

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL
Y DE LOS RECURSOS NATURALES

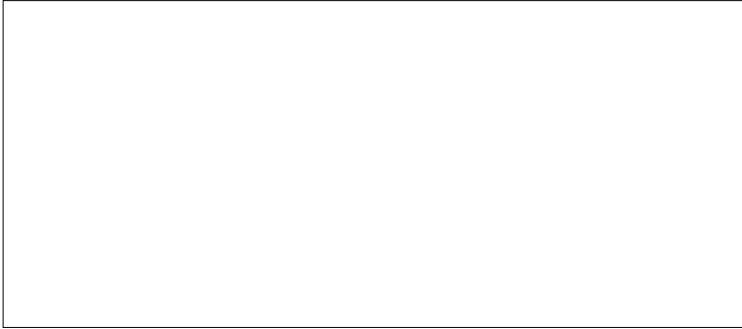
JORNADA DE REFLEXIÓN
SOBRE DERECHO
AMBIENTAL

2008

ASSENZA - BELLOTI - CONSIGLI - DEL CAMPO
DRNAS - GALVÁN - JULIÁ - LISTOFFSKY
MATHIEU - MEDINA DE BOLLETTA
MORALES LAMBERTI - PONTE IGLESIAS
ROSENBERG - SALAS - STICCA - TORRES
TRONCA

Córdoba
2010

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA



TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2008, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2007 - 2010)*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

JUAN CARLOS PALMERO
Vicepresidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Secretario

JORGE DELA RÚA
Tesorero

ARMANDO S. ANDRUET
Director de Publicaciones

HÉCTOR BELISARIO VILLEGAS
Revisor de cuentas

HORACIO ROITMAN
Revisor de cuentas suplente

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel./Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. OLSEN A. GHIRARDI

**INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL
Y DE LOS RECURSOS NATURALES**

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Directora

PALABRAS PRELIMINARES

por ZLATA DRNAS DE CLÉMENT *

La *Jornada de Reflexión sobre Derecho Ambiental 2008* se llevó a cabo el 8 de octubre, habiendo sido organizada en esta oportunidad por el *Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (creado en julio de 2008). Con anterioridad -a excepción de la Jornada 2007 que fuera organizada por el Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración- por más de una década, fue llevada adelante por el Instituto de Federalismo. Su fundador ha sido el doctor Pedro José Frías (actualmente, Presidente Honorario de la Academia), quien propuso la constitución dentro del Instituto de Federalismo de la Comisión de Medioambiente, la que albergó en las primeras etapas de labor las Jornadas de Reflexión sobre Derecho Ambiental, como una expresión de las preocupaciones ambientales de sus miembros manifestada a modo de torbellino de ideas.

Actualmente, el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, respondiendo a su natural cometido y objetivos, continúa con esos encuentros. El Instituto tiene entre sus fines la reflexión y discusión de los grandes problemas ambientales, como así también, la proposición de adecuadas soluciones jurídicas para ese tipo de cuestiones. Busca continuar y profundizar las labores desarrolladas en el ámbito de la Comisión de Derecho Ambiental del Instituto de Federalismo. Se propone, asimismo, fomentar el estudio del derecho ambiental con visión transdisciplinar y difundir los resultados de las actividades académicas a través de jornadas, seminarios, cursos u otro tipo de eventos, convocando para ello a distintos ámbitos científico-académicos y educativos, como así

* Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales.

también a la comunidad en general. Esta publicación viene a ser una sencilla manifestación de esa vocación de apertura y extensión.

Los trabajos que presentamos en esta oportunidad son de variada temática y textura. Se ha privilegiado -como es tradición de las Jornadas- la libertad y espontaneidad de expresión en la percepción de los problemas ambientales a la conectividad o a la compactación de exposiciones en temáticas conexas. Creemos que ello favorece la frescura de las motivaciones y la llaneza de los tratamientos, generando comentarios más abiertos y enriquecedores entre los participantes.

AUTORES

CONRADO MARIO ASSENZA: Abogado, Diplomado en Diplomacia Contemporánea, miembro invitado del Instituto.

MIRTA BELLOTI: Abogada, Post Grado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca, miembro del Instituto.

RAFAEL CONSIGLI: Ingeniero Agrónomo, subcomisario jefe División Patrulla Ambiental, Provincia de Córdoba, miembro del Instituto.

CRISTINA DEL CAMPO: Abogada, Master en Gestión Ambiental del Desarrollo Urbano, miembro del Instituto.

ZLATA DRNAS: Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Catedrática de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba, Directora del Instituto.

SUSANA BEATRIZ GALVÁN: Abogada, estudios de Post Grado en Derecho Internacional Público, Juez administrativo de Faltas-Municipalidad de Córdoba, miembro del Instituto.

MARTA SUSANA JULIÁ: Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, investigadora de planta permanente del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, miembro del Instituto.

ADRIANA LISTOFFSKY: Abogada, estudios de Post Grado en Derecho Ambiental y Recursos Naturales, encargada de la Cátedra de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales en la Universidad Nacional de Córdoba, miembro del Instituto.

ESTHER MATHIEU: Abogada, estudios de Post Grado en Derecho Internacional Público, Juez administrativo de Faltas-Municipalidad de Córdoba, miembro del Instituto.

LIDIA MEDINA DE BOLLETTA: Abogada, estudios de Post Grado en Derecho Ambiental y Recursos Naturales, miembro del Instituto.

ALICIA MORALES LAMBERTI: Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Catedrática de Derecho Ambiental y Recursos Naturales en la Universidad Nacional de Córdoba, miembro del Instituto.

MARÍA TERESA PONTE IGLESIAS: Licenciada en Derecho, Doctora en Derecho, Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela-España, miembro correspondiente del Instituto.

GLORIA ROSENBERG: Abogada, estudios de Post Grado en Derecho Internacional Público, miembro del Instituto.

GRACIELA ROSA SALAS: Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, profesora titular de Derecho Internacional Público en varias universidades, miembro del Instituto.

MARÍA ALEJANDRA STICCA: Abogada, Magister en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria, Especialista en Aspectos Jurídicos y Económicos de MERCOSUR; Coordinadora académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Coordinadora del Instituto.

PATRICIA TORRES: Abogada, estudios de Post Grado en Derecho, miembro invitado del Instituto.

GRACIELA L. TRONCA: Abogada, estudios de Post Grado en Derecho Ambiental y Recursos Naturales, miembro del Instituto.

CARTA DE LEIPZIG SOBRE CIUDADES EUROPEAS SOSTENIBLES

por MIRTA LILIANA BELLOTI

Sumario: I. Introducción. II. Temas claves. III. Compromisos. IV. Dimensiones del desarrollo sostenible. V. Política integrada de desarrollo urbano. VI. Especial atención a los barrios menos favorecidos. VII. Financiamiento del desarrollo urbano. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El 24 y 25 de mayo de 2007, los ministros responsables del Desarrollo Urbano de los Estados miembros de la Unión Europea, realizaron la primera reunión interministerial, con el objetivo de subrayar el hecho de que la ciudad europea es una representación de sus intereses económicos, sociales y culturales. Los mensajes políticos de la conferencia fueron: a) Fortalecer las identidades regionales; b) Incluir, en las primeras etapas de la política de desarrollo, programas que señalen las características urbanas y territoriales distintivas.

Se abordaron las preocupaciones expresadas por ciudadanos europeos, porque en la era de la globalización y frente a un mercado europeo único, puede producirse la pérdida de las identidades locales y regionales.

También se acordaron esfuerzos para movilizar más el crecimiento de las ciudades europeas y así contribuir a la creación de nuevos puestos de trabajo.

En esta estrecha cooperación de los Estados miembros de la Unión Europea, las instituciones Europeas y las organizaciones no gubernamentales fueron aprobadas por el Consejo Europeo de Ministros: a) la Carta

de Leipzig sobre ciudades europeas sostenibles; b) la Agenda Territorial de la Unión Europea ¹.

En la Carta de Leipzig, los ministros responsables del desarrollo urbano de los Estados miembros acuerdan principios y estrategias comunes para una política de desarrollo urbano.

En la Carta de Leipzig se concreta el modelo de ciudad europea a principios del siglo XXI, a través del reconocimiento de valores asociados a este modelo (libre determinación de los ciudadanos, el desarrollo a uso mixto, la inclusión social, el espacio público). Establece valores, principios y estrategias de vanguardia, muy importantes e indispensables para ser aplicados también, para el progreso de las ciudades argentinas y latinoamericanas e incorporados a través del derecho urbanístico.

II. Temas claves

La Carta de Leipzig se centra en la estrategia integrada de desarrollo urbano sostenible y en una acción especial en las zonas urbanas desfavorecidas. El objetivo principal de esta Carta se concentra en la planificación del desarrollo urbano como requisito previo para el éxito de la sustentabilidad urbana en las ciudades europeas. La planificación urbana es un tema central en las ciudades, se toma nota que, el futuro será cada vez menos una cuestión de creación de nuevas áreas residenciales o de negocios, y cada vez una cuestión de modernización de las zonas residenciales y áreas de negocios antiguas, que deben ser reutilizadas.

Son temas claves: la estrategia para el perfeccionamiento de los edificios en vista a los desafíos de la cultura de la construcción; la mejora de las economías locales y las políticas del mercado laboral como pilares del

¹ El texto de la Carta de Leipzig puede consultarse en Internet en <http://www.mviv.es/es/pdf/otros/carta%20de%20Leipzig.pdf>; las conclusiones de la presidencia y el informe de los ministros se encuentran disponibles en Internet en http://www.bmvbs.de/en/Urban-affairs-and-housing/All-articles-concerning-Urban-2553.997066/Informal-Ministerial-Meeting-o.htm?global.back=/en/Urban-affairs-and-housing/-%2C2553%2C0/All-articles-concerning-Urban-.htm%3Flink%3Dbmv_liste%26link.sKategorie%3D

desarrollo sostenible; políticas proactivas en los niños, los adolescentes, la educación y la formación; transporte urbano socialmente responsable; integración de todos en la comunidad. Los Estados miembros aceptan un compromiso voluntario: a) para aplicar una estrategia de desarrollo urbano integrado, y b) para adoptar medidas destinadas a contrarrestar la exclusión social en barrios desfavorecidos.

Los ministros expresaron su firme convicción de que un urbanismo integrado y la ordenación del territorio son necesarios para mejorar la situación de los ciudadanos europeos y de las empresas. Acordaron que los organismos de cooperación deben contribuir para promover el crecimiento económico sostenible y la creación de nuevos puestos de trabajo, con el objeto de favorecer el desarrollo social y ambiental, por lo tanto, a la consecución de objetivos establecidos en la Estrategia de Lisboa y Gotemburgo. En la Carta de Leipzig, acuerdan las directrices para la política de desarrollo urbano integrado que abarca dimensiones económicas, sociales y ambientales.

La Carta de Leipzig crea la base para una nueva política urbana en Europa. Los Estados miembros, en primer lugar, se ponen de acuerdo sobre una percepción común de la ciudad. El objetivo de este documento es la reformulación de la idea de ciudad europea.

Esta Carta está diseñada para luchar contra:

- *La unilateralidad y monotonía en el desarrollo urbano.* La era de la división en zonas individuales, comerciales y grandes espacios de tráfico ha terminado. La ciudad debe ser una gran mixtura de áreas residenciales, el trabajo y el ocio. Las ciudades con altos niveles de desarrollo de usos mixtos son socialmente más estables y menos propensas a las crisis económicas.

- *La atención de sólo una cara de las reclamaciones de propiedad.* Las ciudades no pertenecen ni a los políticos, ni a los inversores. La Carta de Leipzig pone de manifiesto que cada uno es responsable del presente y el futuro de la ciudad, que tienen que participar todos: los ciudadanos, los políticos, las autoridades, la industria y las organizaciones sociales. Los países democráticos necesitan democracia en el plano local.

- *Los intereses individuales hechos absolutos.* La ciudad europea del futuro, no debe ser dominada por intereses aislados, como el transporte, la vivienda o la industria. Este documento establece que la planificación urbana debe ser el resultado de un proceso público, con un justo equilibrio de todos los requisitos del desarrollo urbano.

- *La exclusión y aislamiento de los barrios*. La Carta de Leipzig se basa en la integración social y cultural de las zonas urbanas desfavorecidas y considera esta integración como una de las principales estrategias para la armonización internacional en el ámbito europeo. El crecimiento económico a largo plazo no será posible a menos que las ciudades enteras sigan siendo socialmente equilibradas y estables.

La Carta de Leipzig pone de manifiesto que los Estados miembros tienen que actuar ahora, para ser capaces de abordar: 1) el cambio demográfico; 2) el cambio climático, y 3) el impacto económico mundial de los cambios estructurales en las ciudades. El documento realiza propuestas concretas para la acción.

Esta Carta se dicta en cumplimiento de los objetivos asignados a la Comunidad Europea con arreglo al art. 151 del Tratado: “La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”².

III. Compromisos

Los ministros de los Estados miembros de la Unión Europea, responsables del desarrollo urbano, se comprometen en la Carta de Leipzig:

- A iniciar un debate político en sus países sobre cómo integrar los principios y estrategias del documento dentro de las respectivas políticas de desarrollo nacional, regional y local.

² Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2008/C 115/01), *Diario Oficial N° C 115 de 9/5/08* p. 0001 – 0388, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0001:01:ES:HTML>

- A hacer uso de la herramienta de desarrollo urbano integrado y la gobernanza asociada para su puesta en marcha.

- A fomentar la puesta en práctica de una organización territorial equilibrada basada en una estructura urbana europea policéntrica.

Se ha demostrado que es insostenible la separación de los lugares de trabajo, ocio y vivienda, los expertos vuelven la mirada hacia la idea de ciudad policéntrica: una ciudad compacta que integre los distintos usos alrededor de pequeños centros. La dispersión de los lugares de trabajo, ocio y vivienda ha conllevado a un aumento insostenible de los costes de transportes e infraestructuras. Una vez demostrado que el modelo de ciudad difusa no funciona, se propone un urbanismo más compacto con edificios que tengan usos mixtos y el control sobre el territorio para frenar la proliferación de adosados ³.

Los ministros promueven un desarrollo urbano policéntrico en la Unión Europea, con vistas a hacer un mejor uso de los recursos disponibles en las regiones europeas, factor importante para lograr la integración territorial de los lugares donde la gente vive. De esta forma se contribuirá a una Europa cultural, social, ambiental y económicamente sostenible. La Carta de Leipzig y la Agenda Territorial ayudarán en términos de solidaridad territorial, para garantizar mejores condiciones y calidad de vida, con igualdad de oportunidades, independientemente si la gente vive en la zona núcleo o en la periferia.

Las ciudades que funcionan como centros regionales deben cooperar como parte de un modelo policéntrico para garantizar su valor añadido a otras ciudades de zonas rurales y periféricas. Se apoya la cooperación europea entre las regiones urbanas, así como con las pequeñas y medianas ciudades en las fronteras interiores, también más allá de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Se propicia la creación de redes y agrupaciones innovadoras entre la comunidad empresarial, científica y de trabajadores, a través de las fronteras interiores y exteriores, incluyendo los países vecinos. De esta manera, las zonas de crecimiento deben ampliarse más allá de la zona núcleo económico de la Unión Europea.

³ Diario "El País", 17/7/02, nota: "Un grupo de arquitectos defiende la ciudad policéntrica para afrontar el futuro", disponible en Internet en http://www.elpais.com/articulo/cultura/MADRID/grupo/arquitectos/defiende/ciudad/policentrica/afrontar/futuro/elpepicul/20020717elpepicul_1/Tes/

IV. Dimensiones del desarrollo sostenible

La Carta de Leipzig señala que todas las dimensiones del desarrollo sostenible han de tomarse en consideración simultáneamente y con el mismo peso:

“Estas son la prosperidad económica, el equilibrio social y un medioambiente saludable. Al mismo tiempo debe prestarse atención a los aspectos culturales y de salud”.

“Las ciudades europeas poseen cualidades culturales y arquitectónicas únicas, poderosas fuerzas de inclusión social y posibilidades excepcionales para el desarrollo económico. [Las ciudades] son los centros de conocimiento y fuentes de crecimiento e innovación”.

“Sin embargo, también sufren problemas demográficos, desigualdad social y exclusión social de grupos específicos de población, carencia de viviendas asequibles y apropiadas, y problemas medioambientales. A largo plazo las ciudades no pueden satisfacer su función de motor de progreso social y económico, tal como se describe en la Estrategia de Lisboa, a menos que sean capaces de mantener el equilibrio social, tanto intraurbano como interurbano, de proteger su diversidad cultural y de establecer una elevada calidad en lo que al diseño, la arquitectura y medio ambiente se refiere”.

V. Política integrada de desarrollo urbano

Una política integrada de desarrollo urbano implica tener en cuenta simultánea y equitativamente, las preocupaciones e intereses relevantes para el desarrollo urbano. Representa un proceso en el que se coordinan los aspectos espaciales, sectoriales y temporales de las áreas clave de la política urbana.

El diseño y la planificación urbana, asumen un papel estratégico, enfocando los temas ambientales, sociales, económicos, de salud y culturales hacia el beneficio común ⁴.

⁴ Compromisos de Aalborg (2004).

http://www.ccre.org/docs/Aalborg03_05_span.pdf

“La implicación de agentes económicos, partes interesadas y el público en general es esencial” con la participación de actores ajenos a la administración, permitiendo a los ciudadanos desempeñar un papel activo en la conformación de su entorno más próximo. Los Estados miembros deben aceptar el desarrollo urbano como una tarea pública, pero la planificación urbana no es exclusivamente responsabilidad del sector público, hay otros dos socios de la futura política de desarrollo urbano: la sociedad civil y la industrial. Esto fortalecerá la democracia y al mismo tiempo puede proporcionar una base más sólida para la planificación y la inversión. Las ciudades tienen que forjar nuevas alianzas con sus vecinos. La ciudad necesita enfoques sobre la base de un equilibrio justo de intereses.

La cohesión territorial sólo puede lograrse mediante un diálogo intenso y continuo entre todas las partes interesadas en el desarrollo territorial. Este proceso de cooperación se llama gobernanza territorial. El sector privado (sobre todo a nivel local y regional), los empresarios, la comunidad científica, el sector público (sobre todo autoridades locales y regionales), las organizaciones no gubernamentales y los diferentes sectores han de actuar juntos para utilizar mejor las inversiones de capital en las regiones europeas.

La conciliación de intereses, lograda por una política integrada, proporciona una base viable para un consenso entre el Estado, las regiones, las ciudades, los ciudadanos y los agentes económicos; sin dejar de considerar el principio de subsidiariedad.

Si los recursos financieros tienen en cuenta el conocimiento, los escasos fondos públicos serán usados de forma más efectiva, habrá mejor coordinación de las inversiones públicas y privadas. Los ministros se comprometieron a lograr un equilibrio entre los intereses de mercado y los del público y una mejor coordinación de los sectores público y privado para la inversión en las ciudades.

En la Carta de Leipzig se recomienda que las ciudades europeas, diseñen programas integrados para el progreso de la ciudad en su totalidad; en su puesta en marcha deberían:

- analizar los puntos fuertes y débiles de barrios y ciudades;
- definir objetivos sólidos de desarrollo e idear una estrategia de futuro para la ciudad;
- coordinar los diferentes planes vecinales, sectoriales y técnicos;
- coordinar el uso de fondos que hagan los agentes de los sectores públicos y privados, y

- estar coordinados a nivel local y urbano regional, involucrando a los ciudadanos y otros agentes que puedan contribuir a conformar el futuro económico, social y la calidad ambiental de cada zona.

“Debemos dejar de considerar las cuestiones y decisiones sobre política de desarrollo urbano de forma aislada de cada ciudad”. Debe fortalecerse la coordinación a nivel local y urbano-regional, con el objetivo de lograr una asociación en términos de igualdad entre las ciudades y las zonas rurales por un lado, y también entre las poblaciones pequeñas, medianas y grandes y las ciudades metropolitanas, que extienden su influencia en la región, por el otro. Las ciudades europeas deberían ser puntos focales de desarrollo urbano-regional, por consiguiente sería de gran ayuda establecer una red de relaciones más estrechas a nivel europeo. Se apoya también la cooperación más allá de las fronteras exteriores de la Unión Europea, creando oportunidades innovadoras de colaboración, que incluya también las zonas transfronterizas.

Cada ciudad, cada región debe tener más en cuenta explícitamente sus contextos nacionales y europeos. Por otro lado, las políticas comunitarias deben tener más en cuenta el nivel local, regional y nacional. Es importante que las autoridades nacionales, regionales y locales se entrelacen estrechamente con las preocupaciones políticas de la UE, sin dejar de tener en cuenta el principio de subsidiariedad. Esto se aplica en particular a las políticas de desarrollo rural, medio ambiente, de transporte y de cohesión.

En Argentina existe consenso generalizado sobre la desarticulación espacial en el ejercicio del poder-político administrativo del Estado. Sin embargo es necesaria la coordinación de distintos niveles de gobierno. A nivel municipios / municipios bajo diversas modalidades, provincias-municipios, municipios-nación-provincia. La existencia de experiencias previas de cooperación entre los niveles de gobierno responsables de la política pública, así como entre sus sociedades, facilita el pluralismo institucional. Hay que considerar también la acumulación y distribución de capital social, entendiendo por tal, las características de organización social, tales como la confianza, las normas y redes que puedan mejorar la eficacia de la sociedad mediante la facilitación de acciones coordinadas. Para el desarrollo del entrelazamiento propio del pluralismo institucional tienen una especial importancia las redes articuladas entre técnicos y profesionales de las administraciones públicas; el intercambio de información, e incluso el trabajo en equipo a raíz de distintos problemas van

generando pautas de comportamiento compartidas y relaciones de confianza que son muy importantes para la implementación de las políticas coordinadas. En América Latina, sin embargo, el desarrollo de estas redes es bajo, en consonancia con los niveles de profesionalización y estabilidad. Argentina reitera, con sus características propias, la tendencia latinoamericana a la configuración jerárquica y centralista de las relaciones intergubernamentales ⁵.

En la Carta de Leipzig se proponen *estrategias de acción*, para que mediante la política integrada de desarrollo urbano, se fortalezca la *competitividad de las ciudades europeas*:

a. Creación y consolidación de espacios públicos de alta calidad

Los espacios públicos y paisajes urbanos de creación humana de alta calidad, desempeñan un papel fundamental en las condiciones de vida de la población urbana. Además son importantes para atraer negocios de la industria del conocimiento, una mano de obra cualificada y para el turismo. Consecuentemente, la interacción entre la arquitectura y la planificación urbana deben intensificarse, para lograr la creación de espacios públicos atractivos y humanos, y conseguir altos estándares mediambientales.

Baukultur ⁶ ha de entenderse en el sentido más amplio de la palabra, como la suma de todos los aspectos culturales, económico, tecnológicos, sociales y ecológicos que influyen en el proceso de planificación urbana y la construcción. Este enfoque no debe limitarse a los espacios públicos, es una necesidad para toda la ciudad y sus alrededores, es particularmente importante para la conservación del patrimonio arquitectónico. Los edificios históricos, los espacios públicos y sus valores urbanos y arquitectónicos deben ser conservados.

⁵ Myriam PARMIGIANI DE BARBARÁ, “Notas para el estudio de las relaciones intergubernamentales, con particular referencia a la República Argentina” en *Anuario VIII* (2004-2005), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, U.N.C.; pág. 153, disponible en Internet en <http://www.derecho.unc.edu.ar/archivo/anuarioVIII.pdf>

⁶ En el texto traducido al inglés y al español se ha mantenido el término alemán, que significa “cultura de la construcción”.

El Fondo Europeo de Políticas Arquitectónicas sobre Cultura de la Construcción celebrado en Hamburgo, el 27 de abril de 2007, en las conclusiones llama la atención sobre *Baukultur* como un componente que integra la política urbana, y en particular, como una contribución al desarrollo sostenible urbano. Este término describe cómo la sociedad toma medidas dirigidas a mejorar el medio ambiente construido, su planificación, su uso, su preservación, y su evolución. *Baukultur* vincula aspectos tales como planificación urbana, paisaje, desarrollo urbano, arquitectura como arte público, arquitectura paisajista, ingeniería civil, planificación urbana, regional y de la infraestructura, conservación del patrimonio, diseño, industria de la construcción y procesos de planificación para formar un todo. Abarca los resultados de la actividad de la construcción, como los procesos que conducen a estos resultados.

El término *Baukultur* (cultura de la construcción) describe el proceso de desarrollo del entorno construido y nuestro enfoque de él. Incluye la planificación, construcción, remodelación y mantenimiento.

La calidad y la diversidad de *Baukultur* contribuyen a la identidad de las ciudades europeas y, por ende, al desarrollo en Europa. Conserva, respeta y desarrolla el patrimonio arquitectónico. Existe un vínculo directo entre la calidad de *Baukultur* y el desarrollo de los pueblos y ciudades, ya que puede contribuir de manera eficaz a la cohesión social, a la definición de la identidad, al desarrollo cultural y económico de un pueblo o ciudad.

Baukultur es un componente de una política de desarrollo urbano sostenible. El desarrollo urbano sostenible se caracteriza por un equilibrio adecuado entre los aspectos económicos, sociales y ecológicos del desarrollo, y también por la calidad de sus edificios y espacios. Esta calidad puede ser un factor de localización para las empresas y también puede actuar como un imán para los trabajadores del conocimiento, para las familias, los ciudadanos y visitantes. Asimismo, los procesos que conducen a estas cualidades hacen una contribución a la integración, la convivencia pacífica, el desarrollo económico, cultural y social de la sociedad europea.

Baukultur es a la vez un factor de la política económica y un instrumento para promover la integración social y la cohesión. Una alta calidad de *Baukultur* alienta a las personas a identificarse con su ciudad. La calidad de los resultados depende de la medida en que toda la sociedad se sienta responsable del entorno construido y su mantenimiento. Se aumenta la funcionalidad de la ciudad y las perspectivas de desarrollo. Especial

énfasis debe colocarse para el fortalecimiento de Baukultur como una contribución al desarrollo sostenible urbano, como un factor de ayuda estructural y como tema de investigación.

El informe de los ministros del encuentro del 24 y 25 de mayo de 2007 destaca que “la ciudad tiene que ser bella”, a medida que las ciudades compiten cada vez más para atraer a las empresas, la Baukultur (cultura de la construcción), los aspectos del desarrollo urbano son cada vez más importantes. Baukultur es una necesidad, no un lujo. Las cualidades de los edificios se convierten en política estructural.

b. Modernización de las redes de infraestructuras y mejora de la eficiencia energética

Una contribución esencial a la calidad de vida y del medio ambiente, puede hacerse a través del transporte urbano sostenible, accesible y asequible, que posea enlaces coordinados con las redes de transporte urbano-regionales. El transporte urbano debe conciliarse con las diferentes necesidades de uso del suelo, con relación a la vivienda, zonas de trabajo, medio ambiente y espacios públicos. Se debe prestar especial atención a la gestión del tráfico e incluir infraestructuras para bicicletas y peatones. Los Compromisos de Aalborg (2004) reconocen la interdependencia del transporte, la salud y el medio ambiente, y la necesidad de trabajar para reducir la dependencia del transporte privado motorizado, aumentar el porcentaje de desplazamientos en transporte público, peatonal y en bicicleta, promover el cambio de vehículos con bajas emisiones y desarrollar planes integrados de movilidad urbana sostenible.

La movilidad y la accesibilidad son requisitos esenciales para el desarrollo económico en todas las regiones de la Unión Europea. Para cumplir los requisitos de movilidad de un territorio europeo policéntrico, incluyendo los países vecinos, y contribuir a mejorar el medio ambiente urbano, es importante garantizar un desarrollo integrado y sostenible del transporte multimodal. Se necesitan redes de transporte tanto para pasajeros como para mercancías, por diversas vías: ferrocarril, carreteras, por aire, vías navegables marítimas y fluviales. Los ministros apoyaron el fortalecimiento y extensión de las redes transeuropeas.

Las ciudades representan casi tres cuartas partes del consumo mundial de energía. Es imperativo desarrollar el transporte público local y la

movilización a pie o en bicicleta. Al mismo tiempo, la mejora de la eficiencia energética en el sector de los edificios es una contribución fundamental en la lucha contra el cambio climático.

La eficiencia energética de los edificios ha de mejorarse; esto atañe a los edificios existentes como a los de nueva planta. Cada región y ciudad debe contribuir a ahorrar energía, apoyando el desarrollo de bajas o cero emisiones de los asentamientos, el desarrollo de posibles nuevas fuentes de energía renovables con el fin de mitigar el cambio climático. En particular, se debe procurar reducir la contaminación debida a las partículas procedentes de los sistemas de calefacción ⁷; y construcciones correctamente aisladas, que ahorran más del cincuenta por ciento de energía entre gas y luz.

Una base importante para un uso eficiente y sostenible de los recursos es una estructura compacta de asentamientos, se puede lograr evitando la expansión descontrolada de las ciudades mediante un control estricto del suministro del suelo y de la especulación. La estrategia de integrar los usos de vivienda, de empleo, de educación, de suministros y de recreo en los barrios ha resultado ser especialmente sostenible.

Los planes de alta densidad y uso mixto, que evitan la proliferación urbana, presentan ventajas ambientales, en cuanto al uso del territorio, transportes y calefacción, favoreciendo un menor consumo *per capita* de los recursos. El urbanismo sostenible y la planificación territorial adecuada ayudan a reducir la proliferación urbana, la pérdida de hábitats naturales y de biodiversidad, y a reducir la impermeabilización de los terrenos. Es indispensable con tal fin, la recalificación y la reutilización de las áreas olvidadas o postergadas y la planificación territorial orientada al ahorro del espacio ⁸. Se evitará la sobreexplotación de los recursos

⁷ Ver *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una estrategia temática para el ambiente urbano*, Bruselas, 11/1/06 COM (2005) 718.

http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=718

⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una estrategia temática para el ambiente urbano, citada. Sobre el tema ver el trabajo de mi autoría: “Restricciones administrativas al dominio con finalidad ambiental en el derecho urbanístico”, en *Tutela jurídica del medio ambiente*, Córdoba, Ediciones de la Academia

ecológicos y culturales, la pérdida de biodiversidad, en particular mediante el aumento de la expansión y crecimiento urbano descontrolado, mientras que las zonas remotas se enfrentan a la despoblación.

En los Compromisos de Aalborg sobre planificación y diseño urbano se asumen las responsabilidades de regenerar y reutilizar las zonas degradadas y abandonadas; evitar el crecimiento urbano desmesurado, logrando densidades urbanas apropiadas y priorizando el desarrollo urbano en zonas ocupadas frente a zonas verdes; asegurar un urbanismo de usos de suelo mixtos, con un balance equilibrado entre la actividad laboral, residencial y de servicios, dando prioridad a un uso residencial en el núcleo urbano; asegurar una conservación, renovación y reutilización apropiada de nuestra herencia cultural urbana; aplicar requerimientos para un diseño y construcción sostenibles y promover la arquitectura de alta calidad, favoreciendo las nuevas tecnologías de la construcción.

Asimismo, la Carta de Leipzig recalca la necesidad de mejorar las infraestructuras técnicas, de forma especial, el suministro de agua, el tratamiento de aguas residuales y otras redes de suministros.

c. Innovación proactiva y políticas educativas

La Carta afirma que las ciudades son lugares donde se crea e imparte gran cantidad de conocimiento. La explotación completa del potencial de conocimiento de una ciudad depende de la calidad de su educación escolar, de las redes de comunicación sociales y culturales, de las oportunidades de aprendizaje que se brinden a los ciudadanos de todas las edades, de la excelencia de las universidades e institutos no universitarios y de las redes de intercambio entre la industria y la comunidad científica.

Una política integrada de desarrollo urbano puede contribuir mediante la agrupación de interesados, el apoyo a las redes de comunicación y la optimización de las estructuras de localización. El desarrollo urbano integrado promueve el diálogo social e intercultural.

El 75% de la población de Europa vive en ciudades. Estas ciudades son puntos focales de la integración europea. Las ciudades son los lugares en los que tradicionalmente se produjo la investigación y la innovación y, por lo tanto, el crecimiento económico.

Los ministros responsables del desarrollo urbano apoyaron el uso de la telemática a favor de un acceso libre y socialmente justo, a la información y la comunicación en todas las regiones, para eliminar las barreras territoriales de accesibilidad, especialmente en zonas periféricas y rurales, y para permitir trabajo descentralizado y la prestación adecuada de servicios de interés general, incluyendo la atención de la salud y la educación. Se debe garantizar la infraestructura necesaria, como la cobertura general de conexiones de banda ancha. Se recomienda la combinación de infraestructuras como banda ancha y cables en los nuevos programas de transporte y comunicaciones.

VI. Especial atención a los barrios menos favorecidos

Las ciudades se enfrentan a enormes retos, especialmente a aquellos relacionados con el cambio de las estructuras económicas y sociales, y la globalización. Se mencionan entre los problemas específicos: la elevada tasa de desempleo y la exclusión social. Dentro de una misma ciudad pueden existir diferencias considerables, en relación con las oportunidades económicas y sociales existentes en cada zona, y en la calidad medioambiental.

La Carta de Leipzig advierte que los desequilibrios sociales y el desarrollo económico desigual tienden, por lo general, a incrementarse, lo que lleva a la desestabilización de las ciudades. A continuación afirma que una política de integración social que contribuya a la reducción de las desigualdades y a la prevención de la exclusión social será la mejor garantía para el mantenimiento de la seguridad de nuestras ciudades.

Para lograr los objetivos de integración social en las ciudades y áreas urbanas, pueden resultar herramientas efectivas, las políticas sociales de vivienda bien concebidas. Una vivienda saludable, apropiada y asequible puede hacer las barriadas más atractivas para los jóvenes y los mayores, significa una contribución a la estabilidad de los barrios.

Es mejor identificar las señales de forma temprana para subsanarlas eficientemente y ahorrar recursos. Una vez que la zona ha comenzado su declive, los costes y la dificultad para cambiar la situación pueden multiplicarse.

Para encontrar la mejor solución en cada área desfavorecida, constituyen elementos esenciales la implicación activa de los residentes y el diálogo mejorado entre los representantes políticos, los residentes y los agentes económicos.

Los ministros en su informe recomiendan una estrategia explícita para atraer a la gente, las actividades de inversión y la vuelta a las ciudades del interior. Dentro de las ciudades, no debe haber islas de prosperidad rodeadas por un mar de privaciones. A largo plazo, sólo puede haber crecimiento y prosperidad de la ciudad en su conjunto.

La lucha contra la exclusión social en las ciudades, es un componente fundamental que integra los valores compartidos en la Comunidad Europea. La existencia de zonas urbanas desfavorecidas ponen en peligro el atractivo, la competitividad, las fuerzas de inclusión social y la seguridad en las ciudades.

Las siguientes *estrategias de acción*, dentro del marco de una política integrada de desarrollo urbano, son de crucial importancia para los *barrios desfavorecidos*:

a. Búsqueda de estrategias para mejorar el medio ambiente físico

Están estrechamente interrelacionados la actividad económica y las inversiones con las estructuras urbanas de calidad, el medio ambiente saludable e infraestructuras y servicios públicos modernos y eficientes. Por ello, es necesario mejorar la calidad de las construcciones en los barrios desfavorecidos, teniendo en cuenta el diseño, las condiciones físicas y la eficiencia energética.

b. Fortalecimiento de la economía local y la política del mercado laboral

Las políticas encaminadas a obtener estabilidad económica en los barrios desfavorecidos deben hacer uso de las fuerzas endógenas econó-

micas de éstos. El mercado laboral y las políticas económicas que se ajusten a las necesidades de cada barrio serán los instrumentos apropiados. El objetivo es crear y asegurar empleo para facilitar la apertura de nuevos negocios, especialmente deberán ampliarse las oportunidades de acceso al mercado laboral local mediante una oferta de formación orientada a la demanda.

A la Unión Europea, a los Estados miembros y a las ciudades se les pide que creen mejores condiciones e instrumentos para fortalecer las economías locales y, consecuentemente, los mercados laborales, a través del fomento de la economía social y de la provisión de servicios orientados al ciudadano.

c. Educación y políticas de formación para niños y jóvenes

Un punto de partida crucial para el progreso de los barrios desfavorecidos es la mejora de la educación y de la situación formativa de las comunidades locales. Hay que dar más y mejores oportunidades educativas y formativas que cubran las necesidades y carencias de los niños y jóvenes de barrios desfavorecidos. A través de políticas que se centren en la realidad social en la que viven, debemos posibilitar la participación de estos niños y jóvenes para que puedan llevar a cabo sus ambiciones, asegurándoles igualdad de oportunidades a largo plazo.

