



EL PRINCIPIO PREVENTIVO Y PRECAUTORIO EN EL DERECHO AMBIENTAL”. ¿A QUE PRINCIPIO RESPONDE LA EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL?¹

ELSA MARÍA DEL CARMEN LLORET²
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

RESUMEN

La Evaluación de Impacto Ambiental, en adelante EIA, es una institución del Derecho Ambiental. La ley general del ambiente 25.675, aplicable en todo el territorio nacional y cuyas disposiciones resultan de orden público y operativas (art. 3), determina que: *"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"* (art. 11). Por su parte, en el ámbito provincial, la Ley 11.723 dispone que tanto el Poder Ejecutivo provincial como los municipios deberán garantizar, en la ejecución de las políticas de gobierno, la observancia de los principios de política ambiental, entre los que se encuentra el siguiente: *"Todo emprendimiento que implique acciones u obras que sean susceptibles de producir efectos negativos sobre el ambiente y/o sus elementos debe contar con una evaluación de impacto ambiental pre-*

¹ Ponencia presentada para las Primeras Jornadas Internacionales, Sociedad Estado y Universidad realizada en Mar del Plata el 30 de noviembre, 2 y 3 de diciembre de 2011.

² Abogada. Docente e Investigadora de la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Humanas de la UNICEN.

via" (art. 5 inc. b).

El objetivo del presente trabajo es determinar si la Evaluación de Impacto Ambiental se encuadra en el Principio Preventivo o en el Principio Precautorio. Para realizar tal configuración, se elaboran cuales son las notas conceptuales desde el punto de vista doctrinario, normativo y jurisprudencial de cada uno de ellos, posteriormente se examinan las exigencias características y la importancia de tal instituto.

Desde ésta perspectiva, según Morel Echevarría *“los principios son la verdadera columna vertebral del ordenamiento jurídico” (...)* porque *“ayudan a la comprensión y consolidación de los institutos”*³. Por ello, es necesario hacer una aproximación al concepto y al valor que los principios tienen dentro del sistema en general, y en particular para el Derecho ambiental como rama o disciplina del ordenamiento jurídico.

Haciendo un recorrido normativo, doctrinario y jurisprudencial, podemos deducir que la materialización del principio de prevención se da en la Evaluación de Impacto Ambiental, que constituye la institución preventiva, integral, por excelencia del Derecho Ambiental. El objetivo de ésta institución es modificar y/o evitar que una construcción o actividad necesaria desde un punto de vista social o económico regional inmediato, aparentemente benéfica y necesaria para un grupo social económico, no derive en el futuro mediano o inmediato en un impacto negativo para el medio ambiente.

1. ALGUNAS NOTAS CONCEPTUALES SOBRE EL DAÑO AMBIENTAL

No constituye objeto del presente ensayo, hacer un análisis profundo sobre qué es y cuáles son las características del daño ambiental, simplemente se examinarán algunas cuestiones que han sido abordadas por doctrinarios del derecho; que sirvan de puntapié al tema que nos atañe.

Alterini, Ameal y López Cabana, enseñan, que *“no obstante, el deber de no dañar a otro tiene carácter principal, también involucra el principio de pre-*

³ MOREL ECHEVARRÍA, Juan Claudio (2008) “Ambiente y Cultura como objetos del Derecho”, Editorial Quorum, Pág. 250.

vención según el cual los daños deben ser evitados, tanto deriven de actos lícitos como de infracciones contractuales (Santos Briz). De allí que en el moderno derecho de daños, sobresalga la política legislativa encaminada al desarrollo de sistemas para prevenir los daños y se anticipen mecanismos jurisdiccionales de anticipación de ellos, esto es de tutela preventiva, dirigidos a “impedir la realización del daño (De Cupis). Se procura de tal modo una solución ex ante (evitar el daño), en vez de confinar el remedio a una solución ex post facto (la indemnización). Se trata del restablecimiento del adversario a la situación que era suya antes de que el golpe de fuerza haya sido perpetrado (Chartier), puesto que si la justicia debiera permanecer impasible ante la inminencia de un daño, o de su agravación, ello implicaría tanto como crear el derecho a perjudicar” (Aguiar)⁴.

Concordantemente, Gherzi, Stiglitz y Parrellada sostienen que “ninguno de los principios de nuestro derecho positivo se opone a la prevención de los daños (Aguiar). Que la prevención es función del derecho de daños, a través de la justicia civil, que extiende sus poderes de control para ejercer una efectiva suplencia, cuando la actuación de la Administración (de derecho público) se revela insuficiente para evitar perjuicios en la sociedad. Los órganos jurisdiccionales tienen entonces la aptitud de poner en marcha, en los juicios de daños y perjuicios, mecanismos preventivos (órdenes de hacer o no hacer al agente de la actividad dañosa), aptos para satisfacer en forma directa e inmediata los intereses humanos lesionados o amenazados, cuya tutela ya no puede transitar preventivamente nada más que en el derecho administrativo” (Morello)⁵.

Cafferatta opina que “la prevención directa o inmediata se presenta frente a la hipótesis de daños efectivamente producidos y susceptibles de prolongarse (cesación del daño); también, en presencia de estados de mero peligro que excedan los estándares apropiados de acuerdo con el sector de actividad y a los riesgos de actividad y a los riesgos sociales que el mismo conlleva (evitación

⁴ CAFFERATTA, Néstor; (2004) en el “Principio de Prevención en el derecho Ambiental”. Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, legislación y Práctica. Lexis Nexis, Noviembre de 2004. Buenos Aires.

⁵ GHERSI, Carlos. STIGLITZ, Gabriel. PARRELLADA Carlos, (1997), Responsabilidad Civil, 9, Editorial Hamurabi, reimpresión, Pág. 508.

del daño). La justicia civil no puede permanecer impasible, con los ojos vendados ante este constante dañar y resarcir que o tendría otro modo de terminar sino con la supresión de la causa del daño: mantener una situación semejante en desmedro del orden jurídico constantemente alterado por la subsistencia del hecho capaz de dañar, importaría tanto como el derecho de perjudicar, si al lado se impone la obligación de resarcir (Aguiar)⁶.

En el mismo sentido, Cafferatta se pregunta, ¿Qué características tiene el daño ambiental, que no posee el daño clásico? ¿Cuales son las notas típicas del mismo o cual es su esencia?, y para responder dicho cuestionamiento toma como referencia a Matilde Zavala De González que afirma que “hay daños colectivos cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía, y puede concurrir o no con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal. A su vez el daño grupal es calificable como difuso cuando el goce de un interés se muestra extendido, difundido, dilatado; es decir se propaga o diluye entre los miembros del conjunto sea que éste se encuentre o no organizado y compacto”, y a Alterini que opina que, “el daño clásicamente fue un episodio discreto de conflicto privado; el daño ambiental es un episodio de interés general que abarca a todos, a ricos y a pobres, a fuertes y débiles, a gobernantes y gobernados a los habitantes de hoy, y a sus hijos y a sus nietos”⁷.

Además, Cafferatta, sostiene que “el daño ambiental se trata de un daño supraindividual, que no consiste en la suma de daños individuales. Ni en un perjuicio de bienes propios y particulares de los individuos, sino una lesión actual y concreta, sólo desde el punto de vista de la entera colectividad que los sufre. El daño colectivo, el daño difuso afecta simultánea y coincidentemente al grupo. Cada miembro es titular de un fragmento del interés lesionado, y se trata de un mismo y único daño. El daño a resarcir entonces no configura una suma de porciones identificables; es un daño colectivo como tal, que resulta aprehensible y experimentable desde un punto de vista global. Luego de lo cual se concluye que: daño colectivo es el que surge a raíz de la lesión a un interés de esta naturaleza. Y colectivo es la calidad que “tiene la virtud de recoger o reunir”, por consiguiente, se trata de un factor aglutinante, que permite

⁶ CAFFERATTA, Néstor; op. Cit.

