Martínez, María Cristina, recop. 1ra. Ed. Salta: Universidad Católica de Salta – EUCASA, 2007, págs. 95/189. ISBN 978-950-623-035-7 (OC)

*visionarios*⁸ y quienes *aparecen como pragmáticos*⁹ dentro del *campo ambiental*. Mientras estos últimos despliegan una serie de razonamientos técnicos o económicos, los primeros hacen valer una gama mucho más variada de argumentos, sobre todo de carácter ético.

Hasta acá entonces queda en claro que el derecho vigente expresa o debe expresar las expectativas sociales de aversión a los riesgos ecológicos de nuestra sociedad. Y que la legitimidad de las instituciones ambientales opera en tanto y en cuanto recepcionen y catalicen de manera cabal la confianza puesta en el derecho ambiental por los ciudadanos.

LORENZETTI, respecto a la actitud del funcionario o juez que aplica este “campo juridificado”, dice que cuando los ponemos ante la situación de limitar una actividad de posibles daños graves e irreversibles sin certezas científicas, estos pueden desplegar tres actitudes: una actividad *intervencionista* que no paralizaría la actividad sino reaccionaría recién ante una ocurrencia concreta; una manera *preventiva* prefiriendo actuar pero absteniéndose en el caso concreto por la falta de evidencia de la relación causal; y una actitud *precautoria* en la cual la falta de certeza no le resulte excusa admisible para hacer cesar¹⁰.

Descartando la primera actitud no previsoras con el ambiente, LORENZETTI concentra la diferencia de abordaje preventivo o precautorio, en el elemento de la *incertidumbre científica*. En este sentido, y con cita de la

⁸ Resume AZUELA: -considera lo ambiental como parte de una visión más amplia de la sociedad y la naturaleza; -apoya iniciativas de gestión ambiental, en la medida en que estén articuladas a un cambio social general; -rechaza la fragmentación institucional y del conocimiento (piensa de manera holística); -sospecha del establishment científico y es abiertamente antitecnológica.

⁹ Resume AZUELA: -reconoce como válida una definición acotada de la cuestión ambiental; -pondera las iniciativas (en forma aislada) de acuerdo a sus efectos prácticos; -acepta la fragmentación (“ir por partes”); -en principio acepta como válido el discurso de la ciencia y toma en serio las soluciones tecnológicas.

¹⁰ LORENZETTI, R.L.- LORENZETTI, Pablo; Derecho Ambiental; 1ra. Ed.; Santa Fe: Rubinzal Culzoni; 2018; p. 146

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el principio de precaución del año 2000¹¹, explica sosteniendo que ésta incertidumbre opera cuando “El daño potencial derivado de un fenómeno, producto o proceso ha sido identificado, pero que la evaluación científica no permite precisar el riesgo con suficiente exactitud para actuar”¹².

Por consiguiente en el ámbito de la prevención ambiental, en el derecho ambiental argentino han cuajado ambas *visiones*, y se ha receptado en consecuencia dos principios, el preventivo y precautorio, que a su vez dan lugar a dos tipos de actitudes funcionales que debe implementarse caso a caso, conforme las circunstancias en debate. Lo que será definitorio en la ponderación concreta será la incertidumbre científica a la que debe hacerse frente.

MORALES LAMBERTI expone con absoluta claridad que, la diferencia entre la prevención y la precaución radica en que, en la primera, la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso en concreto; en la precaución la peligrosidad misma es la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Cierra el punto diciendo que la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial¹³.