En este contexto, señala el informe de los ministros, más educación es la clave para una mayor igualdad de oportunidades. Más posibilidades de educación y formación deben ser proporcionadas, sobre todo en los barrios desfavorecidos, que respondan a las necesidades y carencias de los niños y jóvenes que viven allí.

d. Fomento de un transporte urbano eficiente y asequible

Muchos barrios desfavorecidos tienen carencia de sistemas de transporte adecuados, lo que produce efectos ambientales y reduce el valor de estas zonas. El desarrollo de un sistema de transporte público eficiente y asequible dará a los residentes de estos barrios las mismas oportunidades de acceso y movilidad que tienen otros ciudadanos.

La planificación de los sistemas de transportes, además de dirigirse a reducir los impactos negativos en el medio ambiente, deben organizarse de manera que estos barrios se integren convenientemente en la ciudad y en su área metropolitana como un todo. Se necesitan también redes adecuadas para el tráfico de peatones y ciclistas.

VII. Financiamiento del desarrollo urbano

Las ciudades europeas necesitan una base financiera sólida que genere estabilidad a largo plazo. Consecuentemente es importante que los Estados miembros tengan la oportunidad de usar los fondos estructurales europeos para sustanciales programas integrados de desarrollo urbano. Asimismo, se recomienda el uso de instrumentos de ingeniería financiera, que aprovechan el uso de capital privado en la puesta en marcha de estrategias integradas de desarrollo urbano, y ofrecen oportunidades prometedoras para la mejora de la efectividad de las fuentes de financiación convencionales.

VIII. Conclusiones

La Carta de Leipzig sobre ciudades europeas sostenibles establece el modelo de ciudad europea del siglo XXI, estableciendo valores y principios fundamentales del moderno derecho urbanístico.

El desarrollo urbano debe orientarse al urbanismo integrado que contemple dimensiones económicas, sociales y ambientales, buscando el justo equilibrio de todos los requisitos e intereses de los habitantes y del mercado. Se debe dar prioridad a la promoción de los barrios desfavorecidos y a la inclusión social.

La participación en la gestión urbana de todos los implicados, autoridades, políticos, ciudadanos, e inversores es indispensable y nos encamina a una democracia plena.

Estos valores y principios de vanguardia, merecen ser incorporados al derecho urbanístico argentino y latinoamericano, con el fin de lograr el desarrollo sustentable de las ciudades, mejorando así la calidad de vida de los habitantes urbanos y también rurales.

EL TRANSPORTE DE MATERIALES PELIGROSOS POR CARRETERA EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA Y POSIBLES SOLUCIONES ANTE INFRACCIONES A LA NORMATIVA VIGENTE

por RAFAEL CONSIGLI

Sumario: Materiales o mercancías peligrosas (cuadro). I. Residuos peligrosos. II. Sustancias peligrosas.

Periódicamente la División Patrulla Ambiental interviene en el control de transportes de materiales peligrosos en la vía pública, detectando a menudo distintas infracciones a la normativa vigente en la materia. El problema radica en que, debido al tipo de carga de que se trata, no es fácil encontrar una solución al destino de ella o de los vehículos que la transportan. Los materiales o mercancías peligrosas comprenden tanto a los residuos como a las sustancias, es decir, a lo que se desecha como a lo que va a ser utilizado como materia prima para distintas actividades.

A modo de síntesis se describen en las distintas normas que comprenden la temática, las autoridades de aplicación y los requisitos establecidos para ambas.

Materiales o mercancías peligrosas

	Legislación	Autoridad de aplicación	Requisitos
RESIDUOS PELIGROSOS	Ley Nac. 24.051 Ley Prov. 8973 Decreto 2149 Decreto 779/95	-Autoridad judicial -Secr. de Ambiente -Secr. de Transporte	- Conductor: Lic. Nac. Habil. - <i>Carga</i> : Manifiesto de transporte - Habilitación del transporte - Identificación externa (Rótulo de Riesgo y Panel de Seguridad).

	Legislación	Autoridad de aplicación	Requisitos
SUSTANCIAS PELIGROSAS	Decreto 779/95 Art. 96 CFV Ley Prov. 8.560	-Secr. de Transporte -Dep. Policial -Munic. Adherida (Aut. Juzgam.)	- <i>Conductor</i> : Lic. Nac. Habilitante - Declaración de carga - <i>Carga</i> : Remito o Factura - Identificación: *Rótulo de Riesgo (clase de material peligroso) * Panel de Seguridad (N° de Naciones Unidas y número de riesgo) - Habilitación del transporte

Comentaremos, en primer lugar, las generalidades, legislación vigente, documentación y requisitos establecidos para el transporte de residuos peligrosos, para después tratar de la misma forma a las sustancias peligrosas.

I. Residuos peligrosos

La ley 24.051 comprende las etapas de generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos. La provincia de Córdoba adhirió mediante la ley provincial 8973/02 y decr. reg. 2149. Comprende los residuos descriptos en el Anexo I (Categorías sometidas a control: Y1 a Y48 - ej., residuos farmacéuticos, patógenos, agroquímicos, industriales, etc.) o los que posean alguna de las características enunciadas en el Anexo II (Lista de características peligrosas: explosivos, inflamables, oxidantes, corrosivos, tóxicos, infecciosos, etc.).

Una vez cumplidos los requisitos establecidos para la inscripción se les otorga a los operadores un certificado ambiental, que es el documento que acredita exclusivamente la aprobación del sistema de manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos generados. Este Certificado Ambiental Anual implica la licencia de habilitación para el vehículo que transporte residuos peligrosos (Contiene: Nombre de la empre-

sa, N° de Certificado, Fecha de vencimiento, Dominio del vehículo, Firma de la autoridad de aplicación).

Para el caso en que deban transportarse residuos se estableció el Manifiesto de Transporte que es el documento que acompaña el traslado, tratamiento y cualquier otra operación relacionada con este tipo de cargas. Este debe contener: Datos identificatorios (del generador, operador y transportista); Datos del vehículo; Información de los residuos (tipo y número de contenedores, clase, características, cantidad, unidad de medida, estado físico); Instrucciones de manipulación para el operador en la planta de tratamiento o en el sitio de disposición final; Documentación anexa (Plan de contingencia, Hoja de ruta); Información de emergencia (TE operador y transportista); Certificación (Firma, Título y fecha de firma del Generador, Transportista y Operador); Declaración Jurada: Certificación del Generador (Fecha de entrega del Manifiesto y Firma de la autoridad de aplicación) y Certificado Ambiental del transportista

El *Manifiesto Provincial* consta del *original y cinco copias*. El original queda para la autoridad de aplicación y la primera copia para el generador. El transportista circula con las cuatro copias restantes. La validez del Manifiesto es de *30 días*. Los conductores de vehículos de residuos peligrosos deben poseer una licencia especial para su conducción, la que tendrá un año de validez y será otorgada por la Secretaría de Transporte.

La normativa vigente prohíbe el ingreso a nuestro territorio de residuos peligrosos provenientes de otras provincias, salvo que lo hagan en carácter de transporte de paso, o estén destinados a su tratamiento y disposición final en plantas ubicadas en el territorio provincial. En caso de ser residuos en tránsito se debe fijar en la autorización respectiva el máximo tiempo posible de residencia en la provincia (no podrá superar los 10 días) y los carriles de tránsito específicos.

Para el transporte de residuos originados en otra jurisdicción y que transiten dentro de la provincia de Córdoba, las autoridades de la jurisdicción que emiten el manifiesto y/o el transportista, deben comunicar previamente a la autoridad de aplicación, en un plazo no inferior a 10 días, el tránsito por la provincia a los fines de acordar rutas y mecanismos de control. En este caso de *transporte interjurisdiccional* (desde una provincia a otra, o desde/hacia lugares sujetos a jurisdicción nacional) deben poseer el *Manifiesto Nacional* de Residuos Peligrosos.

Para el tránsito de residuos dentro de la provincia será obligatorio contar con el Manifiesto Provincial. Si el transporte se hace desde la provincia de Córdoba hacia otra provincia, deberá contar además con el Manifiesto Nacional. Igualmente si ingresa desde otra provincia a nuestro territorio provincial.

Tanto en el egreso o como en el ingreso de residuos a nuestra provincia, el transportista deberá hacer constar su paso por la primera dependencia policial mediante firma, sello y fecha de la autoridad policial al dorso de la sexta copia del Manifiesto Nacional. El Manifiesto Provincial puede ser solicitado en la Secretaría de Ambiente u obtenido directamente desde su página web, en este último caso, no es necesario contar con la firma y sello del funcionario habilitante.

Para los que generan pequeñas cantidades existe un *Manifiesto de Generadores Múltiples* (un transportista inscripto recoge en el mismo vehículo pequeñas cantidades de distintos generadores, ej., lubricentros, residuos patógenos de clínicas, etc.) el que va acompañado de un Anexo donde figuran quiénes son los que generaron los residuos y la cantidad entregada por cada uno. Los vehículos habilitados deben ser lavados en instalaciones autorizadas (normalmente los operadores tienen instalaciones de lavado en sus plantas)

A modo de síntesis, la documentación para el transporte de residuos peligrosos es la siguiente:

- *Documentación:*
- Certificado de habilitación del vehículo (Certificado Ambiental Anual)
- Certificado de aptitud técnica del vehículo (RTO)
- Licencia Nacional Habilitante para el transporte de mercancías peligrosas
- Manifiesto Provincial (transporte dentro de la Pcia.), Manifiesto Nacional (ingreso desde provincias vecinas)
- Manifiesto Provincial y Nacional (transporte desde la Pcia. de Córdoba a otras jurisdicciones)
- Póliza de seguro con cobertura específica para el transporte de residuos peligrosos
- Instrucciones para casos de emergencia (Ficha de Intervención)

- *Equipamiento:*

- Elementos identificatorios de la carga (Rótulo de riesgo y Panel de seguridad)
- Elementos de seguridad de acuerdo a la ficha de intervención del residuo que transporta

La solución práctica que se ha encontrado hasta el momento para el caso de residuos transportados en forma irregular y hasta tanto se disponga de lugares específicos para el depósito de éstos, es la siguiente: se consulta con la autoridad de aplicación (Secretaría de Ambiente), quien normalmente envía un transporte de una empresa habilitada y comisiona un técnico que confecciona un Manifiesto de Transporte donde se describen los residuos transportados. Se procede al traspaso de la carga y se envía hasta un predio de un operador registrado, trasladándose los costos de transporte, depósito y tratamiento al infractor.

II. Sustancias peligrosas

La legislación considera peligrosas a las sustancias que presentan riesgos para la salud de las personas, la seguridad pública o el medio ambiente. Las divide en nueve clases, de acuerdo a sus características y al riesgo que presentan.

Clase 1	Explosivos
Clase 2	Gases
Clase 3	Líquidos inflamables
Clase 4	Sólidos inflamables
Clase 5	Sustancias oxidantes o peróxidos orgánicos
Clase 6	Sustancias tóxicas o infecciosas
Clase 7	Sustancias radiactivas
Clase 8	Sustancias corrosivas
Clase 9	Sustancias peligrosas diversas

Para el transporte de estas sustancias deberán cumplirse los siguientes *requisitos*:

- *Documentación:*

- Certificado de habilitación del vehículo
- Certificado de habilitación de la cisterna
- Certificado de aptitud técnica del vehículo (RTO)
- Tarjeta RUTA (Registro Unico de Transporte Automotor - para transporte interprovincial)
- Certificado de capacitación del conductor (Licencia Nacional Habilitante)
- Declaración de carga emitida por el expedidor (conteniendo clase o división, grupo de compatibilidad, N° ONU, grupo de embalaje)
- Instrucciones para casos de emergencia (Ficha de Intervención)

- *Equipamiento:*

- Elementos identificatorios de la carga (Rótulo de riesgo y Panel de seguridad)
- Equipamiento de emergencia
- Extintores de fuego

Durante su itinerario, el transporte deberá evitar en lo posible áreas densamente pobladas, reservas de agua o forestales o ecológicas, o de gran concentración de personas o vehículos. Sólo podrá estacionar, para descanso o pernocte, en áreas previamente determinadas por la autoridad competente. En caso de inexistencia de éstas, deberá evitar las áreas nombradas. Solamente en caso de emergencia podrá estacionar o detenerse en las banquinas, debiendo permanecer señalizado y bajo vigilancia de su conductor o autoridades locales.

A su vez establece las siguientes *prohibiciones*:

- el transporte con productos incompatibles o alimentos, medicamentos o productos para uso humano o animal
- el transporte de animales vivos
- el transporte de mercaderías mal estibadas o sujetas por medios inadecuados
- el transporte de unidades con más de un remolque o semirremolque
- llevar otras personas (viajeros) a excepción de la tripulación

- Llevar mercancías peligrosas en transportes de pasajeros con excepción de los productos peligrosos de uso personal (medicinal o de tocador) en cantidades superiores a 1 kg. o 1 litro por pasajero. (prohibición total para las mercancías de la Clase 1 o 7)
- manipular, cargar o descargar en lugares públicos
- entregar el vehículo a un conductor no habilitado
- fumar en el interior del vehículo o en sus proximidades
- no informar detenciones por accidente o avería, o no adoptar en estos casos las medidas de seguridad
- no prestar apoyo a requerimiento de las autoridades públicas
- no cumplir con las limitaciones de circulación impuestas
- no llevar la documentación y equipamiento mencionados

Durante las operaciones de carga, descarga, transporte, trasbordo, limpieza y descontaminación, los vehículos y equipamientos deben portar los rótulos de riesgo, los paneles de seguridad identificadores de la carga y las instrucciones escritas (Ficha de Intervención).

Elementos identificadorios de la carga: el vehículo deberá contar con dos símbolos identificadorios correspondientes a la sustancia transportada

Etiqueta o rótulo de riesgo principal:

- Incluye un símbolo (explosión, llama, calavera, cruz sobre espiga, líquido goteando, trébol, etc.) La Clase o División indica el Riesgo Principal
- N° de Clase o División
- Panel o Placa de Seguridad
- N° de Riesgo
- N° de Naciones Unidas

Número de Riesgo: mediante 2 o 3 números se indica la intensidad del riesgo de un producto determinado. El primer número indica el riesgo principal. Si va acompañado de 0 (cero) quiere decir que el riesgo es simple, es decir, no hay riesgo secundario. Si el primer número se repite

significa que el riesgo es más intenso. Si va precedido con la letra X, significa que la sustancia reacciona peligrosamente con el agua.

Transporte de mercancías peligrosas en cantidades limitadas: en la octava columna del Listado de Mercancías Peligrosas, por orden numérico, está indicada la cantidad máxima (masa bruta) que puede ser transportada en una unidad de transporte. Cuando la cantidad transportada supera esa cifra, esa carga se encuentra *eximida* de cumplir con los siguientes requisitos:

- Elementos identificatorios de la carga (Rótulo de riesgo y Panel de seguridad)
- Equipamiento de emergencia
- Certificado de capacitación del conductor
- Limitaciones en relación con itinerario, estacionamiento y locales de carga y descarga
- Prohibición de transportar en vehículos de pasajeros

Pero *permanecen válidas* algunas *condiciones* como:

- Declaración de carga
- Extintores
- Precauciones en manipuleo
- Disposiciones relativas a embalaje, etiquetado y marcado de los bultos
- Documentación de transporte: N° y nombre apropiado para el embarque, clase o división

Las infracciones a las normas reguladoras del transporte de mercancías peligrosas por carretera se clasifican en leves, graves y muy graves, mientras que las sanciones consisten en multa, suspensión del permiso y su caducidad.

Dadas las características particulares de este tipo de cargas no siempre es fácil encontrar una solución cuando se detecta una infracción a la normativa vigente. En caso de que un vehículo sea conducido sin contar con la Licencia Nacional Habilitante, no puede continuar su marcha hasta que llegue al lugar un conductor habilitado de la empresa transportista. Ante la falta de documentación de la carga (remito o factura) se procede por el art. 96 del Código de Faltas de la Provincia (carga indocumentada)

labrando el sumario contravencional y consultando con la autoridad de aplicación el lugar donde quedará depositada transitoriamente la carga hasta que el titular acredite su propiedad presentando la documentación correspondiente. Si la infracción detectada es la falta de habilitación del vehículo o la ausencia de los elementos identificatorios se labra una acta de constatación que posteriormente es girada a la autoridad de aplicación para su resolución.

Para finalizar, es interesante comentar que en algunas oportunidades se ha procedido de la manera descripta pero que las actas han sido giradas a la Secretaría de Ambiente de la Provincia o a municipios adheridos a la ley provincial de tránsito 8560, ya que la ley 7343 incluye artículos que sancionan infracciones cometidas en el transporte de mercancías o materiales peligrosos, haciendo referencia a lo dispuesto en las normas nacionales citadas que regulan dicha actividad.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE GESTIÓN AMBIENTAL EN MATERIA DE CABECERAS DE CUENCAS HÍDRICAS (LOS CONVENIOS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS AGENTES PRIVADOS COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL)

por CRISTINA DEL CAMPO

Sumario: I. Introducción. II. Los convenios entre la gestión pública y los privados en materia hídrico-ambiental. La negociación ambiental. Los convenios ambientales. Algunos instrumentos con los que negociar. Algunas reflexiones generales.

I. Introducción

La gestión del agua, como bien de dominio público, es rol esencial del Estado, lo que importa no sólo la definición de políticas en tal sentido sino la generación y utilización concreta de instrumentos jurídicos y económicos que viabilicen la efectiva protección de las cuencas hídricas y del patrimonio hídrico-ambiental de la región. Las cabeceras de cuencas, como sector prioritario de protección, constituyen el nacimiento de cursos y cuerpos de agua y pueden encontrarse en terrenos en dominio privado ¹.

¹ No todos son “propietarios” en el sentido estrictamente jurídico; esto es, titulares de un derecho real. El derecho real más completo es el derecho de dominio, pues confiere a su titular la prerrogativa de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular, y de reivindicarla de quien injustamente la posea. El Código Civil establece que nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de *utilidad pública*, previa desposesión e indemnización justa. Dicha calificación de utilidad pública importa la base de la expropiación, ya que es la garantía constitucional a la inviolabilidad de la propiedad. Le compete exclusivamente al Poder Legislativo.

El gestor público, en este caso, se encuentra frente al derecho individual -de propiedad privada- que cuenta con el suficiente andamiaje jurídico de protección y ante el deber de tutela ambiental sin suficientes herramientas que viabilicen tal obligación estatal. Y si bien nuestra normativa ofrece una amplia gama de espectros en lo que hace a dicha tutela ambiental, sigue siendo mayor la normativa desarrollada en torno a la propiedad y a los derechos que la protegen -con más de un siglo de jurisprudencia que respalda el abordaje de ese tipo de conflictos-. De allí que aún -para el caso que nos convoca- sea muy difícil hablar de protección de cabeceras de cuenca sin recurrir necesariamente, como punto de partida, a la regulación sobre propiedad privada.

Desde lo “público” nos encontramos con un gran espectro de normativa que obliga al Estado a tutelar derechos tales como a la biodiversidad², al ambiente sano y equilibrado y a velar por el uso sustentable de los recursos naturales en general. Y si bien el privado, el ciudadano, el habitante, está obligado a preservar el ambiente, esta obligación es compartida con el Estado.

La existencia de cabeceras de cuenca (por lo general situadas en áreas naturales sensibles) en dominio privado importa una situación compleja, habida cuenta de la diversidad de intereses entre lo público y lo privado. Lograr establecer vías -mediante instrumentos jurídico económicos- de fomento de estas áreas, con la finalidad de que puedan cumplirse objetivos ambientales, es un verdadero desafío para la gestión pública ambiental.

El propósito de la presente es efectuar algunas reflexiones sobre las posibilidades que ofrece la normativa en nuestro país para utilizar los con-

² En materia de biodiversidad, es interesante citar el concepto de “diversidad funcional”, en particular aplicable a los servicios ecológicos de un sistema fluvial, desde la perspectiva del análisis económico: “desde la perspectiva del análisis económico, quizás el interés en analizar los valores ambientales asociados a la conservación de determinados ecosistemas no reside tanto en la concepción tradicional de la diversidad biológica (...) sino en el concepto de diversidad funcional. En él resulta posible la integración de consideraciones en torno al valor económico de los seres vivos del ecosistema en un contexto en el que lo verdaderamente importante es la contribución de las diferentes funciones ecológicas (entendidas como la interacción entre estructura y procesos), al bienestar de la sociedad” (CEPAL-GTZ, *Guía de Decisores. Análisis económico de externalidades ambientales*, CEPAL, Santiago de Chile, 2008, pág. 62).

venios -y los instrumentos que viabilicen objetivos de conservación- entre la administración pública y los privados como una herramienta para la protección de cabeceras de cuencas hídricas ³.

II. Los convenios entre la gestión pública y los privados en materia hídrico-ambiental

La negociación ambiental

Si partimos de considerar que no son objeto de negociación las bases o presupuestos mínimos ambientales ⁴, (leyes calificadas de orden público) podemos acordar que los fines o intereses privados son negociables a cambio de determinados instrumentos que el Estado puede utilizar para intercambiar con el privado y que equilibren intereses entre ambos.

La negociación es un instrumento -y a la vez constituye un proceso- mediante el cual se propende a la resolución de los conflictos, buscando ventajas para las partes, mediante acuerdos consensuados, donde ambos han cedido algunos de sus intereses y donde acuerdan a fin de compartir

³ La gestión hídrico-ambiental se asienta en principios tales como los preventivos, de información de responsabilidad, de sustentabilidad, de equidad intergeneracional, de participación, entre otros. Sin embargo, no siempre la administración cuenta con instrumentos acordes al objetivo propuesto (cumplir con los fines que tiene asignados) y “lo preventivo” se suele reducir al control y a las autorizaciones.

⁴ Recordemos que la República Argentina en su Constitución Nacional adscribe al sistema federal de organización, en el cual cada provincia conserva el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio y conserva todo el poder no delegado al gobierno federal, así como aquel que se hubiesen reservado por medio de pactos especiales. “Lo ambiental” -más allá del dictado de los presupuestos mínimos ambientales (PMA)- es ámbito de gestión concurrente; en donde partiendo de los presupuestos mínimos ambientales (dictados por el Congreso de la Nación), la regulación sobre recursos naturales coexiste con la ambiental, habiendo tantas regulaciones sobre aguas -por ejemplo- como provincias hay, a lo que se le suma la citada regulación de PMA, la nacional de adhesión, la común y la federal.

⁵ “La negociación es la actividad dialéctica en la cual las partes que representan intereses discrepantes se comunican e interactúan influenciándose mutuamente; para

objetivos⁵. Y si bien en principio no hay o no habría “conflicto” explicitado, sí en cambio se da el objetivo común y la confrontación de determinados fines o intereses.

En esta particular “negociación” tendremos que observar como punto de partida:

a. Lo que es *objeto de negociación*. Verificar que la materia sea “negociable”, o algunos aspectos de ella (cuáles sí y cuáles no). Esto es, partir de lo que está regulado por la normativa (en particular la de orden público -no negociable, ej., ley 25.675-; los derechos reconocidos -su posible afectación por el acuerdo- a terceros; las obligaciones indelegables del Estado, etc.

b. Los *objetivos hídrico-ambientales perseguidos*. Estos suelen estar previstos en la propia regulación ambiental. Debe considerarse tanto la regulación de tipo ambiental como la recursista (recursos naturales) -cuyos fines y objetivos no siempre son coincidentes-.

c. Los *límites de la negociación*. Aparte de los explicitados en la norma (como punto límite de la administración pública) éstos estarán dados por aquel punto a partir del cual las partes pierden el interés por negociar; tal es el caso por ejemplo en que la administración cargue con sólo deberes al privado sin ofrecer nada a cambio o que condicione tanto el manejo del área que vacíe prácticamente el dominio del bien.

d. Los *compromisos*. El acuerdo debe tener las partes identificadas con sus obligaciones.

El acuerdo debe contener cláusulas claras⁶ y la flexibilidad necesaria para reabrir la negociación en cualquier momento. La inclusión de cláusulas claras reduce la incertidumbre sobre el posible accionar (u omisiones) de los actores y de las consecuencias de ello, no sólo en el área objeto de acuerdo sino en la negociación en general. La claridad en la

lo cual utilizan tanto el poder como la disposición que pueda existir para aceptarlo, con el fin de arribar a un acuerdo mutuamente aceptado que configura, desde entonces, un objetivo común en cuyo logro las partes se comprometen” (C. ALDAO ZAPIOLA, *La negociación. Un enfoque integral con específicas referencias a la negociación laboral*, Buenos Aires, Macchi, 1992, pág. 40).

⁶V. *Propuesta de la Comisión Europea del VI Programa de Acción Medioambiental* (2001), pág. 17.

exposición de los intereses en juego, en particular de los problemas ambientales existentes (gravedad) como asimismo de los usos (niveles) de los recursos naturales existentes -como datos o informaciones relevantes a dar a conocer a las partes- posibilita un acuerdo ambiental cooperativo.

Es significativo -a los fines del logro de los objetivos propuestos- el considerar que no debería ser un proceso cerrado ni la negociación en sí misma -internamente- ni la apertura de instancias de participación -externamente- (en instancias o fases específicas), fundamentalmente, en sus inicios en donde la participación de las diferentes áreas del gobierno y de otros actores sociales vinculados al área en gestión (más allá de los terceros como posibles afectados por el acuerdo) es importante para el logro sustentable de objetivos ambientales.

Los convenios ambientales

La necesidad de la realización de convenios negociados para acordar entre los fines públicos y los privados sobre el patrimonio ambiental (objetivos ambientales) es una realidad innegable, habida cuenta que uno detenta la propiedad del bien y el otro la obligación de tutela de los derechos ambientales, dependientes de ese bien (como asimismo la obligación del Estado de cumplir con los fines que tiene asignados).

El acuerdo ambiental es un convenio negociado en el que la administración pública y los particulares que ocupan tierras en cabeceras de cuenca -en este caso- convienen sobre determinados aspectos que van desde simples acciones y restricciones concretas a la gestión compartida del área, con objetivos de tutela. Este importa un acercamiento entre los actores en el que ambas partes deben ponerse de acuerdo en lo que están dispuestos a ceder y cuáles los fines e intereses que tienen en común. El contenido del acuerdo es producto de la negociación entre las partes; donde “partes” pueden ser -con preferencia- los titulares de las tierras (uno o un grupo de ellos) o con sus poseedores o con quienes detentan algún vínculo de gestión directa o de manejo con ese territorio. Según sea el caso serán los instrumentos a incorporar en la negociación y a plasmar en el acuerdo negociado.

Si bien el contenido del convenio es a negociar (la negociación debería ser siempre una instancia preventiva y no reactiva en materia ambien-

tal, ya que no podemos esperar el conflicto ni mucho menos la producción del daño), el objeto básicamente consistirá en metas de conservación o de gestión ambiental. Debería ser relevante la aplicación de instrumentos que vinculen o sigan a la tierra y no a sus gestores. De lograr este punto el convenio tendrá más visos de sustentabilidad en el tiempo y no se agotará en un interés determinado.

Es necesario el intercambio de información de toda negociación. Es además útil, si ésta es volcada en bases de datos y sistematizada por la administración pública. Lamentablemente, la experiencia nos indica que la administración no ha venido pudiendo -en la mayoría de los casos- capitalizar la información que pasa por ella, ya que de otra manera se contaría en las provincias -por ejemplo- con la suficiente información (ej., autorizaciones de extracción de aguas subterráneas, permisos de riego; de desmonte; planes de forestación con regímenes de inversiones forestales; derechos mineros; incendios forestales, etc.) sobre las cabeceras de cuenca, que permita la gestión pública integral de la cuenca -entre otras cuestiones-.

Los convenios ambientales requieren de la concertación de los diferentes actores con incidencia en la gestión del área. La “participación” de ellos importa en muchos casos una mayor posibilidad de éxito en la gestión ambiental del área inserta en la cuenca. Es en esta instancia de participación que se debería convocar a las diferentes áreas de la administración (si es que no se abrió la instancia de trabajo conjunto o de interinstitucionalidad) con incumbencias en las distintas materias (usos, actividades, etc.) y de los diferentes actores sociales vinculadas al área en cuestión.

Los convenios deben ser formalizados por escrito, tras un procedimiento de negociación, de lo que dependerá su eficacia. Estos tomarán la forma de “convenio”, “acta acuerdo”; “acuerdo marco”, con los consecuentes protocolos de implementación o protocolos específicos. Los convenios bien pueden ser de los denominados marcos, esto es, con el objetivo de ser una instancia de acercamiento entre las partes; en los que se busca ir previendo acciones o conductas concretas o como meros acuerdos con finalidades políticas de los que se espera continuar con la firma de protocolos de implementación o acuerdos específicos de ejecución.

En general, más allá de las variadas clasificaciones de acuerdos voluntarios, los que aquí nos interesan son los que tienen un alto grado de

compromiso de la administración pública y por lo general algún tipo de restricción voluntaria al dominio o, de intervención pública. De estos acuerdos voluntarios negociados, pueden nacer compromisos unilaterales (con deberes para éstos, de admisión voluntaria, *v.gr.*, adhesión a una norma más exigente, o limitaciones a la propiedad, o actividades reguladas más allá de lo que la norma establece) o de conservación ambiental (autorreguladores) que consisten en programas por los cuales los agentes involucrados en el convenio asumen ciertos compromisos de conservación, preservación o de gestión ambiental en general.

El seguimiento de estos convenios es primordial, ya que se corre el riesgo que con el cambio de gestión se abandonen (es el principal riesgo tal vez). Aunque también es importante el seguimiento del funcionamiento mismo del sistema de gestión o de los compromisos asumidos, fundamentalmente para hacer ajustes a éste, en consecución de los objetivos primigenios o del cambio de circunstancias. Para el caso (y considerando la persistente carencia de recursos humanos y de todo tipo de la administración pública) se puede recurrir a la utilización de convenios con las universidades para que éstas asuman la función de seguimiento de la actividad objeto del acuerdo voluntario o convenio de colaboración (también puede recaer en una ONG, etc.) en el control de las actividades objeto del convenio.

Los convenios ambientales, pueden ser una vía hacia el logro de objetivos ambientales y -en el caso de los acuerdos de conservación voluntaria de cabeceras de cuenca- una vía que le permita al Estado no tener que recurrir a expropiar las áreas naturales de cabeceras de cuenca. Al dejar en cabeza de los titulares su gestión, al Estado le queda el colaborar coordinadamente con él en las obligaciones de preservar el ambiente. Por otra parte, con la expropiación, se corre el riesgo de dejar estas áreas sin el adecuado manejo para su conservación, si luego otras gestiones no asignan recursos para ello (de no ser política prioritaria de Estado).

Algunos instrumentos con los que negociar

Entre los instrumentos existentes hemos seleccionado aquellos que se presentan, por sus especificidades regulatorias o de aplicación (y que lo-

gran equilibrar intereses entre las partes) como aptos para la protección de cabeceras de cuenca. Describiremos brevemente cada instrumento de los seleccionados y reflexionaremos sobre su aplicación desde lo ambiental.

Los instrumentos ⁷ que la parte pública puede utilizar para la negociación -los que terminan por ser incentivos para la conservación de áreas naturales en dominio privado- van desde instrumentos normativos (de regulación directa, en particular, los instrumentos jurídicos para la conservación) ⁸; instrumentos económicos (de regulación indirecta, económicos, fiscales) ⁹; instrumentos de asistencia o de servicio (de soporte como de investigación, información, educación, etc.).

Dentro de los instrumentos de regulación indirecta ¹⁰, podemos subdividir los tipos de incentivos en directos o indirectos conforme modifiquen directa o indirectamente la rentabilidad privada de los agentes económicos.

Los *incentivos directos* pueden consistir -por ejemplo- en subsidios, reintegros, créditos blandos, etc. Un ejemplo de ello sería un préstamo o

⁷ No es el objetivo de este trabajo el desarrollo de éstos, sino su simple mención y algunas de las características que los hacen relevantes para la utilización de acuerdos de protección de cabeceras de cuenca.

Ver: CEPAL, *Desafíos y propuestas para una implementación más efectiva de instrumentos económicos en la gestión ambiental de América Latina y el Caribe*, Documento Conceptual y Términos de Referencia para los Expertos Nacionales, CEPAL, julio 2000 (R. HUBER - J. RUITENBEEK - R. SERÔA DA MOTTA, *Market Based Instruments for Environmental Policy Making in Latin America and the Caribbean*, World Bank discussion paper, N° 381, World Bank, 1998 (a).

⁸ “*Los instrumentos regulatorios -o de regulación directa- corresponden a medidas institucionales dirigidas a influenciar directamente el comportamiento ambiental de los actores económicos de modo de regular los procesos productivos o los productos, y/o prohibir o limitar las descargas de ciertos contaminantes, y/o restringir actividades en ciertos periodos o áreas*” (CEPAL-PNUMA, *Instrumentos económicos para la gestión ambiental en América Latina y el Caribe*”, México, PNUMA, 1998, pág. 17).

⁹ *Ibidem*, pág. 221 y ss. V. la tipificación que hace CEPAL de los instrumentos económicos.

¹⁰ Son aquéllos que inciden en los costos y beneficios imputables a los cursos de acción alternativos que enfrentan los agentes económicos. “*En otras palabras, es un instrumento económico que afecta la rentabilidad de procesos o tecnologías alternativos, o el precio relativo de un producto, alterando, en consecuencia, las decisiones de productores y consumidores induciéndolos, eventualmente, a acciones que, en el agregado, contribuirán a reducir los niveles de deterioro ambiental*” (*Ibidem*, pág. 18).

un subsidio para manejar el suelo de un modo determinado. También pueden consistir -en especie- por ejemplo, en la entrega de determinadas herramientas, insumos, equipos, reintroducción de animales autóctonos, plantines de especies nativas para reforestar el área; compra de tierras para derivar ganado o animales de granja; animales de trabajo, riego, tierras, etc.

Entre los *incentivos indirectos* podemos citar los instrumentos fiscales (deducciones y exenciones tributarias) -los que resultan en muchos casos ser modalidades acogidas en nuestra regulación¹¹-. Entre ellos podemos citar las exenciones impositivas, certificados para el pago de tributos y la estabilidad fiscal. Estos se suelen encontrar previstos en determinadas leyes en vigor -para determinadas actividades- y que bien pueden complementar las citadas o ser objeto del convenio -el compromiso del dictado de una ley al respecto, por ejemplo-.

También podemos mencionar a los *incentivos de asistencia o de servicio* que son aquellos que proveen un apoyo o asistencia técnica dirigida al manejo del área. Así por ejemplo, en lo referente a las cabeceras de cuenca, la asistencia de biólogos, ingenieros agrónomos, hídricos, etc., para el manejo del área, en aspectos tales como planes de manejo, reforestación de nativa, reordenamiento de pastoreo, ordenamiento territorial, etc.

Ya entrando en los *instrumentos* de protección de cabeceras de cuenca podemos citar algunos de regulación directa; entre los que podemos citar a los instrumentos jurídicos para la conservación -en este caso, la

¹¹ Ejemplo de ello -entre otros- es el de la provincia de Río Negro, ley 2669/93. Art. 10. “*Por la vía reglamentaria, se establecerá un régimen de promoción fiscal y económico, que signifique un estímulo concreto a particulares para que promuevan por sí o por intermedio del Sistema Provincial de Areas Protegidas, las formas de conservación que esta ley establece, para los casos de convenios de constitución de Refugios de Vida Silvestre y/o colocación de inmuebles particulares bajo la jurisdicción y competencia de la autoridad de aplicación de la presente ley. La promoción podrá consistir en diferimiento o eximición de parte o el total de las cargas impositivas que graven estos inmuebles; créditos de promoción, fomento, asesoramiento técnico, científico o de otro carácter; diseño y realización de planes de manejo, señalización y toda otra acción que facilite la sustitución de la renta potencial del bien o derechos cedidos a la autoridad de aplicación o colocados en el marco de los subsistemas y conservación conforme a lo establecido en el Título III - artículo 22*”.

selección de aquellos instrumentos normativos que pueden ser utilizados para la conservación/protección de cabeceras de cuenca-, tales como la servidumbre, que es un derecho público real, constituido sobre un inmueble privado, con el objeto de que éste sirva al fin de conservación o tutela pública ambiental. En una servidumbre deben existir dos predios: el dominante y el sirviente. El predio sirviente es aquél sobre el cual se constituyen las servidumbres y el dominante es aquél en cuyo beneficio se han constituido derechos reales. En tal sentido, el Código Civil (C.C.) establece:

Art. 3000. *“Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo; pero si ella no procura alguna ventaja a aquél a cuyo favor se establece, es de ningún valor”.*

Más allá de lo específico de la servidumbre del C.C. (la existencia mínima de dos predios -el dominante y el sirviente-; que los predios pertenezcan a distintos propietarios; la inscripción de la servidumbre en el Registro para que sea válida frente a terceros) y de las tipologías (reales o personales; continuas o discontinuas; aparentes o no aparentes; en ningún caso, pueden consistir en una obligación de hacer y la constitución de la servidumbre siempre debe establecerla el propietario de la heredad gravada, bien a título oneroso (se rige por las disposiciones relativas a la venta), bien a título gratuito (se rige por las disposiciones de las donaciones y testamentos). Pueden constituirse por plazo determinado y establecidas como perpetuas las servidumbres reales, si no hay convención que las limite, lo que beneficia los objetivos de conservación de un modo de viabilizar su sustentabilidad.