⁷ CAFFERATTA, Néstor; op. Cit.

reconocer un daño que se podría considerar único intrínsecamente, en el cual el elemento afectado es de sustancia comunitaria o grupal, y que llega a los sujetos individuales “de rebote” e indivisiblemente, por la inserción en el conjunto”⁸.

El mencionado autor en un trabajo denominado “Breves Reflexiones sobre la Naturaleza del daño Ambiental Colectivo”, dice “que nuestra Constitución Nacional contempla y ampara bienes de naturaleza extrapatrimonial y de incidencia colectiva, en cuanto interesan a la comunidad toda, como sucede con el “medio ambiente”, en sus artículos 41 y 43: 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 la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales” (...); acordándose “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”⁹.

A su vez, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido en el fallo Mendoza que **“el Artículo 27 de la Ley 25.675 diferencia el daño ambiental per se del daño a los individuos a través del ambiente; y que, en consecuencia, el juez debe meritar los daños perpetrados y adoptar la medidas, que también solicitan, teniendo en cuenta si el daño ambiental ocasionado es irreversible o no.**

De esa distinción se extraen diversas consecuencias, tales como que, en el caso de los bienes colectivos cuya situación pueda revertirse, se fije una indemnización destinada a crear un fondo común de recomposición, o patrimonio de afectación, para solventar los gastos que irrogue llevar adelante los mecanismos antrópicos de recomposición del ecosistema,(...) En cuanto a los bienes dañados en forma irreversible, requieren que se fije

⁸ CAFFERATTA, Néstor, Op. Cit.

⁹ CAFFERATTA, Néstor, “Breves Reflexiones sobre la Naturaleza del daño Ambiental Colectivo”.

una indemnización en concepto de daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado, a través de una compensación que deberá establecer el Tribunal dada la laguna legislativa existente al respecto, y que no tendrá un beneficiario en particular sino la comunidad vecinal toda. Los interesados piden a la Corte que, una vez constituido el fondo, su administración no quede a cargo de los estados demandados, ya que, según manifiestan, han sido ellos los que han omitido proteger el bien colectivo y de esa manera han contribuido a la afectación por la que reclaman”¹⁰.

2. IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO

El Profesor Alterini, en un artículo sobre *“Respuestas ante las nuevas tecnologías...”* parte de interrogantes de Von Kirchman, Hernández Gil y Nino, y comienza el mismo de ésta manera: *“¿Es cierto que se pronuncian “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas en basura”? ¿O lo cierto es que ello solo se da si se consideran como objeto único de la ciencia jurídica las leyes contenidas en un determinado ordenamiento, que, en efecto, son modificables? Ese debate está en el eje de la comprensión del sistema jurídico, como orden normativo coactivo que resulta de reglas y de principios. El sistema jurídico es un sistema caracterizado por la aplicación organizada de las disposiciones jurídicas por órganos especialmente designados, con **reglas explícitas o explicitables, que prefijan las formas en que se establece tal ordenamiento.** Por lo tanto, tiene una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente, **es una totalidad ordenada, con coherencia entre sí** y constituye un **bloque sistemático** que impone a los jueces que juzguen los casos que le son sometidos aunque las leyes adolezcan de **silencio, oscuridad o insuficiencia,** (Art. 15 del Cód. Civil), a cuyo fin, colocados en la misma hipótesis del legislador, deben acudir al **espíritu de la ley, a los principios de leyes análogas,** y*

¹⁰ CSJN “MENDOZA, Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”. Considerando 4 del voto de los Ministros Enrique Santiago Petracchi - Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Carmen M. Argibay.

*en definitiva a los **principios generales del Derecho**, con la apropiada consideración de las circunstancias del caso (Art. 16 del Código Civil) Por fin, los principios pueden cumplir una función interpretativa, como auxilio para asignar el alcance de la ley”¹¹.*

Afirma Alterini que conforme “a las precisiones de Dworkin la directriz, o “directriz política” se propone “un objetivo que ha de ser alcanzado”, en tanto el principio propiamente dicho es un “estándar que debe ser observado, como exigencia de la justicia, de la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. En esos alcances el principio puede servir antes que todo como norma programática para la conducta de la gente y como directiva para guiar la creación o la aplicación de normas, en carácter de “a priori de la normativa concreta”; es el sentido del Art 1.4 del Título Preliminar del Código Civil español que reconoce a los principios “carácter informador del ordenamiento jurídico”.

Y finalmente afirma que “El sistema pone los principios generales del Derecho a disposición del juez para que pueda adoptar una decisión, no solo en las frecuentes situaciones de las que Hart denomina “textura abierta del Derecho”, sino también en los casos que versan sobre otras situaciones que no han sido captadas jurídicamente mediante reglas legales, pues como decía Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*, “como no todas las cosas están determinadas por la ley, cuando se plantean deben de ser resueltas por medio de un fallo singular”. Esos casos se le presentan una y otra vez al Juez en el marco actual de la aceleración de la Historia que, en su medida, han producido las nuevas tecnologías”¹².

Los principios generales, y en especial los principios generales propios de una rama especial del derecho, sirven de filtro o purificador cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieren aplicarse a la rama específica. Suelen servir como diques de contención ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. No solamente sirven como vallas defensivas contra la invasión de otras legislaciones, sino que también actúan como cuña expansiva para lograr

¹¹ ALTERINI, Atilio Aníbal (2007) “Respuestas ante las nuevas tecnologías: Sistemas, Principios y jueces”. Publicado en *La Ley*, 2007- F, 1338.

¹² ALTERINI, Atilio, Op. Cit.

el desarrollo, fortalecimiento y consolidación de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de la frontera de la especialidad.

“Al aplicar un principio jurídico a un caso, el juez da vida a ese principio, da vida al derecho”, en el sentido afirmado por Zampai Ferraz Jr.¹³ Por otra parte los principios fortalecen el valor de seguridad jurídica de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad.

La distinción entre el principio precautorio y el de prevención ambiental puede resumirse que uno responde a la noción de riesgo potencial y el otro de riesgo verificado. La precaución apunta a la posibilidad de que hipótesis que aún no fueron científicamente comprobadas al momento de realizarlas sean correctas. Vale decir, constituye un remedio que prescribe el Derecho para enfrentar la incertidumbre científica. En la prevención en cambio, el peligro ha sido verificado científicamente y solo resta aguardar a que se concrete.

3. PRINCIPIO PREVENTIVO. TRATAMIENTO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

La sanción de la Ley 25.675 General de Ambiente en adelante (LGA) , plasmó las directrices que los tribunales habían convertido en doctrina, convirtiéndolas en los presupuestos mínimos a los que se refiere el Art. 41 de la CN, destinados a regir el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Es una ley mixta, vale decir, regula presupuestos mínimos de protección ambiental, junto a cuestiones de derecho de fondo (sobre daño ambiental), y de forma, éstas últimas para ser aplicadas en todo el territorio de la Nación, en éste sentido el legislador nacional puede detraer excepcionalmente materias propias del derecho común o local y establecer sobre ellos la jurisdicción fede-

¹³ ZAMPAIO FERRAZ, J, Tercio, “o justo es o belo”, ponencia presentada en la XIV Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Mar del Plata Octubre de 2000. Cit. Néstor Cafferatta.

ral con el propósito de asegurar la eficacia de la legislación federal, así lo estableció la Cámara Federal de La Plata en la Causa “Asociación para la Protección Medioambiental y Educación Ecológica 18 de Octubre v. Aguas Argentinas S.A y otros sobre amparo”¹⁴.