Lo cierto es que, amén de la conducta que pueda sostener un ocasional funcionario, analizando reflexiones de FRANCO¹⁴, hemos expuesto en un trabajo anterior que lo

¹¹ https://www.ehu.es/documents/2458096/2572099/CE_comunicacion_2-2-2000.pdf

¹² LORENZETTI, R.L.- LORENZETTI, Pablo; Derecho Ambiental; 1ra. Ed.; Santa Fé: Rubinzal Culzoni; 2018; p. 156

¹³ MORALES LABERTI, Alicia; NOVAK, Aldo; Instituciones del Derecho Ambiental; 1 ed. Córdoba: M.E.L. Editor; 2005; p. 111

¹⁴ Franco, Horacio (en «*Quién es quién en el Derecho Ambiental Argentino*», Buenos Aires: mayo de 2013. Disponible on line en: <http://www.abogados.com.ar/quien-es-quien-en-el->

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

indiscutido para cualquiera de las corrientes doctrinarias argentinas, es el uso de la herramienta del *análisis del riesgo*, que opera como un baremo para el decisor público y privado. Pero este análisis como tal, salvo en algunas cuestiones sectoriales muy específicos, en la materia ambiental se halla inmerso como un capítulo del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (E.I.A.) en la legislación vigente¹⁵.

Reintroduciéndonos en la perspectiva judicial, ya hace tiempo estudiábamos¹⁶ la relevancia de este procedimiento predictivo en el proceso por daño ambiental. Afirmábamos que se fundaba en la preeminencia de la prevención en el derecho ambiental, que se dirige fundamentalmente al Estado como garante del derecho humano al ambiente sano (Art. 41 CN). Este “es” el instrumento técnico que el Estado utiliza para prevenir efectos ambientales no deseados en cualquier obra o actividad a realizarse¹⁷.

El procedimiento es la manifestación de intervención administrativa del Estado que por excelencia tiene esencial gravitación al momento de evaluar efectos nocivos para el

decho-ambiental-argentino/12321) intenta «clasificar» los diferentes matices doctrinarios en el Derecho Ambiental argentino, sosteniendo que las cinco principales corrientes serían los «pioneros», los «democratizadores», los «expansivos», los «ecologistas» y a la que adscribe, que denomina de los «compatibilizadores». Sobre estos últimos explica que quienes sostienen la Teoría del Desarrollo Sustentable, rechazan las injerencias del ecologismo profundo, defienden la aplicación de la Teoría de la Causa Adecuada a la materia ambiental (oponiéndose a su flexibilización), rechazan la aplicación extralimitada del Principio Precautorio y rescatan el rol del sector empresarial e industrial de primera línea. No obstante lo dicho, aun esta posición poco favorable a la mirada socializante, democratizante y abierta a la conquista de derechos de la materia, reclama el uso de la herramienta científica del Análisis de Riesgo.

¹⁵ Ley 25675, ARTICULO 11. — Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución.

¹⁶MOSMANN - ALONSO, La prueba necesaria en el proceso civil por daño ambiental. El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental y social (EIA). Jurisprudencia Argentina Número Especial Derecho Ambiental, 200IV, Lexis Nexis.

¹⁷A nivel internacional se ha definido a la Evaluación del Impacto Ambiental (EIA) como «un estudio realizado para identificar, predecir e interpretar, así como para prevenir, las consecuencias o efectos ambientales que determinadas acciones, planes, programas o proyectos pueden causar a la salud y al bienestar humanos y al entorno», Real Decreto 1131/1988 del 30 de septiembre de 1988, Madrid, España.

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

ambiente que provienen de una actividad autorizada o, incluso, que no habiendo sido debidamente certificada se ha desarrollado irregularmente.

En consecuencia, la primera forma de abordaje jurisdiccional para tener la actitud de evitación de peligros ambientales que debe asumirse ante una actividad u obras, en definitiva, comenzar por abordar sus riesgos a través de la primera herramienta legislada al respecto en el sistema ambiental nacional: su evaluación ambiental y social, que debe explicitar sus respectivos riesgos¹⁸.

III.- EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) COMO HERRAMIENTA PREVENTIVA POR ANTONOMASIA:

El principio 17 de la Declaración de Río sostiene que “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.”

En este sentido la Ley General del Ambiente ha introducido una caracterización y enumeración de los denominados Instrumentos de la Política Ambiental en los artículos 2 y 8, entre los cuales se halla el mencionado procedimiento jurídico-administrativo evaluatorio enumerado en los artículos 11 a 13 y 19 a 21.