La servidumbre administrativa es un tipo de servidumbre regido por el derecho administrativo; en tal sentido, el Código Civil establece:

Art. 2611. *“Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”.*

La servidumbre administrativa es una restricción al dominio privado que deviene en una continuación de la cosa pública, con contenido de uso público. El titular del derecho de propiedad sobre la cosa sufre un desmembramiento (al perder la exclusividad de su goce total), al tener que soportar la actividad administrativa en dicha cosa. Debiéndose abstener de ejercer derechos que podría ejercer de no interponerse esa relación jurídica. Estas pueden constituirse (en general, se constituyen por un pla-

zo indeterminado) por leyes o actos y hechos administrativos. Así por ejemplo a través de acto administrativo unilateral; acto administrativo bilateral (mediante convenio entre la administración pública y el propietario de la cabecera de cuenca); acto privado (mediante donación), para lo cual es requerido el acto administrativo de afectación. Este tipo de servidumbre es la incorporada en las leyes y códigos de aguas provinciales¹² y en general -en los de corte recursista- se prevén desde la perspectiva de los usos y no con criterios ambientales (lo que va modificándose con la nueva normativa hídrico-ambiental).

Las denominadas servidumbres ecológicas¹³ o ambientales, como tipo de servidumbre, no se encuentran expresamente receptadas por el Código Civil. Sí en cambio es receptada en normativa provincial (provincia del Chubut entre las primeras). Podría ser encuadrada en el art. 3000 C.C., citado *supra*. Como servidumbres no aparentes (no se presentan por signos externos que revelen su existencia) y continuas (su uso es incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre).

¹² Entre otras, las servidumbres de acueducto, de desagüe, de avenamiento. V. por ej., Catamarca, Código de Aguas, Ley 2577 de las servidumbres administrativas. Art. 172. “Corresponde a la Dirección Provincial del Agua determinar y autorizar la constitución de servidumbres administrativas, previa indemnización de daños y perjuicios cuyo monto no excederá del que resulte de aplicar en lo pertinente la Ley de Expropiación 2210”. Art. 176. “Declarase de utilidad pública y sujetos a expropiación, los terrenos necesarios para establecer las servidumbres a que se refieren los artículos anteriores”. La Rioja, Ley 4295, Código de Aguas, Art. 235. “Imposición. Además de las establecidas por este código para la mejor administración, explotación, exploración, conservación, contralor y defensa contra efectos nocivos de las aguas, la autoridad de aplicación puede establecer restricciones al dominio privado, imponiendo a sus titulares o usuarios obligaciones de hacer, de no hacer o dejar de hacer”. Art. 245. “Requisitos para imponer servidumbres. Se impondrán servidumbres administrativas cuando ello sea necesario para el ejercicio de los derechos emanados de una concesión, realización de estudios, obras, ordenamiento, edificios, poblaciones u obras de control de inundaciones, avenamiento y desecación de pantanos o tierras anegadizas y no sea posible o conveniente el uso de bienes públicos”. Provincia de Corrientes, decr. ley 191/01, Código de Aguas (art. 237 y ss.).

¹³ Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (CEDARENA), *Conservación de tierras privadas en América Central -utilizando herramientas voluntarias-* (Carlos M. CHACÓN MARÍN y Rolando CASTRO CÓRDOBA (editores), CEDARENA, San José, Costa Rica, 1998). Allí se define a la *servidumbre ecológica* como “un acuerdo entre dos o más propietarios, en el cual, al menos uno acepta voluntariamente limitar el uso de su propiedad para conservar los recursos naturales existentes en ella”.

Pueden ser entonces consideradas condiciones para que exista una servidumbre hídrico-ambiental o de tutela de cabecera de cuenca (como un tipo de servidumbre ambiental): a. La existencia mínima de dos predios (el dominante y el sirviente). b. Que los predios pertenezcan a distintos propietarios. c. La servidumbre debe inscribirse en el Registro de Inmuebles para ser válida frente a terceros. d. Utilidad entre los predios (debe existir una ventaja real para el predio dominante, sin ser indispensable que ambos predios sean colindantes). Este tipo de servidumbres, viabilizan objetivos de conservación en forma más eficiente que otros instrumentos jurídicos existentes en nuestro ordenamiento. Habida cuenta que se grava al inmueble con las restricciones de uso que los mismos propietarios opten por obligarse a soportar (preferentemente conforme a un plan de manejo). Puede ser establecida a perpetuidad o por un número determinado de años. En general, una vez constituida formalmente, la servidumbre perdura independientemente de que se produzca un cambio de propiedad sobre el inmueble. Teniendo como potencialidad que la propiedad del inmueble se mantiene en poder del particular y el titular del predio sirviente puede seguir realizando otras actividades (siempre que éstas no resulten contrarias a los objetivos de conservación impuestos al constituir la servidumbre).

Las servidumbres, más allá de los caracteres y especificidades (de las servidumbres reales, personales, administrativas, ecológicas) y de la regulación de cada una de ellas, importan una restricción al dominio que beneficia los fines de conservación y de tutela sobre cabeceras de cuenca.

Es interesante citar una figura regulada en la normativa provincial, como es la del Custodio Rural, que “es el propietario de un predio rural a quien, mediante la firma de un convenio, el Estado le delega la custodia y administración de los atractivos naturales y/o culturales de interés turístico que se encuentran en su predio”¹⁴; y que serviría de complemento en la firma de convenios con privados, como incentivo económico directo.

¹⁴ Provincia del Chubut, de cr. 1490/99, Reglamentación de la ley 4217 de Custodios Rurales, y el Convenio respectivo, que como Anexo I y II forman parte integrante del decreto. Art. 9°. “*El Custodio Rural quedará facultado a percibir, de quienes visiten el predio, una suma dineraria en razón de las prestaciones que ofrezca en su predio, debiendo las tarifas ser autorizadas y homologadas, previamente, por el Organismo Provincial de Turismo*”.

El fideicomiso es otra de las figuras aplicables a la protección de cabeceras de cuenca. Conforme al art. 1º de la ley 24.441 habrá cuando “una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

El fideicomiso puede tener por objeto cualquier clase de bienes y derechos. En él intervienen: el fiduciante, que es quien transmite la propiedad fiduciaria de los bienes; el fiduciario, que es quien recibe los bienes del fideicomiso, con las facultades de un propietario, pero sin su provecho económico; el beneficiario, que es quien recibe la utilidad del fideicomiso mientras éste dura y el destinatario final o fideicomisario, que es a quien deben entregarse los bienes vencido el plazo o cumplida la condición a la que se subordina la existencia del contrato de fideicomiso. Constituido el fideicomiso, el fiduciario asume como principales obligaciones la de gestionar los bienes que le han sido transmitidos en interés de otro y la de transmitir los bienes que son objeto del fideicomiso a su finalización, al beneficiario o fideicomisario ¹⁵. El fiduciario -al extinguirse el contrato- debe restituir la cosa a quien se encuentre designado al momento de su celebración, aunque podría no existir en ese momento. Conforme a la ley 24.441 “no podrá durar más de 30 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad”.

El usufructo, es otro de los instrumentos utilizables con objetivos de protección de cabeceras de cuenca. Es un derecho real plasmado en el C.C., conforme allí mismo se regula, que permite usar y gozar de una cosa ajena, de un modo perpetuo o por un tiempo determinado, dejando a salvo su sustancia. El dominio aparece por un lado como el derecho de propiedad del titular, quien tiene derecho a disponer de la cosa y exigir su conservación y uso acorde a su destino, con la característica que no posee el derecho de uso y goce de la cosa, sino que ésta aparece como

¹⁵ Art. 2662 C.C. -modificado por la ley 24.441-: “*el dominio fiduciario es aquel que se adquiere en un fideicomiso constituido por contrato o testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, testamento o la ley*”.

facultad del usufructuario, con el límite dado por el deber de utilizar la cosa de acuerdo a su destino, sin alterar ni cambiar su sustancia. El usufructo se constituye por contrato oneroso o gratuito, acto de última voluntad, prescripción y por la ley. Dura el término o plazo que en él se comprende (es de carácter temporal). Si no estuviere sujeto a plazo alguno, se entiende que dura la vida del usufructuario, como término máximo el de 20 años si se constituye en favor de una persona jurídica. Requiere, para ser oponible a terceros, su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El usufructo se presenta como apto para la protección de cabeceras de cuenca, ya que el titular de la tierra conserva la propiedad del bien, pudiendo ceder el uso y goce de él en favor de una persona o de una ONG que puede tener amplias facultades para realizar todas las acciones tendientes a su administración, acordes al destino impuesto por su propietario.

Finalmente, podemos señalar un instrumento que, si bien es un incentivo económico directo, puede considerarse un incentivo de coronamiento, cual es el Pago por Servicios Ambientales ¹⁶. Este consiste en un mecanismo de compensación económica mediante el cual los usuarios o beneficiarios -en este caso- de las funciones ecológicas que le brinda la protección de cabecera de cuenca, por parte del propietario de éstas, hacen pagos en dinero al propietario o custodio de dichas tierras.

En este caso, es de resaltar, que los servicios ambientales implicados -y sus funciones- son variados y van desde la calidad del agua a un caudal determinable de agua; belleza del paisaje; mantenimiento del bosque nativo; de especies autóctonas; regulación de drenaje, etc., y en general de los riesgos de inundaciones y de desastres.

No agotándose en los citados instrumentos las posibilidades de protección de cabeceras de cuenca; la mención de éstos sólo pretende ser

¹⁶ Sobre el tema puede consultarse: S. PAGOIA - G. PLATAIS, *Payments for environmental services*, World Bank, Washington, D.C., 2002 (www.worldbank.org/ambienteconomic).

- En la provincia de Salta ya se prevé la aplicación de esta figura. Salta, Ley 7107/00. Sistema Provincial de Areas Protegidas. Define en su art. 4º a los servicios ambientales como los “beneficios y/o ventajas que brindan los ecosistemas o los ciclos naturales a la sociedad por los cuales se puede obtener una contraprestación”.

una muestra de parte de los mecanismos con los que cuentan las partes para el logro de objetivos hídrico-ambientales, y la administración pública en general para equilibrar intereses entre lo público y lo privado y en particular entre partes en una negociación.

Algunas reflexiones generales

Las cuencas hídricas conforman nuestro patrimonio hídrico-ambiental. La protección del nacimiento de éstas, entraña la efectiva asunción de responsabilidades que atañen tanto al sector público como privado. La posibilidad de realizar acuerdos con privados para la tutela de bienes ambientales es una instancia que no es novedosa. La incorporación concreta en ellos de instrumentos e incentivos, como modo de equilibrar las cargas, en cambio, resulta de restringida aplicación hasta el momento, al menos en materia de cuencas. Y comenzar por “acordar” desde los aspectos de la negociación ya implica un importante paso hacia el logro de metas ambientales.

Acordar sobre aspectos que le son propios al Estado no siempre resulta ser una tarea sencilla, fundamentalmente por encontrarse enfrentados fines contenidos en leyes de las que son autoridad de aplicación y de las cuales debe ejercer funciones tales como las de control y vigilancia o el mismo poder de policía. Convenir con los particulares, en ese marco, termina ajustándose a la realidad configurada por una administración con escasos recursos de todo tipo (aun humanos y estructurales) en los que debe aplicar normativa orientada a la tutela de aguas, bosques, áreas naturales, etc. De allí el rol fundamental que asumen ciertos instrumentos que puedan viabilizar metas hídrico-ambientales.

Acordar va a implicar mucho más que conciliar o equilibrar intereses de dos partes en juego. La inexistencia de coordinación interinstitucional es una de las vallas que se presentan para la gestión eficiente de cabecezas de cuenca, aunque no es la única. Al Estado aún le cuesta invertir en lo que le es propio invertir. La tutela de los bienes ambientales, del patrimonio ambiental no es asumida en su real nivel de responsabilidad.

La administración pública aparece como una instancia, enmarcada en funciones establecidas en una orgánica de ministerios y en un organigrama, que no siempre le facilitan la gestión. Si acordar entre público-

privado es un logro, más lo es coordinar entre las diferentes áreas de la administración que tienen a su cargo materias comunes pero -valga la dicotomía- específicas. Así, ambiente y el organismo del agua, de minería, de energía, etc., deben comulgar en un objetivo en común. Lo que, a todas luces no es algo sencillo -al menos desde el punto de vista de la gestión-. A lo que se le suma la particular regulación administrativa, con su procedimiento, tiempos (no plazos) y objetivos que le son propios. Más allá de ser por lo general autoridad de aplicación de normativas específicas que le dan el perfil peculiar a cada organismo público en la tutela de lo que es de todos, en cumplimiento de objetivos de interés general.

El poder del Estado para negociar se desvirtúa rápidamente ante la lentitud en las decisiones, la complejidad de los intereses involucrados y la burocracia sobredimensionada en el trámite administrativo -entre otras cuestiones-.

La incapacidad de utilizar instrumentos de gestión preventivos tales como el ordenamiento territorial y la EIA agravan algunos aspectos que tienen que ver con la gestión de cabeceras de cuenca y la implementación de los acuerdos ¹⁷.

Los asentados instrumentos de control y de regulación de la tradicional administración pública no logran estar a la altura de los fines perseguidos por la normativa ambiental, ni mucho menos por lo establecido en la Constitución Nacional. La desconfianza mutua entre la administración pública y los propietarios de bienes con contenido predominantemente ambiental no ayuda mucho para el encuentro entre estos actores. A lo que se le suma la -errónea- creencia popularizada de que “negociar” en esta materia es ámbito de abogados.

Los convenios para la tutela de lo que es de todos, por lo general dependen de la voluntad de los privados y de las políticas públicas secto-

¹⁷ Otro elemento que incide en detrimento de ello es la proliferación de normativa ambiental sin la consecuente EIA. Los efectos de normativa de todo tipo sobre el ambiente no son evaluados en la actualidad, los problemas ambientales que puedan surgir de la aplicación de la normativa no se han previsto, ni siquiera muchas veces la colisión con la normativa existente en materia ambiental. Los costos de aplicar una u otra tampoco son considerados en forma previa: lo que puede acarrear la aplicación defectiva (aun de forma errónea) de la norma (en uno u otro sentido).

riales coincidentes con un gestor predispuesto a gestionar. Predisposición que además debe coincidir en tiempo y en lugar; a lo que se le suma que la administración pública no siempre consigue encontrar los cauces para llegar a objetivos comunes entre el privado y los fines públicos. Una de las etapas de más difícil concreción suele ser el de provisión de la información relevante; etapa que acompaña en realidad gran parte de la negociación, como asimismo la que posibilita la concreción y, en su caso, la reapertura de las negociaciones. La realidad lamentablemente se evidencia con mucha desconfianza de las partes para cumplir con esta instancia en forma pertinente.

En definitiva, la compleja situación jurídica en la que se encuentran por lo general las cabeceras de cuenca en dominio privado, sumada la realidad por la que atraviesa el Estado en el ejercicio efectivo de su rol de tutela de los bienes ambientales, en este caso en particular del agua, dificultan cada vez más la concreción de objetivos de interés público ambiental. Es evidente la necesidad de proteger estas áreas de las que dependen valiosos servicios ambientales. Los servicios ambientales que nos brindan las cabeceras de cuencas hídricas son inconmensurables y van desde la regulación de caudales hídricos -a través de los bosques-, al mantenimiento del equilibrio del sistema ambiental del que forman parte (cuenca hídrica). De su natural y normal funcionamiento dependen poblaciones -en sus medios de vida y en la vulnerabilidad ante los desastres naturales que representan-.

La pérdida de cabeceras de cuenca como sistemas sin alteraciones relevantes (sin la pérdida de los servicios ambientales que brinda), importa una substancial limitante para el desarrollo de las poblaciones aguas abajo de ellas y en consecuencia del desarrollo económico sustentable de la región *.

* Bibliografía: ALBI, E. *et al*, *Gestión pública: fundamentos, técnicas y casos*, Barcelona, Ariel, 1997; ALENZA GARCÍA, J., “Los convenios entre la administración y los agentes privados como instrumento de protección ambiental”, *IV Congreso de la Asociación Española de Economía Agraria*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 19-21 de septiembre de 2001; AZQUETA, D., *Introducción a la economía ambiental*, España, McGraw Hill, 2007; BÖRKEY, P. - LÉVÊQUE, F., *Voluntary approaches for environmental protection in the European Union*, París, OECD, 1998; Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (CEDARN), *Conservación de tierras privadas en América*

Central. Utilizando herramientas legales voluntarias (Chacón y Castro (eds.), San José, Costa Rica, 1998; CEPAL-PNUMA, *Instrumentos económicos par a la gestión ambiental en América Latina y el Caribe*, México, PNUMA, 1998; CEPAL-GTZ, *Guía de Decisores. Análisis económico de externalidades ambientales* (CEPAL, Santiago de Chile, 2008); CORTÉS NIEME, A., “Régimen de humedales y facultades de los dueños riberanos”, en *Actas IV Jornada de Derecho de Aguas*, Serie especial, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, noviembre 2001; COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Environmental Agreements*, COM (96) 561 Final, Brussels, november 27, 1996; COMISIÓN EUROPEA, *Towards Sustainability, The 5th Environmental Action Programme*, Luxembourg, 1993; DEL CAMPO, C. *et al.*, *Negociación. Guía de Estudio*, Córdoba, IUA, 2008; GALILEA, P. - ALENZA, J.F., “Coase visita el Parque Natural de Aralar (a propósito de un conflicto reciente: regulación y recursos naturales)”, en *Actas del Tercer Congreso de Economía de Navarra*, Gobierno de Navarra, 2000; HUERGO LORA, A., *Los convenios sobre potestades y actos de la administración*, Madrid, Civitas, 1998; LÜBBE-WOLF, G., “El principio de cooperación en el derecho medioambiental. ¿Principio jurídico o encubrimiento del déficit de ejecución?”, *Documentación Administrativa*, 1993, N^{tos} 235-236, pág. 424 y ss.; SIBILEAU, A. *et al*, *Protección a perpetuidad de tierras privadas en la Patagonia argentina. Estudio del caso “Las Lagunas de Epulauquen”, provincia de Neuquén*, Buenos Aires, Fundación Neuquén, enero de 2003.

LA “CLÁUSULA AMBIENTAL” DEL MERCOSUR EN EL LAUDO ARBITRAL 1/2005 DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

por ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Sumario: Introducción. Interpretación dada por el TPR a la denominada “cláusula ambiental” del Mercosur. a. Principio de libre comercio en el Mercosur. b. La “cláusula ambiental” no es una “excepción” al principio Mercosur de libre comercio. c. Criterios de aplicabilidad de la “cláusula ambiental”. Reflexión final.

Introducción

El Laudo 1/2005 del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR), constituido para entender en el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el laudo arbitral del Tribunal Arbitral *ad hoc* del 25 de octubre de 2005 en la controversia “*Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay*”, pronunciado el 20 de diciembre de 2005¹, revocó el Laudo del Tribunal *Ad Hoc* del Mercosur (TAH) del 25 de octubre de 2005^{2,3}, que había decidido que la ley 25.626 de la República Argentina que extendía la prohibición de importación de neumáticos usados a neumáticos remoldeados, era compatible con lo establecido en el Tratado

¹ Tribunal conformado por los árbitros Becerra, Oliveros y Fernández.

² Laudo número XI por orden cronológico general, número 1 conforme al Protocolo de Olivos por cronológico (nueva numeración oficial).

³ Tribunal conformado por los árbitros Huck, Gamio y Gottifredi.

de Asunción (TA) y su Anexo I, con normas derivadas de ese tratado, como también con las disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia.

Entre los fundamentos centrales del TPR para decidir la revocación, se cuenta la interpretación dada a la denominada “cláusula ambiental” del Mercosur. El tópico -a nuestro criterio- no ha sido fundado, razonado ni resuelto por el Tribunal de conformidad con la normativa Mercosur, por lo que -independientemente de compartir la decisión central del TPR (la revocación del laudo del TAH)- nos hemos visto convocados a considerar la cuestión señalada.

Interpretación dada por el TPR a la denominada “cláusula ambiental” del Mercosur

El TPR expresa: *“resulta correcta la aseveración de la República Argentina a fs. 7 de su presentación al TPR alegando que en este caso la labor del TPR debe ceñirse a la interpretación y aplicación del principio de libre comercio, sus excepciones plasmadas en el art. 50 del Tratado de Montevideo y su aplicabilidad al caso concreto”* (III. A. 3).

Consecuentemente, abordó en el *Punto C* las *Cuestiones de derecho en revisión*, dividiendo el tratamiento *i.a.* en: 1) principio de libre comercio en el Mercosur; 2) excepciones al principio del libre comercio; 3) criterios de rigor para el análisis de la viabilidad de las excepciones al libre comercio.

Por nuestra parte, consideramos que:

a) de conformidad con la normativa vigente en el Mercosur -bien diferenciada de la de GATT/OMC y de las CE-, no existe un “principio” abstracto de libre comercio con carácter de principio general del Mercosur;

b) la “cláusula ambiental” no es una “excepción” al principio Mercosur de libre comercio;

c) que los criterios de aplicabilidad, en consecuencia, no han sido correctamente tratados.

a. Principio de libre comercio en el Mercosur

Entendemos incorrecta la afirmación del TPR (C.1.6) al señalar que el principio de libre comercio en el Mercosur “en realidad no es una cuestión jurídica controvertida” y que tal cuestión está “correctamente establecida en el Numeral 56 del laudo en revisión”.

En realidad, creemos que -sin explicitarlo las Partes ni el TAH-, la naturaleza del “*principio de libre comercio en el Mercosur*” es una *cuestión controvertida*, por más que no haya sido percibida como tal de modo directo. Además, es de observar que el TAH en el Numeral 56 -ponderado por el TPR- se ha preguntado si la protección de la salud y la vida de las personas y animales y la preservación del medio ambiente, tiene “condiciones jurídicas” para “oponerse” al principio de libre comercio, “en determinadas condiciones y/o circunstancias”. Creemos necesario sentar que la “*cláusula ambiental*” no se “*opone*” al principio de libre comercio ya que, de conformidad al *Tratado de Asunción* (TA), *está integrada a él con carácter “general”* y no sólo “en determinadas condiciones y circunstancias”.

Afirmamos esto dado que el TA en párrafo *preambular* da por “*entendido*” que el objetivo de la integración “*debe ser alcanzado* ⁴ *mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles y la preservación del medio ambiente*”. Si bien establece que ello ha de lograrse con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, ello no debilita el enunciado en tanto todo “proceso” de integración presupone en su base esos principios por sus naturales características de dinamicidad, progresividad, reconversión, solidaridad.

La gradualidad implica que los contratantes parten del estadio con que han contado en 1991 (en el caso bajo comentario, de preservación del medio ambiente) hacia objetivos de optimización, de paulatina concreción en el sentido señalado. La flexibilidad, por su parte, indica la amoldabilidad del proceso a las nuevas realidades en la progresiva con-

⁴ No sólo resaltamos el verbo utilizado sino el hecho de que esta vía para alcanzar la integración haya sido enunciada en primer término en la frase, entre otras, como son: el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y complementación de los diferentes sectores de la economía.

secución de los objetivos acordados. Ello no debilita el pronunciamiento ya que pone de manifiesto la determinación de avanzar hacia un objetivo, tal como es propio de un proceso de integración, el que se caracteriza por su evolutividad, paulatina consecución de propósitos, y por un perfil institucional y normativo, por naturaleza, en constante mutación y perfeccionamiento.

Varios doctrinarios han minimizado el contenido del párrafo del TA precedentemente citado por su condición de preambular, desconociendo el sustancial rol que le asignan las *convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969 y 1986, en su art. 31, de conformidad al cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31.1). De acuerdo a ello, todas las cláusulas dispositivas adquieren su pleno significado a la luz de los objetivos y fines enunciados en el tratado, incluida su parte preambular⁵. Nada de lo dispuesto en el tratado contraviene la explícita voluntad manifestada en el proemio. Más aún, se halla fuertemente sustentada en el *Anexo I*, art. 2.b) del TA.

El *Anexo I* al TA relativo al *Programa de Liberación Comercial* remite al Tratado de Montevideo de 1980 (TM) (ALADI), el que contempla entre las medidas de *orden público*⁶ del proceso de integración latinoamericana a las dirigidas a la “*protección de la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales*”, aspecto que, por su imbricación con la naturaleza general o excepcional de esas medidas, trataremos en el siguiente subtítulo.

⁵ Es de recordar que si bien ninguno de los tres tratados constitutivos originarios de las luego designadas Comunidades Europeas contenía referencia expresa al medio ambiente, el sistema se apoyó para desarrollar la política ambiental comunitaria -hasta su inclusión expresa en el Acta Unica de 1986- en la necesidad de alcanzar los “objetivos” y “fines” del Tratado (*i.a.* Preámbulo, arts. 2º y 235 del TCEE).

⁶ Ello, por su contenido como por el acápite que reza: “*Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: a) Protección de la moralidad pública; b) Aplicación de leyes y medidas de seguridad (...)*”, tal dispositivo, que no admite “ninguna” disposición obstaculizadora, implica una enunciación de normas de orden público en tanto ellas hacen al interés común superior de los Estados Parte en el tratado de ALADI, su proceso de

Se podrá argüir que el art. 31.3 de las referidas convenciones Viena establece: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado (...)”. Sin embargo, no se ha alcanzado acuerdo alguno dirigido a la “interpretación” del tratado en materia ambiental. El *Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en el Mercosur* (AMMA) (Dec. CMC 02/01), está dirigido a la articulación de las dimensiones económicas sociales y ambientales en el marco del desarrollo sostenible ⁷ y no a la dimensión ambiental como integradora del proceso de liberación comercial, tal como aparece en el Preámbulo del TA, menos aún puede considerarse que ha sido dirigido a la interpretación del TA. La sola designación de acuerdo “marco” ⁸ sostiene nuestra posición.

En el *Laudo I, Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco*, del 28 de abril de 1999 (Estado Reclamante: Argentina; Estado Reclamado: Brasil), el TAH expresó en sus Conclusiones que la obligación de eliminar las medidas no arancelarias no alcanza a las comprendidas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI), siempre que estén efectivamente destinadas a los fines allí indicados y no configuren en sí obstáculos comerciales. Agregó que, sin embargo, tales medidas adoptadas bajo el art. 50 deben ser armonizadas.

integración y procesos dependientes (incluido el Mercosur, por pertenencia al sistema de ALADI y por disposición específica del *Anexo I*, art. 2.b) del TA). Lo único que cabe considerar como impedimento para la aplicación de medidas de ese tipo es que no estén realmente destinadas al objetivo de bien común considerado de orden público (V. *infra*).

⁷ Art. 4° AMMA: “El presente Acuerdo tiene por objeto el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población”.

⁸ Los tratados marco son acuerdos que sólo fijan objetivos funcionales generales, los que sólo pueden alcanzarse a través de decisiones políticas a adoptar, careciendo de normas con instrucciones precisas operativas o prohibiciones específicas.

El TAH, en el Laudo VII, *Obstáculos al Ingreso de Fitosanitarios Argentinos al Mercado Brasileño. No incorporación de las Resoluciones del GMC N^{ros} 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, lo que impide su entrada en vigencia en el Mercosur*, del 19 de abril de 2002 (Estado Reclamante: Argentina. Estado Reclamado: Brasil), con relación al art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 no ha compartido la tesis de que, en el caso de referencia, la invocación genérica de la protección de la salud humana, animal y vegetal amparada por el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 pueda exonerar a la República Federativa del Brasil de cumplir con la obligación específica de incorporar a su normativa interna las disposiciones de las Resoluciones GMC bajo análisis. *La circunstancia de que los productos fitosanitarios tengan la potencialidad de causar daño a la salud no es argumento suficiente para oponerse a incorporar las normas de registración, previamente acordadas en un tiempo razonable. La invocación de su legítimo derecho a la protección de la salud humana, animal y vegetal no es realizada por Brasil para restringir una importación de una partida o de un producto en particular, sino que resulta invocada para oponerse a todo el régimen de incorporación de las normas sobre registración de productos fitosanitarios previamente acordada (Puntos 9.1 a 9.5) .*

El TAH en el Laudo I (*Protocolo de Olivos*), *Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay*, del 25 de octubre de 2005 (Estado Reclamante: Uruguay; Estado Reclamado: Argentina), recuerda en el Numeral 100 que “(...) como ya se explicitó anteriormente, el Preámbulo del Tratado de Asunción y la aplicación del artículo 2º, letra b) del Anexo I del Tratado, que incorpora el artículo 50 do Tratado de Montevideo de 1980, son pruebas inequívocas de que el Mercosur nació y debe desarrollarse protegiendo la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales”.

b. La “cláusula ambiental” no es una “excepción” al principio Mercosur de libre comercio

Por otra parte, si bien, de conformidad con los arts. 1º y 2º del TA los Estados Parte han decidido “constituir un Mercado Común” (Mercosur),

lo que *i.a.* implica “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”, en el *Anexo I* al TA relativo al *Programa de Liberación Comercial*, expresamente, en el art. 2.b) *excluye del concepto de “restricciones”* al comercio recíproco⁹, las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (Asociación Latinoamericana de Integración/ALADI). Este artículo dispone que “ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y cumplimiento de medidas destinadas a la: (...) d) *protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales*”¹⁰. Resulta de gran relevancia para la correcta interpretación normativa el hecho que el Tratado, expresamente, haya excluido del concepto de “restricción” a la denominada “cláusula ambiental”, lo que no ha sucedido en el sistema GATT/OMC, ni en el de la CE o de la CAN, tal como lo señalaremos más adelante.

Debe tenerse en cuenta que el Mercosur se ha constituido como un acuerdo de alcance parcial de complementación económica en el marco de ALADI (arts. 7º y 11 del Tratado de Montevideo de 1980). En el marco del TA, se suscribió el 29 de noviembre de 1991 entre los cuatro Estados del Mercosur el Acuerdo de Complementación Económica N° 18 del sistema de ALADI.

El TPR ha rescatado como correcta la afirmación de la representación argentina que sostiene que un Tribunal del Mercosur no puede aplicar normativa ajena al Mercosur para resolver una controversia en este ámbito y su reconocimiento expreso de que en el Mercosur no existe normativa que condicione la utilización de la excepción consagrada en el art. 50 del TM (C.3.10). Al respecto debemos hacer presente que:

⁹ El art. 2.b) del Anexo I al TA, expresamente dispone: “(...) *No quedan comprendidas en dicho concepto [restricciones] las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del TM de 1980*”.

¹⁰ Es de observar que los siete incisos del art. 50 indican medidas que hacen al orden público del proceso de integración latinoamericano (*v.gr.*, moralidad pública, seguridad, materiales de guerra, vida y salud de personas, animales y vegetales, oro y plata metálicos, patrimonio nacional, materiales y energía nuclear).

- el TM no es normativa ajena del Mercosur, en tanto este proceso es un acuerdo subregional del proceso de ALADI y el Acuerdo de Complementación Económica N° 18 del sistema de ALADI del 29 de noviembre de 1991 constituye un Acuerdo celebrado en el marco del Tratado de Asunción (arts. 41 del Protocolo de Ouro Preto; 34 del Protocolo de Olivos sobre solución de controversias en el Mercosur);

- es comprensible que no exista normativa que “condicione” (como requiere el TPR) la utilización del art. 50 del TM en tanto el dispositivo tajantemente establece que *“ninguna disposición (...) será interpretada como impedimento para la adopción de medidas destinadas (...) a la protección de la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales (...)”*, por lo que no admite condicionantes;

- las medidas contempladas en el art. 50 TM no son “excepciones” (en el sentido técnico de la palabra) al libre comercio en el Mercosur (restricciones que impidan o dificulten el libre comercio), tal como lo establece expresamente el TA [*Anexo I* TA art. 2.b)].

En base a lo establecido en la parte preambular y el art. 1° del TA, debemos aceptar que el deber de preservar el medio ambiente es condición incorporada al proceso de integración del mercado común, *i.a.* la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos. De conformidad al Anexo I 2 b) del TA y el art. 50 TM debemos admitir que las medidas dirigidas a la preservación de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales no constituyen “restricciones” al libre comercio, por el contrario, responden a un propósito de orden público del proceso de integración regional y del subregional, debiendo “integrarse” al propio principio de libre circulación con carácter de objetivo general, por lo cual, mal podrían pretender admitirse bajo determinadas “condiciones y/o circunstancias” o desecharse, como lo señalara del TPR.

Con relación a esto último, debe tenerse en cuenta que una “restricción” -de modo coherente con lo enunciado en el *Anexo I* art. 2.a) del TA- es cualquier medida (distinta a los aranceles) de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte en un acuerdo de libre comercio impide o dificulta, por decisión unilateral, el comercio recíproco. Las “restricciones” son por naturaleza mecanismos de excepción que derogan ciertas normas generales de un acuerdo de libre comercio (“cláusulas de escape”). Muy por el contrario, la *“cláusula ambiental”* receptada en el TA y en dispuesta en el TM

es *norma general de un proceso de integración que ha dispuesto incorporar la dimensión ambiental a los mecanismos del proceso*, aun cuando hasta la fecha no lo haya logrado de modo satisfactorio. Es encomiable y visionario que el TM y el TA hayan contemplado privilegiadamente la preservación ambiental. Ello, especialmente, por tratarse de una subregión rica en materias primas y recursos naturales, verdadera ventaja comercial comparativa, digna de ser protegida.

Debe tenerse presente que -tal como ya lo señaláramos- los textos normativos del TA y el TM en materia de “cláusula ambiental” son diametralmente diferentes a los establecidos en el sistema GATT/OMC, CE y Comunidad Andina de Naciones (CAN) por lo que toda transferencia debe ser realizada con cuidado, deslindando en las traspolaciones heterointerpretativas lo no pertinente en función de las diferencias de los textos normativos. El laudo bajo comentario ha sido duramente criticado por recurrir a la jurisprudencia del proceso comunitario europeo tomándola como guía sin colegir las diferencias regulatorias y la distinta naturaleza de los procesos.

El Acuerdo de Marrakech de 1994 que ha dado origen a la OMC, en su parte preambular, si bien hace referencia al objetivo de desarrollo sostenible, expresa débilmente: “*procurando proteger y preservar el medio ambiente*” (el destacado nos pertenece) ¹¹. Por su parte, el tratado del GATT, en su art. XX, bajo la rúbrica “*Excepciones Generales*” dispone:

“A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...) b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (...); d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de

¹¹ Expresión bien diferente de la empleada en el TA: “*deber de alcanzar el objetivo de la integración a través de la preservación del medio ambiente*”, como lo hace el Preámbulo del TA. Destacamos el uso del verbo “deber” y la forma en que debe alcanzarse el objetivo de la integración: “a través” de la preservación ambiental.

los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo (...); g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; (...)”¹².

El requerimiento de la condición de “necesarias” exigida para la aplicación de las medidas, hace visible que la “cláusula ambiental” no ha sido incorporada en el sistema como principio general integrado al principio de libre comercio como lo ha sido en el sistema Mercosur en el *Anexo I*, art. 2.b) del TA, sino como excepción al principio de libre comercio. En el ámbito del GATT y la OMC se ha interpretado que “necesario” equivale a “indispensable”¹³, “esencial”, “vital”¹⁴, “insustituible” para los “intereses o valores” ambientales a proteger. Es de observar que, al tratarse de acuerdos comerciales multilaterales en los que el objetivo directo central declarado (sin condicionamientos) es sólo lograr el libre comercio a escala mundial, éstos no pueden ser comparados en lo que hace a su interés en preservar el ambiente a los procesos de integración que suponen espacios territoriales ampliados con identidad colectiva, con transferencia de lealtades al sistema central, sustentados en el principio de solidaridad y espacio común, ámbito en el que es de interés del conjunto la preservación del medio ambiente común correspondiente a los Estados integrados.

El art. 30 del *Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE)* establece: “Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales,

¹² Otros acuerdos del sistema también contemplan la “cláusula ambiental”, v.gr., el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*; el *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, el *Acuerdo sobre la Agricultura*; el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. Por las limitaciones que nos imponemos en esta presentación, nos remitimos a lo expresado en trabajo anterior titulado *Comercio y ambiente. Las restricciones no arancelarias como instrumento de preservación ambiental en el Mercosur*, Córdoba, Lerner, 2005, págs. 47-82 y 213-245.

¹³ Asunto “Corea-Carne vacuna II”, Informe del OA, para. 161.

¹⁴ Asunto “CE-Amianto”, Informe del OA, para. 172.

preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”.

