

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

NUMERO 2 - 2021

LEONARDO FABIO PASTORINO

La evaluación de impacto ambiental y social en los derechos humanos: los estándares de la Corte IDH y las concordantes orientaciones de la CSJN a través del caso “Majul”



ISSN 2239-964X

LEONARDO FABIO PASTORINO*

*La evaluación de impacto ambiental y social en los derechos humanos: los estándares de la Corte IDH y las concordantes orientaciones de la CSJN a través del caso “Majul”***

SUMARIO: 1. *Introducción. Cuestiones metodológicas.* – 1.1. *Diálogo de fuentes: derecho interno y Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* – 1.2. *Diálogo de fuentes: el triple conforme en casos ambientales que involucran derechos humanos.* – 2. *El caso “Majul”, síntesis.* – 3. *Los derechos ambientales colectivos y la compleja trama relacional que se da en los mismos.* – 4. *Relación de la causa con los derechos humanos.* – 5. *Estudios y evaluación de impacto ambiental.* – 5.1. *Prevención y obligaciones estatales.* – 5.2. *La importancia de evaluar alternativas.* – 5.3. *El carácter previo de los estudios.* – 5.4. *La contradicción inadmisibles entre la evaluación de impacto previo y las aprobaciones “condicionadas”.* – 5.5. *La ley general del ambiente y la exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental.* – 6. *Acceso a la justicia, eficacia de procedimientos, debido proceso y preferencia del amparo como acción ambiental más idónea.* – 6.1. *Acceso a la justicia.* – 6.2. *Eficacia de procedimientos y la debilitación de la tutela sustancial a partir de un hoy exagerado y superpuesto menú de acciones.* – 6.3. *El amparo ambiental como vía privilegiada y más idónea.*

1. Introducción. Cuestiones metodológicas

El presente análisis se propuso verificar en un caso concreto el grado de correlación de la jurisprudencia argentina con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de evaluación del impacto ambiental considerando principalmente los estándares sustantivos hasta ahora identificados en la relación entre la protección del ambiente y el respeto a los

* Professore ordinario di diritto agrario, Università di Verona. E-mail: leonardofabio.pastorino@univr.it

** El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto “Evaluación de impacto ambiental y social en los derechos humanos: estudio comparativo según estándares e indicadores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (33620180101274CB) dirigido por la Prof. Doctora Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba, UNC - AR) y del proyecto “Derecho agrario, ambiental y del agua: respuestas en tiempos de cambio” (11/J169) dirigido hasta septiembre de 2021 por el autor en la Universidad Nacional de La Plata (UNLP - AR).

derechos humanos y, en forma algo más tangencial, los estándares de procedimiento con ellos -y con el caso en análisis-conexos.

Se ha elegido un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia (CSJN) de entre los más recientes y más ricos en materia de principios de derecho ambiental y de correcciones a prácticas extendidas sobre incorrecta aplicación de normas vigentes en materia de evaluación de impacto ambiental. Se trata del caso “Majul, Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de amparo ambiental”¹, caso que puede también señalar el culminar, aunque tal vez provisorio, de un recorrido jurisprudencial en el máximo tribunal argentino para la adopción de un enfoque ecosistémico del derecho, el fortalecimiento eficaz de la protección ambiental y del eje prevenir – cesar – recomponer y la enunciación pretoriana de los principios “*in dubio pro natura*” e “*in dubio pro aqua*”, recorrido que tiene faros fundamentales en las sentencias de autos “Mendoza”²; “La Pampa”³ y “Majul”. Con mayor detalle y más citas a otros interesantes casos este recorrido fue reseñado recientemente por Alicia Morales Lamberti quien también abordó cómo se llegó a este reconocimiento a través de documentos internacionales (2020a y 2020b). Este desarrollo doctrinario que tiene el valor, precisamente, de mostrar la coherencia y evolución a partir de cada caso de las enseñanzas de la Corte Suprema argentina, más allá de muchísimos otros comentarios a sus sentencias por parte de muchos otros tantos autores de los más calificados en la doctrina ambiental del país, dimensiona el significado de los principios referidos.

Resulta importante señalar que esta evolución jurisprudencial del Máximo Tribunal cierra un recorrido y se orienta contundentemente hacia esta visión ecocéntrica. En *El daño al ambiente* (Pastorino, 2005), se demostró, a partir de los debates producidos en la Convención de 1994, que los constituyentes no se habían inclinado por una posición netamente antropocéntrica, como así sí concluyó otro autor en base a los proyectos presentados (Rabbi-Baldi Cabanillas, 1998), sino que habían dejado planteada tanto una visión más antropocéntrica en el primer párrafo del art. 41 y otra más ecocéntrica en el segundo párrafo de ese artículo, tal como lo sintetizara la

¹ CSJ 714/2016/RH1, sentencia del 11 de julio de 2019.

² M. 1569. XL. Originario. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo).

³ CSJ 243/2014 (50-L) CS1. Originario. “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas”.

convencional Vallejos. Se sostuvo que se trató de una solución transaccional que tal vez fue aceptada por todos los bloques a la espera de una maduración de las ideas en una época en que ya introducir la protección ambiental en la Constitución costaba. Un poco más adelante, la ley 25.675 postuló algunas cuestiones más claramente ecocéntricas como reconocer que sea intrínseco a la definición de la legislación ambiental la garantía de la dinámica de los sistemas ecológicos y mantener su capacidad de carga (art. 6) entre otras. Las sentencias antes mencionadas van, como se dijo, clarificando más esta posición y la consolidan como un meta objetivo de nuestro sistema jurídico.

La elección del caso “Majul” para este trabajo que intenta analizar en términos comparativos y también de adecuación la jurisprudencia interamericana con la nacional no se trata del análisis de un caso más, de una sentencia aislada, sino que se pueden calificar sus enseñanzas, a la luz de esa colocación evolutiva con sus precedentes, como verdadera doctrina judicial de nuestro máximo tribunal. A ello se suma la importancia didáctica y ejemplificadora del precedente de nuestra Corte Suprema, como en su momento lo tuvo el caso “Mendoza”, sentando interpretaciones, procedimientos y pautas de cómo aplicar las todavía escasas normas sustanciales y procesales para un derecho ambiental aún en formación. Pero todavía en forma más concreta y asertiva, la sentencia que será objeto de este trabajo deja sin efecto nada más ni nada menos que una sentencia del máximo tribunal de provincia, donde se reenvían los autos para que se dicte un nuevo pronunciamiento en base a la correcta aplicación del derecho en ella practicada con lo que también adopta un valor ejemplificador.

Siendo que también el proyecto de investigación que origina la presente labor tiene como objetivo específico identificar estándares e indicadores cualitativos de progreso, para medir la calidad y magnitud de los esfuerzos en las políticas, acciones, decisiones, planes o programas ambientales provinciales dirigidos a promover, proteger y garantizar los derechos ambientales sustantivos y procesales, en el comentario también se hará referencias a ciertas prácticas que la Corte señala como contrarias a derecho, pero que trascienden en su habitualidad el caso aislado que se analiza.