¹⁸ Ley N° 7070 de Protección del Medio Ambiente de la Provincia de Salta (PBO N° 15.827 del 27 de Enero de 2000)

Art. 43.- Los proponentes públicos o privados, deberán preparar y presentar al organismo provincial a cargo de la correspondiente autorización, un Estudio de Impacto Ambiental y Social de su iniciativa en la medida que genere o presente, al menos, uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud y la seguridad de la población...

Art. 44.- El Estudio de Impacto Ambiental y Social descripto en el artículo anterior deberá incluir como mínimo: ...4. Una predicción de la incidencia ambiental y social de la iniciativa y un análisis de riesgos e incertidumbres...

Habiendo entonces la Constitución previsto el rol de garantía del Estado¹⁹ -lo que no excluye a los habitantes²⁰-, y en directa relación al principio preventivo que de él emana y conforme la regla del Desarrollo Sostenible, todo emprendimiento susceptible de generar alteraciones o perjuicios degradantes al entorno en el futuro, debe encontrar límites jurídicos razonables que cumplan las expectativas sociales, y la herramienta predictiva llamada a determinarlos es la EIA²¹.

Resulta de esta previsión legislativa que, ante un posible riesgo o daño ambiental, debe considerarse como primer paso, que *debió* existir un procedimiento administrativo que autorizara la actividad luego denunciada como lesiva, dado que el Estado debe cumplir por imperativo constitucional aquel rol protectorio. Es así que dicha actividad para ser desarrollada debió contar con una declaración aprobatoria o certificación ambiental expedida por el órgano de aplicación.

El proyecto de ley de la LGA en su art. 29 *in fine*, párrafo que fuera vetado por el Poder Ejecutivo Nacional, establecía: “Se presume *iuris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas”. La citada presunción, si bien no existe en la actualidad como manda legal, igualmente podrá ser utilizada en un proceso como

¹⁹ Artículo 41 de la Constitución Nacional “... 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 formación y educación ambientales”

²⁰ROSATTI, Horacio D., Derecho Ambiental Constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, págs. 52/53. “..., es claro que la pretensión de la preservación del medio ambiente sano consagrado en la Constitución Nacional no constituye una mera aspiración (al modo de un interés difuso en el sentido etéreo o volátil) sino un auténtico derecho, con la peculiaridad de que el sujeto destinatario de la pretensión es también -de alguna manera- su agente, en la medida en que debe asumir un activo protagonismo para que tal pretensión pueda efectivamente concretarse. En realidad, estamos en presencia de un derecho que se alimenta con el correlativo deber, o, para decirlo con otras palabras, se trata de un derecho irrenunciable.”

²¹ Esaín José, El principio precautorio, JA 6.11.2002, JA 2002-IV fascículo 6 pág. 34.

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

pauta valorativa, en un marco de presunciones concordantes para el caso de insuficiencia probatoria o en el contexto de una medida cautelar como justificativo de la invocada verosimilitud del derecho.

Sostuvimos en otra oportunidad que, en el caso de actividades clandestinas -carentes de autorización y, consecuentemente, de evaluación de impacto- entendemos corresponde su cese *sine qua non* hasta tanto regularicen su situación administrativa, obteniendo las pertinentes autorizaciones previa evaluación de impacto ambiental (sin perjuicio de las sanciones que correspondieran conforme los sistemas de responsabilidad ambiental vigentes). No existe, en tal circunstancia, ningún derecho administrativo adquirido por quien realiza la actividad²².

Distinto es el caso donde mayores exigencias normativas recaigan sobre derechos individuales legítimamente otorgados en su oportunidad por autorizaciones administrativas, previo estudio de impacto ambiental, que podrán ser aplicadas progresivamente²³. Respecto a determinadas actividades autorizadas en tiempos en que la normativa no estipulaba la evaluación de impacto como requisito, una buena opción podría ser la evaluación mediante Informes Auditados de Impacto Ambiental (una suerte de mixtura entre las auditorías continuas y la evaluación de impacto ambiental), legislados en algunas jurisdicciones²⁴.