La LGA dispone expresamente que sus disposiciones son de orden público y deben utilizarse para la aplicación e interpretación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones de aquella, también disponía que sus disposiciones eran operativas, observado por el Poder Ejecutivo Nacional en el decreto de promulgación, lo que habría dado mayor eficacia y obligatoriedad sobre algunos aspectos de la ley, como por ejemplo la cuestión del seguro ambiental y de los fondos de restauración y compensación ambiental¹⁵. Sin embargo nadie podrá negar de las facultades casi inquisitivas de los jueces (instructoras, ordenadoras y preventivas), del derecho a la jurisdicción mediante una legitimación activa amplia¹⁶, con vías jurisdiccionales rápidas y expeditas, la responsabilidad objetiva y solidaria de quien genere el daño y fundamentalmente que deben regir la interpretación y aplicación de la Ley ambiental y de toda otra forma a través de la cual se ejecute la política ambiental. Asimismo, el Voto del ministro Petracchi en la causa Barragán c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, consideró que la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), la

¹⁴ CÁMARA FEDERAL, LA PLATA, Sala 2, 8/7/2003, “Asociación para la Protección Medioambiental y Educación Ecológica 18 de Octubre v. Aguas Argentinas S.A y otros sobre amparo”, RDAMB 2004-0-193 (JA).

¹⁵ Aunque sobre el tema no puede obviarse la opinión de los ministros de la Corte Suprema, Maqueda, Vázquez y Zaffaroni en el marco de la demanda interpuesta por la Asociación de Superficiales de la Patagonia para que las concesionarias de la explotación de las áreas hidrocarburíferas de la Cuenca Neuquina constituyen el Fondo de restauración ambiental de la Ley General de Arbitraje. Dichos magistrados entendieron que debía ordenarse a las demandadas que con carácter cautelar acrediten la contratación del seguro de cobertura por actividades riesgosas para el medio ambiente previsto en la ley ambiental, ya que era consecuencia de los principios de prevención y responsabilidad. (A.1274.XXXIX, 13/7/2004, Asociación de Superficiales de la Patagonia v. YPF SA y otro s/daño ambiental”, LL de 13/10/2004, p. 8. Citado por FAGGI Emilio en la “Transversalidad del Derecho ambiental”: Revista de Derecho Ambiental, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Nro 5, Enero/marzo de 2006. Lexis Nexis.

¹⁶ FAGGI, Emilio en la “Transversalidad del Derecho ambiental”: (2006) Revista de Derecho Ambiental, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Nro 5, Enero/marzo de 2006. Lexis Nexis.

participación ciudadana, el acceso a la información y la educación ambiental son aspectos que más allá de su reglamentación otorgan por su sola mención derechos a los habitantes¹⁷.

En éste contexto, la LGA, de presupuestos mínimos de protección ambiental, contiene una serie de principios, entre los que se destacan a los fines de éste estudio el principio de prevención y el principio precautorio.

La ley 25.675 contiene principios de interpretación y aplicación de la normativa y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental que, en general son identificados o reconocidos por la doctrina del derecho ambiental. Se destaca de la regla legal la directiva de tratar los problemas ambientales, desde su origen, causa y fuentes. El carácter prioritario del mismo. La visión totalizadora, global e integral que impone, y, en definitiva el fin que persigue: prevenir efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir.

El énfasis preventivo, sostiene Cafferatta, constituye uno de los caracteres por los rasgos peculiares del derecho ambiental. Aunque *“se apoya a la pos- tre en un dispositivo sancionado, sin embargo sus objetivos son fundamental- mente preventivos, porque la coacción a posteriori resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse son irreversibles. De mane- ra que la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizás irreparables. Por ello se recomiendan la adopción de estrategias previsoras en etapas precoces del proceso potencial- mente dañoso*¹⁸. *Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al me- dio ambiente, para evitar su consumación*¹⁹; *máxime teniendo en cuenta que*

¹⁷ Voto del Ministro Petracchi en el caso “Provincia de Córdoba v. Nación Argentina” Fallos (322-2793).

Caso “Barragán v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, (ED 3/1/2005, Pág. 1). Cita- do por Faggi Emilio en la Transversalidad del derecho Ambiental”, Op. Cit.

¹⁸ MARTÍN MATEO, Ramón, cit... Vol I, Pág. 93, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, De- recho Ambiental, cit. Pág. 50, JAQUENOD DE SZOGON, Silvia, El derecho Ambien- tal...cit., Pág. 352, MOSET ITURRASPE, Jorge, “El Daño ambiental en el Derecho Privado”, en Daño Ambiental...cit. T I, Pág. 21, BOTASSI, Carlos, Derecho Administrativo...cit, Pág. 93. Citados por Néstor Cafferatta en “El Principio de Prevención en el Derecho Am- biental”, Op. Cit.

¹⁹ TRIGO REPRESAS, Félix, “Responsabilidad por daño ambiental, JA, 1999-IV-1180; CARRANZA, Jorge; “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño am- biental”, JA 1989- IV-703. Citados por Néstor Cafferatta, en “el Principio de Prevención en el derecho Ambiental”.

se trata de un **bien no monetizable**, es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño²⁰. Para ello es necesario implementar soluciones de urgencia, que han sido objeto de importantes estudios desde el atalaya del derecho procesal, además hace tiempo que nuestra doctrina civilista descubrió la función preventiva del derecho de daños²¹. Así, se ha dicho que en nuestros días, el recurso a mecanismos judiciales directamente preventivos-inhibitorios, queda crecientemente justificado.

El Prof. Morello, citado por Cafferatta, sostiene “*Las técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes de suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinados a detener en forma inmediata sus efectos nocivos. “De allí que la prevención es función que no escapa al campo de la acción de la justicia civil, que puede actuar moldeando una efectiva suplencia respecto de los poderes de control de la Administración que se revelan insuficientes”*”²².

Y sigue diciendo Morello que, “*la procedencia del remedio preventivo de-*

²⁰ LORENZETTI, Ricardo; “Reglas de Conflicto entre Propiedad y Medio Ambiente”, LL 1998- A- 1025, nro. II-3.

Citado por Néstor Cafferatta en “El principio de Prevención en el Derecho Ambiental”

²¹ HIGHTON, Elena. “Reparación y Prevención de daño al medio ambiente”. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?, Derecho de daños, La Rocca, 2da parte, Pág. 883, sostiene que “el sistema jurídico debe indudablemente mantener una función preventiva y disuasiva del daño ecológico, y el análisis económico del derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto”; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La Responsabilidad Civil por el daño ambiental” Separata de Anales del Cincuentenario, Córdoba, 1991, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, destaca que “el amplio campo de la prevención de los daños no es ajena al derecho civil: son exponentes de ésta tendencia los Arts. 2618 (al mencionar el cese de molestias para evitar los daños futuros), 1071 bis, (que obliga a cesar en la actividad de intromisión en la vida ajena), el 2499 (que acepta medidas cautelares, el 83 y conc. de la ley 11.723 de propiedad intelectual (que permite impedir la exposición de obras o su circulación), etc., más adelante afirma que “en el ámbito de la preservación del medio ambiente la solidaridad social exige idear nuevos medios para prevenir el daño”. También, MOISSET DE ESPANET, Luis “Cesación del daño”, JA 6168-2 del 17/11/1999, enfatiza que precisamente “el problema del daños ambiental es el que nos indica que resulta indispensable éste enfoque que pone el acento en la cesación del daño como primera medida frente a los hechos dañosos”; se destaca además las posturas de MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela “La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencia y prospectiva”, Abeledo – Perrot, pág 208, LORENZETTI, Ricardo, “La tutela civil inhibitoria”, Op. Cit, NICOLAU, Noemí L, “La tutela inhibitoria y el nuevo Art. 43 de la Constitución Nacional, LL 1996-A-1245. Citados por Néstor Cafferatta, Pág. 21.