Si bien, a primera vista, el enunciado puede parecer similar al vigente en el Mercosur en materia de cláusula ambiental, debemos observar que el dispositivo europeo considera “restricciones” a las medidas ambientales con efecto sobre la libre circulación, es decir, condiciones excepcionales, a diferencia de lo regulado en el Mercosur, tal como ya se señalara.

Es de observar que el art. 2º del TCEE, al referirse a la misión de la Comunidad, hace referencia a “desarrollo sostenible” y a “un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente” pero sólo como cometidos a “*promover*” -entre otros- desde el proceso de integración. En los arts. 3º y 4º, al enunciar las políticas o acciones comunes incluye “una política en el ámbito del medio ambiente” (art. 3.1.I), pero limitada a las “condiciones” y al “ritmo” “previstos en el (...) Tratado”. Además, si bien el art. 6º dispone que las exigencias de la protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad; el art. 95 regula las distintas situaciones en la eventual tensión entre medida de armonización y medidas nacionales dirigidas *i.a.* a la protección ambiental; el *Título XIX* del Tratado está dedicado a Medio Ambiente (arts. 174-176) se refiere a las “políticas de medio ambiente” y entre ellas prevé *excepciones de carácter temporal al libre comercio*, ello tiene una naturaleza muy diferente a la de los dispositivos mercosureños.

El Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena/AC) de 1969 prevé, en calidad de “acción complementaria” y como mecanismos establecidos para alcanzar objetivos del Tratado, a las “*acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente*” (art. 3º), lo que se mantiene en el Protocolo de Sucre al AC (1997). El art. 128 dispone: “*Los Países Miembros emprenderán acciones conjuntas que permitan un mayor aprovechamiento de sus recursos naturales renovables y no renovables y la conservación y mejoramiento del medio ambiente*”. Ambos enunciados débiles, que no enuncian obligaciones de los centros institucionales del proceso y que no permiten considerar que el ambiente está integrado al objetivo del sistema, como lo ponen en evidencia en el Mercosur *i.a.* el Preámbulo del TA y su *Anexo I*.

Lo señalado al realizar las consideraciones a la normativa GATT/OMC nos exime de reiterar lo ya señalado en torno a las diferencias sustanciales entre la normativa de la CE y de la de la CAN con la mercosureña en materia de naturaleza de la “cláusula ambiental”.

c. Criterios de aplicabilidad de la “cláusula ambiental”

El TPR titula al Punto C.3. del laudo de referencia “*Criterios de rigor para el análisis de la viabilidad de las excepciones al libre comercio*”. Entendemos, en base a lo señalado precedentemente y a lo establecido expresamente en la normativa Mercosur, que el título es incorrecto y que el Tribunal debió haber consignado “*Criterios de aplicabilidad de la cláusula medio-ambiental*”. También, y en base a las mismas razones, resulta insostenible considerar que hay dos principios en pugna: “libre comercio” y “excepción medio-ambiental” -como lo ha hecho el TAH en el laudo del 25 de octubre de 2005-. No menos inaceptable resulta pretender debatir -como lo hace el TPR- la “viabilidad o no de la excepción medio-ambiental” o afirmar en el derecho mercosureño que quien invoca la cláusula ambiental debe superar pruebas mayores que la explícitamente señalada en el art. 50 del TM: que la aplicación de la medida está efectivamente “destinada” a la protección medioambiental. Así, el TPR ha expresado:

9. Este TPR nota a primera vista de que en realidad en un esquema de integración no es que haya dos principios en conflicto o confrontación como equivocadamente en nuestra opinión sostiene el laudo en revisión en su Numeral 55. Existe un solo principio (el libre comercio), al cual se le pueden anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo, la excepción medio-ambiental aludida).

Asimismo, este TPR no concuerda en cuanto a lo sostenido por el laudo en revisión en su última parte del Numeral 55 donde estipula que el Tribunal ponderará la aplicación de los mencionados principios en confrontación (libre comercio y protección de medio-ambiente) definiendo la prevalencia de uno sobre otro, teniendo en cuenta los dictámenes del derecho internacional. Este TPR entiende que la cuestión debatida en autos es la viabilidad o no de la excepción medio-ambiental a tenor de la normativa Mercosureña y no a

tenor del derecho internacional. Al hacer esta aseveración el TPR es consciente de que no obstante de que los principios y disposiciones del derecho internacional están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (art. 34), su aplicación siempre debe ser sólo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y sólo cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primera, como desde luego corresponde en un derecho de integración (que ya lo tiene el Mercosur) y en un derecho comunitario al cual se aspira (que todavía no lo tiene el Mercosur) por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. En suma, el derecho de integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del derecho. El no considerar ello contribuirá siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña. Al respecto dice Alejandro Daniel Perotti “recurrir lleva el pecado original de desconocer su autonomía en relación al derecho nacional y al derecho internacional” 4. [4 Perotti, Alejandro Daniel, Tercer Laudo del Mercosur. Una buena excusa para hablar de Salvaguardias y Derecho Regional, RDM, 2000-5, pág. 234. Otras excelentes referencias se pueden encontrar en “Sexto Laudo del Mercosur – Una alternativa de solución conforme al Derecho Comunitario” de autoría de los alumnos de derecho Ignacio Bustingorri, Alejandro Barrientos, Santiago María Castro Videla y Eduardo Federico Landera, bajo la coordinación de Alejandro Daniel Perotti] ¹⁵.

Bien señala el tribunal que en el Mercosur no hay dos principios enfrentados sino uno solo: el del libre comercio. Sin embargo olvida decir que de conformidad a la normativa Mercosur ese principio debe tener incorporada la dimensión ambiental, por lo que la cláusula medio-ambiental sólo podría ser rechazada si no estuviera dirigida a obtener los fines ambientales a los que pretendidamente apunta. Por ello, los criterios-principios de comprobación a aplicar deben ser propios de la normativa mercosureña, debiendo estar integrada en ellos la dimensión comercial y la ambiental. A nuestro entender, éstos debieran ser: - principio de causalidad

¹⁵ Llama la atención que el Tribunal haga ponderaciones sobre las bondades de cierta bibliografía, máxime, cuando se trata de trabajo de alumnos.

(relación de causa-efecto entre la medida y el fin perseguido); - principio de no discriminación arbitraria o principio de aplicación indistinta (nacionales y extranjeros); - principio de proporcionalidad (no mayor lesión al libre comercio absoluto que la necesaria para alcanzar el fin perseguido); - principio de insustituibilidad (falta de otro medio menos lesivo para el libre comercio absoluto para obtener el fin ambiental perseguido); - principio de transparencia (publicidad, previsibilidad, respuesta real a objetivos manifestados).

Atento a que el art. 2.b) del *Anexo I* del TA, tajantemente, dispone que las medidas del art. 50 TM no son restricciones, quien impugna la medida es quien debe probar que la misma no ha estado dirigida al objetivo autorizado por el sistema (protección del medio ambiente). Caso contrario, no habría diferencia alguna entre las medidas de la primera y de la segunda parte del art. 2.b) del Anexo I del TA.

En consecuencia, no consideramos aplicables a las medidas contempladas en el art. 50 del TM las expresiones vertidas por el TPR en el Numeral 10 del laudo de referencia:

10. En cuanto a la invocación de la excepción en concreto, en primer término en derecho de integración así como en derecho comunitario, quien invoca una excepción al libre comercio debe probarla (...).

Tampoco consideramos correcto lo señalado en el mismo Numeral con relación al rol de un TAH frente a presuntos vacíos normativos:

10. (...) Normativamente, no existe en el Mercosur un cuerpo legal que establezca clara y concretamente los criterios de rigor a ser analizados para la invocación de tales excepciones, las cuales siempre deben ser interpretadas con criterio restrictivo. No comparativos al respecto la denominación de presupuestos habilitantes que les otorga la representación uruguaya. El laudo arbitral en revisión no contiene lamentablemente ninguna aseveración en tal sentido, y mucho menos cumple su rol institucional que consiste claramente en tales circunstancias, ante un vacío normativo, en establecer un criterio jurisprudencial claro y conciso de tales criterios de rigor para luego aplicarlos al caso concreto. Históricamente en realidad tanto en la hoy Unión Europea como en la Comunidad Andina fueron los tribunales comunitarios los que primero desarrollaron tal concepto jurisprudencialmente. He ahí un craso error jurídico del laudo en revisión. La representación argentina en su contestación, a fs. 11,

correctamente a nuestro entender, sostiene que un Tribunal del Mercosur no puede aplicar normativa ajena al Mercosur para resolver una controversia en este ámbito y a fs. 12 reconoce expresamente de que en el Mercosur no existe normativa que condicione la utilización de la excepción consagrada en el art. 50 del TM”.

Ya con anterioridad hemos señalado que al no ser las medidas ambientales aplicadas en virtud del art. 50 del TM “restricciones” no cabe aplicación de criterio restrictivo con relación a ellas. Tal como puede observarse en el mismo Numeral, hasta la propia parte reclamante sólo se animó a hablar de “*presupuestos habilitantes*”.

Llama la atención que el TPR haya hecho referencia expresa al “rol institucional” de los TAH y, obviamente, al del TPR -que a su criterio lo asume- y que, enlazado a ello, haya señalado que “un Tribunal del Mercosur no puede aplicar normativa ajena al Mercosur para resolver una controversia”, cuando precisamente son aspectos que viola en repetidas oportunidades no sólo en el laudo, sino en ese mismo numeral.

El TPR olvida que se rige por el *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias (PO)*, el que no contempla entre el derecho aplicable para decidir una controversia la jurisprudencia. No incluye, ni siquiera como fuente auxiliar la del propio sistema Mercosur, menos la de un sistema foráneo como lo es el del sistema europeo o andino (art. 34 del PO).

Desconoce el TPR que es un tribunal arbitral y se inviste de facultades de tribunal jurisdiccional, órgano del sistema. Sin embargo, los Estados Parte no han habilitado al TPR -por su calidad de tribunal arbitral- a representar los intereses comunitarios (aún no construidos), ni a considerarse habilitado para impulsar el proceso y sus objetivos desde su rol, tal como sucede en el sistema europeo y andino.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha surgido con los tratados constitutivos de las entidades. Tal como lo señaláramos en trabajo anterior ¹⁶ el TJCE fue establecido como *órgano comunitario* responsable de asegurar el *respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados*. Es instituido *intérprete supremo del derecho comunitario* (si bien, no exclusivo, en tanto comparte la

¹⁶ “Arbitraje y procesos de integración económica regional: la experiencia en el Mercosur”, *Anuario del IHLADI*, N° 19, Madrid, El Escorial, 2009 (Obtenible en www.acaderc.org.ar).

labor con los órganos jurisdiccionales nacionales). Es *garante de la legalidad, de la constitucionalidad comunitaria*. Por tener esas facultades orgánicas institucionales ha podido ser un decisivo impulsor del fortalecimiento y desarrollo del derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), de conformidad con su normativa, es *órgano principal de Acuerdo*, de “*carácter supranacional y comunitario instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros*”.

A distancia sideral de esos sistemas el TPR del Mercosur sólo ha sido investido por los Estados Parte de la facultad de *decidir la controversia en base al derecho aplicable establecido en el art. 34 del PO*. Destacamos la palabra “controversia” ya que el PO no adjudica mayor función a los tribunales del Mercosur, si bien en el Preámbulo ha señalado, de modo general, la necesidad de la correcta aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundacionales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática. Así, la función de los tribunales arbitrales no es “decir el derecho” (como lo hacen los tribunales judiciales) sino “pronunciarse sobre la legalidad-legitimidad de las pretensiones de los contendientes en base al derecho establecido por las Partes”, limitación que el TPR desconoce, en éste y otros pronunciamientos.

Reflexión final

El TPR ha incurrido en numerosas violaciones de su función, comportamiento que se observa reiteradamente en sus pronunciamientos. Ello ha hecho que -a más de otras circunstancias- a raíz de esos laudos caracterizados por un voluntarismo integrador, predominantemente *extra legem*, Wilfrido Fernández, árbitro del TPR se viera forzado a renunciar a su cargo en octubre de 2007. Además, ello se ha prestado a que el Estado afectado por los excesos del Tribunal pudiera invocar la nulidad de los laudos contrarios a derecho, causando un quiebre letal al sistema -lo que no ha sucedido-. Afortunadamente, la nueva conformación del TPR ha permitido superar el disloque y retomar el rol arbitral a los Tribunales del Mercosur, de conformidad a las facultades que le asignaran los Estados Parte en el sistema.

NORMATIVA DE LA MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA REFERIDA AL AMBIENTE

por SUSANA BEATRIZ GALVÁN Y ESTHER MATHIEU

Sumario: Carta Orgánica Municipal (COM). Principales disposiciones. Ordenanzas. Conclusiones.

Aunque la cuestión ambiental compete a toda la humanidad porque los bienes protegidos no reconocen fronteras políticas o geográficas y la biosfera es una sola, el cuidado del ambiente es, sin duda, una función prioritaria del Estado: los tres “poderes” se encuentran comprometidos, y a sus autoridades les cabe responsabilidad de planificación legislativa del ambiente como responsabilidades directas y activas de policía ambiental.

Conforme el esquema federal de Estado de la República Argentina, en el gobierno y administración del medio ambiente es necesaria la coparticipación de la Nación, las provincias y los municipios, pero son estos últimos, como administradores de intereses y servicios locales, quienes más activamente pueden participar junto a las provincias en la salvaguarda del hábitat social del individuo y en la tutela de su integridad territorial.

La Constitución de la Provincia de Córdoba (Const. Pcial.) ya en 1987, incluyó el cuidado del ambiente y el mejoramiento de la calidad ambiental entre las nuevas incumbencias municipales (art. 186 inc. 7).

Por su parte, la Carta Orgánica de la ciudad de Córdoba, ha avanzado en el reconocimiento de los deberes del municipio en materia ambiental, y distintas ordenanzas reflejan la concepción de protección, conservación y recuperación del medio ambiente existente en nuestra Municipalidad. En este trabajo procuraremos destacar las normas que consideramos más significativas en el tema.

Carta Orgánica Municipal (COM)

El derecho que nos ocupa tiene como contracara los deberes que se imponen tanto al Estado como a los particulares. La COM -al igual que la Constitución Nacional y la Constitución Provincial- reflejan la concepción de que el ambiente es un préstamo de nuestros hijos y que la sociedad debe actuar como custodio y no como propietario irresponsable de la naturaleza. Los bienes son concebidos como un don dado a los hombres. En este sentido, Guillermo Eduardo Barrera Buteler señala que esta concepción dista de la de los que sacralizan la naturaleza como un panteísmo posmoderno o como un mero medio para el logro de fines económicos y sólo mensurable económicamente.

Principales disposiciones

Art. 9º.- Los vecinos, protagonistas y artífices de la vida cotidiana y el destino común de la ciudad, sentido y razón de ser del municipio, gozan de los siguientes derechos conforme a las Ordenanzas que reglamenten su ejercicio, a saber: 1.- A la educación, la cultura, la salud, la promoción social, al ambiente sano, al desarrollo sustentable, la práctica deportiva y recreación (...).

Art. 12.- Los vecinos tienen los siguientes deberes: (...) 7. Preservar el ambiente, evitar su contaminación, participar en la defensa ecológica de la ciudad y reparar los daños causados (...).

Art. 28.- El municipio procura para los vecinos un ambiente sano y equilibrado que asegure la satisfacción de las necesidades presentes, sin comprometer las de generaciones futuras.

Ordenanzas

Ordenanza 5454. Explotación de canteras. Lugares prohibidos. Extracción de áridos.

Ordenanza 6936 (modificada por las ordenanzas 7584 y 7477, decr. 43-A-87) *regula el control de la calidad de atmósfera en el ejido municipal de la ciudad de Córdoba que fuere alterado por vehículos automotores en general.*

Ordenanza 7000 (modificada por las ordenanzas 9058, 9466, 9919, 10.557-10.634 y 10.708). *Espacios verdes.* Regula la presentación y acrecentamiento del arbolado. Prohíbe el corte o poda sin autorización municipal, estableciendo los motivos que pueden justificarlo. La Ordenanza 10.634 dispone el texto ordenado de la Ordenanza 7000. Asimismo, el Código de Faltas (ordenanza 10.969), en sus arts. 2.4.5.1; 2.4.5.2; 2.4.5.3. y 2.4.5.4, prevé las sanciones para quienes infringieren las normas reglamentarias sobre el arbolado público.

El texto dado para su análisis menciona la Ordenanza 7104, la que se encuentra abrogada por la Ordenanza 10.099 que establece el marco regulatorio general para la conservación, protección y desarrollo del ambiente en la ciudad de Córdoba. Establece los criterios básicos de la política ambiental urbana y los instrumentos para su aplicación y los Principios Generales de la Política Ambiental que se obliga a observar la Municipalidad de Córdoba en la formulación, conducción, dictado de normas e instrumentos para la conservación, restauración y protección del ambiente.

En este caso, vemos reflejada la concepción de que el ambiente no se limita a los elementos naturales que lo conforman sino también los de carácter social y cultural (ambiente físico, ambiente social, recursos culturales, valores estéticos), en concordancia con la noción de patrimonio cultura.

Ordenanza 8203 (1986) (V. decr. 32-E-87). *Contaminación de alimentos por utilización de productos químicos y biológicos.*

Ordenanza 8167 (modificada por Ordenanza 10.621). *Ruidos excesivos.* Prohíbe dentro de los límites del ejido municipal causar o estimular ruidos innecesarios o excesivos que propalándose por vía aérea o sólida afecten o sean capaces de afectar a las personas, sean en ambientes públicos o privados, cualquiera fuere el acto, hecho o actividad que lo genere.

Ordenanza 8548 (modificada por la Ordenanza 10.456). *Crea el Cuerpo de Guarda Ambientes o Auxiliares Ecológicos Vecinales, de la Municipalidad de Córdoba.*

Ordenanza 8859. *Faltas a la sanidad e higiene.* Multas. Modificación a los artículos 35 y 37 de la Ordenanza 7932. Corresponde señalar

que la mencionada normativa ha quedado derogada por la sanción del nuevo Código de Faltas (Ordenanza 10.969).

Ordenanza 8971. Aprueba el *Convenio de cooperación en materia de prevención y control del medio ambiente* suscrito entre el Ministerio de Gobierno de la Provincia de Córdoba y la Municipalidad de Córdoba.

Ordenanza 8978 (1993). Crea la figura jurídica *Atentado contra la ecología y el medio ambiente humano* a efectos de preservar el derecho de la sociedad a una mejor calidad de vida y resguardar la salud de la población y el comportamiento humano de nuestra sociedad.

Constituyen infracción los actos de los ciudadanos, instituciones, órganos privados o del Estado que atenten, promuevan o causen daños contra el medio ambiente humano y/o hagan peligrar la salud, la higiene, la contaminación de las aguas, la tierra, la atmósfera, el urbanismo, la flora, la fauna y la ecología humana en todas las áreas de la alimentación de la familia y todo otro aspecto.

Ordenanza 9981 (1998). *Código de Tránsito Municipal*, con importantes disposiciones sobre estructura vial, obstáculos en la vía pública, planificación urbana, anuncios y publicidad en la vía pública, condiciones de seguridad de los vehículos, inspección técnica obligatoria, etc., dirigidos no sólo a tutelar la estricta seguridad de la circulación sino a la protección del medio ambiente en base a pautas internacionalmente reconocidas.

Ordenanza 9612 (1996). *Residuos.* Tiene como objeto regular, en el ámbito del municipio de la ciudad de Córdoba, la generación, manipulación, operación, transporte, tratamiento y disposición final de las distintas categorías de residuos, desechos o desperdicios; como, también, todo otro tipo de actividades involucradas en las etapas mencionadas. Esta Ordenanza ha sido modificada por la Ordenanza 10.500 (Contenedores. Sustituye incs. d y h del art. 50 y agrega el art. 50 bis), Ordenanza 10.632 (Residuos patógenos. Modifica el art. 35), y Ordenanza 10.684 (modifica el art. 51 referido a la Unidad de Infracción contra el Medio Ambiente). Distingue entre residuos convencionales y no convencionales. Define a los *residuos no convencionales* como aquéllos que pueden causar daño a la salud humana o al medio ambiente. Son todo material desechado que pueda causar daño efectivo o potencial, directa o indirectamente a seres vivos, poner en peligro su vida o salud o contaminar el aire, agua, suelo o ambiente en general por sus características peligrosas y biológicamente perjudiciales.

Los *residuos no convencionales* son:

- 1) patógenos ¹
- 2) industriales
- 3) peligrosos ²
- 4) restos de obras y demoliciones

La Ordenanza determina la gestión de los residuos, su transporte, tratamiento y disposición final, estableciendo un registro de generadores y operadores de residuos no convencionales que deberán obtener un *Certificado Ambiental* que acreditará la aprobación del sistema de manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los mismos.

Ordenanza 9847 (1998). Regula el proceso de *evaluación de impacto ambiental* para todos los proyectos o actividades, públicas o privadas, que degraden o sean susceptibles de degradar el ambiente y sus recursos. Esta evaluación está *destinada* a:

- 1) determinar la factibilidad y conveniencia de los proyectos y actividades;
- 2) identificar y prevenir los impactos negativos que pueda producir en el ambiente natural y social;
- 3) predecir problemas, conflictos o situaciones de riesgo ambiental;
- 4) mitigar o eliminar el impacto ambiental negativo;
- 5) brindar alternativas a los proyectos o actividades, compatibles con el ambiente natural y social.

La Ordenanza brinda una serie de definiciones, como por ejemplo, que se entiende por ambiente, contaminación, contaminante, desequilibrio ambiental, ecosistema, y específicamente:

- *aviso de proyecto*: inicia el proceso de evaluación del impacto ambiental;
- *criterios ambientales*: lineamientos para conservar, preservar y restaurar el equilibrio ambiental;
- *declaración de impacto ambiental*: acto administrativo por el cual la Dirección de Impacto Ambiental, fundándose en la evaluación,

¹ A los *patógenos* los divide en tipo A, B y C.

² Los *peligrosos* son los explosivos, corrosivos, inflamables, tóxicos (venenos), radioactivos, etc..

autoriza, rechaza o condiciona la realización del proyecto o actividad;

- *desarrollo sustentable*: desarrollo que permite mejorar la calidad de vida;
- *impacto ambiental*: modificación del ambiente;
- *mitigación del impacto ambiental*: contrarrestar los efectos negativos;
- *preservación*: políticas y medidas para mejorar el ambiente y prevenir y controlar del deterioro.

Los *órganos competentes* son la Dirección de Impacto Ambiental y la Subsecretaría del Ambiente.

Los *proyectos que deben someterse* al proceso de evaluación de impacto ambiental son:

- generación de energía hidráulica, nuclear o térmica
- planes de desarrollo urbano
- emplazamientos de complejos tecnológicos o industriales
- centros comerciales
- urbanizaciones, loteos y conjuntos habitacionales
- industrias
- manejo de sustancias tóxicas, peligrosas, radioactivas, residuos no convencionales
- construcción de rutas, caminos, líneas férreas, gasoductos, oleoductos, acueductos y líneas de alta tensión
- explotaciones turísticas
- emplazamientos de aeropuertos, helipuertos, terminales de ómnibus y de carga
- canalización de aguas, lagunas de retención, obras de saneamiento, desagües y tratamiento de aguas servidas
- gestión de residuos convencionales
- desmonte de bosques y sotobosques
- explotación de recursos naturales renovables y no renovables
- agricultura con elevado uso de agroquímicos
- maniobras de entrenamiento militar con uso de explosivos
- espectáculos públicos con elevada concentración de personas en áreas naturales o parques.

La enunciación es *orientadora* y podrá ser ampliada.

La declaración de impacto ambiental es *previa* a todo comienzo de ejecución de la obra o actividad pública o privada.

La Ordenanza distingue *tres niveles de profundización de los estudios e informes* de impacto ambiental a realizar:

- 1) estudio o manifestación de impacto ambiental para aquellos proyectos que puedan tener una *amplia incidencia en el ámbito natural o social*;
- 2) informe de impacto ambiental para los de *mediana incidencia*, y
- 3) informe medioambiental para los proyectos *menores*.

Para los proyectos de mayor incidencia en el ámbito natural o social, se efectuará una *audiencia pública* convocando a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, potencialmente afectadas por la realización del proyecto o actividad, a las organizaciones no gubernamentales interesadas en la conservación del ambiente y sus recursos y a otras entidades relacionadas con la propuesta.

La Dirección procederá a la valoración crítica que culminará con la *Declaración de Impacto Ambiental* por la que, de manera fundada, se autorizará, condicionará o denegará la autorización.

Todo ciudadano u organismo de la administración pública o de la actividad privada, tiene *derecho a la información* sobre evaluación del impacto ambiental.

Quienes realicen actividades que degraden o puedan degradar el ambiente y sus recursos, sin perjuicio de las sanciones que les correspondan, tendrán como *obligación prioritaria restituir las cosas a su estado anterior* y serán responsables por los daños causados. Según la gravedad y magnitud de la infracción, la autoridad municipal podrá disponer la suspensión, interrupción y demolición o destrucción de la ejecución de un proyecto.

Ordenanza 10.102. Residuos de la construcción, restos de obra o demoliciones

Ordenanza 10.626. Acciones de preservación de aquellos bienes considerados componentes del *Patrimonio Cultural de la Ciudad*.

Ordenanzas 10.761, 10.172, 10.763 y 10.764, todas de 2004, en base a un estudio de la Dirección de Urbanismo para el desarrollo sostenible del área rural de la ciudad de Córdoba, adonde se la que reconoce

como pulmón verde y se prevé la protección del medio ambiente en nuestra ciudad.

Ordenanza 11.433 (2008). Incrementa las sanciones por Faltas al Transporte y a la Seguridad, bienestar y estética urbana. Divide las faltas en:

1) Faltas al transporte

- a) transporte de *sustancias peligrosas, residuos patógenos o líquidos cloacales*, multa de hasta \$ 30.000 y el secuestro de los equipos o vehículos utilizados para configurar la infracción) transporte de *áridos o restos de obras*, hasta \$ 10.000

2) Faltas a la seguridad, bienestar y estética urbana

- a) higiene de *baldíos, obras no concluidas y propiedades desocupadas*, hasta \$ 5.000;
- b) *veredas* que no estén en condiciones, hasta \$ 4.000;
- c) *arroyo de aguas o aguas jabonosas* a la vía pública proveniente de vivienda familiar, hasta \$ 2.000. Aguas provenientes de *piletas de natación*: hasta \$ 5.000. *Aguas jabonosas, líquidos cloacales u otros líquidos contaminantes, tóxicos o peligrosos*: hasta \$ 50.000;
- d) generación, transporte, tratamiento y/o depósito de *residuos domiciliarios*, hasta \$ 3.000. *Residuos de restos de obras o industriales*: hasta \$ 15.000. *Residuos voluminosos*, hasta \$ 15.000. *Residuos patógenos y peligrosos*: hasta \$ 50.000. Alimentación de aves y ganado con residuos y luego introducidos al ejido municipal: hasta \$ 10.000;
- e) toda otra conducta violatoria de las normas sobre higiene urbana: hasta \$ 50.000.

3) Faltas al medio ambiente

- a) el que *degradare o contaminare* el ambiente: hasta \$ 50.000;
- b) cortar, podar o destruir parcialmente el *arbolado público*: hasta \$ 3.000. La modificación o destrucción total: hasta \$ 5.000. Si la falta la comete personas jurídicas o prestatarias del servicio públi-

co o en relación con *ejemplares autóctonos o declarados en peligro de receso o extinción*, el monto se triplicará.

Conclusiones

En materia de administración ambiental existe en nuestro país un pluralismo organizacional que hace verdaderamente complejo deslindar y delimitar competencias, y se hace cada vez más necesario el consenso entre Nación, provincias y municipios para una política de desarrollo coordinado, pero la defensa del medio ambiente, sin duda, debe formar parte de toda planificación municipal seria. Como señala Jorge Herrero Pons en su libro *Manual práctico de gobierno municipal*: “No se intenta convertir a la estrategia de desarrollo nacional en solamente una estrategia de perfil local o municipal, sino exhibir un paradigma nuevo en la planificación que combine iniciativa desde ‘abajo’ con propuesta global desde ‘arriba’”³.

³ J. HERRERO PONS, *Manual práctico de gobierno municipal*, Buenos Aires, Jurídicas, 2003, pág. 479.

LAS INVESTIGACIONES JURÍDICAS EN MATERIA AMBIENTAL: REFLEXIONES METODOLÓGICAS

por MARTA SUSANA JULIÁ

Sumario: I. Introducción. II. Requerimientos para abordar problemas ambientales desde una perspectiva jurídica. Aspectos conceptuales a definir y precisar. La perspectiva jurídica de análisis. III. Qué requiero del problema seleccionado. IV. El marco de referencia o marco teórico desde el cual se parte. El enfoque de los problemas ambientales. V. La metodología a utilizar. VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

Nos parece interesante y sumamente necesario reflexionar acerca de los aspectos metodológicos que involucran el estudio y el análisis de problemas ambientales desde una perspectiva jurídica.

La tarea de enfrentar situaciones ambientales desde el derecho, su estudio, investigación o profundización requiere de un conjunto de herramientas conceptuales y metodológicas apropiadas para el tipo de problema que se trata.

El objetivo del trabajo se orienta a destacar qué aspectos deben tenerse en cuenta para analizar los problemas ambientales desde una perspectiva jurídica, los requerimientos en materia de conocimientos, conceptos, elementos y la metodología que permita comprender y ubicar el problema en su contexto de análisis.

En el presente trabajo consideramos, en primer término, la caracterización de los problemas ambientales como problemas complejos y las exigencias que ello conlleva para el abordaje desde una perspectiva jurídica.

En segundo lugar, describimos aquellos requerimientos que presentan un problema jurídico ambiental para su adecuado análisis, estudio y delimitación.

En tercer lugar, efectuamos algunas consideraciones acerca del marco teórico que servirá de referencia para llevar adelante una investigación o estudio de los problemas ambientales desde lo jurídico.

Por último, a partir de los aspectos mencionados, reflexionamos sobre algunos problemas teóricos y metodológicos existentes para desarrollar la temática ambiental desde una perspectiva jurídica.

El objetivo de esta aproximación es indagar y reflexionar sobre las estrategias metodológicas adecuadas para el desarrollo de la investigación jurídica ambiental, sus alcances y limitaciones ante las que se deben enfrentar quienes estudian las mencionadas situaciones.

Asimismo, advertimos la trascendencia del aporte que puede realizar la investigación jurídica mediante nuevas estrategias metodológicas en aras de un enfoque integral de los problemas jurídicos en la realidad ambiental actual.

II. Requerimientos para abordar problemas ambientales desde una perspectiva jurídica

Los problemas ambientales han sido destacados por definición como “problemas complejos” y, en este sentido, Edgar Morin afirma que *“al mirar con más atención, la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre”*¹.

En este mundo fenoménico o situación de complejidad planteada es que se observan los problemas ambientales ubicándolos en ese tejido que constituye el contexto en que se encuentran los problemas.

Todo ello va a definir el tipo de problema con que vamos a trabajar y por lo tanto va a configurar una serie de requerimientos para analizarlos demandando aspectos conceptuales y metodológicos específicos.

¹ Edgar MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, 6ª ed., Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 32.

Por lo tanto, la elección de estos problemas y la perspectiva de análisis desde la cual se los estudia, así como las técnicas y procedimientos metodológicos adecuados para su estudio se constituyen de interés para quienes desarrollan tareas de investigación.

El jurista frente al ambiente se encuentra con un conjunto de herramientas propias de su disciplina, que vienen desarrollándose desde distintas épocas y en las distintas ramas del derecho. Pero también se encuentra con una serie de limitaciones conceptuales, teóricas y metodológicas que deben tenerse en cuenta.

El conocimiento de las ventajas y desventajas de observar las situaciones ambientales desde la perspectiva del derecho permite superar obstáculos e identificar las técnicas adecuadas al objeto de trabajo que se pretende.

Como podemos observar, las exigencias serán numerosas y de diversa clase de acuerdo al problema o tipo de análisis que intentemos realizar. A estos requerimientos podemos ubicarlos o intentar presentarlos de manera ordenada de acuerdo a diferentes aspectos que nos interesa resaltar especialmente.

Aspectos conceptuales a definir y precisar

Es esencial partir de conceptos de manera tal que sus alcances y significados se encuentren establecidos desde el inicio del trabajo, ya que ello nos va a determinar los límites de aquellos marcos y contextos a abordar en el estudio.

Qué entiendo por ambiente, cuál es el sector del ambiente que voy a estudiar, dónde está ubicado, cuál es el marco espacial-temporal, qué elemento/s del ambiente se estudiarán, qué características del sector o elemento voy a seleccionar, con qué criterio selecciono, son algunos ejemplos.

Resulta necesario considerar que los conceptos con múltiples significados o alcances establecen la necesidad de definir el punto de partida o el marco desde el cual se lo va a considerar en el trabajo.

Estos conceptos en muchos casos pueden provenir de otras disciplinas en las cuales se llevan adelante construcciones teóricas a partir del significado, alcance, importancia, magnitud, etc., que tiene ese concepto en la disciplina en cuestión.

A esta altura del desarrollo de los problemas ambientales y su difusión existe un desarrollo conceptual en las distintas disciplinas que es necesario tomar en cuenta.

De esta manera será necesaria la utilización de conceptos de otras disciplinas y la construcción, a partir de éstos, de conceptos jurídicos.

La perspectiva jurídica de análisis

Será necesario definir cómo analizaremos los problemas jurídicos ambientales que seleccionamos, ya sea desde una perspectiva tradicional del derecho, desde una rama en particular del derecho (civil, penal, administrativo, etc.) o desde una perspectiva ambiental del derecho.

Todo ello nos va a definir el marco normativo desde el cual partiremos, que en el ámbito nacional, no es otro que el sistema jurídico argentino (lo que no obsta que se realicen estudios desde el derecho internacional y en ese contexto ubicarnos).

Podemos establecer diversas definiciones a partir del marco:

- Desde el derecho aplicable al objeto de análisis
- Desde la rama del derecho en que estoy ubicado (civil, penal, constitucional, etc.)
- Desde el marco jurídico ambiental aplicable a la situación objeto de estudio.

III. Qué requiero del problema seleccionado

Cuando seleccionamos un problema jurídico ambiental existen una cantidad de motivos y argumentos para tal selección, es decir, diversas justificaciones acerca de la elección del tema que debemos explicitar. La trascendencia dada a algunos aspectos o características, será consecuencia de diversas motivaciones por las cuales decidimos profundizar en esa área o sector.

A continuación vamos a destacar algunos de estos aspectos que debemos tener en cuenta al abordar el problema que seleccionamos.

a) *Su ubicación en tiempo y espacio.* Así, por ejemplo, el agua superficial en una provincia, la contaminación de una región, los residuos, el aire, los ruidos, etc. Asimismo, el tiempo es un factor relevante: ahora, los últimos 5 años, o 10 años o el último año, etc.

El lugar o espacio, en muchos casos, su ámbito territorial, responde a una jurisdicción como una provincia o municipio o a varias, o responde a una característica natural como una cuenca, región fito-geográfica, ecosistema, micro-región, etc.

b) *Los aspectos interdisciplinarios que intervienen en la definición del problema.* Son tan variados los aspectos que pueden intervenir en la selección del problema dependiendo de los recursos naturales que involucra, los espacios territoriales, las gestiones que se realizan, los actores sociales comprometidos, entre otros.

c) Los aspectos disciplinarios como la perspectiva de análisis y además las relaciones jurídicas, responsabilidades, daños, entre algunos aspectos jurídicos.

d) La información existente, la participación ciudadana, el acceso a la justicia, la actuación de organizaciones no gubernamentales, conflictos entre distintos sectores (agricultura, minería, agua, cultura, turismo), conflictos institucionales (nación, provincia, municipio o sectores), vías de resolución de conflictos, entre otras.

e) El marco normativo ambiental de acuerdo al problema seleccionado, sus objetivos y tipo de estudio a realizar.

En la consideración del marco jurídico ambiental podemos observar distintos aspectos de él, es decir, diferentes modos de observar el problema en función del lugar que en el material normativo que seleccionamos, pongamos el acento:

- En la elaboración de las normas: análisis de los procesos y producción normativa, objetivos del legislador;
- En el marco normativo vigente y aplicable y la tarea de implementación de las distintas gestiones;
- En el análisis de la aplicación por parte de los gestores ambientales;
- En el acceso a la justicia en materia ambiental, las decisiones judiciales en materia ambiental, jurisprudencia ambiental. El rol de la justicia en materia ambiental.

El abordaje de uno u otro aspecto o de varios de ellos, dependerá de los sectores sobre los cuales queremos profundizar, y que definiremos de acuerdo con los objetivos que nos proponemos para el desarrollo del trabajo.