El análisis será realizado en base al concepto de diálogo de fuentes que a nivel nacional está fundado en los parámetros y jerarquización normativa a nivel constitucional y ratificado con la sanción del Código Civil y Comercial (CCC).

1.1. Diálogo de fuentes: derecho interno y Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En relación a la Constitución, es sabido que los tratados de derechos humanos enunciados en el art. 75 inc. 22, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos a los que el Congreso, con una mayoría especial decida dotar de rango supremo, tienen jerarquía constitucional. Bajo tal orientación, en primer lugar corresponde abordar la relación del caso planteado con los derechos humanos (en función de su valor paradigmático de impacto ambiental y social y en relación con aquellos) y la aplicación en el mismo de los estándares establecidos para esos supuestos.

Con esta jerarquización, se procura inscribir a nuestra Constitución en el proceso universal del derecho internacional de los derechos humanos, reforzando y mejorando la protección nacional de los derechos fundamentales al hacer explícito lo que antes no lo era, sin olvidar la valiosa función interpretativa que precursoramente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) había realizado muy tempranamente, en los casos “Kot” (*Fallos* 241:291) en 1958, y “Outon” (*Fallos* 267:215) en 1967, citando la Declaración Universal de Derechos Humanos (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicaceleaya, 2001).

A esa relevante novedad normativa introducida por la reforma constitucional de 1994 debe agregarse algo aún más importante; y es que esos instrumentos internacionales prevén órganos de fiscalización del cumplimiento -o incumplimiento- por parte de los estados de los compromisos internacionales asumidos a la hora de suscribirlos, aprobarlos y ratificarlos. Esos órganos -para el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)- son, además, intérprete autorizado de dichos tratados.

En concreto, la Corte IDH, ya sea a través de su competencia contenciosa (en el caso en que el Estado la haya aceptado voluntariamente) o consultiva (ejercida a solicitud de la CIDH o de un Estado), determina, en razón de ser la intérprete final de la CADH (artículo 62) la compatibilidad o incompatibilidad de todo el ordenamiento jurídico interno y de los actos de los

funcionarios estatales no sólo a dicha Convención, pero también a todo el resto de los instrumentos del *corpus iuris* interamericano (Nogueira Alcalá, 2012). Esto ha dado en llamarse control de convencionalidad, nombre dado por la Corte recientemente, pero que realiza –aún sin norma expresa- desde sus inicios como tribunal interamericano, en estrecha relación con el deber que tienen los Estados partes de la CADH de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella (artículo 1.1) y de adoptar las disposiciones de derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2). Este control de convencionalidad se funda, además, en dos principios del derecho internacional: el efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe, y la prohibición de alegar el derecho interno para incumplirlas, en conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Olano García, 2016).

En 2014, la propia Corte IDH advirtió que ese control debe hacerse además sobre la base de lo que ella señale también en ejercicio de su competencia no contenciosa –por medio de sus opiniones consultivas- (Opinión Consultiva 21/14, párr. 31).

En el orden interno, la Corte Suprema –aún antes de la última reforma constitucional- en 1992, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (*Fallos* 315:1492), aceptó que “debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”, citando para ello la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte IDH. Luego de la reforma, en el caso “Girolidi” (*Fallos* 318:514), dijo que la jerarquía constitucional de ese instrumento “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75 inc. 22, párr. 2 CN) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. En el caso “Bramajo” (*Fallos* 319:1840), sumó las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

1.2. Diálogo de fuentes: el triple conforme en casos ambientales que involucran derechos humanos

Si bien el caso en cuestión no se resuelve en base al Código Civil y Comercial ya que no se trata de una relación meramente entre privados o por el

uso de derechos personales o reales reconocidos a través del mismo, vale la pena recordar que fue a partir de él que se comenzó a utilizar la expresión “diálogo de fuentes” en relación al derecho ambiental. Siguiendo la tradición del Código Civil que se planteó siempre como norma supletoria, de cierre u ordenadora de todo el sistema jurídico subconstitucional, el Código Civil y Comercial contiene específicas disposiciones ordenantes de los distintos sistemas normativos.

Por un lado, los artículos 1 y 2 reiteran la jerarquía de la fuente internacional en materia de derechos humanos y la importancia de las decisiones coherentes entre todas las fuentes del sistema. Por otro lado, los artículos 14, 240 y 241 jerarquizan los intereses colectivos, reconocen el microsistema de derecho administrativo ambiental, reconoce valores de orden público como la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros y ratifica la aplicabilidad directa en cualquier jurisdicción, de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental.

El aporte del Código Civil y Comercial, con estas pocas citas, fortalece la interpretación que ya ponía en el art. 41 el origen de un orden público ambiental fundado en el deber de preservar el ambiente que sería un deber que trasciende cualquier mandato normativo imponiendo una auto responsabilidad de los sujetos privados y estatales en el ejercicio de sus derechos propios e individuales cuando está comprometida la tutela ambiental (Pastorino, 2005), posición más claramente expuesta con el reconocimiento a dicho orden público ambiental por el artículo 3 de la ley general del ambiente, 25.675. Es así que, el Código Civil y Comercial, más allá de su ámbito preciso de actuación en el derecho privado, respecto a esta temática, trasciende el mismo y se enarbola con una pretensión sistémica. En definitiva, como entiende Morales Lamberti al enmarcar el proyecto de investigación en cuyo ámbito se desarrolla el presente análisis y valorizar las reglas impuestas por el Código, “el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, exige al intérprete la verificación de un doble conforme: por una parte, balancear su ‘compatibilidad’ con los derechos de incidencia colectiva; y por otra, a verificar su ‘conformidad’ al microsistema especial integrado por normas ambientales nacionales, provinciales y municipales dictadas en el interés público (art. 240 CCC)”. Proceso que se debe completar con la compatibilidad o un ‘tercer’

conforme, en su caso, con los estándares surgidos en el sistema de derechos humanos.

2. El caso "Majul", síntesis

En el caso, el señor Julio José Majul, vecino de Gualeguaychú, en la provincia de Entre Ríos, interpuso acción de amparo ambiental colectivo contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, ubicado en la margen del río Gualeguaychú opuesta a su ciudad, y contra la empresa que estaba llevando adelante el proyecto inmobiliario "Amarras de Gualeguaychú" con el objeto de prevenir un daño inminente y grave "para toda la comunidad de las ciudades de Gualeguaychú y de Pueblo General Belgrano y las zonas aledañas" y para que cesen los perjuicios ya producidos y también se los repare. Posteriormente adhieren a la acción otros vecinos más; el actor amplía demanda contra la Provincia para que no autorice la obra y el juez de primera instancia llamó como tercero al Municipio de Gualeguaychú.