²² LLORET, Juan Sebastián; GIACOSA, N.; EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD AMBIENTAL Y LOS HORIZONTES DE SU APLICACIÓN; Jurisprudencia Argentina – Número Especial Derecho Ambiental; Coord.: Cafferatta, Néstor A., fascículo n. 13, 28/12/2011; Págs. 36/50. ISBN 978-950-20-0296-5.

²³ La Ley General del Ambiente 25.675, incluye en su Art. 4º el principio de progresividad diciendo que, “los objetivos ambientales de berán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos”.

²⁴ LLORET-GIACOSA; Ob. Cit.

Vgr. el Art. 41º de la Ley 7070 de la provincia de Salta “El Poder Ejecutivo instrumentará, por medio de la reglamentación, un Registro de Profesionales acreditados para preparar y certificar Estudios de Impacto Ambiental y Social, Declaración Jurada de Aptitud Ambiental e Informes Auditados para fundamentar los pedidos de autorización correspondientes”.

IV.- UN FALLO AMBIENTAL Y EL PIVOTE PREVENTIVO SOBRE EL E.I.A.:

Al analizar el caso de la Corte de Justicia de la Nación “ASOCIACION ARGENTINA DE ABOGADOS AMBIENTALISTAS DE LA PATAGONIA c/ SANTA CRUZ PROVINCIA DE Y OTRO s/ AMPARO AMBIENTAL” (Fallos: 339:1732), resaltamos que para el decisorio la inexistencia de la evaluación de impacto justificó de por sí y de modo suficiente el recaudo de verosimilitud en el derecho que requiere el dictado de una medida cautelar²⁵.

Recordábamos que “enunciado un hecho como dañoso (o potencialmente dañoso) al ambiente, indagado el órgano administrativo sobre la autorización para su desarrollo e informado el particular o el magistrado sobre su inexistencia, sería causa suficiente para ordenar su suspensión, como se ha dicho en similar caso: si la actividad no cuenta con esa habilitación será clandestina y por lo tanto susceptible de ser suspendida”²⁶.

La Corte Federal al dictar la resolución dispuso como medida cautelar la suspensión de las obras "Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic”.

Tal decisión tiene su origen en la acción de amparo promovida por la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia contra el Estado Nacional (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) y la Provincia de Santa Cruz, con el objeto – en lo que aquí nos interesa - de que se ordene el dictado

²⁵ MOSMANN, M.V.-LLORET, J.S.; La función preventiva del sistema de responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial y el sistema de protección ambiental argentino. Revista de Derecho Procesal 2017-1, Las medidas cautelares en el Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal Culzoni Editores, p. 441/460.

²⁶MOSMANN- ALONSO, La prueba necesaria en el proceso civil por daño ambiental. El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental y social (EIAS). Jurisprudencia Argentina Número Especial Derecho Ambiental, 200IV, Lexis Nexis. “Daño ambiental de incidencia Colectiva...”, José Esain, publicado en el suplemento de Derecho Ambiental de La Ley del 29/4/2003, p. 2/7.

de una medida a la que califican como cautelar. Dicha medida fue solicitada para el caso que las obras no contaran con Evaluación de Impacto Ambiental, pidiendo la suspensión inmediata hasta que se cumpla con las exigencias de la LGA en lo que respecta al procedimiento y la consulta vecinal.

Los actores –según surge de los considerandos de la resolución en comentario- señalaron como fundamento de su pedido, que no se habrían efectuado los estudios ambientales previos a los efectos de determinar cuál sería el impacto que dichos emprendimientos podrían causar al ecosistema, en particular, al Lago Argentino, a los glaciares Perito Moreno, Spegazzini y Upsala, y al Parque Nacional Los Glaciares y destacaron que tampoco se efectuaron las consultas ciudadanas que correspondía realizar.

La Corte Suprema, luego de pedir informes al Estado Nacional respecto a la realización del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA), dispuso la medida peticionada, por estimar que la verosimilitud del derecho invocado se encontraba acreditada ante la inexistencia del instrumento predictivo que el ordenamiento nacional impone (Ley 23.879).