²² MORELLO, Augusto – STIGLITZ, Gabriel; “Responsabilidad Civil”...cit. Nestor Cafferatta.

viene incuestionable cuando se trata de contrarrestar los efectos nocivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad siguiera; actuando entonces después que el daño ha comenzado a originarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz”²³.

Lorenzetti señala que *“la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sola resarcitoria, sino también preventiva”*. La evolución se ha basado en la mudanza de una serie de paradigmas: *“de responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización”*; *“del daño a la propiedad al daño a la persona”*, *“del daño individual al daño colectivo”²⁴.*

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el 19/2/2002, en la causa Ancore S.A c/ Municipalidad de Daireaux²⁵, en relación al principio preventivo y teniendo en cuenta el precedente Almada v. Copetro, sostuvo: ***“Coincidiendo con García Minella (opinión vertida en causa citada por el tribunal, ‘Almada v. Copetro’, sent. del 19/5/1998), considero que debe darse particular importancia a la prevención del daño al medio ambiente. Como sostiene dicho autor, ‘para que no sea una fórmula meramente declarativa, la Constitución Nacional se anticipa y constitucionaliza el llamado daño ambiental y la obligación consecuente, estableciendo una nueva categoría de daños que obligan a recomponer lo ocasionado (ob. cit., nota 16)’*”**.

Por ello debe asignarse a ***“la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida im-***

²³ MORELLO, Augusto – STIGLITZ, Gabriel; “Responsabilidad Civil”...

²⁴ LORENZETTI, Ricardo; Las normas fundamentales de derecho privado; Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pág 483. Citado por Néstor Cafferatta en El Principio de Prevención...Revista de Derecho Ambiental, Noviembre de 2004, Lexis Nexis, Pág 22.

²⁵ SCBA, 19/2/2002 - Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux. JA 2002-IV-392.

postergable. En otros términos, el bien ambiental es, a diferencia de otros bienes, esencialmente limitado, y su consumo irreparable en cuanto cada vez con mayor nitidez se advierte la imposibilidad de un reiterado, continuo e inmediato reemplazo, al punto de preverse en muchos casos -de persistir una utilización irracional- su agotamiento inminente, con la consecuente repercusión directa y obviamente negativa que ello conlleva respecto de la calidad de vida humana”.

“Cualquier actividad susceptible de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de cualquier persona o comunidad debe ser en primer lugar prevenida o disuadida. Si ya hubiere comenzado a generar el daño, habrá de cesar, sin perjuicio de la reparación integral del agravio irrogado, de acuerdo al principio de que quien perjudica el medio ambiente debe resarcir, pero quien resarce no por ello puede seguir produciendo el perjuicio”.

“En esto no sólo ve comprometida la salud y el bienestar de quienes sufren actualmente la ofensa, sino también de las generaciones futuras a las que no puede de ningún modo conculcárseles sus posibilidades vitales” (voto del Dr. Pettigiani en fallo citado)²⁶.

En la causa “Asociación Oikos v. Gobierno de la Provincia de Mendoza s/amparo”²⁷, la Suprema Corte de Mendoza en su fallo de 15 de marzo de 2005, destacó que: *“La ley 6045 es una ley que se inscribe dentro de lo que denominamos el “Derecho Ambiental” que tiene, como veremos, implicaciones y manifestaciones de Derecho Privado, pero su meollo es fundamentalmente público, se impone directamente por el Estado, en cuanto que regula las relaciones del hombre con su entorno y no de los sujetos privados entre sí. Tiene por tanto claramente manifestaciones autoritarias y su desacato puede ser objeto de importantes represiones administrativas y penales. Esto tiene que ser necesariamente así, ya que, como demuestra la praxis, el espontaneísmo no ha funcionado, el grave deterioro ambiental que padecemos no se hubiera producido si los individuos y los pueblos se hubieran comportado razonablemente en lo relacionado con la conservación de la biosfera*

²⁶ Derecho agrario ambiental - nota a SCBA Ancore.

²⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA sala 1 Asociación Oikos v. Gobierno de la Provincia de Mendoza s/amparo”.

(Ramón, Martín M., *“Manual de Derecho Ambiental”, 1998, Ed. Trivium, Madrid, p. 63*). En otras palabras, *“la ley 6045 se impone con la primacía que le otorga su carácter de defensa del interés colectivo, por cuanto el Derecho Ambiental es sustancialmente Derecho Público. La tutela del ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el desarrollo sostenible como legado para las generaciones futuras”* (Bustamante Alsina, Jorge, *“Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa, 1995, Ed. Abeledo-Perrot, p. 51*)”.

4. PRINCIPIO PRECAUTORIO. TRATAMIENTO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

El principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable; en cambio el principio precautorio introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre. No debe confundirse este principio con el de prevención. En efecto, la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución -por el contrario- enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre, la incertidumbre de los saberes científicos en si mismos²⁸.

En la década del 70 fue acuñado el principio de precaución y desarrollado en distintos instrumentos internacionales, cuya formulación más conocida es la contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, expresa que: *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro 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 en el medio ambiente”*²⁹.

²⁸ CAFFERATTA, Néstor A. (2004) “Principio precautorio y derecho ambiental”, Revista La Ley 2004-A, 1202, Bs. As.

²⁹ DECLARACIÓN DE RÍO DE JANEIRO DE 1992 SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO.

El Art 4 de la LGA establece “*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*”, aquí encontramos una definición del principio precautorio de manera idéntica a la Declaración de Río a excepción de absoluto al nivel de certeza científica.

El ámbito material de aplicación tal vez sea lo más destacado y positivo: el mismo es aplicable en la interpretación y aplicación de la LGA y la de cualquier otra norma por la que se realice gestión ambiental. Otro aspecto, que da lugar a un interesante debate es la determinación del sujeto pasivo del principio: si bien éste parecería ceñirse a organismos públicos, nada indica en el texto de la ley que así sea.

Según Iribarren “*la definición adoptada por la LGA merece comentarios y abre distintos interrogantes de hecho, tal como está redactado haría presumir la existencia de dos premisas previas:*

- Una exigencia para las autoridades competentes de aplicar el principio de precaución para prevenir daños al ambiente.
- La obligación de las autoridades competentes a adoptar medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación.

Estas premisas no se encuentran en la LGA, en tanto poseen una escasa recepción en las leyes nacionales, siendo más frecuente la existencia de disposiciones tendientes a prevenir daños en normas sectoriales”³⁰.

Iribarren sostiene que, “como se observa la aplicación del principio precautorio en los términos previstos en la LGA encontrarían algunas limitaciones, como por ejemplo; ¿En que consiste, de acuerdo con el texto de la ley, la aplicación de éste principio? De una atenta lectura del mismo, surge que la ley impone al legitimado pasivo una legitimación de no hacer, es decir, de no utilizar la falta de certeza científica como una razón o motivo. ¿En que circunstancias el sujeto pasivo debe abstenerse de realizar la conducta que la ley prohíbe? De acuerdo con el texto legal, para “postergar la adopción de medi-

³⁰ IRIBARREN, Federico, (2005) “La Inclusión del Principio Precautorio en la Ley General de Ambiente”, Revista de Derecho Ambiental, N 1, Enero/Marzo 2005, Pág. 92. Lexis Nexis. Buenos Aires.

das eficaces para impedir la degradación”.