Al tiempo de la demanda, el actor alegó que los trabajos habían comenzado antes de contar con las autorizaciones necesarias, con desmonte y destrucción de montes nativos en zonas protegidas por ordenanzas municipales y levantado enormes diques y construido otros terraplenes con movimiento de suelo que podrían provocar inundaciones a los habitantes de las zonas costeras. También denunció la falta de un plan de tratamiento de los residuos domiciliarios y de los efluentes cloacales del barrio a erigirse. También indicó que el desarrollo urbanístico podría afectar el parque Unzué, una de las áreas declaradas protegidas, atento el tráfico que podría aumentar buscando conectar con Gualeguaychú, ciudad más populosa y que ofrece más comercios, servicios y posibilidades de empleo. En tales condiciones, invocó su carácter de afectado en los términos del art. 43 y precedentes 337:1361 y 332:111 ("Kersich" y "Halabi", respectivamente) en razón de estar en juego los derechos a gozar de un ambiente sano y equilibrado y de acceso al agua potable.

3. Los derechos ambientales colectivos y la compleja trama relacional que se da en los mismos

Desde el tiempo previo a la reforma de la Constitución Nacional está en debate la naturaleza del derecho a reclamar por el cuidado del ambiente. En un

principio, se dio la discusión sobre si se trataba de un verdadero derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés difuso. Paradigmático el debate entre Cano y Marienhoff (1983). Pero aún entre la teoría que finalmente triunfó, la del derecho subjetivo, hubo y hay varias posiciones, a veces contradictorias entre sí o que sólo muestran una arista de un derecho mucho más complejo que aquellos derechos individuales tradicionales. Por un lado, las posiciones que buscan el reconocimiento de un derecho subjetivo en cada persona a vivir en un ambiente sano y equilibrado (al que también deberíamos acostumbrarnos a agregar su goce, disfrute y contemplación y a recibir los beneficios de una buena calidad de vida a partir de un ambiente que mantenga su grado natural de evolución y diversidad) y por otro lado los que sostienen que en realidad se trata de un derecho subjetivo pero del propio ambiente y sus elementos, teoría que por primera vez enunció, en 1974 el norteamericano Christopher Stone, en un artículo que luego fue publicado con otros temas de su autoría en un libro (Stone, 1996). Incluso, en una posición todavía más extrema de esta segunda, están quienes opinan que más que un derecho subjetivo de cada ser humano al ambiente, éstos deben ser considerados sujetos sólo a obligaciones que garanticen el derecho del propio ambiente (Bibiloni, 2005). Para los que sostienen que se trata de un derecho subjetivo de las personas humanas, también difiere el fundamento o categoría de este derecho. Al inicio se la admitió vinculada a otros derechos individuales como la salud o la propiedad. Otros lo vieron como un derecho de la personalidad, o como un derecho fundamental de la persona, o como un derecho humano. Las distintas posiciones fueron sintetizadas en *El daño al ambiente* (Pastorino, 2005). Finalmente, está la cuestión de si es un derecho de cada una de las personas, que lo pueden ejercer exclusiva y excluyentemente, o de todas las personas que lo deben compatibilizar o ejercer en forma concurrente. Es decir, si lo que se tiene es un derecho subjetivo individual exigible e irrenunciable o si el derecho es a la participación por la toma de decisiones sobre el ambiente pero con la limitante que ninguna persona, incluso las personas públicas estatales, pueden apropiarse y disponer *per se*, sobre este bien común. Este último aspecto es el que el citado caso Halabi busca comenzar a despejar. Sin embargo, vale también la pena observar, que el caso se refiere a otro tipo de derechos que pueden plantearse desde una perspectiva individual y también desde una perspectiva colectiva, como es el caso de un servicio público y de los derechos del consumidor, pero que no son exactamente equivalentes al derecho al ambiente que, por la

naturaleza del bien protegido y su relación con la existencia misma de la vida de cada ser vivo en el Planeta, pasa a tener una condición que le da especificidad respecto a los restantes derechos colectivos.

El punto de partida para resolver muchas de estas disyuntivas puede ser el de entender que, en muchos casos, no son tales y que el fenómeno ambiental puede dar lugar a todas ellas según el caso, la perspectiva desde dónde se lo encara o la pretensión que se busca lograr, partiendo del entendimiento que el fenómeno ambiental y las relaciones jurídicas que comporta, son por demás complejos. Tratando de aclarar con el texto constitucional, “todos” los habitantes puede referir a que cada uno de ellos tiene un derecho subjetivo a vivir en un ambiente sano y equilibrado y también que todos ellos tienen el derecho subjetivo colectivo a decidir cómo se logra mantener ese ambiente sano, en equilibrio pero también permitiendo las actividades productivas que satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

Muchos de estos debates quedaron sin zanjarse en tanto surgían muchos de los textos normativos que todavía hoy nos rigen. Un ejemplo claro es el del término “afectado” en el art. 41 y en la ley general del ambiente y las distintas posturas que hubo para interpretar si era el afectado en su propio centro de intereses personales o era el afectado ante el incumplimiento de la desiderata constitucional de proteger el ambiente *per se* y así, por reflejo, para una mejor vida de la humanidad.

Esta mirada casi caleidoscópica del fenómeno ambiental es la que también explica las diferencias y, a la vez, intensas interrelaciones entre lo que llamamos daño a través del ambiente o daños ambientales personales o daños ambientales civiles y los daños al ambiente en sí mismo o daños ambientales colectivos. Muchas veces un mero impacto que el ambiente puede soportar es causa adecuada de un daño cierto y verificable en la salud o vida de las personas u otros seres vivos. Otras veces tenemos grandes daños a los ecosistemas y no por ello se verifica un daño civil.

A pesar de los grandes avances que en pocas décadas desde su irrupción impuso el derecho ambiental a las concepciones tradicionales del derecho, aún queda a veces a fuego y otras veces más solapadas, aquellas ideas clásicas del interés personal como base de la legitimación y la acción procesal. Todavía se mezclan en las demandas ambientales la pretensión de descontaminar un río con la calidad de vecino sufriente de algún daño. Aún esta calidad de vecino

enmarca una proximidad que justificara “un cierto interés” que no parece poder ser aún el interés puro y simple de la conservación del ambiente y más allá de tener que demostrar que, ciertamente, cualquier atentado a tal conservación pueda llevar a una vida individual de las actuales o futuras generaciones más degradada en su calidad.

Como reseñamos en la síntesis, en el caso “Majul” sigue habiendo un poco de esto. Es vecino del lugar, lo que parece legitimarlo, luego debe aclarar que actúa como “afectado”, reclama por posibles inundaciones que causen afectaciones personales y también por la calidad del agua que podría perder su condición de potable y, por ende, apta para el consumo humano. Ello a pesar que los daños concretos y a recomponer son los vinculados a la deforestación y afectación del bosque nativo, a los humedales que la Corte parece rescatar como un ambiente particularmente valioso y a proteger más allá que todavía no se cuenta con la ley de presupuestos mínimos de protección para ellos, los daños al ciclo hidrológico y las alteraciones en la llanura de inundación.