En el caso que analizamos la demandante solicitó como primera medida –a la que denomina precautelar- que se oficie a las demandadas para que informen si han cumplido con la formación y estudio de impacto ambiental, con la consulta vecinal y con los artículos 11, 12 y 13 de la ley 25.675, en relación con el proyecto de construir dos grandes represas sobre el río. De esta manera, introdujo la prueba clave para el proceso de amparo ambiental que iniciaron, y a la que calificamos en un trabajo ya recordado como la “prueba necesaria” en el proceso ambiental²⁷.

²⁷MOSMANN - ALONSO, La prueba necesaria en el proceso civil por daño ambiental. El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental y social (EIAS). Jurisprudencia Argentina Número Especial Derecho Ambiental, 200IV, Lexis Nexis

El EIA, en este caso, se presenta como documentación en poder de los accionados y, de conformidad al artículo 388 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de encontrarse en poder de una de las partes, el magistrado interviniente intimará a su presentación, generando presunción en su contra la negativa a hacerlo, siempre que la existencia y contenido de la misma resultaren verosímiles.

Concretada tal intimación, conforme dispuso la Corte Suprema en una resolución anterior, el resultado fue la confirmación de la inexistencia de tal instrumento predictivo, extremo que justificó el dictado de la medida cautelar.

El Máximo Tribunal dijo expresamente que “concorre en el caso verosimilitud del derecho, puesto que del informe producido a requerimiento de esta Corte se desprende que el Estado Nacional no habría cumplido en su ámbito con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia, en especial no lo ha hecho en relación con el previsto en los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 23.879 (Obras Hidráulicas), sin que se hayan ofrecido, al menos en esta etapa inicial del proceso, razones que expliquen dicha conducta. En su informe, más allá de mencionar que no ha reglamentado la ley -lo cual solo implica el reconocimiento de una omisión de su parte-, no pone en duda su aplicación al caso” (considerando 6º).

El requisito de verosimilitud del derecho quedó así directa y definitivamente signado por la falta de cumplimiento en legal forma, por parte del Estado Nacional, del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.

Este fallo nos asigna a primera vista dos ejes de abordaje, uno que permite ver cómo se efectiviza la mentada trascendencia de la Evaluación en el proceso judicial ambiental –que venimos

tratando-, y otro, que es la actual coexistencia de dos sistemas de responsabilidad preventiva, el que proviene del derecho ambiental con sus dos principios y el otro del derecho civil y comercial.

V.- LA INTRODUCCIÓN DEL E.I.A. EN EL CASO JUDICIAL AMBIENTAL:

La trascendencia probatoria judicial de la tenencia o falta de un EIA de una actividad u obra cuestionada variará conforme se trate de una acción de cese, o una de reparación ambiental.

Recordemos que el artículo 30 de la Ley General del Ambiente en su última parte prevé la acción de *amparo por cese* diciendo que “*toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo*”. Esta acción específica, que prevé una legitimación amplísima –así lo afirmamos en tanto se refiere a ella como “toda persona”-, aparece como la herramienta preventiva por excelencia en materia ambiental.

Para la reparación, el mismo artículo dice que “*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 artículo 43 de la Constitución Nacional, 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*”.

En la acción por cese, ante la prueba de la falta de autorización emergente de la Evaluación de Impacto

Ambiental, *prima facie* podrá ordenarse sin más el cese de la actividad²⁸. En cambio, en la de reparación, deberá recurrirse a un andamiaje probatorio más complejo, siendo la carencia de autorización un elemento concomitante a analizar en el contexto general del proceso. De todos modos, en este último caso, la falta de EIA, como venimos analizando, será también suficiente fundamento para el dictado de la medida cautelar, como sucedió en el precedente que comentamos.