Afirma Iribarren que, “se presenta un problema dado que la Administración no posee el deber de fundar un acto omisivo, es decir, la inacción, salvo que se responda a una pretensión particular, como ser una solicitud de una ONG a una autoridad para que se adopten medidas de alcance general para prevenir daños; por el contrario la obligación de fundar su accionar corresponden a actos administrativos emanados positivamente, por los cuales se crea, altera, modifica restringe o prohíbe una situación jurídica preexistente. Desde esta perspectiva, el principio precautorio, tal como se encuentra en la ley consistiría en una obligación de no hacer limitada a circunstancias fácticas y jurídicamente infrecuentes. No puede sostenerse que la redacción de éste principio imponga per se al sujeto pasivo la obligación de adoptar medidas para prevenir daños ambientales (de hecho, la ley no lo expresa) sino que simplemente le impone de abstenerse de utilizar una causal para justificar el incumplimiento de una supuesta obligación, obligación que no existe en el texto de la ley”.

Tampoco impide la existencia de otras razones, a excepción de la falta de certeza científica, para posponer la aplicación de éstas medidas. Contrario sensu si bajo ninguna circunstancia se pudiesen posponer la adopción de medidas de protección ambiental eficaces, ¿Qué sentido posee describir una circunstancia en particular para afirmar ello?

Este razonamiento permite concluir que el texto de la ley en relación con el criterio de precaución no sigue el razonamiento sencillo de la Declaración de Río y posee los siguientes efectos y carencias:

- No impone a las autoridades la obligación de adoptar reservas o cautela para prevenir daños ambientales.
- No obliga a las autoridades a adoptar medidas eficaces para prevenir daños, quedando ambos ítems librados a los contenidos de las leyes sectoriales.
- No impiden que se utilicen otras razones para postergar la adopción de medidas eficaces.
- Solamente indica abstenerse de postergar la adopción de las medidas mencionadas utilizando como justificación la falta de certeza científica³¹.

³¹ IRIBARREN, Federico, (2005) Op. Cit. Págs. 93 y 94.

Es importante destacar que el principio precautorio ha sido estudiado por la doctrina jurídica, estableciendo características que permiten diferenciarlo de otros principios rectores. Agrega Facciano que, *“El principio de precaución implica un cambio en la lógica jurídica. Con razón se ha dicho que éste demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad, al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia”*³².

Sostiene Bergel que uno de los aportes principales del principio precautorio es el de la definición colectiva de la aceptabilidad del riesgo que no puede ser determinado por las formas habituales de pericias, pues los conocimientos de los expertos se desdibujan para poner en juego las relaciones sociales en la construcción de las diferentes categorías de riesgos. Por tanto, se trata de un tema político que debe ser resuelto mediante consenso social. Cafferatta indica que *“el riesgo potencial caracteriza el ámbito de aplicación del principio precautorio, en tanto el riesgo real, efectivo y concreto, el ámbito propio del principio preventivo”*³³.

La CSJN, en el Fallo Asociación de Superficiarios de la Patagonia v. YPF S.A. y otros, del 13 de julio del 2004³⁴, se pronuncia sobre el principio de Precaución ambiental.

El Tribunal, (Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Ricardo L. Lorenzetti, Carmen M. Argibay. En disidencia: Juan C. Maqueda y E. Raúl Zaffaroni) hizo lugar a la excepción de defecto legal deducida por las demandadas fijando el plazo de cuarenta días a partir de la notificación para que la actora lo subsanara de acuerdo con las pautas suministradas. Pro-

³² FACCIANO, Luis A., (2001) "La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000"III Encuentro del Colegio Abogados sobre temas de Derecho Agrario, Instituto de Derecho agrario del Colegio de Abogados de Rosario, 2001, p. 247 y sgtes.

³³ IRIBARREN, Federico; (2005) "La Inclusión del Principio Precautorio en la Ley General de Ambiente", Revista de Derecho Ambiental, N 1, Enero/Marzo 2005, Pág. 89.Lexis Nexis. Buenos Aires.

³⁴ CSJN: "Asociación Superficiarios de la Patagonia (ASSUPA) c/ YPF S.A. y otros s/recomposición del medio ambiente". Fallos: 327:2967.

rrogó, el tratamiento de las demás cuestiones propuestas hasta la subsanación del defecto legal. Los disidentes hicieron presente que: ***“la ley 25.675 contempla, asimismo, la peculiaridad de las demandas promovidas para la protección del medio ambiente en tanto se basa en una moderna concepción del desarrollo sustentable en la que se armonicen los intereses por la naturaleza del bien protegido sin que por ello quede afectado, naturalmente, el ejercicio de los derechos concedidos a los demandados. Esta distinción no sólo se refiere a la concepción sustancial de la protección del medio ambiente sino que también alcanza a efectos procesales de la sentencia a dictar en este tipo de procesos que son oponibles erga omnes”***.

Los Magistrados recordaron que la ley 25.675 estaba dirigida a la protección de un “ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”, con lo que debía tenerse en cuenta que la demanda se refería a la custodia del medio ambiente localizado en la Cuenca Hidrocarburífera Neuquina y, en particular, a la recomposición integral de los daños colectivos ambientales supuestamente causados por la actividad que desarrollaban las demandadas y que se habría producido en las aguas superficiales y subterráneas, en el suelo y en el aire. Más aún, señalaron que la cosa demandada había sido denunciada con precisión en el caso, hasta tal punto que eran los mismos demandados los que destacaban reiteradamente un acabado conocimiento de la localización de los daños que eran imputados en la causa. Además, hicieron presente que la demanda atendía a la custodia del medio ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados.

Los Jueces Maqueda y Zaffaroni hicieron referencia a diversos artículos de la Ley 25.675 (2, 6, 10, 22, 27). Sobre el Art.4 (principio de precaución) expresaron: (...) ***“el legislador ordinario, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 41CN., dictó la ley 25.675 que, en lo que aquí interesa, determinó los principios a los que debe ajustarse toda política ambiental y los cuales impregnan la interpretación y la aplicación de la norma en cuestión. Entre ellos, merece destacarse el principio precautorio que dispone: “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» (art. 4). A su vez, al reglar la demanda de daño ambiental en el marco de normas procesales adaptadas a la especificidad de los derechos e intereses en juego establece: “Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable” (Art. 31 ley 25.675). Asimismo, el Art. 32 de la ley establece que “...el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general...”. (...) En consecuencia, los Magistrados disidentes entendieron que se debía rechazar las excepciones de defecto legal y de falta de legitimación activa interpuestas³⁵.

El 26 de mayo de 2010, en la causa "Recurso de hecho deducido por Ricardo Hugo Schkop en la causa Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica"³⁶, el Máximo Tribunal debate el tema del principio precautorio en materia ambiental y como encausarlo por las vías procesales adecuadas. Lo que interesa resaltar aquí es que la aplicación de este principio requiere de una argumentación fuerte. No puede ser receptado acríticamente, porque el mismo conmueve algunas de las bases sobre las que se construyen nuestros sistemas jurídicos. En éste fallo, tres jueces más la Procuradora Fiscal entienden que la doctrina de la Corte respecto de la no admisión de medidas cautelares -por no ser sentencias definitivas a la luz de la ley 48- no se conmueven por tratarse de materia ambiental. Los otros cuatro jueces restantes, creen que sí, Lorenzetti adopta una

³⁵ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, (2008) “El Principio de Precaución. La Práctica Argentina”, Págs. 276 a 279. Lerner Editora. Córdoba, Argentina.