IV. El marco de referencia o marco teórico desde el cual se parte

La elección de un marco teórico determinado o un punto de partida para realizar la tarea de investigación en materia jurídica ambiental supone un conjunto de tareas entre las cuales destacamos:

- Lectura previa
- Selección
- Perspectiva de análisis
- Auxilio de otras disciplinas
- La metodología a utilizar

La *lectura previa* es la que nos permite conocer de qué hablamos cuando nos referimos a los problemas ambientales, qué elementos conforman el ambiente, profundizar en ciertas áreas de conocimiento acerca de la realidad de los problemas, en la opinión de los autores que trabajan en el tema, en las investigaciones realizadas o en las líneas de investigación desarrolladas en la disciplina o en otras disciplinas conexas.

En definitiva, ello implica conocer el estado del arte o estado de desarrollo de una disciplina o problema de un área de estudio determinada.

Esta lectura a que nos referimos tiene que ver con acceder a libros, revistas especializadas, investigaciones, trabajos, información general que nos permitirá considerar y seleccionar los problemas que nos interesan.

Generalmente lo que nos llama la atención son temáticas generales o sectores de la problemática y tendremos que delimitar la problemática de interés de tal manera que sea accesible a nuestras posibilidades de estudio y profundización.

Lo anteriormente descripto nos va a permitir formular nuestros objetivos de trabajo lo que supone los límites y recortes necesarios del trabajo a realizar, que van a depender principalmente de la perspectiva de análisis desde la cual abordemos la realidad.

Lo anteriormente considerado, que se describe en forma rápida y sencilla, requiere en cada persona su tiempo y maduración. La elección de un problema o una perspectiva supone estudio, reflexión, análisis y conocimiento, implica una decisión interior acerca de lo que nos gusta, nos atrae, en función de nuestros valores, prejuicios y aspiraciones.

No es una tarea sencilla elegir y decidir, es un proceso que es único e irreplicable en cada investigador que estudia e indaga en una disciplina.

El enfoque de los problemas ambientales

Definir qué queremos estudiar, establecer *la elección* del problema como su enfoque nos va a demandar un conjunto de actividades, como obtener información relevante para nuestro estudio, documentación existente y definir de qué manera vamos a analizar la información y documentación relevada.

En muchos casos, *el enfoque* considera supuestos teóricos que provienen de perspectivas filosóficas, sociológicas, políticas, económicas, éticas, culturales, educativas que debemos explicitar y describir o conocer para tener en cuenta en nuestro trabajo.

A veces vamos a requerir del *auxilio de técnicas o procedimientos* para el análisis de la información o documentación que proceden de otras áreas disciplinarias y debemos contar con el apoyo metodológico para su correcta utilización. Por ejemplo, en los diseños y selección de muestras el análisis de resultados de recolección de datos, con el auxilio también de análisis estadísticos, la utilización de encuestas de opinión o entrevistas, etc.

Asimismo resulta relevante advertir el tipo de análisis que vamos a realizar de aquellos datos de tipo cuantitativo o cualitativo y los alcances, instrumentos y técnicas a poner en práctica.

Además de lo anteriormente considerado hay tres características que no podemos dejar de tener en cuenta en el análisis de problemas jurídicos ambientales y que son centrales: *la complejidad, lo sistémico y lo interdisciplinario*, lo cual condicionará la metodología a utilizar.

V. La metodología a utilizar

Uno de los aspectos importantes a definir en los trabajos jurídicos ambientales son las técnicas y procedimientos que vamos a utilizar para cumplir con las propuestas que pretendemos realizar en los estudios o investigaciones.

Las técnicas y procedimientos deben de ser adecuados a los objetivos que nos planteamos y tendientes a lograr éstos en el plazo propuesto.

Los procedimientos deben ser probados y ajustados para lograr los objetivos propuestos y deben estar de acuerdo con el tipo de estudio que realizamos. Debemos cuidarnos de no elegir técnicas o procedimientos inadecuados así como evitar la utilización de nuevos procedimientos, caso en el cual afrontaríamos un estudio de carácter exploratorio.

La necesidad de ubicar lo jurídico en un contexto natural y social conlleva algunos problemas metodológicos como la desconexión entre las consideraciones naturales que identifican o ubican temporal y espacialmente un problema de una determinada manera, y su correlato desde lo social donde se consideran otros aspectos que pueden no coincidir con aquello, como por ejemplo, los ámbitos territoriales, institucionales, jurisdiccionales, etc..

Existe una necesidad de considerar en forma sistémica los problemas ambientales profundizando necesariamente en la descripción de los contextos en que se desarrollan los problemas.

Lo interdisciplinario está permanentemente presente en los problemas ambientales, y es el punto de partida adecuado para ubicarse desde lo jurídico e implica la utilización de instrumentos acordes a esta clase de análisis y a los contextos seleccionados.

Los estudios de caso: una oportunidad para profundizar y probar.

Una metodología interesante es el estudio de caso que se utiliza en muchas disciplinas, con técnicas y procedimientos como herramientas de diverso tipo para describir, analizar y profundizar en este tipo de trabajos.

El caso en sí mismo es la delimitación de un problema a un área determinada cuyo recorte puede establecerse en forma disciplinar o territorial, espacial o temática.

La posibilidad de replicar el caso permite probar instrumentos o técnicas dándonos la oportunidad de mejorarlas para utilizarlas con posterioridad.

ridad. Los casos ambientales para la disciplina jurídica, pueden delimitar una situación jurídica objeto de análisis de manera tal, que nos permita ubicarla en un contexto, sin perder de vista lo complejo y el tejido fenoménico que rodea el caso y del cual forma parte.

VI. Reflexiones finales

Los aspectos metodológicos en el estudio y profundización de los problemas ambientales desde una perspectiva jurídica, constituyen un elemento central en la construcción del conocimiento científico en el área.

La elaboración y uso de técnicas y procedimientos de análisis adecuados a la problemática adquieren importancia ante el avance de los trabajos que se desarrollan en el tema. Ello obedece a un desarrollo paralelo entre los aspectos teóricos y los requerimientos metodológicos que la temática demanda tanto en su estudio y profundización como en las situaciones ambientales, los conflictos o los problemas derivados de la implementación de políticas, normas o desarrollos administrativos específicos.

Proporcionar instrumentos de análisis probados, técnicas y procedimientos adecuados a los objetivos de trabajo es un desafío teórico y también metodológico.

La discusión sobre estos aspectos y su transferencia a la resolución de problemas en los proyectos de investigación, permitirá el uso y comprobación de la utilidad de su técnica en los logros concretos de los estudios jurídicos ambientales.

A partir de las experiencias y los problemas detectados en el desarrollo de la investigación jurídica ambiental, es que realizamos un pequeño aporte para la reflexión que requieren éstos y otros problemas jurídicos ambientales.

El desafío es construir conocimientos teóricos y metodológicos para que la investigación, análisis y estudio de los problemas jurídicos ambientales tenga un sensible crecimiento en cantidad y en calidad *.

* Bibliografía: CALVO SOLER, R., *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Barcelona, Gedisa, 2003; JULIÀ, M.S., "Algunos elementos de la gestión pública del

ambiente”, *Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2006; “Reflexiones y aportes para la construcción de teoría en derecho ambiental”, *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2005; JULIÁ, M.S. y SCARPONETTI, P., “Anexo metodológico”, *Anuario IX Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Buenos Aires, La Ley, 2007; LEFF, E. (coord.), *La complejidad ambiental*, Siglo XXI- PNUMA, 2000; *Ciencias sociales y formación ambiental*, Barcelona, Gedisa, 1994; MENDONCA, D., *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000; MORIN, E., *Introducción a una política del hombre*, Barcelona, Gedisa, 2002; *Introducción al pensamiento complejo*, 6ª ed., Barcelona, Gedisa, 2003; *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2001; NAREDO, J.M., *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*, Madrid, Siglo XXI, 2006; RIDDALL, J.G., *Teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999; SCHNITMAN, D.F., *Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad*, Buenos Aires, Paidós, 1995.

BIOCOMBUSTIBLES

por ADRIANA LISTOFFSKY Y LIDIA MEDINA DE BOLLETA

Sumario: Introducción. Conclusión.

Introducción

El irremediable proceso de agotamiento de los combustibles tradicionales, de origen fósil, como el petróleo y sus derivados, se calcula ocurrirá en la década del 2040. Esta predicción científica ha generado un sinnúmero de inquietudes por la seguridad energética, el cambio climático, y la situación alimentaria mundial, desembocando en un incremento del uso de recursos renovables, al efecto de la sustitución total o parcial de combustibles como el petróleo con la producción de biocombustibles, derivados de fuentes vegetales, como el etanol en lugar de las naftas y el biodiesel en lugar del gasoil.

Consecuentemente, los distintos estudios, de los biocombustibles han desatado una postergada e irresoluble problemática de carácter jurídico-social, ético-moral y humano-ambiental como es el doble silogismo que se advierte entre la existencia misma del biocombustible y la provisión alimentaria del mundo.

Así, entre los cultivos de mayor uso, la fuente más conocida para hacer etanol (alcohol) es la caña de azúcar, que se utilizó en la Argentina en los años 70. Hoy, utilizada en Brasil, donde toda la nafta está mezclada con etanol existiendo autos que sólo funcionan con este alcohol. En los EE.UU., en cambio, se utiliza etanol de maíz. Para el biodiesel puede servir cualquier aceite vegetal: soja, girasol, colza o palma.

En el documento elaborado para el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial titulado “Evaluación de la Situación de la Seguridad Alimentaria

Mundial” (CFS:2007/2), se establecen tanto los beneficios como los riesgos de la bioenergía, dejando claro que los rápidos cambios tecnológicos que se están produciendo dificultan la previsión de sus futuros impactos, sobre todo en lo referido a la disponibilidad, acceso, estabilidad y utilidad, dependiendo de las situaciones edafoclimáticas y de producción de las diferentes materias primas para su generación.

Entre los posibles efectos sobre la seguridad alimentaria se advierte que dependen de la estructura de mercado, la tecnología utilizada y de las políticas adoptadas por los estados. Es por ello, que los biocombustibles, que tanto apoyo alcanzaron como alternativa a los combustibles fósiles, han ido perdiendo su buena popularidad gradualmente, puesto que el desplazamiento del uso que se da a cultivos alimentarios, como los cereales y la soja, está provocando fuertes incrementos en los precios de los alimentos. Para solucionar esta competencia con los alimentos se habla ya de los biocombustibles de segunda generación, esto es, aquellos que no proceden de cultivos alimentarios. Sin embargo, con éstos tampoco deben olvidarse las cautelas necesarias.

Las políticas generales gubernamentales han acrecentado sus intervenciones en los mercados básicos de alimentos y otros cultivos no alimentarios, así en el caso de los cereales, se han fortalecido las intervenciones concernientes a las exportaciones, como límites y prohibiciones temporales de exportación, al efecto de evitar una escasez de los suministros internos. Las disposiciones en relación con el trigo y el azúcar iban dirigidas asimismo a facilitar las importaciones. En tal sentido, en la UE ya se han presentado ostensiblemente los primeros efectos de las transformaciones sectoriales en los mercados de productos lácteos y del azúcar. La adhesión de Bulgaria y Rumania a la UE el 1° de enero de 2007 es también un suceso significativo que previsiblemente intervendrá en los mercados mundiales de alimentos y otros cultivos no alimentarios.

En nuestros días, además se están teniendo en cuenta factores externos, específicamente los precios del crudo y las variables macroeconómicas como los tipos de cambio y el incremento de los ingresos pero a su vez, el clima es otro elemento decisivo de gran importancia en los precios de los cultivos alimentarios y forrajeros e indirectamente en los precios de los productos cárnicos y lácteos.

Así es que surge la atracción por la jatrofa, que puede crecer prácticamente en cualquier lugar, es resistente a la sequía y produce semillas

para más de medio siglo, pero el principal problema para la implantación de este cultivo, es la forma de recolección.

En los países donde actualmente se produce este cultivo su recolección se realiza a mano, siendo en esos países abundante la mano de obra y su coste mucho menor que en el sur de Europa.

La resistencia de este cultivo le permite adaptarse a casi cualquier tipo de terreno, por lo que también se usa para combatir la desertificación y rehabilitar las tierras degradadas, la realidad es que se trata de un cultivo del que se puede aprovechar casi todo. Del tallo se extrae el látex, de sus hojas y corteza distintas sustancias para aplicación medicinal y otros usos, como insecticida. Además, de la cáscara y la semilla se obtiene el biodiesel con un rendimiento altísimo. Su productividad es mayor que los cultivos tradicionales como uso energético (colza, girasol, etc.).

Defensores y detractores coinciden en que si se respetaran las mínimas cautelas, v.gr., plantarla sólo en tierras degradadas y que abastezca energéticamente a la región donde se cultiva, no supondría ningún riesgo.

Pero las cautelas, a veces, no se dan y se genera la misma polémica que con sus padres, los biocombustibles de primera generación.

Es significativo recalcar que sus semillas son tóxicas, por lo que su precio no está influenciado por la competencia con los usos alimentarios como lo destaca el diario *El Liberal* en su nota del 20 de mayo de 2008 expresa: *“Las plantaciones experimentales de jatrofa en los campos que tiene el INTA en La María fueron visitadas por el gobernador, Gerardo Zamora, para observar los avances del arbusto que puede convertirse en una mayor fuente para la elaboración de biodiesel, con vastas ventajas comparativas frente a la soja y el maíz”*.

El Estado Provincial y el INTA firmaron un convenio para impulsar el cultivo en Santiago del Estero debido a que es una especie que puede adaptarse al clima y a las características de los suelos.

“Es el primer año que se realiza el cultivo de jatrofa. Está creciendo muy bien y estamos próximos a la cosecha. Hay que repetir por lo menos tres años estos ensayos para que puedan tener validación con el tema climático, pero es un cultivo que no necesita riego y no depende de la calidad de suelo, es decir que soporta muy bien los suelos poco fértiles”, consideró.

América Latina y el Caribe tienen una amplia capacidad de producción, exportación e importación de alimentos, por lo que la disponibilidad

no es su principal problema de seguridad alimentaria. Además, la región presenta un mayor crecimiento en la producción de alimentos y una mayor proporción de exportaciones promedio mundial (SOFA 2006).

En general, los países de Centroamérica, cuya dieta está basada en el maíz, son los que presentan mayores riesgos de disponibilidad de alimentos, ya sea por una baja en la producción nacional, debido a efectos climáticos adversos, o en una reducción de su capacidad para importar debido al aumento potencial de los precios del maíz.

Si tenemos en cuenta las condiciones edafoclimáticas, ambientales y las tecnológicas, los países con mayor potencial para la expansión de la frontera agraria son Brasil, Bolivia, Argentina, Colombia, Paraguay y Uruguay (Fuente: Unidad de Desarrollo Agrícola, CEPAL, en base a datos IIASA y FAO).

Existe la percepción generalizada de que la tierra arable está totalmente ocupada o que existe solamente una pequeña cantidad disponible para nuevas tierras de cultivo. Las cifras muestran lo contrario (Nota: Área cosechada en el 2004. Tierras arables en potencial equivalente. Fuente: FAO, Land Resources Potential and Constraints at Regional and Country Level (2000) y FAO (2007), elaborado por ICONE).

Los programas y planes de bioenergía alcanzarían una gran oportunidad de acceso si pudieran ser dirigidos principalmente a los pequeños productores con poca capacidad de acceder a los mercados para la venta de sus productos. Con la creación de un nuevo mercado y compras garantizadas por parte del gobierno o por las empresas procesadoras, esos pequeños productores pasarían a tener un ingreso estable y programado. Con esto se abre la posibilidad de invertir y ampliar sus actividades.

Sin embargo, a nivel mundial en el corto plazo es muy factible que una resuelta y enérgica expansión en la producción de biocombustibles tenga efectos importantes en el sector agrícola y también en América Latina. Estos efectos pueden manifestarse en cambios en la demanda, exportaciones, asignación de hectáreas para cultivos energéticos y no energéticos y finalmente en los precios de los cultivos, poniendo en riesgo, el acceso a alimentos de los sectores más pobres.

Modernos estudios demuestran que el aumento en la demanda por biocombustibles puede suscitar: 1) aumento en el precio de los cultivos energéticos; 2) aumento en el precio de los cultivos tradicionales; y 3) una reducción en el precio de los subproductos de la producción de

biocombustibles, por ej., torta de soya, grano destilado. (Documento de trabajo CEPAL, “Efectos económicos de la producción de biocombustibles en el sector agrícola de América Latina”, Serie Desarrollo Productivo, 2007).

Por ende, es trascendental que los países diseñen políticas de biocombustibles que promuevan y aseguren la rentabilidad de éstos, como así también que los privilegios de la producción de biocombustibles alcancen las zonas rurales y garanticen y susciten el acceso a los alimentos de los sectores más desamparados.

Otro tema a tener en cuenta por las políticas es el de la estabilidad. La estabilidad tiene estrecha vinculación con la preservación y defensa de los recursos naturales. La producción muchas veces no es sostenible, o para su viabilidad se destruyen otros cultivos o actividades. Por lo tanto, la estabilidad de la seguridad alimentaria dependerá y obedecerá a los lineamientos y diseños de las políticas para los programas de bioenergía de cada región.

Algunos sistemas de producción de bioenergía demandan cantidades importantes de agua, tanto para la producción de la materia básica como para la conversión a biocombustibles. Otros sistemas de producción de bioenergía intensivos en la utilización de recursos naturales de especial importancia requieren de políticas responsables que impidan el asentamiento de tales sistemas en áreas donde se puedan provocar impactos negativos para la producción de alimentos en favor del desarrollo de plantas agro-tóxicas u otras que ocasionen contaminación.

El mayor incentivo para la producción de biocombustibles es el aumento de los precios del petróleo. Sin embargo, es elemental notar que este aumento puede tener dos consecuencias, que operan en sentido opuesto: 1) El aumento en el precio del petróleo incrementa los costos de producción de la agricultura lo que pudiera resultar en una contracción de la producción, y 2) El incremento en el precio del petróleo genera incentivos para la producción de biocombustibles, lo cual estimula la demanda por cultivos energéticos.

Cuál será el lugar de los biocombustibles en el futuro mundo medular de la energética integral y cómo se vería afectada nuestra economía local.

En los últimos tiempos, la sociedad ha recibido numerosas opiniones sobre los biocombustibles. Por un lado, algunas personas destacan la potencialidad de éstos en el reemplazo de los combustibles fósiles y el me-

nor impacto ambiental derivado de la sustitución. Por el otro, hacen hincapié en los efectos negativos que pueden generarse en cuanto al desplazamiento de la frontera agrícola sobre la forestal, así como por el aumento del precio de granos comestibles que pasan a ser considerados insumos para combustibles.

Esteban Fada, especialista en impuestos nacionales y provinciales, hace referencia a las ventajas que tienen los biocombustibles, principalmente en relación con sus parientes fósiles, pero resulta oportuno señalar tres:

1. Por ser obtenidos a partir de biomasa, su nivel de emisión de gases de efecto invernadero, y en particular de dióxido de carbono, a lo largo de todo su ciclo de vida es menor al de los fósiles, constituyendo una alternativa renovable y limpia y, bajo ciertas circunstancias, posibilitando la obtención de Certificados de Reducción de Emisiones (Bonos Verdes), mejorando así la tasa de rentabilidad de los proyectos de inversión para producción y consumo (Razón ambiental-estratégica).

2. Permiten a pequeños productores y a comunidades rurales obtener un producto de mayor valor agregado, integrándose por ejemplo bajo la forma de cooperativas para la producción y posterior transformación del grano, obteniendo así recursos energéticos para proyectos de comercialización o autoconsumo, tanto en transporte como en otros procesos productivos (Razón social).

3. Posibilitan integrar la producción de biocombustibles como un eslabón más en la cadena de valor del grano, obteniendo adicionalmente al biocombustibles un insumo para la elaboración de alimento para ganado (Razón económica).

En Argentina, la política para la promoción de biocombustibles se ha limitado a subsidiar la producción de insumos, a través de las reducciones impositivas y recargos a los combustibles, no se ha encargado de manera unitaria y articulada dando como resultado una serie de leyes, como la ley 25.019 de energía eólica y solar, la ley 26.190 de energía eléctrica proveniente de fuentes de energía renovables no fósiles, la ley 26.190 de uso y aplicación del hidrógeno como combustible, y la ley 26.093 sobre biocombustibles.

A través de la ley 26.093, publicada el 15 de mayo de 2006, nuestro país busca retomar la dirección del desarrollo del sector de los biocombustibles, que fuera dejada en el camino muchos años atrás. Dicha ley crea un régimen de regulación y promoción para la producción y

uso sustentable de biocombustibles que comprende al bioetanol, biodiesel y biogás que se produzcan a partir de materias primas de origen agropecuario, agroindustrial o desechos orgánicos, en tanto cumplan determinados requisitos de calidad. La ley ha sido reglamentada recientemente a través del dect. 109 publicado el 13 de febrero de 2007.

Los beneficios fiscales serán otorgados a proyectos industriales pertenecientes a sociedades habilitadas con exclusividad para el desarrollo de biocombustibles, cuyo capital mayoritario sea aportado por el Estado o por personas físicas o jurídicas cuyo objeto social y actividad principal sea la producción agropecuaria y que dispongan de inmuebles aptos para cultivo.

Es requisito también que para gozar de los beneficios, los proyectos hayan accedido al cupo fiscal establecido por la ley, que se fijará anualmente priorizando siguientes criterios:

- Promoción de las pequeñas y medianas empresas.
- Promoción de productores agropecuarios.
- Promoción de las economías regionales.

La norma remite a los beneficios fiscales previstos en la ley 25.924 de promoción de inversiones, por lo cual conviene recordar que enumera una serie de limitaciones para acceder al régimen, en razón de situaciones de quiebra, querellas o denuncias penales relacionadas con obligaciones tributarias, etc. Sin perjuicio de ello, el decreto reglamentario sólo enumera como sujetos que no podrán acogerse al régimen a aquéllos que tuviesen deudas tributarias, los sometidos a procesos de concurso preventivo o quiebra y las sociedades cuyas autoridades hayan sido condenadas por evasión impositiva. El principal beneficio promocional es la aplicación en IVA e Impuesto a las Ganancias del tratamiento previsto por la ley 25.924 a la adquisición de bienes de capital o a la realización de obras de infraestructura, con posterioridad a la aprobación del proyecto respectivo.

Conclusión

La producción de bioenergía innegablemente acarrea grandes oportunidades; la pregunta es para quién y a qué precio, los biocombustibles impactan en muchos sectores de la economía, productivos, de consumo y

ambiental y por lo tanto es necesario establecer estrategias comunes a todos ellos y promoverlas mediante la aplicación de políticas públicas que constituyan instrucciones de incentivo de corto plazo y tácticas o estrategias de crecimiento (económico, social y ambiental de mediano y largo plazo para implementar la ordenación ambiental del territorio, con un sentido integrador que prescinda de preconceptos ideológicos contrarios a lo ambiental y social porque de lo contrario el daño social y ambiental podría en algunos casos superar los beneficios aludidos ¹.

A este tenor, es necesario salvar de transformaciones las grandes extensiones de las mejores tierras en superficies destinadas a monocultivos con fines exclusivamente energéticos, desforestar para desplazar la frontera agrícola, hacer uso desmedido de fertilizantes ni producir el agotamiento natural de la capacidad de los suelos. En el marco de esta situación se insertan también las críticas que recibe la producción de biocombustibles a partir de granos destinados a consumo humano. Como expresa la Dra. Alicia Morales Lamberti: *“Las tendencias del mercado internacional de energías fósiles, los compromisos internacionales de reducción de emisiones y la vulnerabilidad ante perturbaciones en la oferta, han centrado el estudio de temas prioritarios en el marco de integración de políticas ambientales en las políticas energéticas, valorando las oportunidades y riesgos en la promoción de energías alternativas, el uso eficiente de energía para incrementar la competitividad internacional y la protección al medio ambiente, la diversificación de la matriz energética, el acceso a fuentes de energía menos contaminantes y promoción de energías renovables para mejorar la calidad del consumo de energía, incluyendo la equidad social en cuanto al acceso a los recursos energéticos”* ².

¹ A. LISTOFFSKY - L. MEDINA, “Ordenamiento territorial agrario. Aspectos relevantes”, en *VII Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*, Rosario, Colegio de Abogados de Rosario, Instituto de Derecho Agrario, 2007.

² A. MORALES LAMBERTI, “Integración de políticas ambientales con políticas energéticas. Oportunidades y riesgos en la promoción de energías alternativas: el caso de los biocombustibles”, ciclo de cursos de posgrado sobre derecho agrario y ambiental internacional, 2º curso, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

El aumento de la demanda individual de energía está enérgicamente incorporado a los hábitos de consumo de la sociedad y con la fuerte presión que hoy en día existe con relación a los recursos naturales resulta imperioso una mudanza de la compleja realidad de despilfarro, de uso y abuso de los recursos naturales a un verdadero escenario de transformaciones innovadoras que estén direccionadas hacia la evolución y digna permanencia humana en el planeta. Ello radica en el entendimiento de que la metamorfosis ambiental acaecida, no se subsana únicamente con el cambio de la fuente de energía, sino en disipar menos energía al ambiente y complementado con medidas políticas y signos claros y coherentes que inciten la inversión en un mercado sereno y estable cuyos intereses no sacrifiquen la seguridad alimentaria.

EJERCICIO DE FACULTADES JURISDICCIONALES POR EL TRIBUNAL MINERO Y ORDEN PÚBLICO AMBIENTAL: ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD E INCOMPATIBILIDAD FUNCIONAL

por ALICIA MORALES LAMBERTI

Sumario: I. Planteamiento. II. La organización de la autoridad minera en Córdoba. III. Ejercicio de facultades jurisdiccionales: requisitos. IV. Facultades jurisdiccionales del Tribunal Minero: test de constitucionalidad. V. Existencia de un control judicial pleno y suficiente. VI. Reflexiones finales.

I. Planteamiento

La admisión del ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos plantea particulares interrogantes en relación con la organización de las autoridades mineras, por cuanto toda la materia del Código de Minería tiene naturaleza disciplinar específica, atento la incorporación a ese Código de normas procesales sustanciales, como consecuencia necesaria del sistema de concesión legal adoptado, que la define ajena al derecho administrativo.

En la organización de las autoridades mineras, la Nación y las provincias han adoptado distintas modalidades a través del tiempo ¹, corres-

¹ El Congreso de la Nación suprimió los títulos X y XIX del Proyecto de Código elaborado por Enrique Rodríguez, por considerarlos opuestos al sistema federal. Este último organizaba la autoridad minera con carácter judicial, en la órbita del gobierno federal. En consecuencia, la elección del sistema y organización de la autoridad minera quedó librada a cada provincia.

pondiendo a estas autoridades “*conocer en forma exclusiva, en el otorgamiento, revocación o caducidad en los permisos de exploración y concesiones mineras de explotación, en general; y en todos los asuntos conexos a éstos en que esté comprometido el interés público minero, regido por el Código*”². La organización de estas autoridades es de carácter administrativo, judicial o mixto, según el sistema adoptado en cada jurisdicción.

La prevalente adopción del sistema de autoridad minera mixta, de instancia administrativa y judicial con sus diversas modalidades, ha tenido particular recepción provincial en las últimas décadas, siguiendo el Proyecto de Código Unificado de Procedimientos Mineros elaborado por el Consejo Federal de Minería³.

Con ese marco, los principios de *unidad, integración y especialización* del derecho minero, han sido la impronta del sistema seguido por la provincia de Córdoba para organizar la autoridad minera, sea como autoridad minera concedente (jurisdicción voluntaria) o Tribunal Minero de Primera Instancia Jurisdiccional (proceso de jurisdicción contenciosa).

El reconocimiento de facultades jurisdiccionales a la autoridad minera, a la que se atribuyen legalmente potestades decisorias *cuasi* judiciales, o de carácter o efectos asimilables, suscita permanentes discusiones, en razón que la denominada jurisdicción administrativa, entendida como la potestad de resolver con efectos jurisdiccionales, controversias en asuntos relacionados con la materia minera, además de interrogar acerca de la legalidad de la potestad en sí misma, genera problemas de confines en la forma, modalidad y el alcance del ejercicio del poder de policía ambien-

² E. CATALANO, *Código de Minería de la República Argentina*, comentado, 1997, pág. 21.

³ Complementariamente, el “Tratado Interprovincial de Unificación de Legislación Minera de las Provincias del Nuevo Cuyo” (1992), prevé la creación de dos órganos administrativos. Uno es la Dirección Provincial de Minería, encargado de la ejecución de la política minera provincial. El otro es un cuerpo colegiado denominado “Tribunal Minero”, compuesto de tres miembros llamados “jueces de minas”, uno ingeniero de minas, otro geólogo y el tercero abogado, designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Poder Legislativo y con las mismas prerrogativas, inmunidades y privilegios que amparan a los jueces del Poder Judicial. Resuelve en instancia única administrativa recurrible conforme el Código de Procedimientos.

tal minero. Esto último cuestiona la existencia, alcance y modalidad del ejercicio de funciones y competencias jurisdiccionales en materia ajena al denominado “interés público minero” y “utilidad pública minera”, ingresando de pleno -por atribución legislativa de competencia material-, en los principios y normas constitucionales e infraconstitucionales que integran el orden público ambiental.

El orden público ambiental es una categoría jurídica que legitima la potestad-poder deber ordenadora del Estado, en materia de conservación, defensa y mejora ambiental ⁴. En particular, funciona como base o fundamento para el ejercicio de facultades normativas, poder de policía ambiental que se traduce en prohibición, restricción y control de actividades capaces de degradar o alterar el bien jurídico ambiental.

El reconocimiento del orden público ambiental, tomó una renovada dimensión a través de art. 41 de la Constitución Nacional, al materializar el objetivo de asegurar un equilibrio armonioso entre el hombre y su ambiente. La Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) a su vez, estableció que sus normas son de orden público y sus disposiciones se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidos en ésta (art. 4º).

Con ese marco, la relación de la normativa minera nacional y provincial queda condicionada por la aplicación del principio de congruencia, requiriendo una reestructuración del sistema de jerarquía de normas. El

⁴ La noción de orden público ambiental no es nueva. Los primeros contornos fueron delineados magistralmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre fallo “Saladeristas de Barracas del Riachuelo” (1887), donde ya en esa época la Corte definió los aspectos esenciales del poder de policía ambiental y su ejercicio irrenunciable para proteger la salud pública. Conforme con esta doctrina judicial toda autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad; nadie puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública “y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad con el ejercicio de una profesión o industria” y el Estado puede imponer nuevas condiciones o retirar la autorización concedida, cuando las normas de policía ambiental no se cumplieren o fuesen ineficaces para hacerlos totalmente inocuos, sin que ello implique responsabilidad estatal. (A. MORALES LAMBERTI, “Cuestiones de orden público ambiental, con especial referencia al proceso ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, *Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina*, Nº 15, pág. 245.

art. 41 de la Constitución Nacional (C.N.) no ha alterado el poder de policía local, antes bien lo ratifica, por cuanto las provincias y los municipios en los límites de las constituciones provinciales, se han reservado todos los poderes no delegados y la delegación efectuada a través del tercer párrafo del art. 41 de la C.N., fue acotada al dictado de presupuestos mínimos de protección ambiental (umbrales mínimos), sin que éstos puedan alterar las jurisdicciones locales ⁵.

Las autoridades locales tienen entonces, facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes nacionales de presupuestos mínimos y las respectivas normas complementarias. Con ese alcance lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconociendo en las autoridades locales (provincias y municipios) la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido ⁶.

En esta asignación de verdaderas responsabilidades ambientales, el orden nacional puede instituir pautas básicas que no podrán ser desatendidas conforme el principio de congruencia, reservando para los Estados locales, sucesivos desarrollos que aprehendan sus propias realidades y perfeccionen la protección enfáticamente consagrada ⁷. En consecuencia, nada obsta a la concurrencia de facultades, mantenién-

⁵ El principio general es que la jurisdicción legislativa ambiental es provincial (art. 121 C.N.), y la delegación efectuada a través del 3^{er} párrafo del art. 41 C.N. sólo comprende el dictado de presupuestos mínimos cuyo contenido y alcance no pueden alterar las jurisdicciones locales, toda vez que se trata de poderes no delegados, reconocidos en el art. 121 C.N., y las responsabilidades de los gobiernos locales son primarias (SCBA, I 1682, “S. Pelco S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad art. 1º decr. 450 reglamentario de la ley 11.347”).

⁶ C.S.J.N., “Roca, Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad”, R. 13. XXVIII- 94.142, publicado en L.L. 1996-B-137.

⁷ Confr. G. BIDART CAMPOS, “El art. 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias”, D.J. 1997-II-709 y M.A. GELLI, “La competencia de las provincias en materia ambiental”, L.L. 1997-E-805, entre otros.

dose en sus propias esferas jurisdiccionales y permitiendo su coexistencia legislativa⁸.

Las normas complementarias a las que alude el tercer párrafo del art. 41 de la C.N. son, entonces, normativa de naturaleza local que se dicta para asegurar la operatividad de los presupuestos mínimos. Son también aquellas normas que establecen requisitos adicionales u obligaciones más estrictas que las previstas en la ley de presupuestos mínimos. Las provincias y municipios, conforme al régimen constitucional provincial, ejercen lo que en doctrina se ha denominado la “complementariedad maximizadora”, es decir, dictar normas adicionales a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, necesarias para complementarlas, *incrementando* o *ampliando* las exigencias ambientales.

Con relación a la materia minera, esa complementación normativa maximizadora ha sido enfáticamente ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener que con arreglo al art. 41 de la C.N.: “*complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada*”. En efecto, desde la causa “Villivar”⁹ la Corte ha consolidado su doctrina respecto de la distribución de competencias en materia ambiental. En esta causa, en la que la actividad minera estaba sujeta a normas nacionales contenidas en el Código de Minería y provinciales complementarias maximizadoras de protección ambiental, se reconoció que en la Provincia, tiene plena aplicación la ley local 5001 (2003), que prohíbe el desarrollo de explotaciones mineras en la modalidad a cielo abierto y la utilización del cianuro en los procesos de producción en el territorio de la provincia del Chubut¹⁰.

⁸ V. A.M. HERNÁNDEZ, “Municipio, relaciones interjurisdiccionales y desarrollo sustentable”, L.L. 2001-C-993.

⁹ C.S.J.N., “Villivar, Silvana N. v. Provincia de Chubut y otros”, 17 de abril de 2007.

¹⁰ En esta causa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2007), rechazó el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia del ST de Justicia de la Provincia de Chubut, que al desestimar la queja por denegación de los recursos de inaplicabilidad y casación, dejó firme la sentencia de la Cámara del Noroeste de esa provincia, que confirmó la sentencia de primera instancia que admitió la acción de amparo ambiental y condenó a la Provincia y a la empresa minera codemandada a paralizar los trabajos de exploración y explotación de la mina El Desquite, hasta tanto la autoridad provincial de aplica-

De acuerdo con esta doctrina judicial, la Nación la actividad minera se encuentra regida por el juego armónico de: a) las leyes de presupuesto mínimos en materia ambiental dictadas por el Congreso de la Nación; b) las disposiciones del Código de Minería, y c) las leyes complementarias que dicten las provincias.

Con ese marco, este breve análisis se centra en la compatibilidad constitucional y funcional del orden público ambiental, con el ejercicio de competencias con incidencia ambiental, ejercidas por autoridades mineras con funciones jurisdiccionales dependientes del Poder Ejecutivo, en la provincia de Córdoba.

II. La organización de la autoridad minera en Córdoba

Si bien la autoridad minera en Córdoba, siempre estuvo ubicada en la estructura orgánica del Poder Ejecutivo, el régimen vigente estatuido por la ley 8596 (Orgánica de la Autoridad Minera ¹¹), la integra con el Tribunal Minero de Primera Instancia y la Autoridad Minera Concedente de los derechos mineros en todo el territorio provincial, siendo esta última, el organismo que determine el Poder Ejecutivo, conforme a la competencia material que esta ley le otorga.

Es competencia de la autoridad minera concedente (art. 3° ley 8596): a) Atender y resolver sobre los asuntos, peticiones y cuestiones que versen sobre los derechos mineros en todo el territorio provincial de confor-

ción convocara a la audiencia pública prevista en el art. 6° de la ley 4032 de la provincia del Chubut y se pronunciara expresamente aprobando, modificando o rechazando el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa minera.

¹¹ Esta norma derogó la ley 7071 de creación de la Dirección Provincial de Minería de Córdoba, con carácter de repartición autárquica, bajo la superintendencia de la Subsecretaría de Minería de la Provincia. La Dirección Provincial de Minería estaba integrada por un directorio compuesto de tres miembros designados por el Poder Ejecutivo. Este directorio ejercía la autoridad minera y en su carácter de único Tribunal Minero de primera instancia en la Provincia entendía en todo asunto, sea de jurisdicción voluntaria o contenciosa, regido por el Código de Minería de la Nación, leyes de reforma, de procedimiento y demás leyes, decretos y disposiciones vigentes y que en adelante se dictaran sobre la materia.

midad a las disposiciones del Código de Minería de la Nación, leyes nacionales, provinciales y procesales aplicables en la materia y las de la presente ley; b) Ejercer las funciones de policía minera y fiscalizar la legalidad de los pedimentos, prospección, exploración, explotación y concentración de los recursos geológicos mineros, efectuar la registración dominial y catastral de los derechos mineros, organizar los registros a tales efectos, y c) Declarar la existencia de contenciosidad en los procedimientos mineros a su cargo y ordenar la remisión de las actuaciones al Tribunal Minero de Primera Instancia.