El problema de segundo grado será, ya con los elementos técnicos evaluativos aportados a la causa, estipular la incertidumbre científica que encierra el caso para determinar el criterio preventivo o precautorio a adoptar²⁹. No obstante, la vía procesal de análisis resulta sencilla de encontrar en tanto el artículo 32 segundo párrafo de la Ley 25675 resulta más que claro: “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”³⁰.

Resumiendo el punto, podemos observar que la opción legislativa y procesal actual ofrecen al juez una secuencia de dos planos o grados para poner en acción la función preventiva ambiental.

La primera es conocer el procedimiento de certificación ambiental que se ha sostenido para llevar a cabo la habilitación de la obra o proyecto. Ante su carencia o irregularidad procedimental, podrá justificar su proceder preventivo, incluso de manera cautelar.

²⁸ “Schroeder Juan c/ Estado Nacional s/ amparo”, LL 1997 E-807

²⁹ PRINCIPIO 15 de la Declaración de Río “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

³⁰ Al respecto ver LLORET, J.S.; “Responsabilidad ambiental antes y después de la reforma del CCyC (Ley 26.994)”; en Exposiciones y Debates – II Foro Internacional de Justicia Ambiental; Tribunal Ambiental de Santiago; Chile: Editora e Imprenta Maval SpA; 2017; p. 128

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

La segunda etapa se abre con la información de evaluación de riesgos socio ambientales puestos de manifiesto en los procedimientos de EIA y/o los aportados por las partes, en cuyo caso también podrán tomarse medidas urgentes que pueden llegar a la paralización del emprendimiento con criterios preventivos o precautorios dependiendo del caso.

VI.- LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. RELACIONES CON EL SISTEMA AMBIENTAL:

La base preventiva del derecho ambiental, se encuentra hoy con un marco normativo general con el que debe convivir, y tomar de él todo aquello que sea de utilidad para lograr una plena tutela para el derecho constitucional a un ambiente sano. Este nuevo marco lo brinda el Código Civil y Comercial y sus reglas, respecto a la función preventiva de la responsabilidad civil según surge primordialmente del artículo 1708³¹.

Hace tiempo ya que se avizoraba que el reconocimiento constitucional de los derechos contenidos en los arts. 41 (ambiente), 42 (consumidor), y 43 (discriminación, datos personales, libertad individual), imponían como corolario el derecho a la tutela preventiva, cuestión que había tenido recepción legislativa aislada en materia de ambiente y consumidores, pero no con una cobertura genérica extensiva a todos los derechos.

El texto del Código Civil y Comercial prevé normas de éste carácter funcional. En el artículo 1710 incorpora el deber de prevención del daño³², y seguido a ello en los arts. 1711, 1712 y

³¹ ARTICULO 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

³² ARTICULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

1713 disponen la acción preventiva propiamente dicha, la legitimación para su reclamo y previsiones respecto a la sentencia a dictarse respectivamente³³.

El nuevo Código se enrola así en la función bipartita³⁴ de la responsabilidad que contiene los deberes de prevenir y reparar.

En consecuencia, ahora nos encontramos ante la coexistencia de un sistema general de regulación de la función preventiva de la responsabilidad civil, y un sistema especial de prevención del daño ambiental, motivado en el principio homónimo que funda este sub sistema jurídico. El artículo 1709 del Código se encarga de determinar su prelación normativa al momento de su aplicación³⁵.

En el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citado no encontramos referencia alguna al marco general del Código Civil y Comercial, sino la sola justificación de la decisión en la legislación que compone el sistema protectorio de responsabilidad ambiental. Hubiera sido una buena oportunidad para que el Máximo Tribunal nacional exponga cómo funciona el sistema a la luz del art. 1709 y arts. 241 CCyC y arts. 3, 4, 32 y concordantes de la Ley 25675.

La Ley General del Ambiente -dijimos- acoge los principios de prevención y precautorio, ambos como manifestación del deber

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

³³ ARTICULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

ARTICULO 1712.- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

ARTICULO 1713.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

³⁴ Recordemos que el texto del Anteproyecto reconocía una tercera función, esto es la función punitiva, que fue eliminada en la versión definitiva del Código.