³⁶ Recurso de hecho deducido por Ricardo Hugo Schkop en la causa “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”.

postura bisagra. Reconoce la especificidad del Derecho Ambiental pero considera que en este caso no alcanza para admitir la medida cautelar. Su argumento, va por estos carriles: la actora había interpuesto una acción declarativa a efectos de que se establezca si la CNEA debe adecuar su accionar a los términos de la CN y la Ley General del Ambiente. En ese marco, se dictó la medida cautelar que se discute en el recurso. Haciendo simple un argumento complejo -con un análisis comparativo interesante de la naturaleza de las acciones declarativas y cautelares- Lorenzetti concluye diciendo que la medida de no innovar dictada en primera instancia no tiene ninguna correlación con el objeto de la acción declarativa planteada. Además, deja varias exigencias para el futuro del derecho ambiental constitucional, por ejemplo, la noción de que las medidas dictadas en virtud del principio de precaución no entran por el carril de las medidas cautelares, sino son procesos urgentes autónomos y definitivos, razón por la cual, en este caso, si habría habido sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario.

En otro fallo reciente, del 28 de septiembre de 2010 la CSJN en los autos “Alarcón Francisco y otros c/ Central Dock Sud S.A. y otro³⁷” se expide sobre una acción que promueven un grupo de vecinos de Dock Sud contra Edesur y la Central Dock Sud, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la instalación de un electroducto de alta tensión. Cuatro miembros de la Corte, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay consideraron que la cautelar sancionada no era una medida definitiva ni equiparable a tal. Los tres restantes, Lorenzetti, Highton y Fayt consideraron lo contrario, insistiendo con la nueva doctrina que dice que la invocación del principio precautorio o de prevención torna a las cautelares en procesos urgentes, autónomos y definitivos, tomando como sustento lo decidido en la causa Mendoza. De tal modo, hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la ley general del ambiente. Finalmente, respecto al tema que nos ocupa, la Corte postula en el considerando 7 ***“que la aplicación del principio precautorio -el cual, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta- establece que, cuando haya peligro de daño grave o***

³⁷ CSJN, 28/09/2010, “Alarcón, Francisco y otro c. Central Dock Sud S.A. y otro”.

irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 4° de la ley 25.675)”.

Zlata Drnas de Clement, conjuntamente con un grupo de colaboradores, en una excelente recopilación sobre “*el Principio Precautorio Ambiental, la Práctica en Argentina*”, sostienen a modo de conclusión “*que los jueces están recurriendo cada vez más al principio de precaución al fundamentar sus sentencias, pero el conocimiento y aplicación del mismo todavía es insuficiente en nuestro país*”³⁸.

La CSJN, en general, en sus pronunciamientos no ha acompañado los avances normativos internacionales vigentes en Argentina ni la plenitud de significados de la LGA a excepción de algunos de sus magistrados en votos en disidencia.

Generalmente, la jurisprudencia argentina en materia de principio de precaución ha confundido las nociones de precaución y prevención, desestimándose por ello pedidos de medidas cautelares que buscaban evitar un daño grave e irreversible de riesgo desconocido por las limitaciones científicas de alcanzar certidumbre. Sin embargo esa actitud no es ajena a lo que sucede en el plano del derecho comparado e inclusive en ciertos ámbitos del internacional poniéndose en evidencia el tan difícil ensamble entre derecho al desarrollo y derecho al ambiente.

5. EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL. TRATAMIENTO DOCTRINARIO, Y NORMATIVO

Uno de los interrogantes del presente trabajo es si la Evaluación de Impacto Ambiental, en adelante (EIA), responde al principio de prevención o de precaución, es decir si lo que se propone es la evitación, o atenuación de un riesgo potencial o de un riesgo real, efectivo y concreto. Pareciera ser, a priori que la EIA, se encolumna más en los mecanismos preventivos, que sancionatorios o reparadores, así lo sostuvo la Cámara Contencioso Administrativo de la Ciu-

³⁸ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, (2008) “El Principio de Precaución ambiental. La Práctica Argentina”. pág. 302. Ed. Lerner.

dad de Buenos Aires, sala 1ª, del 3/10/2003, en la causa “Barragán José P. v. Autopistas Urbanas S. A.”³⁹.

Sostiene Morel Echevarria, *“que si la experiencia nos informa que una actividad antrópica es susceptible de causar un daño al ambiente, es preciso tomar los recaudos suficientes para evitarlo. Generalmente, los problemas actuales suelen ser tan graves que existe la tentación de dedicarse exclusivamente a ellos; los problemas inminentes, sin embargo, pueden ser aún peores, a no ser que se intervenga oportunamente para prevenirlos. Las estrategias para la acción deberían ser por consiguiente, una combinación inteligente de remedios y de prevención, o sea enfrentar los problemas presentes, y preparar a los pueblos y a los Gobiernos para que puedan prever y evitar los problemas futuro”*⁴⁰.

La materialización del principio de prevención se da en la Evaluación de Impacto Ambiental, que constituye la institución preventiva, integral, por excelencia del Derecho Ambiental. Esta institución puede resumirse como necesidad de prever las consecuencias ecológicas de las acciones humanas y adoptar medidas para evitar o atenuar dichos daños enfatizando lo preventivo antes que lo sancionatorio (de que sirve la sanción- aún correctiva- si el ambiente nunca será el mismo después del daño). El objetivo de ésta institución es simple: modificar y/o evitar que una construcción o actividad necesaria desde un punto de vista social o económico regional inmediato, aparentemente benéfica y necesaria para un grupo social económico, no derive en el futuro mediano o inmediato en impacto negativo para el medio ambiente.

Una primera aproximación al concepto de EIA nos permite definirlo según Falbo, *“como un instrumento multidisciplinario que persigue, primero, contar con una identificación de los intereses ambientales en juego y los impactos sobre los mismos para, luego cumplir ciertas etapas que habrán de concluir en un acto administrativo, que se ha denominado de revisión, en el que el Poder Público aprueba, modifica o rechaza un proyecto, emprendimiento o acti-*

³⁹ CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, LL, 19/5/2004.

⁴⁰ MOREL ECHEVARRIA, Juan Claudio, (2008) “Ambiente y Cultura como objetos del derecho”, Editorial Quorum, 2008. Buenos Aires.

vidad que propone realizar un sujeto público o privado determinado”⁴¹.

Como derivación necesaria de ello, es menester aclarar que la EIA “es un procedimiento administrativo”⁴² y, así lo establece el Art. 20 de la ley 11723 de Medio Ambiente de la Provincia de Buenos Aires que reza “*La Declaración de Impacto Ambiental constituye un acto administrativo de la autoridad ambiental provincial o municipal que podrá contener: Inciso a) La aprobación de la realización de la obra o actividad peticionada. Inciso b) La aprobación de la realización de la obra o actividad peticionada en forma condicionada al cumplimiento de instrucciones modificatorias. Inciso c) La oposición a la realización de la obra o actividad solicitada*”, y terminar con las confusiones conceptuales como las que aparecen en el marco normativo de la Provincia de Bs. As, en el decreto reglamentario 1741/95⁴³ de la Ley 11459 de Radicación Industrial en la Provincia de Buenos Aires que asimilan a la EIA al Estudio de Impacto Ambiental, en adelante (eia)⁴⁴, que es un análisis del emprendimiento presentado por el proponente del proyecto, y destacar las interpretaciones que lo reducen a la revisión de éste último por parte de la autoridad de aplicación.

Se desprende de lo dicho hasta acá que la EIA aparece como una manera de prevenir los impactos ambientales⁴⁵, en la medida en que toda actividad humana produce impactos sobre el ambiente⁴⁶ y, a la vez como un presupuesto para

⁴¹ FALBO, Aníbal, (2006) “Evaluación de Impacto Ambiental, su concepto y caracteres”, Revista de Derecho ambiental, Nro. 5, Enero/marzo 2006, Lexis Nexis, Buenos Aires.