Por su parte, la jurisdicción contenciosa, es atribuida al Tribunal Minero de Primera Instancia de la Provincia de Córdoba, el que ejercerá la autoridad minera jurisdiccional contenciosa, en todo el territorio provincial, con la competencia material que esta ley otorga: Art. 14.- “Es competencia originaria, improrrogable y excluyente del Tribunal Minero de Primera Instancia: a) Entender en todo conflicto sobre derechos mineros establecidos en el Código de Minería de la Nación, leyes nacionales y provinciales que regulen el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones en las materias relacionadas con los recursos geológicos mineros, cualquiera fuere la categoría de las sustancias; b) Entender en toda contención que surja en el ejercicio de la competencia de la autoridad minera concedente; c) Librar las providencias necesarias a las autoridades jurisdiccionales o policiales que correspondan, para el debido cumplimiento del proceso legal que se tramite en sede de autoridad minera concedente y/ o en el ejercicio de su propia competencia, y d) Ordenar medidas cautelares, conforme a las prescripciones de la legislación vigente”.

Con posterioridad, por el decr. 1182/1997 se determinó que la Dirección de Minería (actual Secretaría de Minería), unidad de organización dependiente de la Secretaría de Industria y Comercio del Ministerio de la Producción y Trabajo, era el organismo específico que ejercería la función de autoridad minera concedente de los derechos mineros, con todas las facultades y competencias asignadas a ésta por la ley 8596. Dependiendo directamente del Ministerio de la Producción y Trabajo funcionaba (art. 47) el Tribunal Minero de Primera Instancia.

Finalmente, mediante decr. 1043/04 el Poder Ejecutivo provincial especificó que la autoridad minera de la provincia, constituida por el Tribunal Minero de Primera Instancia y la Autoridad Minera Concedente se integraba con la Secretaría de Minería, dependiente del Ministerio de Pro-

ducción y Trabajo, quien revestirá el carácter de autoridad concedente, en los términos de la ley 8596.

Con el dictado del decr. 1419/04, la Secretaría de Minería y el Tribunal Minero de Primera Instancia, fueron ubicados en la estructura orgánica provincial, “dependiendo directamente” del Ministerio de Producción y Trabajo. En la actualidad, de acuerdo a la vigente Estructura Orgánica del Poder Ejecutivo provincial¹², el Ministerio de Industria, Comercio y Trabajo, del cual depende el Tribunal Minero de Primera Instancia y la autoridad minera concedente, tiene como misión fundamental “articular los mecanismos para que los industriales, empresarios, comerciantes y emprendedores cuenten con el pleno respaldo del Estado Provincial para que sus actividades productivas alcancen el máximo desarrollo. Con el propósito de amalgamar las diversas áreas vinculadas directamente al desarrollo productivo de la provincia, este Ministerio avanza para que la Industria, el Comercio, el Trabajo y la Minería sean puntales en la sustentación de las bases de la Córdoba del siglo XXI”.

No resulta complejo inferir de la breve descripción normativa expuesta, que el Tribunal Minero de Primera Instancia y la autoridad minera concedente, como integrantes de la autoridad minera provincial, son órganos dependientes del Poder Ejecutivo cuya designación y ejercicio se encuentran influenciados por claras y precisas funciones de promoción y fomento del sector productivo minero, adicionando a las competencias propias relativas a la regulación y reglamentación minera, la resolución de los asuntos, peticiones y cuestiones que versen sobre los derechos mineros, así como el ejercicio del poder de policía ambiental sobre las mismas actividades promovidas en todo el territorio provincial.

Esta incompatibilidad funcional, se explicita en las funciones atribuidas por el marco de la estructura orgánica del Poder Ejecutivo provincial y la Ley Orgánica de la Autoridad Minera. Por la primera, surge que la autoridad minera concedente tiene como función *“Proveer servicios de seguridad, salubridad y gestión ambiental en las explotaciones mineras y demás actividades vinculadas con el sector Código de Mine-*

¹² Confr. decr. 2174/07, con las modificaciones introducidas por el decr. 2334/07 ratificados por ley 9454 que establece la estructura orgánica del Poder Ejecutivo provincial.

ría, Ley Nacional 24.585” y “Lograr el mejoramiento activo de la actividad minera provincial generadora de riqueza y fuente de trabajo” (art. 107) y el Tribunal Minero de Primera Instancia (art. 108) tiene, entre otras, la función de “Elaborar planes y proyectos transferibles, dirigidos al desarrollo regional e impulso de las empresas mineras y unidades de producción características del sector, generando información de base para la formulación de proyectos mineros sustentables”. Por la segunda, el Tribunal Minero de Primera Instancia, como tribunal administrativo que es, realiza funciones de indiscutible carácter cuasi judicial (Fallos 243:357, entre otros). Sus integrantes deciden como si fuesen jueces (Fallos 234:715 y otros), y sus autos o sentencias (art. 13 ley 8596) sólo son recurribles por los recursos de apelación y nulidad ante la Cámara en lo Civil y Comercial de la Primera Circunscripción Judicial en turno.

A modo preliminar, y desde un estricto carácter funcional, puede observarse que el órgano que “promueve”, “impulsa” y otorga “pleno respaldo” a un sector o actividad económica, indudablemente no está en condiciones de poder fiscalizarla y controlarla de modo autónomo o independiente, resultando incompatibles la coexistencia de ambas funciones. La promoción y fomento minero generan un compromiso del Estado como titular del dominio originario de los yacimientos que excede el “interés público minero”, ya que la promoción de inversiones mineras y los objetivos de desarrollo productivo del sector, continúan siendo intereses privados o sectoriales que, como tales, aun cuando puedan entenderse deseables por su incidencia en el bienestar general, se encuentran restringidos y subordinados a aquellos intereses generales consagrados en la Constitución, como entre otros, la protección del medio ambiente.

III. Ejercicio de facultades jurisdiccionales: requisitos

El ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos, ha sido reconocido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con carácter restrictivo. Ello es así, por cuanto el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración en principio, desconoce los arts. 18 y 109 de la C.N., que garantizan la defensa en juicio y prohíben en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales.

El reconocimiento de esas potestades jurisdiccionales, surgió a efectos de un mayor aprovechamiento de la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte (Fallos 247:646; 253:485; 301:1103), a condición que las decisiones de tales entes u órganos, no obstante las limitaciones constitucionales que surgen de la Constitución Nacional, dejen expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente (Fallos 247:646; 310:2159; 311:334) y su actuación quede ceñida a la limitación que se deriva de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo.

Desde el célebre fallo “Fernández Arias”¹³ este reconocimiento de funciones jurisdiccionales a órganos o entes administrativos se ha condicionado en la jurisprudencia de la Corte, básicamente, a dos requisitos: a) que no se trate de controversias entre particulares regidas por el derecho común, y b) que la revisión final de lo resuelto se atribuya a los jueces con amplitud de debate y prueba, lo que configura el denominado principio del control judicial suficiente¹⁴.

La doctrina de la Corte en el mismo fallo, sostuvo que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional, ya que si, por una parte, produce la transgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo (y, por ende, a los órganos administrativos) el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 C.N.), por la otra, transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos (art. 18 C.N.).

Con posterioridad, en los fallos dictados en las causas “Litoral Gas S.A.”¹⁵ y “Angel Estrada”¹⁶, la Corte Suprema convalidó el ejercicio de facultades jurisdiccionales como prerrogativa otorgada a órganos administrativos, ampliando y aclarando los criterios restrictivos a cuya existencia quedaban condicionados.

La viabilidad constitucional de ejercer potestades jurisdiccionales por parte de tales entes, en el marco del principio de separación de poderes

¹³ “Fernández Arias c/ Poggio s/ sucesión”, Fallos 247:646 (1960).

¹⁴ Fallos 247:646 considerando 19.

¹⁵ “Litoral Gas S.A. c/ ENARGAS - Resol. 29/94”, Fallos 321:776.

¹⁶ “Angel Estrada y Cía. S.A. c/ Secretaría de Energía y Puertos”, Fallos 328:651.

de nuestra Constitución, se reconoce a condición que tal principio quede a salvo cumpliendo con los siguientes requisitos: a) los organismos de la administración dotados con jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley; b) su independencia e imparcialidad estén aseguradas; c) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable, y d) por último (siendo lógico que este requisito ocupe este lugar en el catálogo de requisitos) que sus decisiones estén sujetas a un control amplio y suficiente”¹⁷.

Más ampliamente, se trata del ejercicio excepcional de la función jurisdiccional, que debe llevarse a cabo dentro de los límites que surgen del sistema adoptado por la Constitución Nacional, a saber: a) la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos debe provenir de ley formal a fin de no alterar a favor del Poder Ejecutivo el equilibrio en que reposa el sistema constitucional; b) tanto la idoneidad del órgano como la especialización de las causas que se atribuyen a la administración deben hallarse suficientemente justificadas, para tornar razonable y excepcional el apartamiento del principio general de juzgamiento por el Poder Judicial; c) si se otorgan a órganos administrativos funciones de sustancia jurisdiccional en forma exclusiva, sus integrantes deben gozar de garantías que aseguren su independencia de juicio frente a la administración activa, tal como la inamovilidad de sus cargos, y d) los tribunales que integran el Poder Judicial deben conservar la atribución final de revisar las decisiones de naturaleza jurisdiccional¹⁸.

IV. Facultades jurisdiccionales del Tribunal Minero: test de constitucionalidad

La compatibilidad constitucional y funcional del orden público ambiental, con el ejercicio de competencias con incidencia ambiental ejerci-

¹⁷ J.C. CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso ‘Angel Estrada’”)), L.L. 2005-C-736.

¹⁸ J.C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 7ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2002, t. II, pág. 86.

das por el Tribunal Minero, puede ser sometida a test de constitucionalidad conforme las pautas definidas anteriormente, a saber:

1. La potestad jurisdiccional del órgano debe haber sido otorgada por ley

El Tribunal Minero de Primera Instancia, es un tribunal jurisdiccional de mérito que resuelve derechos mineros; las causas en las que interviene son de estricto contenido jurídico, como no puede ser de otra manera porque esa es su competencia material, tanto en las cuestiones en las que interviene como tribunal de origen, como de alzada por los recursos contra las decisiones de la autoridad minera concedente.

Si bien el Tribunal Minero de Primera Instancia de la provincia de Córdoba, ejerce la autoridad minera jurisdiccional contenciosa¹⁹ en todo el territorio provincial, con la competencia material otorgada por la ley 8596, se diferencia de otros organismos reguladores dotados de facultades jurisdiccionales (v.gr., Enargas, ENRE), ya que estos marcos normativos, facultan al usuario a plantear ante el ente regulador “toda controversia” que se suscite con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de gas o electricidad, pudiendo *optar* entre someter la controversia a decisión del ente regulador, en cuyo caso la resolución que éste adopte podrá ser recurrida en sede judicial mediante los procedimientos previstos en la ley u ocurrir directamente al Poder Judicial mediante la interposición de una acción ordinaria, de acuerdo con los criterios expuestos por la Corte en el *leading case* “Fernández Arias” (Fallos 247:646).

¹⁹ Art. 15.- “A los efectos del art. 14, inc. b) se entenderá que existe contención cuando: a) Se deduzca el recurso de revisión previsto por el art. 16 de la presente ley; b) En el trámite de concesión de derechos mineros, deduzca oposición otro concesionario minero; c) En el trámite de concesión de derechos mineros, deduzca oposición un superficiario o un tercero con interés legítimo; d) Otorgada la concesión, se inicie una causa derivada o conexas a la misma”.

En efecto, la diferencia se evidencia en el carácter originario, improrrogable y excluyente de la competencia del Tribunal Minero de Primera Instancia (art. 14 ley 8596). Ello significa, en consecuencia, el *sometimiento imperativo* a un tribunal administrativo, que ejerce por ley función jurisdiccional originaria, improrrogable y excluyente en primera instancia, cuyo agotamiento previo obligatorio sería un obstáculo al acceso a una tutela judicial efectiva y el derecho a obtener del juez natural una respuesta razonada y fundada en derecho. Se privaría así, el acceso a “la segunda instancia que es propiamente judicial y que obvia, por ello, el carácter administrativo de la primera instancia” (Fallos 199:401).

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que si se otorgan a órganos administrativos funciones de sustancia jurisdiccional en forma exclusiva, sus integrantes deben gozar de garantías que aseguren su independencia de juicio frente al Poder Ejecutivo que integran, tal como la inamovilidad de sus cargos, aspecto que como se abordará posteriormente, se encuentra ausente.

2. El ejercicio de las potestades jurisdiccionales debe ceñirse a la materia específica que conforma el marco regulatorio

La idoneidad del órgano, así como la especialización de las causas que se atribuyen a la administración deben hallarse suficientemente justificadas, para tornar razonable y excepcional el apartamiento del principio general de juzgamiento por el Poder Judicial²⁰, por cuanto la admisión de facultades jurisdiccionales de los entes administrativos es de carácter restrictivo, tal como lo indica la doctrina de Fallos 247:646 y, la más próxima de 321:776.

La competencia material originaria, improrrogable y excluyente atribuida al Tribunal Minero de primera instancia jurisdiccional, comprende “todo conflicto” y “toda contención” sobre “derechos mineros establecidos en el Código de Minería de la Nación, leyes nacionales y provinciales

²⁰ J.C. CASSAGNE, *Derecho...* cit., pág. 86.

que regulen el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones en las materias relacionadas con los recursos geológicos mineros, cualquiera fuere la categoría de las sustancias”. Este ámbito material de actuación, se aleja de la expresión “toda controversia” contenida en los regímenes regulatorios de servicios públicos de energía eléctrica y gas natural, cuyos contornos fueron delineados por la Corte como “circunscriptos a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios”.

En efecto, el Título XIII, Segunda Sección del Código de Minería (De la protección ambiental para la actividad minera, ley 24.585) dispone que serán autoridad de aplicación, las autoridades que las provincias determinen en el ámbito de su jurisdicción (art. 250). Siguiendo la tendencia de la mayoría de las provincias, en Córdoba esa autoridad es la autoridad minera concedente (Secretaría de Minería)²¹, cumpliendo la autoridad aplicación ambiental provincial (Secretaría de Ambiente), un mero rol consultivo de carácter no vinculante.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que la regulación del ejercicio de derechos y “cumplimiento de obligaciones en las materias relacionadas al ejercicio de derechos mineros”, comprenden la aplicación de principios y normas constitucionales e infraconstitucionales que integran el orden público ambiental²², los que no son susceptibles de negociación o renuncia entre particulares y por su explícita fuente constitucional tampoco el Estado puede soslayar su cumplimiento consagrando excepciones particulares o provocando derogaciones singulares de disposicio-

²¹ Resolución N° 67/98.

²² Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, “el reconocimiento de *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente” (“Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios [daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo]”, C.S.J.N., 20 de junio de 2006).

nes de alcance general²³. Los conflictos ambientales se sitúan en la esfera social, donde tiene primacía el bien social sobre el individual o sectorial, materias todas extrañas a las atribuciones conferidas al Tribunal Minero, porque no guardan relación con los motivos tenidos en miras al crear dicho organismo.

Cabe interrogarse qué vinculación con el principio de especialidad de la materia minera, guarda relación con la garantía de “acceso irrestricto a la justicia ambiental”, con la ampliación del ámbito de la legitimación activa en las acciones colectivas, en las que el derecho al ambiente otorga legitimación, pero no titularidad de la acción, como fundamento del atípico ejercicio de facultades jurisdiccionales -como órgano administrativo que es-, del Tribunal Minero de Primera Instancia.

Resultan extraños a la competencia material de un tribunal administrativo, ejercer funciones de indiscutible carácter *cuasi* judicial (Fallos 243:357). Los integrantes del Tribunal Minero deciden como si fuesen jueces (Fallos 234:715), y sus autos o sentencias carecen de ejecutoriedad, resultando incompatibles con los principios de efectividad del proceso y de la sentencia ambiental, donde la participación social cumple una función reestructurante del régimen de la información y democratización de las decisiones. En este mismo sentido, no resulta imaginable que el Tribunal Minero asuma los amplios poderes instructorios y ordenatorios que poseen los jueces en el proceso ambiental, los que concurren con la inaplicabilidad del instituto de caducidad de instancia²⁴ haciendo operativo el principio de conservación del proceso ambiental, en razón de estar en juego derechos no disponibles.

²³ E. MEIER, *Política, derecho y administración de los recursos naturales renovables*, cit. por N.A. CAFFERATA, “Los contratos de la Administración Pública y la Protección del Medio Ambiente”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, N° 295, págs. 52 y 103.

²⁴ Para consideraciones y fundamentos de inaplicabilidad de la caducidad de instancia en los procesos ambientales donde se discuten derechos de orden público. Vid. “Di Dio Cardalana, Edgardo y otros c/ Aguas Argentinas S.A. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) s/ amparo”, Cámara Federal de La Plata N° 2 (proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora), 26 de octubre de 2004, t. 106 F° 91/94). (Confr. asimismo, N.A. CAFFERATA, “Caducidad de instancia en procesos colectivos ambientales”, *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Lexis Nexis, N° 1, 2005, pág. 185).

Con fundamento concurrente, cabe recordar la imprescriptibilidad de las acciones de prevención y reparación del daño ambiental colectivo²⁵ y la no disponibilidad de la acción, lo cual genera en consecuencia, la denegación del desistimiento de la acción ambiental y del derecho reconocido por la sentencia ambiental, pudiendo recurrirse a los principios de legitimación subsidiaria (Defensor del Pueblo, Ministerio Público)²⁶, aspectos todos refractarios a la competencia material atribuida al Tribunal Minero, órgano que para el ejercicio legítimo de competencias ambientales, debería adoptar el criterio de precedencia lógica del principio protectorio ambiental (art. 3° LGA), de modo que, en caso de conflicto, prevalecen los principios y reglas protectorias del ambiente, por sobre aquellas que regulan la actividad minera.

Por otra parte, si bien es cierto que el art. 233 del Código de Minería establece como regla que “Los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin sujeción a otras reglas que las de su seguridad, policía y conservación del ambiente; no es menos cierto que la incompatibilidad con el orden público ambiental contenido en los presupuestos mínimos de protección ambiental de la Ley General del Ambiente 25.675²⁷ de carácter sustantivo y procesal, surge de las reglas establecidas por el propio Código de Minería, que comprenden (art. 246) “la protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural, *‘que pueda ser afectado por la actividad minera’*”.

²⁵ “Subterráneos Argentinos c/ Propietario estación de servicios Shell de Lima entre Estados Unidos e Independencia”, 1999, CNCiv., Sala H y Cámara C. y C. La Plata, Sala 2°, “Pinini de Pérez c/ COPETRO”, 1993; Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, “Almada y otros c/ COPETRO S.A.”, 1998.

²⁶ En el caso de inexistencia del requisito de representatividad adecuada, de desistimiento infundado o abandono de la acción, el juez debería notificar al Ministerio Público y en la medida de lo posible a otros legitimados adecuados para el caso (Defensor del Pueblo, terceros) a fin de que asuman voluntariamente la titularidad de la acción (confr. “Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A. s/ ordinario”, Cámara Federal de La Plata, 3 de octubre de 2006).

²⁷ Los presupuestos mínimos de protección ambiental, son umbrales mínimos tanto de carácter sustantivo como procesal, que no pueden ser desatendidos conforme al principio de congruencia, reservando para los Estados locales sucesivos desarrollos que incrementen o amplíen las exigencias ambientales, perfeccionando la protección consagrada de acuerdo a sus propias realidades.

En efecto, la protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural, que pueda ser afectado por la actividad minera (Título XIII del Código de Minería), ha sido objeto de una normativa complementaria, aprobada por el Consejo Federal de Minería en San Carlos de Bariloche (1996), la cual contiene disposiciones que “interpretan”, “aclaran” y “reglamentan” (*sic*) los conceptos principales de la ley nacional. Dicha “normativa” complementaria, si bien surge de un acuerdo interjurisdiccional, que ha servido de referencia para la mayoría de las reglamentaciones provinciales, excede largamente las facultades de asesoramiento otorgadas legalmente a dicho organismo ²⁸. No obstante, la incorporación de estas propuestas interpretativas en la mayoría de las legislaciones provinciales, hace que la obligación prevista por el art. 263 que establece: “Todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo según correspondiere”, haya sido desvirtuada en su operatividad y alcance, por cuanto el daño ambiental en la actividad minera se *encuadra, define y limita* al incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), aprobatoria del Informe de Impacto Ambiental (IIA) ²⁹.

Por esa razón, la responsabilidad administrativa de quien provoca daño ambiental actual o residual, quedaría limitada a “toda alteración antrópica que provoque perjuicio para el ambiente o a uno o más de sus componentes, generado por acción u omisión, *excediendo los límites tolerables admitidos por la Declaración de Impacto Ambiental (DIA)*, que constituyendo infracción, sea efectivamente verificado en el marco del debido proceso legal” ³⁰.

La amplitud de consecuencias disvaliosas expuestas, permite inferir que los motivos tenidos en cuenta por el legislador provincial para sus-

²⁸ El Consejo Federal de Minería, creado por ley 24.224, si bien es un organismo interjurisdiccional de concertación y asesoramiento de la Secretaría de Minería de la Nación, en los hechos, viene definiendo la interpretación y alcance de las disposiciones ambientales del Código y de sus reglamentaciones.

²⁹ Consejo Federal de Minería, Normas Complementarias a la ley 24.585, San Carlos de Bariloche (1996).

³⁰ Consejo Federal de Minería, Normas Complementarias, cit.

traer las materias relacionadas al ejercicio y cumplimiento de obligaciones ambientales, de la jurisdicción de los jueces ordinarios, no están razonablemente justificados, en razón que éstas integran el orden público ambiental y deben respetar el sistema de competencias de nuestro sistema federal ambiental, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la C.N., define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación.

Admitir que el legislador pudiera delegar -explícita o implícitamente- en los órganos de la administración facultades jurisdiccionales sin limitación material de ninguna especie, con el solo fundamento de la especialidad, es tan impensable como admitir que el legislador pudo delegar la resolución de “todo conflicto” y “toda contención” relativos a derechos mineros, de *contenido patrimonial*. La causa de tal estado de confusión jurídica es explicable por el desconocimiento de la especial caracterización de la concesión minera y las servidumbres mineras, que ha llevado erróneamente, a identificarla con las propiamente administrativas.

Con fundamento concurrente y ampliatorio, resulta exorbitante a la competencia material del Tribunal Minero de primera instancia, la delegación de función jurisdiccional con carácter “originaria, improrrogable y excluyente”, para la resolución de “todo conflicto” y “toda contención” que implique derechos y obligaciones de *contenido no patrimonial*, cuya sustancia hace a la tutela del bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes y cuya defensa descansa en legitimados extraordinarios.

En estos casos, independientemente de los fundamentos del decisorio y la incompetencia del organismo para expedirse sobre el punto, la decisión del conflicto excede el interés de las partes involucradas en el conflicto minero y compromete el interés público ambiental. Ello es así, porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear la autoridad minera, más allá que una eventual decisión condenatoria dictada por el Tribunal Minero sobre materia ambiental, carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme las reglas relativas a la ejecución de sentencias, pues la ley respectiva no le ha otorgado estas cualidades a sus sentencias.

3. La composición del órgano administrativo debe brindar garantías suficientes de imparcialidad e independencia

Para que el ejercicio excepcional de funciones de sustancia jurisdiccional se ejerza dentro de los límites que surgen del sistema adoptado por la Constitución Nacional ³¹, el Tribunal Minero, se encuentra condicionado a diversos recaudos, entre ellos, la existencia de garantías formales de independencia y neutralidad del órgano y de sus miembros, quienes deben gozar de garantías que aseguren independencia de juicio frente al Poder Ejecutivo provincial ³², tal como la inamovilidad de sus cargos.

El criterio restrictivo mantenido para el reconocimiento del ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos (Fallos 247:646; 253:485; 301:1103), guarda también relación con la especialidad de los miembros y sus auxiliares. Se parte del supuesto, que el aprovechamiento del conocimiento y experticia técnica de las personas que deben desempeñar este rol, tendrá influencia en la calidad de la decisión judicial que finalmente se adopte, así como la uniformidad y la coherencia en la regulación de la materia confiada al ente administrativo.

Con abstracción del mecanismo de designación, es obvio que la elección de los miembros del Tribunal Minero, debería recaer en personas independientes que posean una idoneidad especial para el cargo. Pero también, estas personas precisan actuar con independencia funcional, sin que el Poder Ejecutivo tenga la posibilidad de interferir en su accionar, ya sea ejerciendo el poder de vigilancia, o bien impartiendo órdenes o instrucciones.

Pero la autoridad minera concedente y los integrantes del Tribunal Minero de Primera Instancia, son designados y removidos por el Poder Ejecutivo provincial, sin que medie el concurso de antecedentes como instrumento para la adecuada selección. La mayoría de sus miembros

³¹ Según doctrina de la C.S.J.N., en Fallos 247:646; 321:776 y 328:651.

³² No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con relación al ENARGAS, sostuvo que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para su actuación en la ley 24.076 (arts. 53, 54 y 55) de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores de ese ente- no alcanzaban para categorizarlo como tribunal administrativo (“Litoral Gas S.A. c/ ENARGAS - Resol. 29/94”, Fallos 321:776).

carecen de título habilitante en derecho, para ejercer una función jurisdiccional y no ostentan las garantías de inamovilidad que aseguren su independencia, resultando coincidentes la duración de la designación de sus miembros, con el mandato constitucional del gobernador, careciendo por tanto, el carácter de jueces naturales en el sentido constitucional ³³.

La confusión e incompatibilidad funcional y jurisdiccional, se manifiestan en la posible configuración de omisión ilegal en el ejercicio eficaz del poder de policía ambiental, que corresponde a la Provincia ejercer de manera irrenunciable. Basta observar que conforme la propia estructura orgánica del Poder Ejecutivo provincial, la Secretaría de Minería -como autoridad minera concedente que es- tiene como función “Proveer servicios” de seguridad, salubridad y gestión ambiental en las explotaciones mineras y demás actividades vinculadas con el sector Código de Minería, ley nacional 24.585 ³⁴, para constatar que esas prestaciones de apoyo técnico y logístico ambiental a titulares de una actividad económica son, valga la paradoja, ejercidas por la misma autoridad que constitucionalmente debe regular, controlar, fiscalizar y eventualmente sancionar y, adicionalmente, para el supuesto que mediara contención, será esa misma autoridad la que ejercerá con carácter originario, exclusivo e improrrogable la facultad de resolver el conflicto, agotando la primera instancia jurisdiccional.

³³ Según la Ley Orgánica de creación de la autoridad minera en la Provincia, “el Tribunal Minero de Primera Instancia se integrará con tres (3) miembros, un (1) abogado, un (1) geólogo y un (1) ingeniero civil o geógrafo o agrimensor o su equivalente” (art. 11); y sus miembros no precisan acreditar idoneidad o especialización, salvo seis (6) años como mínimo de antigüedad en el ejercicio respectivo de su profesión. Los miembros del Tribunal Minero de Primera Instancia deben ser argentinos, mayores de treinta años, con residencia mínima anterior inmediata a su designación, de tres (3) años en la Provincia y acreditar seis (6) años como mínimo de antigüedad en el ejercicio profesional. Son designados por el Poder Ejecutivo y durarán cuatro (4) años en el ejercicio de sus funciones. En caso de vacancia total o parcial, cualquier designación se hará para completar el período. Los miembros del Tribunal Minero podrán ser separados de sus funciones por el Poder Ejecutivo antes del término de expiración establecido, por mala conducta debidamente comprobada, comisión de delitos comunes, inhabilitación física o moral, o por mal desempeño de sus funciones (art. 12).

³⁴ Confr. ley 9156 y sus complementarias y modificatorias 9299 y 9559; decr. 1419/04.

Los argumentos anteriores, dan cuenta también de las problemáticas que se plantean en torno a la “delegación” del poder de policía minero ambiental en organismos sectoriales cuya relación con las estructuras de gobierno centralizado y descentralizado, pareciera ser confundida con una suerte de “privatización” de obligaciones constitucionales permanentes e indelegables, cuyo ejercicio se confunde con la “provisión de servicios de gestión ambiental”, como parte integrante de las funciones de implementación de políticas activas de apoyo a la producción minera.

Ese solapamiento funcional y jurisdiccional omite considerar que las normas ambientales son de orden público y por su explícita fuente constitucional, el Estado no puede soslayar su cumplimiento, no ejercer los controles que tiene a su cargo o cumplir mal con el ejercicio de poder de policía ambiental que le es inherente. No es posible dispensar el orden público ambiental, sin valorar el interés público comprometido que, en definitiva se refiere a valores que trascienden de la titularidad y actividad económica de cualquier sujeto, público o privado.

Lo específico de la imparcialidad y neutralidad consiste en el ejercicio independiente de la función. Eso significa que la independencia debería ser una condición previa, una garantía que proteja el ejercicio de la función jurisdiccional de cualquier condicionamiento que, desde lo interno o externo, pretenda incidir en la actividad del Tribunal Minero. También es independencia de los condicionamientos de un sector en el que se concentran intereses económicos relevantes, sobre los cuales el decisorio jurisdiccional está destinado a producir sus efectos.

La necesidad de separar la función de promoción, de la reguladora, del control y del juzgamiento, reclama concluir con el sistema vigente, severamente criticado por entender que el Estado Provincial, a través del Poder Ejecutivo, procede como “juez y parte” en el otorgamiento de derechos mineros y ejercicio de facultades jurisdiccionales, lo que indudablemente sólo puede ser atendido por jueces de la Constitución.

V. Existencia de un control judicial pleno y suficiente

Teniendo en cuenta que la intervención del Tribunal Minero no es facultativa, sino imperativa, el test de constitucionalidad avanza hacia la

determinación del alcance de la revisión judicial específica fijada por la ley 8596, a través de los recursos de apelación y/o nulidad pero sin aclaración ni especificación sobre su alcance³⁵, por lo que es necesario una labor de interpretación.

En el acotado marco de discusión que implican dichos recursos, se asigna valor esencial a la circunstancia de haberse previsto oportunidad para que los jueces revisen el pronunciamiento (Fallos 187:79), estimándose imprescindible el otorgamiento de recurso o curso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial (Fallos 195:50), en la inteligencia de que, a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente con los derechos y garantías constitucionales (Fallos 207:346).

La afectación del derecho a una revisión judicial plena, como parte de la garantía instrumental de tutela judicial efectiva, tampoco podría ser obviada por el límite del control judicial de las cuestiones técnicas mineras, por cuanto la revisión judicial de segunda instancia, en el acotado marco recursivo dispuesto, no puede entonces quedar reducida al aspecto que se vincula con la correcta aplicación de las normas jurídicas por el Tribunal Minero, sino que, teniendo en cuenta que los procesos judiciales se integran al menos en una instancia, con la faz “de hecho” y con la “de derecho”, esa revisión judicial debería abordar el examen de los hechos y la prueba de los hechos.

De lo contrario, si se dejare exclusivamente en manos de un órgano administrativo la fijación de los hechos, estaría impedido un control judicial suficiente, que no podría ser subsanado con una acertada selección de normas jurídicas porque sería equivocado el presupuesto de que entonces se habría partido en el acto de juzgar³⁶. El grado máximo de la revisión judicial es aquél en el cual el juez analiza todas las cuestiones de hecho y de derecho, sin considerarse influido por las determinaciones administrativas, y permite al particular ofrecer y producir nuevamente su prueba en sede judicial, así como proponer en la etapa judicial cuestiones de hecho y de derecho no planteadas ante el Tribunal Minero.

³⁵ Los recursos de apelación y/o nulidad se sustanciarán ante la Cámara C. y C. que en turno corresponda de la Primera Circunscripción Judicial, con la participación necesaria del organismo que ejerza la autoridad minera concedente.

³⁶ “López de Reyes, María Consuelo c/ Instituto Nacional de Previsión Social”, Fallos 244:548 (1959).

Corresponde también preguntar, si la revisión judicial suficiente se agota en el órgano judicial específico (Cámara en lo Civil y Comercial que en turno corresponda de la Primera Circunscripción Judicial), al que la ley le ha atribuido competencia para entender en el recurso, porque si bien la Corte ha establecido que la doble instancia no tiene jerarquía constitucional, salvo cuando las leyes específicamente la establezcan³⁷ también es cierto que el mismo Tribunal ha delimitado su doctrina, al señalar que la irrazonable supresión de la instancia revisora prevista legalmente afecta y vulnera la garantía de defensa en juicio.

La dificultad de acceso efectivo a la justicia, representado por la centralización de la alzada en la Cámara Civil y Comercial que en turno corresponda de la Primera Circunscripción Judicial, sumado a una fuerte tendencia a concebir que los jueces no penetran en el análisis de los juicios técnicos de órganos jurisdiccionales especializados de la administración, salvo irrazonabilidad grave o manifiesta, debería quedar subordinada a la potestad constitucional de revisar “los hechos de la causa”, sin que quepa reconocer la constitucionalidad de una suerte de “jurisdicción primaria” ejercida por el Tribunal Minero (en la que sólo se revisan, en principio, las cuestiones de derecho), ajena a nuestro sistema judicialista que prescribe la revisión judicial plena.

VI. Reflexiones finales

De acuerdo al breve análisis efectuado, las reflexiones finales a la que se arriba, exceden la clara incompatibilidad constitucional y funcional del orden público ambiental, con el ejercicio de funciones jurisdiccionales ejercidas por autoridades mineras dependientes del Poder Ejecutivo.

³⁷ No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías reconocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias (J.B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Centro Editor América Latina, pág. 247).

El Tribunal Minero de Primera Instancia y la autoridad minera concedente, como integrantes de la autoridad minera provincial, son órganos dependientes del Poder Ejecutivo cuya estructura y función, se encuentra condicionada por expresas y precisas funciones de promoción y fomento del sector productivo minero, contrariando la Carta del Ciudadano³⁸ que exige la separación entre los roles estatales de planificación y adopción de políticas, ejecución y prestación, regulación y control. Más gravemente, la misma autoridad minera como órgano administrativo, ejerce adicionalmente a esos roles, función jurisdiccional imperativa, obligatoria, originaria, improrrogable y excluyente en primera instancia, sobre las mismas actividades promovidas en todo el territorio provincial, resultando juez de sus propios asuntos, pues juzga sobre las normas que ha dictado.

Aun en el supuesto de que se admitiera la validez constitucional de la jurisdicción administrativa, por cuanto el Tribunal Minero ha sido creado por ley, ello no excusa la violación al principio de división de funciones, lesionando la garantía instrumental de tutela judicial efectiva, desde que no se asegura la revisión plena de las controversias y tampoco están garantizadas la imparcialidad, independencia ni la condición experta de los órganos administrativos a los que se le pretende otorgar potestades jurisdiccionales, por lo que el otorgamiento de estas potestades al Tribunal Minero desconoce el art. 18 de la C.N., que garantiza la defensa en juicio, y el art. 109, que prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales.

Dicho en breve síntesis, el legítimo acceso a la justicia, exige control judicial pleno y suficiente, toda vez que el mismo órgano del Poder Ejecutivo que dictó la norma impugnada, fija las políticas, las ejecuta, regula, reglamenta, controla, fiscaliza y sanciona, resuelve adicionalmente los recursos administrativos interpuestos contra sus resoluciones y la admisibilidad y procedencia del recurso de revisión agotando la primera instancia; dicta “sentencias” y por tanto, no asume un rol equidistante e imparcial de las “partes” en conflicto y los asuntos controvertidos, sino que se configura claramente la anómala situación de asunción monopólica del proceso administrativo jurisdiccional (pero con función *cuasi* judicial),

³⁸ Art. 2º ley 8835.

actuando en última instancia como “parte” y al mismo tiempo como “tribunal de primera instancia jurisdiccional”.

Es que la problemática de la presunta potestad jurisdiccional del Tribunal Minero para entender en la resolución de conflictos ambientales conexos a la actividad minera, fundado en la vinculación con el principio de especialidad de este órgano administrativo, no sólo constituye una restricción del acceso a la jurisdicción y el control judicial suficiente, sino que lastima la realización de la garantía de la tutela judicial efectiva y de la regla de acceso irrestricto a la justicia ambiental.