4. Relación de la causa con los derechos humanos

En este punto, es donde el caso además de ambiental aparece como un verdadero caso de derechos humanos.

Si recurrimos a la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora también la citaremos como OC 23), la que por el momento aparece como el primero y más ordenado texto de las consideraciones de la Corte IDH sobre derecho ambiental, surge un intento por relacionar las cuestiones ambientales y su potencialidad de afectar los derechos humanos, siempre que pongan en juego la vida o la integridad de las personas. Pero vale la pena señalar que este razonamiento es inducido por la propia consulta de Colombia que, en sus preguntas hace expresa mención a los arts. 4.1 (derecho a la vida) y 5.1 (derecho a la integridad personal), ante la ausencia de una previsión expresa del derecho al ambiente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello no obstante, la Corte IDH en su respuesta, también se va a referir al derecho al ambiente como derecho humano autónomo que, en vía evolutiva, aparece expresamente reconocido en el Protocolo Adicional a dicha Convención dedicado a los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como Protocolo de San Salvador y firmado en 1988.

Por su propio ámbito de actuación en el campo de los derechos humanos, la Corte IDH plantea las intensas interrelaciones entre derechos humanos y protección al ambiente pero no subsume al derecho ambiental en los primeros, es decir que deja entrever que no toda causa ambiental va a estar vinculada a los mismos, así como tampoco es posible concluir que los regímenes especiales de protección ambiental extiendan por sí mismos la jurisdicción de los Estados Parte a efectos de sus obligaciones bajo la Convención Americana (párr. 93).

En su párrafo 41 recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos; reafirma la especificidad de los tratados de derechos humanos y recuerda que de ellos se derivan obligaciones estatales hacia los individuos bajo su jurisdicción. Y a ello agrega que también existe un extenso *corpus iuris* de derecho ambiental internacional pero que en ese ámbito normativo, si bien a la Corte IDH no le corresponde emitir una interpretación directa de los distintos instrumentos de derecho ambiental, indudablemente los principios, derechos y obligaciones allí contenidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana (párr. 44).

La OC 23, con extensas citas a antecedentes de derecho internacional fundamenta la existencia de un derecho al ambiente sano autónomo, es decir, sin necesidad de conexión con la vida o la salud de las personas humanas y, como se dijo antes, lo admite en los términos del artículo 11 del Protocolo de San Salvador que lo recepta en estos términos: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (art. 11).

Para la Corte, el derecho al ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del ambiente, «tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte IDH advierte una tendencia a

reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales» (pár. 62). Con citas a la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de esa institución en Río de Janeiro del 26 al 29 de abril de 2016; sentencias de las cortes constitucionales de Colombia y Ecuador y las constituciones de Bolivia y Ecuador. Se puede leer un estudio más profundo de estos documentos internacionales en los escritos recientes de Alicia Morales Lamberti (2020).

Sin embargo, también recuerda que para la propia Corte IDH determinados proyectos o intervenciones en el medio ambiente en que se desarrollan las personas, pueden representar un riesgo a la vida y a la integridad personal de las personas (caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador y caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam). Ello así pues entiende que los daños ambientales (refiriéndose a aquellos que llamamos al ambiente en sí mismo, Pastorino, 2005) pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio aunque algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental. Así clasifica los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del ambiente, también identificados como derechos sustantivos (citando como ejemplos el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad) y aquellos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales o de procedimiento (párr. 64).

Con respecto a la vinculación con los derechos humanos a la vida y a la integridad personal, la Corte recordó que ya se ha referido al acceso y calidad del agua, alimentación y salud, los que, a su vez, están en íntima relación con el derecho al ambiente sano. También, en virtud de la transversalidad de los derechos humanos (Cenicacelaya, 2012), ha expresado que la calidad del agua, la salud y el acceso a los alimentos en forma adecuada son condiciones que impactan de manera aguda en el derecho a una existencia digna y a condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos. Finalmente, la Corte ha incluido la protección del medio ambiente (*sic*) como una condición para la vida digna (Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 163, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 187, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, párr. 172).

5. Estudios y evaluación de impacto ambiental

El actor alega que si bien se realizó un estudio de impacto ambiental, no se cumplió con los presupuestos mínimos indicados en la Ley General del Ambiente, 25.675, que impone un procedimiento administrativo más complejo de evaluación con una decisión administrativa final que le dé conclusión, tal como se verá. Adujo que el "Plan de Manejo Ambiental" presentado por la empresa, reconoce la pérdida de cobertura vegetal, la alteración del comportamiento de los patrones de fauna, la afectación del paisaje y la modificación del cauce del río.

Por su parte, ya entrando en su análisis, es decir, luego de la reseña o resultandos del expediente, es la propia CSJN la que observa que en el mismo estudio existe información y conclusiones con un peso tal que lo invalidan y da por probado que en el caso se llevaron acciones para la construcción del barrio que dañaron el ambiente, las que, por su magnitud, ocasionarían impactos permanentes e irreversibles. En particular, la zona del emprendimiento estaría incluida en la "Reserva de los Pájaros y sus Pueblos Libres" creada formalmente por ley provincial 9718. También se remarca que el proyecto se realizará sobre una zona de humedales y que los movimientos del suelo, la construcción de talud vial y el relleno de celdas con material refulado, alterarían las cotas de la morfología original del terreno. Entrecomillado la CSJN remarca como dada por el propio estudio la conclusión que «se trata de impactos permanentes e irreversibles». Aún más impactante es la constatación que desde la presentación del estudio y antes de su aprobación, la empresa realizó trabajos de magnitud en el predio. Existieron otras denuncias previas de vecinos y también una presentación administrativa ante la Provincia, del propio Municipio de Gualeguaychú y se deja constancia de constataciones por la misma Provincia, incluso en el período en que una cautelar de primera instancia había suspendido la ejecución de las obras. Incluso, se cita que el Director de Desarrollo Sustentable de la Municipalidad de Gualeguaychú envió a la Secretaría de Ambiente Sustentable de la Provincia un acta de constatación y fotografías informando la ejecución de obras y movimientos de suelo a gran escala y que también presenta un informe donde se evidencian las graves transformaciones en el área en el transcurso del tiempo, acompañando fotos de 2004 que permiten comparar el deterioro. Finalmente, se hace mención a dos

oficios enviados por el Director de Hidráulica de la Provincia dirigidos a las secretarías de Ambiente y de la Producción en la esfera provincial, del que surgían afectaciones en el valle de inundación y que la construcción implicaría una sobreelevación del nivel del río en el tramo de aguas arriba de la obra que podrían causar inundación a la población.

A propósito, la OC 23 se refiere a las obligaciones estatales que se derivan de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos y trata la prevención, la precaución y la mitigación del daño, todas claramente vinculadas a la situación tratada en autos “Majul” y también el deber de cooperación entre los estados, que en este caso puede no tener directa aplicación.