⁴² FALBO, Op. Cit.

⁴³ DECRETO REGLAMENTARIO 1741/95 de la Ley 11459, de Radicación Industrial en la Pcia. de Bs. As.

⁴⁴ En minúsculas para diferenciarlo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).

⁴⁵ La Directiva 85/337/CEE, ha introducido el instrumento de EIA definiéndolo como la preventiva valoración de los efectos directos e indirectos de las más variadas intervenciones - tanto de iniciativa pública como privada- sobre el territorio, sobre el hombre, la flora, la fauna, el suelo, el agua, el clima, el paisaje, los bienes materiales y el Patrimonio cultural. Se aclara que las citas en este trabajo se extraen de PASQUALLINI SALSA, Claudia, Diritto ambientale, Maggilli 2000, Página 429; IRIBARREN, Federico, “Evaluación de Impacto Ambiental su enfoque Jurídico”, Universo, 1997; PAYA, Fernando H, “La Evaluación de Impacto Ambiental en los Estados Unidos”, LL, 30/3/1994; CECCHETTI Marcello, Principi costituzionali per la tutela dell ambiente, GIUFRE, Milano, 2000; MATEO, Ramón M., Tratado de Derecho Ambiental, Trivium, 1991, cit., Citado por Aníbal Falbo.

⁴⁶ Esos impactos pueden ser de la más variada tipología y de la más diversa característica: lo habrá directos como indirectos, inmediatos o retardados en el tiempo, reversibles o irre-

el otorgamiento del acto habilitante para realizar el emprendimiento⁴⁷, que no lo eximirá, conviene aclararlo, de responsabilidades futuras⁴⁸.

Cecchetti, Marcello, sostiene que la EIA, queda enmarcado como un instrumento que representa “*una de las más importantes aplicaciones del principio de la acción preventiva*”.

Se trata, entonces, de un procedimiento que debe iniciarse lo antes posible. Esto es básico y definitorio, pues de esta manera contribuye al proceso de toma de decisiones y no se transforma en un medio de justificar decisiones ya tomadas.

Podemos definir a la EIA como el análisis de las posibilidades de impacto ambiental que presenta un determinado proyecto o actividad que se pretende llevar adelante, a los fines de prevenir, de manera temprana, sus efectos ambientales perjudiciales y riesgosos y, de ésta manera, permitir, modificar o impedir su concreción, y así lo establece el Art. 11 de la LGA “*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*” y en el Art. 12 “*Las personas físicas o jurídicas darán inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente. Las autoridades competentes determinarán la presentación*

versibles, de contenido positivo o negativo, de corto o largo plazo, cit. por Aníbal Falbo, Op. Cit.

⁴⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge – HUTCHINSON, Tomas – DONNA Edgardo., Daño Ambiental. T I, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1999, Pág. 261. cit. por Aníbal FALBO, Op. Cit.

⁴⁸ Existe consenso en el derecho comparado en cuanto, a la ineficacia para funcionar como causal de exoneración de la responsabilidad, de la observancia del derecho positivo en general y del administrativo en particular, como también de la autorización administrativa obtenida por el contaminador, ya que ésta última se entiende otorgada o concedida “sin perjuicio de terceros” (Véase Mateo Ramón, Tratado...cit. Vol., I, Pág. 169, Prieur, Michel, Droit d environnement, Dalloz, París, 1991, Pág. 731; Bustamante Alsina, Jorge, derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, Pág. 157; Besalu Parkinson Aurora, Responsabilidad por Daño Ambiental, Hammurabi- Depalma, Buenos Aires, 2005, página 100, nota 255). Así también lo ha entendido la jurisprudencia en el leading case Copetro (C. 1era, Civil y Comercial, la Plata, Sala 3, del 9/2/1995), donde se establece “Las actividades, fuente de las molestias que se procuran evitar o indemnizar, son o pueden ser actividades lícitas que cuentan con autorización administrativa”. Cit. por Aníbal Falbo, Op. Cit.

de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular y, en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados”.

A su vez el Art. 13 regula los Estudios de Impacto ambiental (eia) de la siguiente manera: *“Los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos”*⁴⁹.

Al introducirnos un poco más en las características de la EIA podemos destacar que, ciertamente no se circunscribe a una mera recopilación de información, sino que además la misma debe ser amplia y debidamente discutida y puesta en crisis tanto por el Poder Público como también, necesariamente, por el público.

Implementar el instrumento de EIA es en verdad una operación no solo compleja, sino también costosa, empero los costos que irroge siempre serán mucho menores a los costos ambientales que la comunidad deberá soportar en el caso de que se realicen proyectos o actividades ecológicamente incorrectas o que comprometan al ambiente⁵⁰.

Dentro del enfoque normativo se debe mencionar en general, el Art. 41 de la CN y el 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y en particular la LGA regula en su Art. 11 antes mencionado. Asimismo la ley de medioambiente de la provincia de Buenos Aires 11.723 establece la EIA.

La ley Provincial de medio Ambiente en su Artículo 3º establece *“Los habitantes de la Provincia tienen los siguientes deberes: Inciso a): Proteger, conservar y mejorar el medio ambiente y sus elementos constitutivos, efectuando las acciones necesarias a tal fin. Inciso b): Abstenerse de realizar acciones u obras que pudieran tener como consecuencia la degradación del ambiente de la Provincia de Buenos Aires”*. También en el Art. 5 instituye que *“El Poder Ejecutivo Provincial y los municipios garantizarán, en la ejecución*

⁴⁹ LEY 25675. Ley General de Ambiente.

⁵⁰ PASQUALLINI SALSA, Claudia, *Dirittio Ambientale*, cit. Pág. 430. Cit. Por Aníbal Falbo. Op. Cit.

de las Políticas de gobierno la observancia de los derechos reconocidos en el artículo 2º, así como también de los principios de política ambiental que a continuación se enumeran: Inciso a): El uso y aprovechamiento de los recursos naturales, debe efectuarse de acuerdo a criterios que permitan el mantenimiento de los biomas. Inciso b): Todo emprendimiento que implique acciones u obras que sean susceptibles de producir efectos negativos sobre el ambiente y/o sus elementos debe contar con una evaluación de impacto ambiental previa”.

A su vez el Art. 6, impone que *“el Estado Provincial y los municipios tienen la obligación de fiscalizar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al ambiente, siendo responsables de las acciones y de las omisiones en que incurran”*, y finalmente el Art. 10 requiere que *“Todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una Declaración de Impacto Ambiental expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación de acuerdo a la enumeración enunciativa incorporada en el anexo II de la presente ley”*.

Para ir cerrando la cuestión objeto del presente trabajo, es decir, si la EIA responde a advertir la existencia de un riesgo potencial e incierto o concreto y cierto, en otras palabras, si se encolumna dentro de las directrices que guían al principio precautorio o preventivo, de acuerdo a la doctrina, a la normativa y a la jurisprudencia examinada, estamos en condiciones de afirmar que la EIA, constituye un valioso y poco cuidado instrumento que tiene como objetivo prioritario prevenir, vigilar y eliminar las causas antrópicas de la degradación ambiental. Quedando claro que cuando no resulte posible eliminar dichas causas, no habrá otra chance que adoptar las medidas de mitigación, recuperación, restauración o, eventual compensación, que correspondan, pero esas últimas opciones sirven solo como un paliativo ante el daño irreparable, por ello concluimos que la EIA responde a las notas típicas y propias del principio preventivo.

6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Las Evaluaciones de Impacto Ambiental intentan lograr un equilibrio entre el desarrollo de las actividades humanas y el medio ambiente, incluyendo el factor tiempo, ya que es necesario que el uso actual de los recursos no afecte la herencia cultural e histórica de las generaciones futuras.

En definitiva, es necesario considerar que la integración estrecha y sólida de los principios de prevención y de precaución en la gestión ambiental requiere disponer de una serie de instrumentos jurídicos administrativos y económicos. Por lo tanto la Evaluación Impacto Ambiental es una excelente herramienta para prevenir las posibles alteraciones que determinadas actividades, obras, proyectos o programas puedan provocar en nuestro entorno. Para ello es necesaria una política ambiental que contemple acciones preventivas y globales, además de aquellas correctivas y parciales.

El Derecho no puede quedar al margen o ausente en este debate, es por ello que se torna imperiosa la necesidad de contar con una ley de Evaluación de Impacto ambiental a nivel nacional, que debería contener no sólo elementos de fondo sino también procesales de estructura, dejando las precisiones del proceso para cada ordenamiento provincial, dado que dictar normas de procedimiento son facultades de las provincias que nunca fueron delegadas a la Nación, lo expuesto se justifica porque los aspectos evaluados por una ley de impacto ambiental no respeta fronteras ni jurisdicciones y abrevan de la misma e idéntica normativa internacional incorporada a nuestro derecho positivo vigente por la ratificación de Tratados Internacionales y su la jerarquización constitucional de algunos de ellos.

En materia de Evaluación de Impacto Ambiental, en la provincia de Buenos Aires la ley 11.723, es la única normativa promulgada en la materia, si bien fue dictada ocho años antes que la ley nacional la supera en tutela normativa dedicándole 13 artículos a la Evaluación de Impacto Ambiental, pero de una manera genérica con necesidad de una reglamentación que se articule con la misma y que hasta la fecha no se ha dictado, incumpléndose de ésta manera con el artículo 28 y 144 Inc.2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

BIBLIOGRAFIA**Doctrina**

ALTERINI, Atilio Aníbal (2007) “Respuestas ante las nuevas tecnologías: Sistemas, Principios y jueces”. Publicado en *La Ley*, 2007- F, 1338.

CAFFERATTA, Néstor A. (2004) “Principio precautorio y derecho ambiental, *Revista La Ley* 2004-A, 1202, Bs. As.

CAFFERATTA, Néstor, “Breves Reflexiones sobre la Naturaleza del daño Ambiental Colectivo”.
http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/ambiental2005/textos/nestor1.doc, consultado en enero de 2011.

CAFFERATTA, Néstor, (2004), “El Principio de Prevención en el derecho Ambiental”. *Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, legislación y Práctica*. Lexis Nexis, Revista Nro 0. Págs. 9-49. Noviembre de 2004. Buenos Aires.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, (2008) “El Principio de Precaución. La Práctica Argentina”, Págs. 276 a 279. Lerner Editora. Córdoba, Argentina.

ESAIN, José, Derecho agrario ambiental - nota a SCBA Ancore. http://www.jose-esain.com.ar/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=78:derecho-agrario-ambiental-nota-a-scba-ancore&catid=40:comentarios-a-sentencias-destacadas&Itemid=61 Consultado abril de 2012.

FACCIANO, Luis, "La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000". Págs. 247 y sgtes. III Encuentro del Colegio Abogados sobre temas de Derecho Agrario, Instituto de Derecho agrario del Colegio de Abogados de Rosario, 2001.

FAGGI, Emilio, en la “Transversalidad del Derecho ambiental”: *Revista de Derecho Ambiental, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Enero/marzo de 2006. Revista Nro 5. Págs. 15-30. Lexis Nexis. Buenos Aires.

FALBO, Aníbal, “Evaluación de Impacto Ambiental, su concepto y caracteres”, *Revista de Derecho ambiental*, Enero/marzo 2006, Revista Nro 5, Págs. 3-14. Lexis Nexis, Buenos Aires.

GHERSI, Carlos; STIGLITZ, Gabriel; PARRELLADA, Carlos, “Responsabilidad Civil”, reimpresión, Pág. 508. Año 1997. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.

IRIBARREN, Federico, “La Inclusión del Principio Precautorio en la Ley General de Ambiente”, Revista de Derecho Ambiental, Enero/Marzo 2005, Revista N 1, Pág. 92, 93 y 94. Lexis Nexis. Buenos Aires.

MOREL ECHEVARRIA, Juan Claudio, “Ambiente y Cultura como objetos del derecho”, Editorial Quorum, Año 2008. Buenos Aires.

Jurisprudencia

SCBA, 19/2/2002 - ANCORE S.A. y otros v. MUNICIPALIDAD DE DAIREAUX. JA 2002-IV-392.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA, Sala I, “Asociación Oikos v. Gobierno de la Provincia de Mendoza s/amparo”. http://www.jose-esain.com.ar/images/pdf/nota_fallo_llancanelo.pdf Consultado Mayo de 2012.

CSJN, FALLO A. 1032. “Recurso de hecho deducido por Ricardo Hugo Schkop en la causa Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”. http://www.jose-esain.com.ar/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=241:la-corte-rechaza-la-queja-por-la-causa-de-sierra-pintada&catid=34:sentencias-y-resoluciones-judiciales&Itemid=7 Consultado abril de 2012.

CSJN “MENDOZA, Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza -Riachuelo)”. http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Fallos-Corte-Suprema-Mendoza.pdf Consultado abril de 2012.

CSJN: “Asociación Superficiarios de la Patagonia (ASSUPA) c/ YPF S.A. y otros s/recomposición del medio ambiente”. Fallos: 327:2967.

CSJN, 28/09/2010, “Alarcón, Francisco y otro c. Central Dock Sud S.A. y otro” <http://todosobrelacorte.files.wordpress.com/2010/10/alarcon-contracentral-dock-sud.pdf> Consultado mayo de 2012.

CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO de la Ciudad de Buenos

Aires, Sala I, LL, 19/5/2004.

CÁMARA FEDERAL LA PLATA, Sala 2, 8/7/2003, “Asociación para la Protección Medioambiental y Educación Ecológica 18 de Octubre v. Aguas Argentinas S.A y otros sobre amparo”, RDAMB 2004-0-193 (JA).

Normativa

Argentina, “Constitución de la Nación Argentina”, Editorial Zavalia, 2004.

Argentina, Provincia de Buenos Aires, “Constitución de la Provincia de Buenos Aires”, Editorial, Producciones Mawis, 2006.

Argentina, “Ley de Política Ambiental Nacional”. Ley 25675, sancionada el 6 de noviembre de 2002, promulgada parcialmente el 27 de noviembre de 2002, Publicada en el Boletín Oficial el 27 de noviembre del 2002. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm> Consultado mayo de 2012.

Argentina, Provincia de Buenos Aires “Ley Integral del Medio Ambiente y Recursos Naturales” Ley 11723. Sancionada el 9 de noviembre de 1995, promulgada el 6 de noviembre de 1995 y Publicada en el Boletín Oficial el 22 de diciembre de 1995. <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11723.html> Consultado mayo de 2012.

Argentina, Provincia de Buenos Aires, Decreto Reglamentario 1741/95 de la Ley 11459, de Radicación Industrial en la Pcia de Bs As. <http://www.retardantedelfuego.com.ar/articulos/Decreto-1741-Ley-11459.pdf> Consultado abril de 2012.

Declaración De Río De Janeiro De 1992 Sobre Medio Ambiente y Desarrollo. <http://www2.medioambiente.gov.ar/acuerdos/convenciones/rio92/declaracion.htm> Consultado abril de 2012.