La prevención y reparación de los efectos ambientales perjudiciales que pueda producir la actividad minera, no puede restringirse a una mera tutela nominal de carácter declamatorio restringido a trámites administrativos de carácter burocrático. Menos aún, la configuración jurídica del daño ambiental provocado por esa actividad productiva, puede quedar definida y limitada al incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Declaración de Impacto Ambiental, convalidando en consecuencia, la subordinación del orden público ambiental a las políticas activas de promoción de una determinada actividad económica.

El interés público minero basado en el principio de especialidad, como fundamento del ejercicio de facultades jurisdiccionales por el Tribunal Minero, no es ciertamente coincidente con el interés público general y menos aún, con el interés y orden público ambiental, propios de la esfera social. La admisión del ejercicio de competencias materiales y facultades jurisdiccionales con incidencia ambiental, requiere una profunda revisión del régimen minero ambiental y el sistema de autoridad minera adoptado en la provincia de Córdoba, salvaguardando los intereses sociales generales comprometidos.

LA UNIÓN EUROPEA COMPROMETIDA EN LA PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD MARINA MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL Y EN LA ORDENACIÓN DE LAS PESQUERÍAS DE AGUAS PROFUNDAS *

por MARÍA TERESA PONTE IGLESIAS

Sumario: I. Introducción. II. El Reglamento (CE) Nº 734/2008 sobre la protección de los ecosistemas marinos vulnerables frente a los efectos adversos de la utilización de artes de fondo. III. En torno al compromiso de UNASUR con la biodiversidad.

I. Introducción

El empobrecimiento de la biodiversidad biológica en general, como consecuencia de determinadas actividades humanas, ha sido una constante en las dos últimas décadas, siendo los *ecosistemas marinos* una de las partes de la diversidad biológica más amenazada. La *pesca y las prácticas pesqueras destructivas o potencialmente destructivas* constituyen claros ejemplos de algunas de las actividades “antropogénicas” que más repercuten en los ecosistemas marinos, especialmente en los ecosistemas marinos vulnerables (EMV) situados más allá de la jurisdicción nacional.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “*El papel de las Organizaciones Internacionales en el Derecho del Mar: tendencias revisionistas y consecuencias para España*” (2005/PC152), subvencionado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia.

En zonas de aguas profundas se localizan hábitats delicados que sustentan una extraordinaria riqueza de especies y poblaciones de peces, cuyas características biológicas -ciclo vital largo, madurez tardía, fecundidad y mortalidad natural baja, concentración en zonas pequeñas- las hacen especialmente sensibles a la pesca excesiva. Arrecifes de coral, montes submarinos y campos de esponjas de aguas profundas son los elementos del ecosistema marino que hoy corren más peligro como consecuencia, principalmente, de los efectos adversos de las actividades pesqueras¹. Trasciende, por tanto, la necesidad de proteger estas estructuras marinas por medio de una ordenación y un adecuado control de las prácticas pesqueras dañinas, en especial, la pesca de arrastre de fondo.

La gestión sostenible de las pesquerías de aguas profundas (PAP) constituye un componente clave de la conservación de la diversidad biológica marina fuera de la jurisdicción nacional, y requiere el mismo grado de esfuerzo que el empleado para la ordenación de las pesquerías situadas dentro de los límites de las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, numerosas características de los recursos vivos marinos a los que se dirigen estas pesquerías, de los ecosistemas en los que se practican, y la insuficiencia de los mecanismos legales e institucionales, hacen que la ordenación de las PAP, requiera de un esfuerzo y una vigilancia mayores para garantizar un uso sostenible de los recursos vivos marinos que explotan, prevenir las repercusiones negativas importantes sobre los EMV y proteger la biodiversidad marina².

¹ El secretario general de la ONU en su Informe de 2004 dedicado a la pesca advierte que todas las formas de pesca con redes de arrastre de fondo, incluidas las dragas, son uno de los tipos más destructivos de pesca por el daño que causa el arrastre por el fondo del mar. Los arrastres pelágicos pueden operar a profundidades de 1.900 metros. Un arrastre de un día con una red de 55 metros puede barrer 33 km² del fondo del mar. Actualmente, el principal motivo de preocupación es el efecto de los arrastres de fondo en los montes marinos y en los corales de aguas frías (Ver Doc. A/59/298, del 26 de agosto de 2004, párr. 88).

² Los informes del secretario general dedicados a la pesca proceden a constatar la importancia de la gestión sostenible de las pesquerías de aguas profundas para la protección de la diversidad biológica marina fuera de la jurisdicción nacional. En ellos, el secretario general propone varias medidas, dirigidas a reducir el impacto de la pesca sobre los ecosistemas y la diversidad biológica en las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, entre ellas, el enfoque de la pesca basado en ecosistemas, las modificaciones de los

Conservación de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional y gestión sostenible de las pesquerías de aguas profundas en la alta mar son cuestiones sensibles e interrelacionadas, que exigen un marco de acción por parte de la comunidad internacional³.

Desde esta perspectiva, diversas resoluciones de la Asamblea General y, de manera particular, la Resolución 61/105, no sólo han convenido en la urgencia de la comunidad internacional en instaurar medidas para proteger los EMV de los efectos destructivos de las actividades de pesca de fondo, a través de la regulación estricta de tales actividades por conducto de las organizaciones o acuerdos regionales de ordenación pesquera (OROP/AROP) o de los propios Estados con respecto a los buques de su

aparejos de pesca (particularmente, por el impacto bentónico de las redes de arrastre de fondo en los montes submarinos y en los corales de aguas frías), y la designación de zonas marinas protegidas en la alta mar. Además, subraya que corresponde a las organizaciones regionales de ordenación pesquera (OROP) adoptar medidas eficaces de conservación y ordenación de los recursos pesqueros en las zonas sujetas a su jurisdicción; mejorar los datos sobre pesquerías a fin de ampliar la base de conocimientos científicos disponibles, adoptar medidas eficaces de supervisión, control y vigilancia y acordar procedimientos de adopción de decisiones (Doc. A/59/298..., cit., Doc. A/61/164, de 14 de julio de 2006 y Doc. A/63/128, del 14 de julio de 2008). Para un análisis de algunas de estas medidas: R. CASADO RAIGÓN, "Nuevas tendencias en materia de conservación y gestión de los recursos marinos vivos", *Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, A Coruña, 22-24 de septiembre de 2005 (J.M. Sobrino -coord.-), Valencia 2007, págs. 79-81 y 92-94; J. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *El mar Mediterráneo: régimen jurídico internacional. De las zonas de pesca a las zonas de protección*, Barcelona, 2007; J. PUEYO LOSA - J. JORGE URBINA, "La creación por Francia de una zona de protección ecológica en el Mediterráneo: ¿un incremento de los poderes de control del Estado ribereño para la preservación del medio marino o la reivindicación encubierta de una futura ZEE?", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, Nº 1, 2004, págs. 513-516; J. SAURA ESTAPA, "Las zonas protegidas en el Mediterráneo: tendencias recientes en la práctica de los Estados", *Mares y océanos en...*, cit., págs. 347-370; E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, "La aplicación del concepto 'pesca responsable': Un proceso de evolución permanente", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XVI, 2007, págs. 102-106.

³ Para un examen de esta acción internacional y la suficiencia del régimen jurídico existente ver M.T. PONTE IGLESIAS, "Protección de la biodiversidad marina más allá de la jurisdicción nacional y gestión sostenible de las pesquerías de aguas profundas", *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos* (J. Pueyo Losa/J. Jorge Urbina -coords.-), Madrid, 2009.

pabellón que faenen en áreas donde no existan dichas organizaciones o mecanismos regionales, proporcionando información ⁴, sino que también han facilitado orientaciones sobre el tipo de medidas que deberían adoptarse al efecto ⁵.

Pues bien conforme a un enfoque como éste, en el que se pone de manifiesto una vez más la importancia que la Convención de las Naciones sobre el Derecho del Mar de 1982 atribuye a la cooperación internacional, sobre todo a la cooperación institucionalizada, destaca el compromiso de la *Unión Europea* (UE) de cooperar en la protección y conservación de los EMV. La ausencia de una OROP o de un mecanismo regional de ordenación pesquera no exime a los Estados de la UE de la obligación asumida, en virtud de la Convención de 1982, de adoptar con respecto a sus nacionales las medidas que estimen necesarias para la protección de los recursos vivos de alta mar, incluida la protección de los EMV frente a los efectos perjudiciales de las actividades pesqueras. Además, como sabemos, la Comunidad Europea cuenta con una notable flota pesquera que lleva a cabo importantes actividades de pesca de fondo en zonas no reguladas por OROP/AROP y donde, a corto plazo, no es previsible que puedan establecerse organismos o mecanismos regionales de este tipo ⁶.

⁴ Resolución A/61/105, del 8 de diciembre de 2006, párrs. 80 a 90.

⁵ Las “Directrices Internacionales para la Ordenación de las Pesquerías de Aguas Profundas en Alta Mar”, aprobadas en Roma el 29 agosto de 2008, constituyen un ejemplo. Han sido elaboradas en atención a la petición formulada por la Resolución 61/105, invitando a la FAO a estudiar la posibilidad de establecer normas y criterios para la ordenación de la pesca de profundidad en la alta mar, y de crear una base de datos mundial sobre los EMV localizados en zonas fuera de la jurisdicción nacional para ayudar a los Estados a hacer frente a cualquier repercusión que pueda tener la pesca de fondo en dichos ecosistemas. Un análisis de este instrumento en PONTE IGLESIAS, op. cit..

⁶ Compartimos con Pueyo Losa la valoración sobre el hecho de que el desarrollo de las legislaciones estatales y la práctica internacional permite apreciar un progresivo reconocimiento del valor de la obligación de cooperación en la conservación y administración de los recursos vivos de alta mar formulada en la Convención de 1982, y en especial sobre la necesidad de fortalecer el papel de las organizaciones regionales o subregionales de pesquerías, en tanto que técnica instrumental particularmente idónea para alcanzar los objetivos de conservación necesarios (PUEYO LOSA, “Unión Europea, Mercosur y Derecho del Mar”, *Unión Europea y Mercosur* (Z. Drnas de Clément -coord.-) Córdoba, Lerner, 2008, pág. 205). En términos generales, la ordenación pesquera en la alta mar por parte de las OROP está muy fragmentada y es muy desigual. Las posibilidades de acción de las OROP/AROP esta limitada por sus instrumentos constitutivos, y por el hecho de

Es así que el Consejo de la Unión Europea adoptó el *Reglamento (CE) N° 734/2008 sobre la protección de los ecosistemas marinos vulnerables frente a los efectos adversos de la utilización de artes de fondo* ⁷.

II. El Reglamento (CE) N° 734/2008 sobre la protección de los ecosistemas marinos vulnerables frente a los efectos adversos de la utilización de artes de fondo

En concreto, el Reglamento, atendiendo a las orientaciones facilitadas por la Asamblea General en la citada Resolución 61/105, tiene por objeto frenar las prácticas pesqueras destructivas que amenazan a los EMV en alta mar ⁸, mediante el establecimiento de una serie de medidas de seguimiento que se aplican a los buques pesqueros comunitarios que

que existen zonas de la alta mar en las que actualmente no hay ninguna organización o acuerdo de este tipo. Más aun, *“si tenemos en cuenta que la mayor parte de ellas nacieron antes de la adopción de la Convención de 1982, es obvio que las últimas novedades registradas en la conservación y ordenación de la pesca reclaman, en palabras de Iglesias Berlanga, un examen de sus estructuras y funciones en aras de mejorar su eficacia. Sólo así podrán actuar eficientemente como vehículos canalizadores de la cooperación interestatal”* (M. IGLESIAS BERLANGA, *La regulación jurídica de los recursos vivos de la alta mar: Especial referencia a los intereses españoles*, Madrid, 2003, pág. 211).

⁷ Reglamento (CE) N° 734/2008 del Consejo del 15 de julio de 2008, *DOUE L* 201, del 30/7/08.

⁸ El art. 2.b) del Reglamento define los ecosistemas marinos vulnerables como “todo ecosistema marino cuya integridad (es decir, estructura y función en el ecosistema) se vea, de acuerdo con la mejor información científica disponible y con el principio de precaución, amenazada por efectos adversos significativos provocados por el contacto físico con artes de fondo en el transcurso normal de operaciones de pesca, incluidos, entre otros, los arrecifes, los montes marinos, las fuentes hidrotermales, los corales de aguas frías o los campos de esponjas de aguas frías. Los ecosistemas más vulnerables son los que se alteran con facilidad y además son muy lentos en recuperarse, o pueden no recuperarse nunca”. Asimismo, en su apartado a) indica que ecosistema marino comprende “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su entorno abiótico, que interactúan como una unidad funcional”.

realicen actividades de pesca con artes de arrastre en alta mar en áreas donde no existen OROP/AROP ⁹.

A tal efecto, el Reglamento dispone que dichos buques deban obtener un *permiso especial* ¹⁰ para la pesca de fondo ¹¹, que está supeditado al cumplimiento de una serie de requisitos específicos dirigidos a garantizar que las repercusiones de las actividades pesqueras autorizadas han sido evaluadas adecuadamente y que tales actividades se desarrollan de conformidad con la evaluación realizada.

⁹ Quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento los buques pesqueros comunitarios que faenen en zonas que se encuentren bajo la responsabilidad de una OROP/AROP con competencias para regular dichas actividades y también a aquellos que se encuentren en zonas en las que se vaya a crear una OROP, si los participantes en dicho proceso de creación acuerdan medidas provisionales para proteger los EMV de los efectos provocados por la utilización de artes de fondo (art. 1 del Reglamento). La Comunidad ya ha adoptado medidas para cerrar a la pesca de fondo aquellas áreas situadas dentro de las aguas comunitarias donde se localizan ecosistemas EMV, y ha desempeñado, asimismo, una decisiva actuación en la adopción de similares medidas en las zonas de alta mar competencia de organizaciones regionales de ordenación pesquera existentes facultadas para regular las pesquerías de fondo. El Reglamento (CE) N° 2371/2002 del Consejo, del 20 de diciembre de 2002, sobre la conservación y la explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común, establece que la política pesquera común debe aplicar el criterio de precaución al adoptar medidas dirigidas a reducir al mínimo los efectos de las actividades pesqueras en los ecosistemas marinos. Es más, el art. 7° establece que si existen pruebas de una amenaza grave para la conservación de los recursos acuáticos vivos o para el ecosistema marino debida a las actividades pesqueras y que requiera una actuación inmediata, la Comisión, previa petición justificada de un Estado miembro o por propia iniciativa, puede decidir la adopción de medidas de urgencia (DOCE L 358 de 31/12/02).

¹⁰ El permiso especial debe ser expedido de conformidad con el Reglamento (CE) N° 1627/94, del 27 de junio de 1994, por el que se establecen disposiciones generales para estos permisos, y con el Reglamento (CE) N° 2943/95 de la Comisión, del 20 de diciembre de 1995, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) N° 1627/94 del Consejo. Además, la expedición y validez de dichos permisos quedan supeditadas a condiciones específicas que garanticen que el efecto de las actividades pesqueras autorizadas ha sido adecuadamente evaluado y que tales actividades se desarrollan con arreglo a la evaluación realizada. El texto de estos Reglamentos puede consultarse en DOCE L 171 de 6/7/94 y L 308 de 21/12/95, respectivamente.

¹¹ Por artes de fondo se entienden las artes desplegadas en contacto con el fondo marino en el transcurso del desarrollo normal de las actividades de pesca, incluidas las redes de arrastre de fondo, las redes de enmalle de fondo, las dragas, los palangres de fondo, las nasas y los lazos (art. 2.d) del Reglamento).

Así, dicho permiso de pesca se concederá tras la realización por las autoridades competentes de una *evaluación del impacto*, en la que se estime el riesgo de los posibles efectos adversos significativos¹² que para los EMV conlleva esta pesca con sujeción a *planes de operaciones de pesca* detallados. En estos planes de pesca necesariamente han de indicarse la localización prevista de las actividades, las especies a capturar, el tipo de artes, la profundidad de calado y el perfil batimétrico del fondo marino cuando las autoridades del Estado de pabellón no dispongan de esta información.

La evaluación de riesgos significativos debe tener en cuenta las diferentes condiciones preponderantes en la zona en las que las actividades con artes de pesca de fondo estén arraigadas y en las zonas en que dichas actividades no se hayan realizado o se realicen de forma ocasional. Para su realización, las autoridades competentes, aplicando criterios cautelares, deben recurrir a la mejor información científica y técnica disponible sobre la localización de los EMV en las zonas donde tengan previsto faenar los buques pesqueros¹³.

En el caso en que la evaluación dictamine que las actividades efectuadas según el plan de pesca presentado puedan causar efectos significativos adversos en EMV, las autoridades competentes especificarán estos riesgos y permitirán a los solicitantes introducir las modificaciones pertinentes en dicho plan para prevenir tales riesgos. De no proceder a tales modificaciones, no se expedirá el permiso solicitado¹⁴. Además, la utilización de artes de fondo quedará prohibida en aquellas zonas en las que no se haya efectuado ni puesto a disposición ninguna evaluación científica adecuada¹⁵.

¹² Art. 4º apdo. 2. A tenor del apartado c) del art. 2º del Reglamento que comentamos, los “efectos adversos significativos” son “los efectos (evaluados individualmente, en combinación o de forma acumulativa) que ponen en peligro la integridad del ecosistema de un modo que reduce la capacidad de las poblaciones afectadas para reponerse y degrada la productividad natural a largo plazo de los hábitat, o que causa de forma no solo temporal pérdidas significativas de riqueza de especies, de hábitat o de tipos de comunidad”.

¹³ Art. 4º apdos. 3, 4 y 5 del Reglamento. En caso de duda acerca de la importancia de los efectos adversos, las autoridades “considerarán que los posibles efectos adversos que se deducen del asesoramiento científico proporcionado son notables”.

¹⁴ Art. 4º apdos. 1, 4 y 6 del Reglamento.

¹⁵ Art. 6º del Reglamento.

Obtenido el permiso de pesca especial, éste deberá indicar expresamente que las actividades de pesca han ajustarse en todo momento al plan de pesca presentado ¹⁶. El incumplimiento del plan de pesca supondrá la retirada por el Estado del pabellón del permiso de pesca especial otorgado al buque pesquero ¹⁷.

El Reglamento prevé, asimismo, la circunstancia de que un buque autorizado en el transcurso de sus operaciones de pesca se encuentre *fortuitamente* con EMV. En este caso, el buque *suspenderá la pesca* y notificará de inmediato el hallazgo a las autoridades competentes facilitando información detallada de la localización, características y cualquier otro dato pertinente. La reanudación de las actividades pesqueras se producirá cuando el barco llegue a un lugar alternativo -dentro de la zona prevista en el plan de pesca aprobado-, en el que no se localice ningún EMV ¹⁸.

La presencia o posible presencia de ecosistemas marinos vulnerables en el área donde faenen buques pesqueros de la Unión Europea determinará el *cierre de zonas* ¹⁹.

El Reglamento establece también un *marco de control y seguimiento* para garantizar el cumplimiento de las condiciones con arreglo a las cuales se expiden los permisos de pesca especiales para realizar las activida-

¹⁶ Ahora bien, el Reglamento establece que si por circunstancias excepcionales, fuera necesario modificar el plan de pesca autorizado, habrá que notificarlo a las autoridades, quienes tras examinar las modificaciones podrán no autorizarlas si implica el desplazamiento de la actividad pesquera a zonas que albergan o puedan albergar EMV (art. 5.2 del Reglamento).

¹⁷ Art. 5.3 del Reglamento.

¹⁸ Dicho emplazamiento ha de estar situado como mínimo a una distancia de cinco millas náuticas del lugar donde se haya producido el encuentro, dentro de la zona prevista en el plan de pesca. Si en el lugar alternativo se produce un encuentro con otro EMV, el buque seguirá buscando nuevos emplazamientos (art. 7º del Reglamento).

¹⁹ El art. 8º del Reglamento dispone que los Estados miembros determinarán las zonas para las que se impone el cierre, decretarán de inmediato esos cierres con respecto a sus buques y comunicarán el cierre a la Comisión quien notificará sin demora a todos los Estados miembros. Además, la Comisión presentará, cuando proceda, propuestas al Consejo con miras a la adopción de medidas comunitarias para decretar el cierre de las zonas, bien basándose en la información notificada por los Estados miembros, bien por propia iniciativa.

des pesqueras con artes de arrastre en alta mar, que incluye la presencia de observadores activos en buques, la remisión de informes a la Comisión Europea y medidas específicas relativas al funcionamiento de los sistemas de localización de buques vía satélite.

En todos los buques a los que se expida el permiso de pesca especial irán *observadores* a bordo, encargados de vigilar las actividades pesqueras del buque a lo largo de todo el período de ejecución del plan de pesca ²⁰. Las funciones del observador serán las siguientes: a) registrar de forma independiente la información sobre capturas que se exige en el art. 6º del Reglamento (CEE) N° 2847/93 del Consejo, del 12 de octubre de 1993, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común así como toda modificación del plan de pesca ²¹; b) documentar todo encuentro fortuito con EMV, lo que incluirá la recopilación de la información que pueda resultar de utilidad a los efectos de la protección de estos ecosistemas; c) registrar las profundidades a las que se calan las artes; d) presentar un informe a las autoridades competentes del Estado miembro dentro de los 20 días siguientes a la finalización del período de observación ²².

Asimismo, los Estados miembros están obligados a remitir a la Comisión Europea un *informe semestral*, que versará, entre otros, sobre los siguientes aspectos: a) las capturas realizadas por los buques calculadas sobre la base de la información registrada en los cuadernos diarios; b) los informes presentados por los observadores, con un desglose por trimestre del año, por tipo de arte y por especie; c) el cumplimiento de los planes de pesca así como de los requisitos establecidos en relación con las zonas no evaluadas, el encuentro fortuito de EMV y el cierre de zonas, previstos

²⁰ Los observadores no podrán hallarse en ninguna de las siguientes situaciones: a) tener relación de parentesco con el capitán del buque o su representante u otro oficial que preste servicio en el buque al que haya sido asignado; b) ser empleado del capitán del buque al que haya sido asignado, del representante del capitán o de una empresa controlada por el capitán o su representante (art. 11.3 del Reglamento).

²¹ DOCE L 261 del 20/10/93. Reglamento modificado por el Reglamento (CE) no 1967/2006, DOCE L 409 del 30/12/06; versión corregida en el DOCE L 36 del 8/2/07.

²² El Reglamento, objeto de examen, establece, además, la obligación de remitir a la Comisión Europea una copia de dicho informe en el plazo de 30 días a partir de la recepción de una petición escrita al respecto.

respectivamente en los arts. 6º, 7º y 8º del Reglamento; d) las medidas adoptadas para corregir e imponer sanciones con respecto a los casos de incumplimiento y de infracciones graves referidos en el art. 10.

El informe deberá adjuntar todas las evaluaciones de impacto efectuadas por el Estado miembro durante el período de seis meses al que se refiera el informe.

La Comisión hará pública la información recibida por medio de la FAO, y la transmitirá también sin demora a los organismos científicos pertinentes y a los Estados miembros que la soliciten.

En relación con el *sistema de localización de buques*, el art. 9º del Reglamento, además de tener en cuenta las disposiciones contenidas en el “Reglamento (CE) N° 2244/2003 de la Comisión, del 18 de diciembre de 2003, por el que se establecen disposiciones de aplicación de los sistemas de localización de buques vía satélite”²³, contiene medidas que serán aplicables en caso de avería técnica o de falta de funcionamiento del sistema instalado a bordo del buque pesquero²⁴.

Por último, el Reglamento delimita las *infracciones graves*, precisando en su art. 10 que toda actividad pesquera que tenga lugar a partir del momento en que el buque se haya desviado de lo establecido en su plan de pesca en circunstancias distintas de las que se especifican en el apdo. 2 del art. 5º de este Reglamento, así como el incumplimiento de las disposiciones relativas a las zonas no evaluadas o al funcionamiento del sistema de localización de buques, que pueda dar lugar a que se produzcan daños irreparables a un EMV, se considerará como una infracción grave, incluida en la lista de infracciones contenida en el Reglamento (CE) N° 1447/1999 del Consejo, del 24 de junio de 1999, por el que se establece una lista de tipos de conductas que infringen las normas de la política pesquera común²⁵.

²³ DOCE L 333 del 20/12/03.

²⁴ Estas medidas contemplan la obligación del capitán del buque de comunicar cada dos horas su situación geográfica al Estado miembro del pabellón y la prohibición de abandonar nuevamente el puerto -después de regresar de la marea- hasta que el dispositivo de localización de buques vía satélite funcione correctamente a satisfacción de las autoridades competentes.

²⁵ DOCE L 167 del 2/7/99.

III. En torno al compromiso de UNASUR con la biodiversidad

El “Reglamento (CE) N° 734/2008 sobre la protección de los ecosistemas marinos vulnerables frente a los efectos adversos de la utilización de artes de fondo” viene a sumarse a todo un conjunto de medidas y acciones adoptadas por la Unión Europea, que aparte de constatar el hecho de la interacción entre las actividades de la pesca y los ecosistemas marinos, se dirigen a reducir al mínimo los efectos de las actividades pesqueras en los ecosistemas marinos²⁶. Con ellas, la Unión Europea reconoce la importancia del “medio marino como patrimonio muy valioso que ha de ser protegido, conservado y, cuando sea viable, rehabilitado, con el objetivo final de mantener la biodiversidad y preservar la diversidad y el dinamismo de unos océanos y mares que sean limpios, sanos y productivos”²⁷.

La conservación de la diversidad biológica “es interés común de toda la humanidad”, destacando la necesidad de promover la cooperación in-

²⁶ A este respecto, cabe citar la “Estrategia de la Comisión Europea para reforzar la acción internacional en el marco de las Naciones Unidas, de las organizaciones regionales de ordenación pesquera y de los convenios internacionales para la protección de los hábitat marino vulnerables de los fondos marinos”, del 17 de octubre de 2007, propone las medidas para aplicar las recomendaciones contenidas en la Resolución 61/105 de las Naciones Unidas e incluso ir más allá. En tal sentido, la UE se compromete a: i) impulsar a nivel mundial la protección de los ecosistemas marinos vulnerables de los fondos marinos, en concreto fomentando el debate internacional; ii) apoyar la elaboración de un informe sobre los progresos realizados en materia de lucha contra las prácticas pesqueras destructivas, que se presentará a las Naciones Unidas en 2009; iii) reforzar su colaboración con la FAO a la hora de recopilar y difundir datos fiables sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros; iv) identificar los hábitats marinos vulnerables por medio de la colaboración con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y los convenios marinos regionales. La Estrategia reconoce el papel que corresponde a las OROP en la protección y conservación de los ecosistemas vulnerables, subrayando que las medidas de protección adoptadas por las organizaciones internacionales competentes han de ser completadas con un enfoque sistemático y preventivo para la gestión de los riesgos medioambientales; además las OROP pueden aplicar reglas más estrictas que permitan no sólo reforzar la protección sino también que ésta resulte más eficaz contra los daños vinculados a las actividades de pesca.

²⁷ Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008 por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva marco sobre la estrategia marina), DOUE L 164/19, del 25/6/08.

ternacional, regional y mundial entre los Estados y las organizaciones intergubernamentales y el sector no gubernamental para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes. Para la UE constituye un objetivo esencial preservar y detener la pérdida de biodiversidad dentro de las fronteras de la Unión y a escala internacional²⁸, al igual que también lo es para la Unión de Naciones Sudamericanas, cuyo Tratado constitutivo del 23 de mayo de 2008 incluye entre los objetivos específicos de UNASUR la protección de la biodiversidad y los ecosistemas²⁹.

Trasciende así de forma muy destacada la relevancia que UNASUR concede a la protección de la biodiversidad en orden a promover el desarrollo de los pueblos latinoamericanos. El acceso de estos pueblos a mejores niveles de vida no puede reducirse, como subraya la Declaración de Cuzco, “sólo a políticas de crecimiento sostenido de la economía, sino que pasa necesariamente por el establecimiento de estrategias que, junto con una *conciencia ambiental responsable* y el reconocimiento de asimetrías en el desarrollo de sus países, aseguren una más justa y equitativa distribución del ingreso, el acceso a la educación, la cohesión y la inclusión social, así como la *preservación del medio ambiente* y la promoción del desarrollo sostenible”³⁰. Lo que a todas luces determina y justifica que este nuevo esquema de integración se comprometa decididamente con la protección de la biodiversidad marina más allá de la jurisdicción nacional y con la ordenación de las pesquerías de aguas profundas. Los objetivos de administración y conservación de los recursos vivos del mar han sido una constante en las legítimas aspiraciones de los Estados latinoamericanos durante las últimas décadas. Y en este sentido compartimos la opinión mantenida por Pueyo Losa en torno a las perspectivas que abren proce-

²⁸ “Plan de acción de la Comisión destinado a preservar y detener la pérdida de biodiversidad dentro de las fronteras de la UE y a escala internacional hasta 2010” (Comunicación de la Comisión - Detener la pérdida de biodiversidad para el 2010 - y más adelante - Respaldo los servicios de los ecosistemas para el bienestar humano (COM (2006) 216 final).

²⁹ Art. 3.g del Tratado.

³⁰ Declaración de Cuzco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones, adoptada el 8 de diciembre de 2004, con ocasión de la III Cumbre Presidencial Sudamericana. Texto en: <http://www.comunidadandina.org>

sos de integración como el Mercosur de cara a la defensa y revitalización de los intereses marítimos pesqueros de sus Estados miembros, y a la oportunidad de tener como punto de referencia el modelo que nos aporta la Unión Europea ³¹.

Ahora bien, lo cierto es que hasta el presente la acción del Mercosur en este ámbito se caracteriza por un vacío. Es por ello, tal y como advertíamos, que UNASUR como esquema que busca vincular procesos de integración existentes, aprovechando sus logros y superando sus debilidades, puede y debe convertirse en el instrumento llamado a colmar este vacío ³².

³¹ PUEYO LOSA, “Unión Europea, Mercosur...” cit., pág. 221.

³² Documento final de la Comisión Estratégica de Reflexión “Un nuevo modelo de integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones”, sometido a la II Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones, celebrada a finales de 2006, incluye entre los principios rectores y elementos de la integración sudamericana el equilibrio de los ecosistemas y protección de la biodiversidad. Ante la importancia que representan los temas ambientales para la región, particularmente la biodiversidad, es preciso establecer una agenda concertada en esa materia con el objetivo de coordinar las políticas ambientales. Texto en: <http://www.comunidadandina.org>. En todo caso debe resaltarse que la revitalización del *nuevo regionalismo* americano y su profundización “*depende críticamente de la voluntad política de los Estados miembros de compartir sus derechos de soberanía. Cuando esta voluntad no existe, el enfoque del nuevo regionalismo, la integración profunda, está basada en ilusiones y el fracaso es probable*” (H.G. PREUSSE, “Unión Europea y regionalismo mundial”, “Mercosur y...”, cit., pág. 98).

BIOCOMBUSTIBLES (AGROCOMBUSTIBLES). RECURSOS RENOVABLES. DESARROLLO SUSTENTABLE

por GLORIA ROSENBERG

Sumario: I. Definición. II. Antecedentes. III. Legislación argentina. IV. Algunos proyectos. V. Recursos renovables. VI. Recursos sustentables. VII. Conclusión.

I. Definición

El término biocombustibles, refiere a los combustibles obtenidos de la biomasa en general, la cual incluye cultivos, leña, carbón vegetal, biogás, entre otros.

Según la CEPAL, por “biocombustibles” se entiende a los combustibles renovables de origen biológico que incluyen a la leña, estiércol, biogás, biohidrógeno, bioalcohol, biomasa microbiana, desechos agrícolas, cultivos para combustible, etc., y por “agrocombustibles” a los biocombustibles obtenidos a partir de monocultivos, tales como la soja, caña de azúcar, maíz, etc. ¹.

Por “biodiesel” se entiende “el ester monoalquílico de cadena larga de ácidos grasos derivados de recursos renovables, como por ejemplo, aceites vegetales o grasas animales, para utilizarlos en motores Diesel” ².

¹ CEPAL 2008.

² American Society for Testing and Materiales (ASTM) Next Fuel-Portal de información y noticias sobre “Biodiesel y energías renovables”.

II. Antecedentes

En 1979 se crea en nuestro país, el *Programa Alconafta* cuyo objeto era promover la utilización del alcohol etílico anhidrido como combustible.

A partir del 15 de marzo de 1981, Tucumán comienza el consumo de alconafta común (12% con nafta común), reemplazando el consumo de nafta común. En 1983, se lanza la alconafta super. Se incorporan las provincias de Salta y Jujuy, absorbiendo los excedentes del alcohol de melaza. En 1984, se suman las provincias de Catamarca y La Rioja; en 1985, la provincia de Santiago del Estero, quedando toda la región NOA integrada al consumo.

Se aprovechaba la capacidad de destilación, creando la posibilidad de dar otro uso a una parte de la exportación de azúcar, con posibilidad de molienda directa, para la obtención del alcohol de la mezcla.

Entre 1985-1987 se incorporan, Santa Fe, Entre Ríos y otras provincias del Litoral y del NEA, que sumadas, forman un total de doce provincias integradas al plan. Se aprovechaba totalmente la capacidad de molienda, eliminando toda la exportación de azúcar, buscando la incorporación de otras materias primas aptas para la producción de alcohol con aceptable relación energética. En años posteriores, las zafras no fueron buenas, el precio internacional del azúcar recuperó su rentabilidad, lo que sumado a las presiones que ejercían las empresas petroleras, hicieron que el Programa fuera paulatinamente dejado de lado, hasta desaparecer³.

Hoy, nuestro país enfrenta dificultades en cuanto a la necesidad de asegurar su provisión de combustibles, por su limitada capacidad de refinar, como por sus declinantes reservas de combustibles fósiles (reservas de petróleo, 9 años - gas, 10 años; fuente 2005).

El Programa Nacional de Biocombustibles, aprobado en el 2005 para consumo interno, establece un régimen de promoción para la producción y uso por un período de 15 años. Incluye: incentivos fiscales, creación de una institución para fomentar las investigaciones y normas de calidad,

³ Perspectivas de los biocombustibles en la Argentina y en Brasil, SAGPyA/ IICA-Buenos Aires, octubre de 2005.

criterios para la aprobación de proyectos y administración de eventuales subsidios, entre otros temas.

III. Legislación argentina

La ley 26.093, sancionada el 19 de abril de 2006 y promulgada el 12 de mayo de ese mismo año, denominada *Régimen de regulación y promoción para la producción y uso sustentables de biocombustibles*, en su art. 5° establece: “A los fines de la presente ley, se entiende por biocombustibles al bioetanol, biodiesel y biogás, que se produzcan a partir de materias primas de origen agropecuario, agroindustrial o desechos orgánicos, que cumplan con los requisitos de calidad que establezca la autoridad de aplicación”.

Los decrets. 107/2007 y 109/2007 reglamentan la citada ley, explicitando en su art. 1° que “las actividades alcanzadas en los términos de la ley 26.093 son la producción, mezcla, comercialización, distribución, consumo y uso sustentables de biocombustibles”.

A tales efectos se entenderá que las actividades citadas en el párrafo anterior serán reguladas de conformidad a lo previsto en los arts. 2°, 3° y 6° de la ley 17.319⁴, con excepción de lo previsto en la ley 26.093, el presente decreto reglamentario y las normas complementarias que se dicten al respecto.

⁴ Ley 17.319, *Ley de Hidrocarburos*. Art. 2°: “Las actividades relativas a la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas, conforme a las disposiciones de esta ley y las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo”. Art. 3°: “El Poder Ejecutivo Nacional fijará la política nacional con respecto a las actividades mencionadas en el art. 2°, teniendo como objetivo principal satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad”. Art. 6°: “Los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados, cumpliendo las reglamentaciones que dicte el P.E. y sobre bases técnico-económicas razonables que contemplen la conveniencia del mercado interno y procuren estimular la exploración y explotación de hidrocarburos (...)”.

Establece un corte obligatorio del 5% de biodiesel y bioetanol en todo gasoil y naftas comercializadas en el país a partir del 2010 ⁵.

Crea una Comisión Nacional Asesora para la promoción de la Producción y Uso Sustentable de los Biocombustibles, compuesta por representantes de la Secretaría de Energía, de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, Ambiente y Desarrollo Sustentable, Hacienda, Política Económica, Comercio, Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, Ciencia Tecnología e Innovación Productiva y Administración Federal de Ingresos Públicos y todo otro organismo público o privado que pueda asegurar el mejor cumplimiento de las funciones asignadas a la autoridad de aplicación (art. 3°).

Por decrs. 107/2007 - 109/2007 establecen que la autoridad de aplicación será el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a través de la Secretaría de Energía, excepto en las cuestiones de índole tributaria o fiscal para las cuales cumplirá el rol de autoridad de aplicación, el Ministerio de Economía y Producción (art. 2°).