5.1. Prevención y obligaciones estatales

Respecto a la prevención, ya sabemos que se trata de un principio configurativo de la especialidad del derecho ambiental y del fundamento de los institutos del estudio de impacto ambiental y de la evaluación de impacto ambiental (ver en *El daño al ambiente* los debates constitucionales, Pastorino, 2005) así como de los planes de contingencia y de las auditorías, entre tantos otros. No es la intención de este trabajo analizar las insuficiencias de la OC 23, pero no se puede dejar de mencionar la perplejidad que la misma deja al acotar el ámbito de aplicación de este principio al que llama obligación, sólo a los daños “significativos” (pár. 135), cuando es conocido ya por todos que también existen impactos acumulativos, históricos y combinados, que en sí mismos o individualmente pueden considerarse cada uno tolerable o absorbible por la capacidad de carga de los ecosistemas pero que, en su conjunto, pueden causar perjuicios de difícil recomposición o directamente irreversibles. También llama la atención que para la Corte IDH la obligación de prevención sea simplemente de medios y no de resultados (pár. 143).

En forma más detallada, la Corte entiende que para cumplir la obligación estatal de prevención, los estados deben regular, pero también supervisar y fiscalizar. En el caso que tratamos, respecto a la Evaluación de Impacto Ambiental existe regulación, pero evidentemente fue reprochable el proceso de fiscalización y supervisión, tanto en lo que hace al control del estudio como a las tareas de desmonte que, si bien se detectaron, no pudieron ser detenidas. La otra obligación claramente desarrollada en la OC 23 es la

obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, en el que nos detendremos más; el deber de establecer un plan de contingencia que no está mencionado en el fallo y, por ende, queda la duda si estuvo contemplado o no en el EIA y el deber de mitigar en casos de ocurrencia del daño ambiental, lo que constituye uno de los aspectos más sobresalientes del fallo que marca una guía de actuación judicial por demás plausible y efectiva.

La Corte Interamericana hasta el momento solo se ha pronunciado respecto a la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental respecto a actividades desarrolladas en territorio de comunidades indígenas (pár. 156). No obstante, advierte que la obligación existe también en relación con cualquier actividad que pueda causar un daño ambiental significativo (157). También se ha sostenido que al analizar un EIA los estados tienen que tener en cuenta sus compromisos internacionales y las posibles afectaciones a derechos humanos (Romero, 2019).

La primera observación que corresponde hacer es que la Corte Interamericana menciona la obligación de realizar un “Estudio de Impacto Ambiental” (EIA) y no, como surge de la ley general del ambiente, 25.675 y de la doctrina más reconocida, partiendo del recordado impulsor del derecho ambiental Ramón Martín Mateo (1992), un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental” (EvIA). Ello no obstante, los detalles con los que describe al EIA la OC 23 en cuanto a sus contenidos y buenas prácticas, no dejan dudas de que se trata de un estudio que debe pasar por un proceso de evaluación. Así, el párrafo 150 de la OC 23 expresa que: «esta regulación debería ser clara al menos sobre:

i) cuáles actividades propuestas e impactos deben ser examinados (áreas y aspectos cubiertos);

ii) cómo debe ser el procedimiento para realizar un estudio de impacto ambiental (requisitos y procedimientos);

iii) qué responsabilidades y deberes tienen las personas que proponen el proyecto, las autoridades competentes y los entes u órganos que toman las decisiones (responsabilidades y deberes);

iv) cómo se utilizará el proceso del estudio de impacto ambiental para aprobar las actividades propuestas (relación con la toma de decisiones); y

v) qué pasos y medidas deben adoptarse en caso que no se siga el procedimiento establecido para realizar el estudio de impacto ambiental o para

implementar los términos y condiciones de la aprobación (cumplimiento e implementación)».

También indica que los estudios deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto y hacerse “antes” de la realización de la actividad.

A partir del párrafo 163 la Corte enuncia otras condiciones que deben cumplir los EIA:

- a) ser previos;
- b) realizados por entidades independientes bajo la supervisión del Estado;
- c) abarcar el impacto acumulado;
- d) contemplar la participación ciudadana;
- e) respetar tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y
- f) tener contenidos acordes a las circunstancias específicas de cada caso y el nivel de riesgo que implica la actividad propuesta, lo que debe determinarse para cada caso en la legislación.

5.2 La importancia de evaluar alternativas

Otro aspecto significativo es que la OC 23 remarca la necesidad de que el estudio contemple alternativas. Al respecto, nuestra ley general del ambiente nada dice, pero se rescata el artículo 97 del Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, ley 12.257, que exige expresamente describir y evaluar las distintas alternativas, su impacto positivo o negativo sobre el ambiente y su costo económico y luego describir detalladamente la alternativa elegida, fundamentando la selección y estableciendo las consecuencias adversas al ambiente y las propuestas para disminuirlas al mínimo posible.

5.3 El caracter previo de los estudios

En este punto vale recordar que tanto los EIA como las EvIA son instrumentos especialmente contruidos en el ámbito del derecho ambiental e inspirados en la prevención y objetivo bien concreto de evitar toda alteración innecesaria ante la premisa general de evitar superar la capacidad de carga del ambiente y un estado de regresión ambiental y la idea de que el comportamiento del ambiente y sus reacciones a todos los impactos posibles está poco estudiada

pero se presume que en muchos casos no hay vuelta atrás y si la hay es a un estado de retroceso. No se trata de meras formalidades como en muchos casos se los usa y por involucrar derechos colectivos llama a la supervisión de autoridades y también de la comunidad. En consonancia se ha sostenido (Morales Lamberti, 1999) que la evaluación de impacto ambiental es tanto un proceso para predecir las clases de resultados reales y potenciales de las interacciones esperadas entre una nueva acción o proyecto y el ambiente donde se la planifica y un producto en tanto documento que contiene la información de soporte necesaria sobre el proyecto y el ambiente señalando los compromisos del proponente sobre medidas de mitigación y predicción de impactos efectuadas por profesionales calificados. Se trata de un proceso de estudio sistemático e interdisciplinario destinado a predecir (por ende previo) las consecuencias ambientales, estudio que responde a cánones que también deben exponerse ya que tanto el estudio como todo el proceso de evaluación y toma de decisión administrativa final debe ser susceptible de revisión bajo un test de razonabilidad.

La Corte IDH manifiesta que preferiblemente, los estudios de impacto ambiental deben comenzar antes que la ubicación y diseño de los proyectos estén decididas (pár. 162). Esto puede ser un principio importante a tener cuenta en especial para grandes obras. En nuestro país, los procesos de evaluación pueden tener que ver con radicaciones de industrias o emprendimientos inmobiliarios que, en muchos casos, se hacen donde el promotor ya tiene un derecho de propiedad sobre las tierras. Esto tiende a hacer forzar el resultado del Estudio porque termina condicionando la ejecución o no, pero también es justo plantearse si resulta racional llevar la recomendación a regla. Es también verdad que, por definición, si el emplazamiento no es idóneo, el procedimiento administrativo de toma de decisión debería denegar la autorización. A la vez, es también útil remarcar que el análisis de alternativas puede tener que ver con la traza o ubicación de un proyecto o actividad, pero también puede estar vinculada con diferentes alternativas del proyecto o desarrollo de las actividades en el mismo sitio.

Al referirse al carácter previo del EIA y relacionarlo con el caso “Majul”, lo que parecería ocioso tener que puntualizar, cobra relevancia. En el caso, según da cuenta la propia Corte Suprema, hay una serie de constataciones que acreditan obras realizadas previas a la autorización; anomalías de procedimiento; desconocimiento de informes presentados por oficio por parte

de otras áreas; ausencia de participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones. No surge del caso y no se encontró, con algún mecanismo de acceso público facilitado, el propio EIA por lo que nada se puede decir sobre los procedimientos y variables tenidas en cuenta en el mismo, pero la Corte es concluyente al indicar que el mismo estudio daba cuenta de impactos irreversibles. Tampoco hay alguna noticia de que se hayan evaluado alternativas.

5.4. La contradicción inadmisibile entre la evaluación de impacto previo y las aprobaciones “condicionadas”

Es interesante rescatar que la misma Corte indica que el EIA fue aprobado tardíamente y “condicionado”. Esta práctica administrativa de emitir declaraciones de impacto ambiental (DIA) condicionadas, no es novedosa en la gestión ambiental local. A propósito, tengo presente por conocimiento directo que tanto la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires primero, como su reemplazante el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible después, han emitido muchos certificados de aptitud ambiental que, según la ley 11.459 vienen a ser el equivalente del acto administrativo que emite una DIA pero para la evaluación previa a la radicación de una industria, en forma condicionada y utilizando precisamente ese término. El condicionamiento suele deberse a verdaderas normas que falta cumplir o permisos (de vuelco, por ejemplo) que falta obtener. En muchos casos los condicionamientos para el funcionamiento son varios pero exigencias de casas matrices, de organismos de crédito u otras razones imponen la necesidad de contar con esta decisión.

En la causa “Fundación Ecosur”, la Cámara Contenciosoadministrativo de San Martín⁴, ya daba cuenta de certificados de este tipo el 7 de septiembre de 2001. Allí se dice que “por medio de la Resolución SPA 1510/01 el Secretario de Política Ambiental resolvió otorgar el certificado de aptitud ambiental a la firma Diacrom para el establecimiento industrial dedicado a cromado duro electrolítico (art. 1). En el art. 2 de la citada resolución se dispone que, sin perjuicio de todo otro requerimiento que en el marco de su autoridad ambiental

⁴ Causa N° 928-SI, «Fundación Ecosur, Ecológica, Cultural y Educativa, desde los Pueblos del Sur c/ Municipalidad de Vicente López y otro s/Amparo», sentencia del 25 de julio de 2008, voto de la camarista Ana María Bezzi al que adhieren sus colegas.

le pudiera exigir, el funcionamiento del citado establecimiento quedaba condicionado al cumplimiento de los requisitos planteados por la Dirección de Impacto Ambiental, que constan en el Anexo I de la resolución, bajo apercibimiento de revocación del certificado de aptitud ambiental”. La lectura completa de la sentencia, de más de 90 páginas, da cuenta de las prácticas patológicas de las autoridades ambientales de la Provincia y del Municipio en el otorgamiento de sucesivos permisos aunque sean precarios para mantener el funcionamiento de la empresa, los que provenían incluso de tiempos anteriores a la ley 11.459.

Solo a fin de dar más indicios de que se trata de una práctica habitual, también se puede ver la decisión de la Corte Suprema en autos “Asociación Civil de Protección Ambiental del Río Paraná y otro c/Carboquímica del Paraná S. As y otro s/incidente de medida cautelar”, del 2 de julio de 2020 donde nuevamente se menciona un certificado de aptitud ambiental condicionado, esta vez otorgado por el Director Ejecutivo de Fiscalización Ambiental del OPDS. A partir de noticias periodísticas⁵ se da cuenta que el certificado sería de agosto de 2017, 16 años del citado anteriormente.

5.5 La ley general del ambiente y la exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental

Vale la pena recordar las pocas pero precisas disposiciones que respecto a los EIA y a las EvIA disponen con carácter de norma de presupuestos mínimos de protección ambiental y por ende obligatorias para todo el territorio y todas las autoridades y a las cuales deben adecuarse las normas provinciales y municipales (art. 41 tercer párrafo de la CN y principio de congruencia, art. 4 de la ley 25.675). Esta ley impone la obligación de someter, con carácter «previo a su ejecución», a toda obra o actividad susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, «en forma significativa» a «un procedimiento de evaluación de impacto ambiental» (art. 11). Tal procedimiento inicia con una declaración jurada del promotor del proyecto donde se indique si el mismo puede afectar el ambiente y en base al cual las autoridades competentes deberán hacer una primera evaluación para

⁵ <https://agenciatierraviva.com.ar/el-estado-complice-de-la-contaminacion-empresaria-causa-carboquimica/>

determinar si se debe o no presentar un estudio de impacto ambiental. La ley luego determina que, en consecuencia, deberán (se entiende que sigue refiriéndose a las autoridades competentes) realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo (no da margen a terceras hipótesis como que se apruebe bajo determinadas modificaciones o que se apruebe condicionado a cumplimientos que deberían ser previos) de los estudios presentados (art. 12). El artículo 13 menciona los requisitos mínimos que debe contar cualquier estudio de impacto ambiental, más allá que el artículo previo remite a leyes particulares que se suponen serán más específicas a cada actividad u obra a evaluar. Entre ellos se menciona la descripción detallada del proyecto, obra o actividad, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.

Como el Capítulo de la EIA en la ley termina ahí, parece que muchos promotores de actividades o autoridades no leen más allá y omiten el artículo 21 de la misma ley que, bajo el título de la Participación ciudadana reza que ésta «deberá asegurarse», frase por demás contundente y que no admite mayores interpretaciones o excepciones, «principalmente», «en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental» y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

De la sentencia “Majul” surge evidente que no se habilitó ninguna alternativa de participación ciudadana. Por el contrario, el propio Municipio de Gualaguaychú había solicitado en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto administrativo con el que se otorgó aptitud ambiental al barrio. Además, el juez de primera instancia había citado como tercero a la Municipalidad de San José de Gualaguaychú, por entender que también la obra podría afectar a su comunidad. Hubo también distintas denuncias de vecinos.

Uno de los aspectos más interesantes de la causa es que la misma se dirige a remediar los daños ya cometidos y así falla el juez de primera instancia y la Corte Suprema. Esto se corresponde también con los estándares de la Corte Interamericana que en su OC 23 enuncia el deber de mitigar en caso de ocurrencia del daño ambiental en el marco del deber más amplio de prevención. Vale la pena puntualizar esto último ya que si no estuviéramos en este marco de prevención, donde, como en el caso de autos “Majul”, el incumplimiento de los deberes de prevención llevan a la ocurrencia de daños concretos, el deber de

mitigar puede resultar insuficiente cuando se entiende que mitigar es algo menos que recomponer (Pastorino, 2005). En este aspecto, la Corte nacional va más allá de la mitigación y exige la recomposición, pero vale también la pena hacer la salvedad que la OC 23 se emite en el ámbito de una cuestión concreta de recursos naturales compartidos, es decir, en una cuestión de derecho internacional público y responde a cuestionamientos específicos realizados por Colombia en ese marco, más allá que la Corte Interamericana expresa que aprovechará la consulta para ir más allá y manifestar algunas consideraciones que trascienden dicho caso.

6. Acceso a la justicia, eficacia de procedimientos, debido proceso y preferencia del amparo como acción ambiental más idónea

La Opinión Consultiva 23 señala entre las obligaciones estatales de carácter instrumental o de procedimiento a efectos de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal de las personas en el marco de posibles daños al ambiente al acceso a la información; la participación pública y el acceso a la justicia. Si bien el primero de ellos es absolutamente esencial para poder llevar a cabo en los mejores términos posibles la participación, hemos visto que en la causa “Majul” no se trata de ese derecho sino y, fundamentalmente, del acceso a la justicia.

6.1. Acceso a la justicia

Sobre el acceso a la justicia, la Corte Interamericana entiende que constituye una norma imperativa del derecho internacional y que los estados se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, sustanciados de conformidad a las reglas del debido proceso legal. En relación con la protección ambiental, el párrafo 234 señala que el acceso a la justicia permite al individuo velar por que se apliquen las normas ambientales y sirve para remediar violaciones a los derechos humanos por incumplimiento a las mismas, incluyendo la reparación. También considera que este acceso a la justicia garantiza la plena realización de los otros dos derechos de procedimiento (información y participación pública o ciudadana).

El acceso a la justicia debe complementarse con la efectiva tutela judicial continua y efectiva a los derechos vulnerados. No basta acceder a la

jurisdicción sino que se lo hace para obtener una respuesta asertiva del poder judicial que resuelva el conflicto e interprete las normas sustanciales. En este punto la discusión procesal en torno a la vía elegida, cada vez más presente en la jurisprudencia ambiental como argucia procesal para no responder a la cuestión de fondo, parcialmente satisface el acceso pero incumple con la tutela judicial efectiva. Es el aporte más significativo de la Corte en este caso “Majul”, como lo ha hecho en muchos casos más, para hacer prevalecer tal efectividad de las decisiones judiciales y de las normas ambientales, a la vez de proteger los derechos sustanciales que pueden quedar desvalidos de respuesta por una maraña de interpretaciones y de normas.

En una primera instancia el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos declaró la nulidad de lo actuado por el juez de primera instancia por haberse dictado bajo una ley de amparo derogada, echando por la borda la tradición secular del amparo como garantía constitucional de origen pretoriano.

En una segunda sentencia el mismo Tribunal invalida la resolución de grado desconociendo la procedencia del amparo por existir en curso un procedimiento administrativo solicitado por la Municipalidad de Gualaguaychú, pero que el mismo actor había mencionado. Rescató que en el ínterin, el Gobierno de Entre Ríos había suspendido la obra por decreto, acto que debe contar con presunción de legitimidad, sosteniendo que, en consecuencia, no habría peligro urgente que autorizara a obviar la vía administrativa ya iniciada.

La Corte Suprema, por el contrario, sostuvo que «el superior tribunal local, al rechazar la acción de amparo en razón de que existía ‘un reclamo reflejo’ deducido con anterioridad por la Municipalidad de Gualaguaychú en sede administrativa, omitió dar respuesta a planteos del actor conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados». Refuta la aludida coincidencia de pretensiones remarcando que en la causa judicial el actor pretendía también la reparación de los daños ya causados, además del cese de los impactos y la prevención vía rechazo de la obra. En sus palabras, la Corte expresa que «si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de

competencias (*Fallos* 320:1339 y 2711; 321:2823; 325:1744; 329:899 y 4741). En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (*Fallos* 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros)».

Censuró, además, la Corte nacional al Tribunal provincial acusándolo de cometer un exceso ritual manifiesto y vulnerar el derecho a una tutela judicial efectiva. Para ello, también trajo a colación el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 -que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie- y recordó los principios por la misma Corte reconocidos, como *in dubio pro natura e in dubio pro aqua*.

6.2. Eficacia de procedimientos y la debilitación de la tutela sustancial a partir de un hoy exagerado y superpuesto menú de acciones

Resulta muy interesante al menos enunciar un problema procesal ambiental generado por el juego de acciones -específicas o no- por las que las cuestiones ambientales pueden acceder a la justicia. Requiere un tratamiento y debate más profundo que la especificidad del tema elegido no permite tratar de tal modo, a pesar de su clara correlación, pero como se dijo, vale la pena enunciar y dar algunas guías para tal profundización.

En 1994, con la reforma constitucional, se trató de aportar una solución a grandes dificultades que tenía el acceso a la justicia para la protección del ambiente en sí mismo. Las cuestiones vinculadas a daños en la salud y propiedad de los particulares y las molestias ocasionadas por la contaminación, ruido, u otras inmisiones, estaba ya prevista en el Código Civil. La Constitución reformada respondió con el artículo 41 poniendo fin al debate sobre si se trataba de un derecho subjetivo al ambiente o un mero interés o interés difuso o colectivo. El art. 43 consagró una vía específica para plantear los casos ambientales colectivos -junto a otros derechos de ese tipo de incidencia- en su segundo párrafo. Ese hito del derecho ambiental argentino unió la suerte de la eficacia y garantía del derecho sustancial a la acción de amparo ambiental colectiva pero, a la vez, generó un debate sobre si ese segundo párrafo del artículo 43 era una subespecie del género amparo y si para poder plantear el amparo colectivo debían darse todos los presupuestos de la acción de amparo general, enunciados en el primer párrafo y, entre ellos, «que no exista otro

remedio judicial más idóneo». A partir de ahí, la jurisprudencia ambiental argentina mostró que había muchas veces otros remedios judiciales más idóneos. También surgieron leyes específicas que plantearon acciones ambientales, como la ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires o luego la misma ley general del ambiente, 25.675 y por último otros cuerpos normativos como el Código Procesal Contencioso – Administrativo bonaerense que contiene distintas pretensiones y procesos por los que se puede llevar una cuestión ambiental. La gran apertura que la reforma constitucional generó en la jurisprudencia y legislación y la creación de esta cantidad de acciones, contiene también el riesgo de la banalización y el riesgo que se neutralice, entre tantas acciones, la eficacia del derecho.

6.3. El amparo ambiental como vía privilegiada y más idónea

Sin embargo se ha abierto otra interpretación que intenta superar la idea de subordinación del amparo ambiental al amparo individual y evolucionar hacia su consideración como vía privilegiada para las cuestiones ambientales. En tal sentido, sin ánimo de exhaustividad, se ha manifestado la justicia federal cordobesa en la causa “Ulla” al decir que «la legislación ha dotado a esta acción de amparo especial, de características propias que importan un apartamiento de las reglas clásicas del amparo “común”»⁶.

En paralelo, otra jurisprudencia, invocando el acceso a la justicia y la necesidad de avanzar en el proceso para que el juez interprete con mayores elementos si corresponde el caso a su jurisdicción o si el caso entra dentro de la acción planteada, deniegan la posibilidad de rechazo *in limine* de la acción y hacen transitar causas sin una corrección por parte del juez del tipo de acción o procedimiento del caso y luego resultan sentencias, varios años posteriores al inicio de la causa, resueltas por error en la acción planteada o por no poderse acreditar algún presupuesto, verbigracia el daño actual o inminente. Ya en 2008, en el caso mencionado de la “Fundación Ecosur”, la cámara había señalado que en esa instancia constituiría un rigorismo formal manifiesto la exigencia de acudir a otras vías judiciales y desvirtuaría la finalidad de un adecuado servicio de justicia. Al solo efecto ejemplificativo de esta realidad, se vuelve a ver la

⁶ CFACdba, Sala “A”, “Ulla, Laura y otros c/Fidela, Delia Ribas y Eduardo Ramon Ribas S.H y otro s/Amparo ambiental”, sentencia del 1 de abril de 2015.

misma situación en el caso “Cabaleiro”⁷ donde finalmente, la SCBA aplicando el principio de precaución también a estos efectos, termina admitiendo la procedencia del amparo.

En el caso “Majul” la Corte, si bien considera los presupuestos del amparo tradicional, flexibiliza el análisis y aplica una interpretación que se orienta a entender al amparo ambiental como una acción especial, idónea por sí misma y privilegiada por el constituyente para planteos de derechos colectivos y que no se limita a aspectos preventivos, para oponerse a actos administrativos contrarios a la tutela ambiental o solicitar el cese de actividades perjudiciales.

CITAS

BIBILONI, Héctor (2005). *El proceso ambiental*, LexisNexis, Buenos Aires.

CANO, Guillermo (1983a). “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, LL 1983-D-568.

- (1983b). “Acerca de la acción popular y otros temas del derecho ambiental”, ED 151-673.

CENICACELAYA, María de las Nieves (2012). *El derecho al agua. Un derecho humano transversal*, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires.

MARIENHOFF, Miguel (1983a). “Delfines y toninas y acción popular”, ED 105-245.

- (1983b). “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”, ED 106-923.

MARTÍN MATEO, Ramón (1992). *Tratado de derecho ambiental*, vol. II, Trivium, Madrid.

MORALES LAMBERTI, Alicia (1999). *Derecho ambiental. Instrumentos de política y gestión ambiental*, Alveroni, Córdoba.

- (2020a). “Justicia hídrica ambiental. Doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia”, JA. II, fasc. 13, p. 9.

- (2020b). “La aplicación de los principios emergentes *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua* en la doctrina judicial de la Corte Surpema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas”, Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, N° 64, oct – dic.

⁷ SCBA, causa C. 117.088 "Cabaleiro, Luis Fernando contra Papel Prensa S.A. Amparo", sentencia del 11 de febrero de 2016.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (2016). “Teoría del control de convencionalidad” en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 14, N° 1 65, Universidad de Talca.

PASTORINO, Leonardo (2005). *El daño al ambiente*, LexisNexis, Buenos Aires.

QUIROGA Lavié, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves (2001). *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (1998). “Génesis y sentido del art. 41 de la Constitución Nacional” en JA 1998-IV-1020.

ROMERO, Roxana (2019). “Algunos aspectos destacables de la visión holística de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos expresados en la OC 23/17” en Albarenga et al, *El derecho ambiental en la sustentabilidad del desarrollo local*, Fundación Ambiente y Desarrollo Sustentable, Corrientes.

STONE, Christopher (1996). *Should trees have standing? And other essays on law, morals and the environment*, Oceana Publications, New York.

ABSTRACT

Leonardo Fabio Pastorino – *La evaluación de impacto ambiental y social en los derechos humanos: los estándares de la Corte IDH y las concordantes orientaciones de la CSJN a través del caso “Majul”*

El presente trabajo busca verificar en un caso concreto (“Majul”) el grado de correlación de la jurisprudencia argentina con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de evaluación del impacto ambiental considerando principalmente los estándares sustantivos hasta ahora identificados en la relación entre la protección del ambiente y el respeto a los derechos humanos y, en forma algo más tangencial, los estándares de procedimiento con ellos -y con el caso en análisis- conexos.

Se analiza el valor de la fuente internacional, especialmente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; se considera la OC 23 de la Corte IDH y su jurisprudencia en materia ambiental; se puntualiza sobre aspectos concordantes entre la OC 23 y la sentencia del caso Majul a la vez que se señalan algunas deficiencias de política y aplicación de las normas ambientales. En especial se aborda la compleja relación jurídica al interior de las cuestiones ambientales y entre derecho ambiental y derechos humanos; la caracterización de la evaluación de impacto ambiental y su necesario carácter previo y el acceso a la justicia y la eficacia de la acción de amparo ante la violación de derechos ambientales.

PALABRAS CLAVES: *Evaluación de impacto ambiental; estándares ambientales; derechos humanos; acceso a la justicia.*

Leonardo Fabio Pastorino – *The environmental and social impact assessment on the human rights: the standards of the I/A Court HR and the concordant guidelines of the CSJN through the “Majul” case*

This work seeks to verify, in a specific case (“Majul”), the degree of correlation of Argentine jurisprudence with the standards of the Inter-American Human Rights System in matters of environmental impact assessment, considering mainly the substantive standards identified so far in

the relationship between the protection of the environment and respect for human rights and, somewhat more tangentially, the procedural standards related to them -and to the case under analysis.

The value of the international source is analyzed, especially the Inter-American Human Rights System, considering the Advisory Opinion OC 23 of the Inter-American Court and its jurisprudence on environmental matters. In particular, the concordant aspects between Advisory Opinion OC 23 and the judgment in the Majul case are specified, while pointing out some deficiencies in the policy and application of environmental regulations. The complex legal relationship within environmental issues and between environmental law and human rights is addressed, as well as the characterization of the environmental impact assessment and its necessary prior character, and the access to justice and the effectiveness of the *amparo* action against the violation of environmental rights.

KEYWORDS: *Environmental impact assessment; environmental standards; human rights; access to justice.*