³⁵ ARTICULO 1709.- Prelación normativa. En los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;
- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;
- d) las normas supletorias de este Código.

de evitar el daño que se cierne sobre el Estado y los ciudadanos. Ahora bien, en consideración a las reglas interpretativas que contiene el propio texto del Código Civil y Comercial analizaremos la coexistencia en cuestión.

El artículo 1° del Código refiere a las fuentes y dice que los casos que rige deben ser resueltos por las leyes que resulten aplicables conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, considerando para ello la finalidad de la norma; a su vez, el artículo 2° manda a interpretar la ley teniendo en cuenta sus “palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”³⁶.

La confesa finalidad preventiva de ambas normas las hermana de modo evidente, arrojando luz sobre el eventual uso de leyes análogas, aún en el caso del empleo de la ley especial -como es en este caso la ley ambiental-, permitiendo la aplicación del Código Civil y Comercial en su regulación preventiva en todo aquello que pueda complementar al sistema de protección ambiental.

Por ello, a pesar de ser generalmente el caso preventivo ambiental, por su complejidad, un *caso difícil*, la construcción argumentativa de la coexistencia de estas normas preventivas especiales frente al nuevo sistema general de la función tuitiva de la responsabilidad civil, aparece como un ejercicio simple y por tanto oportuno para empezar a asomarse a la nueva manera de articulación del sistema de derecho civil argentino.

Y es que el análisis y aplicación coherente del ordenamiento jurídico, podrá atender de una mejor manera en caso de ser necesario, y como dice el Código, también a las finalidades de la

³⁶ Ver al respecto LLORET, Juan Sebastián; Hacia una comprensión integral del derecho ambiental y de la sustentabilidad - Desafíos disciplinares y sistémicos, en Obra Colectiva Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad, Tomo I, 1ra. Ed. Salta: Universidad Católica de Salta – EUCASA, 2007, págs. 95/189.

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

ley. Igual tarea, asimismo, es reclamada –como dijimos- por la Ley General del Ambiente en su artículo 4° cuando expone que la interpretación y aplicación de su texto, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute política ambiental, estarán sujetas a los principios que enumera, entre ellos los de prevención y precautorio.

En este ejercicio de aplicación coherente ya se ha pronunciado la jurisprudencia al sostener que “tanto nuestro sistema constitucional, como el previsto en la ley 25.675, y el novel ordenamiento civil y comercial, habilita la actividad jurisdiccional destinada a la prevención del daño, posibilitando el dictado de medidas cautelares que, bajo los criterios de medio más idóneo y menor restricción posible, imponga obligaciones de dar, hacer o no hacer”³⁷.

Claro está que la categoría de Ley de Presupuestos Mínimos que tiene la Ley General del Ambiente³⁸, es un marco insoslayable para la tarea que proponemos. Esta calificación que la propia Constitución Nacional le ha asignado es complementada por el principio de congruencia previsto en el *segundo párrafo* del artículo 4° de dicha ley que dice “la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga”, lo cual resulta acorde y engranado con el art. 241 del nuevo Código. Esta regla de complemento normativo fijada para las provincias y municipios también debe ser empleada respecto de nuestra propuesta, impidiendo que el análisis integrador que propiciamos imponga alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada³⁹, burlando el papel

³⁷ CamApelCiv y Com Salta, Sala III, “Mercado, Amelia Emilia y otros vs. Municipalidad de la Ciudad de Salta; Provincia de Salta; Marozzi S.R.L.- Amparo Ambiental”, Expte. N° 380.533/12 de noviembre de 2015.

³⁸ Artículo 41 de la Constitución Nacional.

³⁹La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Villivar, Silvana N. C/ Provincia de Chubut y otros s/ Recurso de Hecho” V. 1015. XXXIX así lo interpretó al decir que viola el

homogeneizante de protección que el legislador nacional tiene luego de la reforma constitucional de 1994.

Este es el sentido en el que estimamos debe ser trabajado un caso ambiental, y sobre él analizaremos algunos puntos en los que el contacto entre los regímenes normativos se potencia en pos de los fines de protección que iluminan el sistema desde el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Los artículos 4 y 30 de la Ley General del Ambiente regulan el Principio de Prevención y Precautorio y la acción de amparo preventivo por cese, luego los artículos 1708 a 1715 del Código Civil y Comercial se refieren a la función preventiva de la responsabilidad, a los deberes que ella implica, a la acción preventiva, la legitimación requerida para su ejercicio y al contenido de la sentencia, regulaciones que analizaremos de modo conjunto a fin de intentar las respuestas que estimamos requiere una visión sistémica de la función preventiva ambiental.

1) Legitimación: la acción de amparo por cese prevista en el artículo 30 de la LGA, cuenta con una legitimación amplísima al habilitar a “toda persona” a interponerla, y es así que se la denomina en doctrina como acción popular de amparo por cese⁴⁰. La acción preventiva prevista en el CCyC (tanto de fondo como cautelar) define la legitimación con un concepto jurídico indeterminado, diciendo que podrán reclamar “quienes acreditan un interés razonable” en la prevención del daño. Este concepto seguramente logrará delimitar su alcance a través del trabajo de la jurisprudencia, que no podrá desarrollar su tarea aislada de la legitimación extraordinaria prevista en las normas de fondo tales como la Ley 25.675.

principio de congruencia una norma local cuando procede a “agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada”.

⁴⁰ SAGÚÉS, Néstor P. “El amparo ambiental”, LL, 11 de junio de 2004, año LXVIII, N° 113

2) Vía procesal: Si bien la ley general del ambiente prevé la acción de cese sólo como acción de fondo (artículo 30 *in fine*), ello no obsta a que, en el marco de una acción de reparación ambiental se requiera como medida cautelar el cese de la actividad dañosa o potencialmente dañosa, tal como ocurrió en el caso que ya comentamos. Igual conclusión impone el CCyC al prever que la sentencia puede ser definitiva o provisoria (artículo 1713 del CCyC).

1) y 2) Legitimación y Vía procesal: Ahora bien, cabría preguntarse qué solución habrá de darse en caso que se solicite por vía cautelar el cese de una actividad generadora de daño ambiental. Evidentemente la legitimación amplísima que otorga el artículo 30 de la LGA para la *acción* de cese, no será la que habilitará el reclamo en esta hipótesis, sino que la instrumentalidad que caracteriza a las medidas cautelares en relación al derecho de fondo reclamado hará que sea la legitimación que impone el derecho que se reclama la que deba enrostrar el peticionario.

3) Antijuridicidad: En materia ambiental el hecho antijurídico que habilita el despliegue preventivo es más amplio que en sistema civil. En efecto, en este ámbito rige la función preventiva del derecho, pero también el criterio precautorio, que implicará que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces”, en tanto que la prevención en el ámbito civil requiere que se configure como “previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.

Especial referencia merece la configuración, en el caso analizado, de la antijuridicidad, que dio pie a tener por acreditada por la Corte Federal la verosimilitud del derecho en contexto cautelar: sencillamente justifica el despliegue del rol preventivo del derecho ambiental ante la falta de Evaluación de Impacto Ambiental.

Citar: LLORET, Juan Sebastian, MOSMANN, María Victoria, Abordaje sistémico actual de la función preventiva ambiental, en AAVV Jurisdicción Preventiva, Marcelo Midon Director, María Valeria Di Bernardo Coordinadora, Editorial ConTexto, 2020, pag. 191 y sgtes.

4) Sentencia: Es en este punto donde la complementariedad de ambos sistemas normativos se evidencia con claridad. La Ley General del Ambiente carece de pautas sobre el contenido de la sentencia, y es allí donde podrá recurrirse al Código Civil y Comercial en tanto habilita a disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer y, estimamos, lo más trascendente, que impone la ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad, pautas que guiarán al decisor al momento de resolver un conflicto con patrones de razonabilidad⁴¹.

⁴¹ Artículo 3 del Código Civil y Comercial: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.