La normativa menciona explícita que los proyectos gozarán de los beneficios previstos para esa actividad en la medida que su capital sea aportado mayoritariamente por personas físicas o jurídicas dedicadas mayoritariamente a la producción agropecuaria.

Previamente, se deberá abonar una “tasa de fiscalización y control” a la Comisión Nacional Asesora para la Promoción y Uso Sustentable de los Biocombustibles, la que determinará su monto y forma de recaudación, no definiendo su límite.

Establece beneficios impositivos (art. 15), devolución del IVA. Los bienes afectados a los proyectos no integran la base e imposición del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

Se regirá por la Ley de Hidrocarburos, en lo referente a la prioridad de la satisfacción de las necesidades de la demanda de uso interno estableciendo un régimen de control de precios lo que no establece la mencionada ley.

El art. 19 inc. h) del decr. 109/2007 establece que los que hayan accedido a los beneficios promocionales estarán obligados a comerciali-

⁵ Arts. 7° y 8° ley 26.063.

zar el total de su producción para la mezcla con combustibles fósiles en el mercado local y si por razones de la demanda del mercado resultaren excedentes, la autoridad de aplicación podrá autorizar volúmenes específicos para otros destinos, los que no gozarán de los beneficios de la ley 26.093; situación que no contempla la Ley de Hidrocarburos (ley 25.248).

El Cupo Nacional comenzará en el 2010, sin embargo no se establecieron las pautas. La autoridad de aplicación continúa sin informar la fórmula de los proyectos viables para el Cupo, logística de transporte a las plantas de destilación o desde las mismas para el corte del 5%.

Si bien se refiere en términos genéricos a los biocombustibles, desarrolla un esquema preferente para agrocombustibles. Estos involucran a productos que se originan en monocultivos tales como la soja y la caña de azúcar, que cubren enormes superficies y se producen bajo estrategias agroindustriales, con fuerte sesgo empresarial e importantes impactos ambientales, sociales y económicos.

*“Uno de los puntos más discutidos es la eficiencia de la energía que brindan los agrocombustibles contra la energía necesaria para el cultivo y la producción. Esto depende tanto de la propia materia prima de la que se trate, como de los métodos de cultivo, rendimiento, los sistemas de procesamiento y transporte, etc. Esta cuestión es clave: un sistema de agrocombustibles tendría sentido si se pudiera obtener más energía que la que se utilizaren todas las tareas del cultivo y elaboración del producto. Si los insumos energéticos son mayores que la energía finalmente obtenida con ese combustible, todo el sistema dejaría de tener sentido desde el punto de vista de la sustentabilidad ecológica”*⁶.

Debe analizarse cuidadosamente, la obtención, el procesamiento y el uso. El cultivo puede realizarse sobre áreas que ya están bajo explotación agropecuaria, desplazando actividades, haciendo migrar éstas o avanzando en la frontera sobre áreas naturales, generando un proceso de fragmentación de los ecosistemas, impactando la biodiversidad.

⁶ G. HONTY - E. GUDYNAS, *Agrocombustibles y desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe*, El Observatorio del Desarrollo, mayo 2007, pág. 12 (www.agrocombustibles.org).

Esta conversión de tierras es minimizada, por las políticas que se fundamentan en el mal uso de la tierra (por mala explotación o aprovechamiento), el uso de plaguicidas, fertilizantes, riego. Sin considerar aquellos casos en que se desplazan los usos de cultivos como alimentos en los mercados internos.

Los efectos son aún confusos, falta información y existen grandes incertidumbres.

“El mercado internacional de agrocombustibles viene creciendo a un ritmo acelerado y se espera que aumente. La suma de las demandas netas de las regiones de alto consumo de combustibles líquidos (como Japón que será el mayor importador) alcanzarán en el 2020 las 83 millones de toneladas equivalentes de petróleo (CEPAL, 2008), 40 veces la exportación brasileña de etanol del año 2005”⁷.

IV. Algunos proyectos

Entre los proyectos destacables figuran:

- “Proyecto Bio Entre Ríos”, planta en Victoria.
- “Patagonia Bioenergía”, ubicada en la localidad de San Lorenzo-Santa Fe (con una capacidad de producción de 250.000 toneladas de biodiesel, comenzará su producción en enero del 2009. La segunda etapa en seis meses más duplicará su producción).
- “Explora”, ubicada en Puerto San Martín-Santa Fe (con una capacidad anual de 120.000 toneladas).
- “Renova”, situada en San Lorenzo-Santa Fe (está trabajando para habilitar el segundo tramo en San Lorenzo y pasar de las actuales 200.000 a 500.000 anuales. Ampliando su espectro para transformar el glicerol - derivado de biodiesel- en glicerina farmacopea).

“A fines de 2006, la Argentina contaba con una capacidad instalada de 155.00 toneladas (174 millones de litros; 46 millones de galones) de

⁷ G. HONTY, “Agrocombustibles y sustentabilidad en América Latina”, ponencia presentada en el IV Congreso Regional de Ingeniería Química, Montevideo, Uruguay, 5 al 7 de junio de 2008, pág. 2.

producción de biodiesel repartida en seis empresas: Vicentin S.A.; Biomadero S.A.; Pitey S.A.; Advanced Organic Materials S.A. (normalmente conocida por sus siglas AOMASA); Biodisel S.A., y (...) Soyebrgy S.A.”⁸.

Según el informe de referencia, hasta hoy, las inversiones son en plantas para exportación, ninguna para el mercado interno, considerando que el problema está no tan sólo en la ley y su reglamentación sino también en el subsidio que reciben la electricidad y los combustibles⁹.

V. Recursos renovables

“Para evitar la prosperidad-decadencia, es necesario comprender sus tres causas principales. En primer lugar, la eficiencia cuesta menos que el suministro de energía; por lo tanto, la mayoría de la gente cuando puede elegir, la compra. En segundo lugar, las políticas que fuerzan la adquisición de estas dos inversiones competitivas ponen en riesgo que se utilicen ambas, los clientes utilizarán sólo una (generalmente, la más económica), descartando la otra. En tercer lugar, la eficiencia se alcanza más rápido que el nuevo suministro. La eficiencia llega a la línea final mucho antes de que se construyan grandes plantas centralizadas, independientemente de que se las pague”¹⁰.

VI. Recursos sustentables

Se ha señalado que el desarrollo sostenible es un concepto contradictorio porque trata de armonizar objetivos aparentemente conflictivos entre sí (económicos, sociales y ambientales). No obstante, es justamente

⁸ Panorama de la industria argentina de biodiesel, Cámara Argentina de Energías Renovables, 2008. Panorama de la industria de biodiesel, pág. 7.

⁹ Art. 13 inc. c) ley 26.093; art. 19 inc. a) decr. 109/2007.

¹⁰ Energía ¿Producir más o consumir menos?, *Aportes*, Instituto Nacional de Tecnología Industrial, N° 6, octubre 2006, pág. 11.

en esa armonización donde se encuentra el desafío, porque para lograrla debemos enfrentar y anticipar conflictos reales y potenciales que deberán disminuir en la medida en que tomemos conciencia de la inseparabilidad de dichos objetivos ¹¹.

Será posible lograr crecimiento económico y salvaguardar el capital natural al mismo tiempo, si se plantea una gestión integrada, abordando el todo como un sistema de cooperación.

La organización de la población en función de tecnologías para la producción, maximizando la producción y el aprovechamiento, debe coincidir para hacer posible la sustentabilidad.

A través de la producción de biocombustibles, estimulada por los elevados precios de la energía, han surgido nuevas oportunidades prometedoras para mitigar el cambio climático y crear nuevos y grandes mercados para la agricultura. No obstante, muy pocos de los programas actuales de biocombustibles son viables desde el punto de vista económico y muchos representan riesgos sociales (alza de precios de los alimentos) y ambientales (deforestación). Hasta la fecha, la producción de los países industriales ha avanzado al amparo de elevados aranceles de protección sobre los biocombustibles y gracias a cuantiosas subvenciones. Estas políticas perjudican a los países en desarrollo que son, o que podrían llegar a ser, productores eficientes en mercados de exportación nuevos y rentables. Los consumidores pobres también pagan precios más altos por los alimentos básicos a medida que los precios de los cereales aumentan en el mercado mundial como consecuencia directa de la utilización de esos productos para la elaboración de biocombustibles o como resultado indirecto del empleo de la tierra para usos distintos de la producción de alimentos.

Brasil es el principal productor de biocombustibles y el más eficiente, gracias a la producción de bajo costo de caña de azúcar. Sin embargo, es probable que sean muy pocos los países en desarrollo que logren ser productores eficientes con las tecnologías actuales. En lo que respecta a las políticas sobre biocombustibles, deben diseñarse normas y sistemas

¹¹ R. TARTÉ, "La resolución de conflictos en el desarrollo sostenible", *Peripecias* N° 110, 20 de agosto de 2008, pág. 1.

de certificación para mitigar el impacto ambiental potencialmente significativo de su producción.

Es importante contar con un mayor volumen de inversión pública y privada para desarrollar procesos de producción más eficientes y sostenibles, a partir de materias primas que no constituyan alimentos básicos ¹².

La tecnología adecuada debe ser la resultante de la consideración del conjunto de factores concurrente a la concreción del objetivo de estilo de desarrollo en los diferentes sectores, como por ejemplo en la industria, el conjunto de agentes requiere del uso de tecnologías que deben operar en el marco del ordenamiento ambiental del territorio y el ordenamiento ambiental de ciudades; en el agro, usar tecnologías adecuadas, concretando procesos procedentes para la producción de productos orgánicos, manejo integral de plagas y minimizando el uso de subsidios; en infraestructura, soluciones a problemas y/o requerimientos compatibles con las características del paisaje intervenido; posibilitar la participación de la población en la determinación de las alternativas.

VII. Conclusión

El mundo de la agricultura es amplio, variado y cambia con rapidez, con políticas adecuadas e inversiones que las respalden en el nivel local nacional e internacional, es el sector que ofrece oportunidades para salir de la pobreza, en pequeños establecimientos de productos de alto valor, enfocados empresarialmente. Por sí sola no es autosuficiente. Deben instalarse incentivos adecuados fortaleciendo el derecho de propiedad y eliminando subsidios que fomentan la degradación de los recursos naturales. El Estado debe brindar los servicios públicos esenciales, mejorar las condiciones para la inversión, regular los recursos naturales y garantizar la obtención de resultados sociales, optimizando la gestión.

¹² Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial*, 2008, pág. 18.

Debemos buscar las mejores opciones y seleccionar los cultivos más eficientes desde la perspectiva ambiental.

Los biocombustibles actuales no representan una reducción notable de los gases de efecto invernadero.

Los agrocombustibles, en la medida que no compitan con los alimentos, por la tierra, el agua, se realice un seguimiento estricto -ya que renovable no quiere decir sin límites- ayudan a la independencia energética, sobre todo en economías emergentes, siempre que los impactos sociales en la economía se tomen con el debido cuidado, buscando el desarrollo con tecnologías limpias y planes a largo plazo; optimizando el sistema energético, con gestión de productores y consumidores, combinando adecuadamente los nuevos sistemas.

La cooperación regional puede ayudar a los países en desarrollo a diseñar soluciones que atiendan las necesidades y circunstancias específicas de su región y que al mismo tiempo complementen la acción de los mecanismos globales pertinentes.

Debe evitarse que la creación de espacios para el cultivo, avance sobre los bosques nativos, aumente el precio de los alimentos.

Buscar explotaciones de “segunda generación”, que son más eficientes, no implican demandas de tierras como los cultivos energéticos, a partir de los residuos de las actividades agrícolas, forestales y de los residuos urbanos.

La normativa vigente es el comienzo de lo que debe ser un proceso regulador de promoción de uso de Fuentes Renovables de Energía (FRE), que incluya a todas las fuentes renovables, la eólica, solar, micro y mini-hidro, entre otras.

Debe precisarse lo que se entiende por producción sustentable de biocombustible, el que debe satisfacer las necesidades esenciales de la población de esta generación y de las futuras, utilizando los ecosistemas intensamente, maximizando la producción y aprovechamiento y minimizando la degradación. Deben desarrollarse las medidas necesarias y las tecnologías adecuadas para producir y acceder a requerimientos de la demanda interna, logrando una adecuada calidad de vida de la población, sin descuidar las dimensiones ecológica, económica y social.

Los detractores resaltan que estamos ante un modelo agroindustrial, resultado de la Revolución Verde, que tiene una responsabilidad certera tanto en la crisis ecológica global como en la crisis alimentaria.

Son los organismos internacionales como el Banco Mundial, la FAO por mencionar unos pocos, quienes deben crear planes y centrar la ayuda económica de los países productores, en el fomento de programas y planes a largo plazo, centrado en la promoción de políticas sustentables, planificadas, logrando respuestas efectivas con respuestas concretas, monitoreando la utilización de los fondos a consumidores específicos.

La importancia de la energía se manifiesta tanto desde el punto de vista de la oferta, como así también del consumo en sectores productivos, comerciales y residenciales. El país posee una diversificada oferta de recursos energéticos potencialmente utilizables, lo cual juega un papel crucial en su desarrollo.

Las Naciones Unidas, frente a la gravedad y urgencia de los problemas que enfrenta hoy la humanidad, ha instituido la *Década de la Educación para un futuro sostenible* (2005-2014), designando a la UNESCO como órgano responsable de su promoción y encareciendo a todos los educadores a asumir el compromiso para que toda la educación tanto formal como informal preste sistemáticamente atención a la situación del mundo, con el fin de fomentar actitudes y comportamientos favorables para el logro de un desarrollo sostenible¹³.

¹³ D. GIL PÉREZ *et al*, “Década de la educación por un futuro sostenible (2005-2014): Un punto de inflexión necesario en la atención a la situación del planeta”, *Revista Iberoamericana de Educación*, 40, 2006, págs. 125-178.

EL MEDIO AMBIENTE EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN SUDAMERICANOS

por GRACIELA R. SALAS

Sumario: Introducción. La etapa política. La etapa social. El proceso UNASUR. Conclusiones.

Introducción

Ya en anteriores trabajos nos hemos ocupado del medio ambiente en los procesos de integración de América Latina ¹.

Siguiendo la misma línea en esta ocasión optamos por intentar un análisis centrado en los últimos acontecimientos producidos en el subcontinente, que en estos momentos permiten avizorar modificaciones, para plantear luego algunos interrogantes a partir de la firma del Tratado de Brasilia que da origen a la Unión de Naciones Suramericanas.

Como sosteníamos en los trabajos anteriores, la preocupación ambiental no ha acompañado a los procesos de integración latinoamericanos desde sus comienzos. En efecto, luego de la etapa puramente economicista de los

¹ “Medio ambiente e integración de América Latina”, en *Política internacional, el derecho y el territorio nacional. Homenaje al Dr. Enrique Ferrer Vieyra*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Segundo Curso de Posgrado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, El Copista, 1998. También “El medio ambiente en la integración latinoamericana”, en *Jornada de reflexión sobre Derecho Ambiental 2004*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, 2004.

primeros intentos de integración, la década de los años '90 mostró una tímida aparición al menos de la mención ambiental en una concepción política en la que lentamente y con posterioridad se fue abriendo paso lo social ².

La cuestión ambiental puramente dicha se manifestó con caracteres propios en el Protocolo de Trujillo que introdujo profundas modificaciones en el Pacto Andino, hoy Comunidad Andina de Naciones.

En el caso del Mercosur, fruto de negociaciones llevadas adelante ya en las postrimerías del siglo XX, la preocupación ambiental aparece desde los instrumentos constitutivos, pasando por desarrollos posteriores como el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur ³, o su incorporación a un sistema internacional en el que la subregión debe insertarse, como en el caso de la Organización Mundial del Comercio ⁴.

En consecuencia ha sido posible observar el tránsito de un intento de integración puramente económico pasando por una concepción política aún no cerrada, que se va abriendo a lo social.

Es en esta última etapa en que nos encontramos en este momento.

La etapa política

Decíamos más arriba que en los procesos de integración latinoamericanos, superada la etapa puramente economicista, se transitó hacia una etapa política que actualmente se abre a lo social. Es aquí fácilmente verificable la trascendencia de la dimensión ambiental en la integración latinoamericana.

En efecto, las transformaciones de la vida institucional de América Latina a partir de la década de los años '80 con el regreso a la democracia, implicaron por sí mismas la apertura y la visión política de los Estados implicados, claramente influenciados por la desaparición de un mundo

² Se advierte, por ejemplo, con la creación del Sistema de Integración Centroamericano (SICA) en 1993 entre El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

³ CMC/Dec. N° 02/01

⁴ Acta N° 3/97 Mercosur SGT N° 6 "Medio ambiente".

bipolar, la extensión de la globalización y la profundización de los proyectos nacionales que comenzaron a acicatear a los respectivos gobiernos, en la búsqueda lisa y llana de la propia supervivencia en un mundo multipolar altamente competitivo.

Es así que en el ámbito estrictamente integracionista, se produjo una modificación de fondo, transitando de un regionalismo cerrado como el europeo de los primeros años, a un regionalismo abierto⁵, y más aún a un birregionalismo con características singulares, particularmente en la materia que nos ocupa. Cronológicamente nos ubicamos en la última década del siglo precedente y la primera del nuevo siglo.

Uno de los elementos coadyuvantes a los cambios apuntados ha sido con toda seguridad el tránsito de los Estados de América del Sur hacia procesos democráticos que se constituyeron en verdaderos motores y reaseguro en el camino a la integración.

Lo apuntado no se trata de un detalle menor, en la medida de la superación de las hipótesis de conflicto entre los integrantes de la región, lo que se unió a la aparición de conflictos en ciernes antes desconocidos, como pueden ser la recomposición de los bloques internacionales o la defensa de los recursos naturales de la región⁶. En efecto, América del Sur es poseedora de fundamentales recursos como: a) recursos energéticos sean renovables o no; b) reservas minerales; c) agua dulce; d) producción de alimentos; e) riquísima biodiversidad. A ello podríamos agregar su potencial industrial, científico y sobre todo cultural, que influyen positivamente sobre aquellos.

Por otra parte, las características de la región la colocan en un sitio de privilegio con relación a otras regiones y/o continentes en los que no se presenta tamaña conjunción de elementos positivos.

Desde el punto de vista jurídico, debe agregarse que la región sudamericana participa además de otra condición como es la pertenencia a un mismo sistema económico, que por otra parte se inserta en marco general de la Organización Mundial del Comercio, de la que todos los Estados sudamericanos forman parte.

⁵ Invocado con precisión ya en el Consenso de Guayaquil sobre Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo, Guayaquil, 2002, punto 6.

⁶ Lic. Alma ARÁMBULA REYES en "Unión de Naciones Suramericanas UNASUR", publicación del Centro de Documentación, Información y Análisis del Congreso de México.

Los aspectos negativos por su parte, vienen de la mano de la pobreza, la exclusión y la desigualdad social, aspectos éstos que se han transformado en nuevos motores políticos en la materia que nos ocupa.

Allí se inserta entonces el enfoque a que venimos haciendo referencia, en la medida que las cuestiones ambientales, antes reservadas a aspectos técnicos, científicos o económicos, han avanzado sobre lo social y aun lo étnico y cultural, como resultado de la canalización de los reclamos de igualdad entre las etnias que pueblan la región, como partícipes y protagonistas esenciales del medio ambiente.

Sin que sea nuestra intención efectuar un pormenorizado relevamiento de todos los antecedentes que marcaron el desarrollo del aspecto ambiental de la integración de la región sudamericana, podemos citar al Consenso de Guayaquil de 2002, la Declaración de Cuzco de 2004, particularmente ésta, en los que aparece con nitidez no sólo la preocupación ambiental sino esencialmente la *“determinación de desarrollar un espacio sudamericano integrado, en lo político, social, económico, ambiental y de infraestructura”*. De lo que surge con palmaria claridad la apuntada conexión de lo ambiental con lo político y social.

Otro punto a destacar es el intento brasileño de conformar una comunidad defensiva sudamericana, actualmente en un segundo plano, pero que condice con lo que se avizora como una futura necesidad de defensa de los recursos naturales y la lucha, p. ej., contra el terrorismo biológico⁷.

Como es de observar, esta etapa aún no se encuentra cerrada, sin embargo, el centro de atención va transitando hacia una visión social de la integración.

⁷ Expresión ésta que aparece en el Documento de Trabajo de la Cumbre de Madrid entre la Unión Europea - América Latina y el Caribe de mayo de 2002, punto 20, *“El terrorismo biológico, o bioterrorismo involucra el uso de agentes biológicos por parte de los perpetradores para lograr sus objetivos políticos. Los agentes biológicos son o patógenos o toxinas. Los patógenos son microorganismos que causan enfermedades. Entre los más comunes están el bacilo anthracis, que causa el anthrax, el yersinia pestis, que causa la plaga, y el virus de la viruela”*. “Terrorismo biológico”, por Manuel CEREJO.

La etapa social

Es en la última década donde podemos detectar la iniciación de la etapa social en el proceso de integración latinoamericano, y es precisamente en el acuerdo constitutivo de UNASUR donde encontramos la conjunción entre los elementos cultural, social, económico y político de sus pueblos, entre otros (art. 2° del Tratado de Brasilia), con acento en el medio ambiente.

Debemos destacar, por otra parte, que no se trataría de la conformación de un nuevo esquema *in vacuo*, sino de un reforzamiento de los procesos ya existentes, particularmente ALADI, CAN y Mercosur. Este detalle no es menor en la medida que no sólo establece las características mismas del proceso sino que además intenta continuar con la construcción de los esquemas que lo han precedido, en los que lo social se ubicaba en un segundo plano, pero que lentamente fue incorporándose e introduciendo algunas características particulares, especialmente en materia ambiental.

Estimamos que el punto de confluencia entre estos conceptos reside en la permanente referencia al desarrollo sustentable, en todos los procesos de integración apuntados, en los que el medio ambiente desempeña un rol protagónico.

Se agregan a estas circunstancias la integración física y la integración energética. En el caso de la primera ya hemos resaltado en reiteradas oportunidades la imperiosa necesidad de que la tecnología facilite la superación del aislamiento producido por los grandes accidentes geográficos y distancias que han mantenido aislados ancestralmente a nuestros respectivos países, actualmente con criterios de desarrollo económico y social sustentables.

En materia de integración energética el reconocimiento de su creciente importancia condice con los avances de respectivos esquemas integracionistas, como así también con la consolidación de las instituciones democráticas que han coadyuvado al mayor grado de desarrollo de la subregión, lo que ha atraído la atención de los inversionistas, al operarse una conjunción de circunstancias en América Latina antes inéditas: grado de desarrollo, recursos naturales, procesos democráticos, energía, recursos humanos. En este caso, el objetivo es lograr que se

produzca un aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región ⁸.

Este último punto a su vez ha merecido una especial atención en relación no sólo con la preparación técnica de sus recursos humanos, sino de la contribución al desarrollo de los conocimientos tradicionales por parte de los pueblos originarios.

Cerrando este punto es posible agregar que también en el ámbito ampliado de la Unión Europea-América Latina y el Caribe, la Declaración de Lima emanada de la Quinta Cumbre celebrada en esa ciudad en mayo de 2008 centró sus deliberaciones precisamente en la confluencia de *“dos desafíos claves relacionados entre sí: la pobreza, la desigualdad y la necesidad de sociedades más inclusivas; y el desarrollo sostenible, el medio ambiente, el cambio climático y la energía”* ⁹, poniendo de relieve así la profunda relación entre lo social y lo ambiental que veníamos señalando.

El proceso UNASUR

Como apuntábamos anteriormente, el proceso de conformación de UNASUR, permanece aún inacabado como todo esquema de integración y particularmente en este caso todavía por la falta de ratificaciones suficientes del tratado constitutivo ¹⁰.

Los antecedentes citados precedentemente nos permiten detenernos en la Reunión de Brasilia del 30 de septiembre de 2005 en la que los presidentes de la Comunidad Sudamericana de Naciones como se la llamaba entonces, establecieron los temas prioritarios ¹¹ en el futuro inme-

⁸ Tratado de Brasilia, art. 3º z). También encontramos referencias específicas en la Declaración de Viena emanada de la Cuarta Cumbre Unión Europea - América Latina y Caribe, puntos 29 y 30, asimismo en la Declaración de Lima, puntos 41 a 45.

⁹ Declaración de Lima, puntos 10, 30 a 37.

¹⁰ Fue firmado en Brasilia el 23 de mayo de 2008 y hasta el presente no ha sido ratificado por nueve Estados de los doce firmantes, conforme a lo requerido en el art. 26 para su entrada en vigor. www.comunidadandina.org/unasur/tratado_constitutivo.htm

¹¹ www.comunidadandina.org/unasur/temas.htm

diato, entre los que destacamos desde luego el diálogo político, auténtico *leitmotiv* del esquema a crearse, e inmediatamente la integración física, el medio ambiente y la integración energética, junto a otros.

Es decir que mientras que el primero facilita la identificación de los mecanismos a través de los cuales se encara el proceso, los siguientes fijan con claridad su contenido y alcances, conformando los tres un conjunto indivisible entre las unidades identificadas, de manera que no sería posible pensar en una sin los otros.

Por su parte, el punto sexto de los principios rectores de la integración sudamericana del tratado de Brasilia, nos muestra las conexiones que venimos apuntando:

- armonía con la naturaleza ¹², estableciendo así una posición filosófica, más que política;
- desarrollo sostenible, siguiendo la tendencia general a nivel mundial ¹³;
- desarrollo regional, lo que coloca este acuerdo en sintonía con ALADI y aun con OEA;
- equilibrio de los ecosistemas y protección de la biodiversidad, posición ésta con clara influencia brasileña y de la CAN;
- reconocimiento y valoración de los conocimientos tradicionales: aquí observamos claramente la visión social y de patrimonio de las poblaciones autóctonas por su contribución a la creación de patrimonio biológico, y la fuerte presencia de los países integrantes de la CAN.

Avanzando un poco más en este sentido, se colocaba bajo la responsabilidad de la Comisión de Altos Funcionarios, trabajar en la integración en el ámbito del medio ambiente ¹⁴, entre otros. Si se nos permite un pequeño paréntesis, es notable en este instrumento jurídico la referencia a la integración ambiental, a pesar de las apuntadas limitaciones del esquema integracionista que nos ocupa.

¹² Encontramos esta referencia también en el preámbulo del Tratado de Brasilia.

¹³ La cita aparece ya en la Declaración de Río de Janeiro, Primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y el Caribe y la Unión Europea, 1999.

¹⁴ Tratado de Brasilia, art. 2º.

Es más, ya desde el Documento Final, la Comisión Estratégica de Reflexión ¹⁵ fijaba entre los objetivos del proceso en ciernes “*buscar el desarrollo de un espacio integrado en lo político, social, cultural, económico, financiero, ambiental y en la infraestructura*” (punto 1.1 último párrafo).

Como podemos observar, en esta etapa lo político y lo social no sólo van de la mano, sino que además están colocados al comienzo de la enumeración. Creemos que ello no es antojadizo, ya que responde a la concepción en la que se inscribe este proceso y a sus características, junto a los objetivos nacionales y particulares de los Estados que integran UNASUR.

Lo dicho surge asimismo con claridad en los *principios rectores y elementos de la integración sudamericana* ¹⁶, que establecen como principios:

- Solidaridad y cooperación, propios de este tipo de organización internacional.
- Soberanía y autodeterminación, aparecen los Estados, con un rol determinante, y el derecho internacional actual.
- Paz, por su relación con la Carta de las Naciones Unidas.
- Democracia y pluralismo, aquí se abren camino concepciones que observamos muy claramente en el sistema interamericano y también en ALADI.
- Finalmente la armonía con la naturaleza en toda iniciativa de desarrollo regional, auténtica concepción filosófica apuntada más arriba.

En efecto, analizando los distintos instrumentos que venimos citando y que desembocaron en la celebración del Tratado de Brasilia de 2008, la estrategia general de mejorar el posicionamiento de los países sudamericanos en el contexto universal en materia económica ha sido acicateada por objetivos de Estados como Brasil y Venezuela, detrás de su necesidad de conformar una comunidad defensiva que tenga por objetivo, entre otros, la defensa de los recursos naturales, conflicto éste que se avizora de la

¹⁵ Un Nuevo Modelo de Integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones.

¹⁶ Documento final de la Comisión Estratégica de Reflexión. Un Nuevo Modelo de Integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones, punto 2.

mano especialmente de futuras disputas por la posesión de las fuentes de agua dulce, junto a la utilización soberana de la energía generada por dichos recursos ¹⁷.

Lo social sin dudas viene de la mano de la inclusión a la que se hace referencia en reiteradas oportunidades, pero más que nada, desde el punto de vista ambiental, del reconocimiento de la contribución de las poblaciones autóctonas al conocimiento y a la conservación de las especies que integran el medio ambiente de la región, que a su vez generan derechos en cuanto a propiedad intelectual, cultural, lo que lo religa nuevamente con los aspectos económicos de la primera hora de la integración regional.

Conclusiones

A partir de lo apuntado más arriba podría inferirse un gran desarrollo de la preocupación ambiental en la región sudamericana.

Sin embargo, en líneas generales, esa preocupación no se observa con la misma intensidad que en las etapas anteriores y particularmente en comparación con la CAN. Podríamos decir que por el contrario la preocupación ambiental no parece sino ceder terreno a otras cuestiones, como las políticas y sociales. En efecto, aunque el medio ambiente sea mencionado a menudo, no lo es sino en la medida que se integra y coadyuva a la consecución de los otros objetivos.

¹⁷ Documento final de la Comisión Estratégica de Reflexión. Un Nuevo Modelo de Integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones, punto 3, en especial referencia a la Declaración de Bogotá de los Ministros de Defensa de la región, de julio de 2006.

OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS AL RESPONDER A SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADAS CON ACUÍFEROS INTERNACIONALES (COMENTARIOS AL ART. 17 DEL PROYECTO DE LA CDI)

por MARÍA ALEJANDRA STICCA

Sumario: I. Introducción. II. Algunos antecedentes del proyecto de artículos de la CDI aprobado por Resolución N° 63/124 AG NU. III. Comentarios al art. 17 de la Resolución N° 63/124 AG NU. IV. Conclusión.

I. Introducción

En este artículo centramos nuestra atención en el art. 17 de la Resolución aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas (AG NU) sobre el tema “*Derecho de los acuíferos transfronterizos*”, en razón de regular un supuesto que puede dar lugar a la invocación del estado de necesidad u otra circunstancia excluyente de ilicitud por parte del Estado en que ocurre una situación que pueda calificarse como emergencia y que lo haya determinado a violar una obligación jurídica internacional que pesaba sobre él. En primer lugar, presentamos brevemente los antecedentes de la Resolución N° 63/124 AG NU; y en segundo lugar, comentamos el art. 17 de dicha resolución.

II. Algunos antecedentes del proyecto de artículos de la CDI aprobado por Resolución N° 63/124 AG NU

Las aguas subterráneas fueron objeto de preocupación de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) desde que co-

menzó el estudio de los cursos de aguas internacionales para fines distintos a la navegación, fruto de cuya labor se aprobó la Convención sobre dicho tema en 1997, la cual contempla ciertas aguas subterráneas, pero no agota su tratamiento y, por ende, su protección. Por ello, la Asamblea General de Naciones Unidas en su 52 período de sesiones celebrado en el 2000, decidió incluir en su programa de trabajo el tema “*Recursos naturales compartidos de los Estados*”, el cual se incluyó finalmente en el 54 período de sesiones, y se designó relator especial al Sr. Chusei Yamada.

El relator especial presentó cinco Informes sobre recursos naturales compartidos: acuíferos internacionales en el 2003¹, 2004², 2005³, 2007⁴ y 2008⁵.

En el Primer Informe, el relator especial señaló que las aguas subterráneas de las que había de ocuparse eran las masas de agua compartidas por más de dos Estados a las que no hace referencia el ap. A) del art. 2º de la Convención sobre Cursos de Agua para fines distintos de la navegación. El relator consideró que la CDI estuvo en lo cierto al decidir hacer un estudio separado de esas aguas y que aun cuando casi todos los principios aplicables serían los mismos que los de la Convención de 1997, existen diferencias entre las aguas de superficie y las subterráneas. Sobre este punto expresó: “*Por ejemplo, los recursos de agua de superficie son renovables, mientras que los de agua subterránea no lo son. Esto significa que las aguas subterráneas se agotan rápidamente tras su extracción puesto que tardan muchos años en reponerse y, cuando resultan contaminadas, permanecen así durante años*”⁶. El concepto y las características de las aguas subterráneas fueron cambiando en los posteriores informes, así como se modificó el ámbito de aplicación del proyecto de convención.

Finalmente, el 11 de diciembre 2008, en su 67 períodos de sesiones, la Asamblea General de la Organización Naciones Unidas aprobó la *Resolución N° 63/124 “El derecho de los acuíferos transfronterizos”*.

¹ A/CN.4/533.

² A/CN.4/539.

³ A/CN.4/551.

⁴ A/CN.4/580.

⁵ A/CN.4/591.

⁶ A/CN.4/533, pág. 9.

Los artículos de la referida resolución se aplicarán conforme el art. 1º a los siguientes tópicos:

- a) la utilización de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos;
- b) otras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos o sistemas acuíferos, y
- c) las medidas de protección, preservación y gestión de esos acuíferos o sistemas acuíferos.

La resolución, en su art. 2º, define al “*acuífero*” como una formación geológica permeable portadora de agua, situada sobre una capa menos permeable, y el agua contenida en la zona saturada de la formación. Por “*sistema acuífero*” entiende una serie de dos o más acuíferos que están conectados hidráulicamente; y por “*acuífero transfronterizo*” o “*sistema acuífero transfronterizo*”, respectivamente, un acuífero o sistema acuífero que tenga partes situadas en distintos Estados. El “*Estado del acuífero*” es aquel Estado en cuyo territorio se encuentra parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo.

Oportuno resulta señalar que el Prof. Julio Barberis en 1986 tipificó cuatro tipos de acuíferos: a) un acuífero confinado que se halla dividido por un límite internacional y como no está vinculado hidráulicamente con otras aguas subterráneas ni con aguas superficiales, sólo el acuífero constituye el recurso natural compartido; b) un acuífero que se encuentra íntegramente en el territorio de un Estado, pero que está hidráulicamente vinculado con un río internacional; c) un acuífero situado íntegramente en el territorio de un Estado que se halla vinculado hidráulicamente con otro acuífero de un Estado vecino; d) un acuífero que se encuentra en el territorio de un Estado, pero su zona de recarga se halla en el extranjero ⁷.

También Gabriel Eckstein y Yoram Eckstein describieron y graficaron seis tipos posibles de acuíferos, a saber: *Modelo A*, un acuífero no confinado que está vinculado hidráulicamente con un río y que ambos fluyen por el límite entre Estados que justamente está constituido por el citado río; *Modelo B*, un acuífero no confinado que es intersectado por un límite internacional y que está vinculado hidráulicamente por un río que también

⁷ J. BARBERIS, *El régimen de las aguas subterráneas según el derecho internacional*, Roma, FAO, 1986, págs. 45 y 46.

es intersectado por el mismo límite internacional; *Modelo C*, un acuífero no confinado que atraviesa un límite internacional y que está vinculado a un río que fluye completamente dentro de la jurisdicción de un solo Estado; *Modelo D*, un acuífero no confinado que está íntegramente ubicado dentro de un Estado pero que está ligado hidráulicamente con un río que fluye a través de un límite internacional; *Modelo E*, un acuífero confinado, no conectado con ningún cuerpo de agua de superficie, con una zona de recarga por lluvias en una porción no fósil, que atraviesa un límite internacional o que se sitúa completamente en otro Estado, y *Modelo F*, un acuífero transfronterizo no relacionado con ninguna superficie de agua y desprovisto de cualquier recarga y que está desconectado del ciclo hidrológico ⁸.

III. Comentarios al art. 17 de la Resolución N° 63/124 AG NU

El artículo que comentamos reconoce como antecedente el art. 28 “*Situaciones de emergencia*” de la *Convención sobre el Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la navegación* aprobada en 1997, la cual a la fecha no entró en vigor.

El relator especial sobre la materia Sr. Yamada, en un principio, consideró que resultaba innecesario un artículo que regulase situaciones de emergencia relativas a acuíferos (aguas subterráneas), pero cambió de parecer como consecuencia de los efectos devastadores del maremoto en el litoral del Océano Índico que se originó en un gran terremoto ocurrido frente a la costa de Banda Aceh en Indonesia en diciembre del 2004, que se presume debe haber afectado a un gran número de acuíferos.

En el art. 17 “*Situaciones de emergencia*” ⁹ se establecen las obligaciones de los Estados al responder a situaciones reales de emergencia relacionadas con acuíferos transfronterizos. En el caso de los acuíferos,

⁸ G. ECKSTEIN & Y. ECKSTEIN, “A hydrological approach to transboundary ground water resources and international law”, *American U. International Law Review*, 2003, págs. 236-247.

⁹ Art. 17.- *Situaciones de emergencia*: