

Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición Nº 3. Julio de 2023

Algunas Reflexiones sobre el fallo “BARRICK” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. República Argentina

Por Analía Vaqueiro¹

Introducción

Me ha resultado interesante el dictado de este fallo por parte de la Corte Suprema por cuanto la mayoría de los integrantes del tribunal hicieron en “obiter dictum” un importante aporte al derecho ambiental entrando al análisis de los principios que regulan el resguardo del ambiente en nuestro orden constitucional y legal cuando a mi modo de ver en realidad bastaba con analizar la causa y sentenciarla desde un punto de vista meramente procesal.(1)

Se aborda la importancia del derecho al agua- no sólo para el uso individual del hombre sino como recaudo de importancia para la sustentabilidad del ambiente como bien de todos y en consecuencia el tema específico del fallo refiere al resguardo de ese derecho y la influencia de proteger los glaciares, rechazando el planteo de inconstitucionalidad de la norma que regula su protección.

Los glaciares son grandes reservas hídricas que capturan agua en forma de nieve en el invierno. Su masa fría y ubicación en clima fríos de montaña permiten la liberación de agua vital a las cuencas hídricas andinas, cuando más lo necesitan que es en verano y en meses de escasas lluvias.

En nuestro país la importancia de los glaciares andinos reside en que la nieve del invierno se acumula evitando que con la llegada del verano se derrita totalmente, afectando las cuencas hídricas de los ríos que nacen en la Cordillera de los Andes, lo cual dejaría con escasa o nula agua al sistema hídrico.

¹ Abogada Especializada en Derecho Administrativo Económico (UCA). Docente ues21- Cátedra Derecho Ambiental. Docente Investigadora UES21

De un modo más científico puede decirse que: “El hielo glaciar se forma a partir de la acumulación de nieve. A medida que aumenta el espesor, la compactación provocada por el peso de la nieve, la fusión y la recongelación de los cristales van transformando la nieve, que pierde porosidad y gana [densidad](#).”(2)

Debido al avance de los estudios referidos al tema la definición de glaciar ha ido variando con el tiempo.

“El concepto de **glaciar** tiene su origen en el francés *glacier* y da nombre al **bloque o estructura de hielo** que se suele acumular en ciertas áreas de las cordilleras, justo encima de la línea que marca el límite de las nieves perpetuas. La parte inferior de un glaciar se encuentra en **movimiento**, con un deslizamiento muy lento y similar al de un [río](#).” (3)

Ahora bien, la ley objeto de análisis en el fallo en comentario extiende su protección al ambiente periglacial.

“Se puede decir que lo primero que se interpreta, a partir de una análisis etimológico, es que el término periglacial significa: «alrededor o en cercanía de un glaciar o de procesos glaciares» (peri = alrededor, cerca de, y glacial = adjetivo, relacionado a la presencia de o la acción de los glaciares). Aunque sin dudas éste es un análisis válido, como pasa con otros términos científicos, realizar sólo esta interpretación es incorrecto ya que muy comúnmente los términos van evolucionado, enriqueciéndose o cambiando el significado central invocando nuevas ideas pero manteniendo raíces originales. Éste es el caso de la palabra «periglacial», cuyo significado fue cambiando a lo largo de los años. En 1909, cuando se acuñó este término, «ambiente periglacial» estaba relacionado con el paisaje y el clima en los alrededores del manto de hielo escandinavo, que cubrió gran parte del norte de Europa durante el Pleistoceno.

Hoy en día, existen diferentes criterios, algunos más arbitrarios, otros más cuantitativos, para definir lo que llamamos «ambiente periglacial». La elección de estos criterios depende en general de los datos disponibles y del objetivo que se persigue. Por ejemplo, no es lo mismo definir un ambiente a escala local (un par de kilómetros) que a una escala regional (decenas a cientos de kilómetros) donde ya se habla de paisaje y no de ambiente.”(4)

La ley: El 30 de septiembre de 2010 se aprobó en el Congreso de la Nación la **Ley Nacional de Glaciares** n° 26639. La norma define un Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los **Glaciares** y del Ambiente Periglacial, con el objetivo central de preservar dichas reservas estratégicas de recursos hídricos.(5)

La importancia de la llamada “Ley de Glaciares” reside fundamentalmente en que los preserva y protege como **reservas estratégicas de recursos hídricos, de biodiversidad, a la vez que los clasifica como “bienes de carácter público”** más aún en el contexto de emergencia climática actual.

“Es por ello, que el artículo 1 de la Ley N° 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, se considera y así lo ha entendido la corte Suprema, tiene raigambre constitucional al tutelar la protección ambiental en su conjunto como un derecho de incidencia colectiva y que tiene un efecto retroactivo respecto de ciertos derechos adquiridos. Fundamentada en los principios del orden público ambiental, debido a que

apuntan al desarrollo productivo sustentable para satisfacer las necesidades presentes y a la preservación para las generaciones futuras. Han sido tales principios ser los inspiradores de la Ley de Glaciares para la definición de aquellos puntos de la misma que deben tener claramente definidos los objetivos, mediante un análisis multidisciplinario, cuyo objetivo sea la salvaguarda del bien común".(6)

En consonancia con la Ley General de Ambiente se ha dicho que: "... la posición.... debe entenderse considerando los principios de la Ley 25.675 los cuales son regla para la interpretación de todas las decisiones sobre política ambiental en nuestro país. En específico, se tornan importantes aquí la precautoriedad y la progresividad relacionada también a la no regresión. El principio precautorio,“(...) funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún comprobado científicamente de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la prevención y la precaución. En el caso de la prevención la peligrosidad de la cosa o actividad ya es bien conocida y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. En cambio, en el caso de la precaución la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa porque los conocimientos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto ”(7)

Nuestro ordenamiento tanto constitucional como legal en materia ambiental centran en la prevención la importancia de mantener el ambiente sano para el presente, así como para las generaciones futuras, haciendo de la prevención en el daño la fuente del desarrollo pleno de las generaciones respetando el uso común de los recursos naturales. Ello aunado al principio de no regresión evitando el retroceso en la protección del ambiente. (8)

La causa: En prieta síntesis basta decir que las actoras, empresas dedicadas a la explotación minera, inician en el juzgado federal de San Juan acción declarativa de inconstitucionalidad por entender que la ley N° 26.639, norma cuya nulidad, en subsidio su inconstitucionalidad, solicitaban había sido dictada vulnerando el procedimiento para su sanción.

El planteo subsidiario consistió en la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la norma cuestionada, por cuanto excedía – a su entender - el ejercicio de competencias federales "...de regulación de presupuestos mínimos de protección del ambiente y por ende su dictado violaba el Dominio originario de la provincia de San Juan...", territorio donde tenían sus emprendimientos mineros, (Pascua Lama en el caso), cuyos derechos adquiridos a la exploración y explotación minera protegidos por los arts. 14 y 17 de la CN se encontraban vulnerados.

En el ámbito jurisdiccional local se dictó una medida cautelar que suspendía la aplicación de la ley en los artículos que consideraban, vulneraban sus derechos.

Posteriormente la provincia de San Juan interviene en el proceso y en consecuencia de ello, la causa pasa a competencia originaria de la Corte Suprema.

El fallo: Así la cosa el Máximo Tribunal decide: que el procedimiento para la formación y sanción de la norma cuestionada no había sido vulnerado por cuanto la modificación al reglamento del HCN no resultaba de entidad suficiente como para invalidar la ley; que en el planteo no existe caso o causa contenciosa factible de habilitar la instancia jurisdiccional; desconoce la existencia del requerido acto en ciernes para la procedencia de la acción declarativa. Ello determinaba que el planteo resultara abstracto y mereció el rechazo de la acción para todos los actores.

Es de destacar que los fundamentos para arribar a tales conclusiones más allá del exhaustivo análisis de las cuestiones fácticas de la causa, los magistrados ilustran el fallo con abundantes y acertadas citas de la propia jurisprudencia del Tribunal.

Asimismo, entienden los magistrados que no existe acto administrativo federal alguno que entre en colisión de normas de la provincia de actora y por ende no existe exceso en reglamentación de los presupuestos ambientales mínimos como entendía la provincia.

Es por ello que, luego de un clarificador análisis de la norma cuestionada y sus disposiciones concluye que resultaría prematuro un pronunciamiento "... y el resultado de una mera especulación teórica...".

Ahora bien, cabe preguntarse el motivo por el cual, con tales argumentos que sin más habilitaban el rechazo de la demanda, como finalmente sucedió, la Corte entra a considerar el tema ambiental protegido por la ley de glaciares, cuestión de fondo del planteo cuando ya se había expedido respecto la improcedencia procesal del reclamo.

La respuesta surge del considerando 17 "...puede agregarse que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente – que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua (artículo 1) – la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos...".

Y continúa: "...la caracterización del ambiente como *"un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible"*...cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes...La calificación del caso exige *"una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica..."*.

Es decir que para la Corte Nacional la interpretación del art. 41 de la Constitución Nacional y la protección allí otorgada al ambiente no está dirigida exclusivamente al servicio del hombre, quien, no puede servirse de la naturaleza y los bienes que nos proporciona a su libre albedrío, sino que importa algo más que las meras necesidades individuales.

Estos conceptos de ambiente como bien colectivo y la problemática actual, su caracterización como bien sustentable, es decir la preservación de tal bien colectivo para generaciones futuras, viene siendo abordado por la Corte Suprema, a través de sus fallos. (9)

Cita luego sus propios dichos en causas anteriores respecto a la regulación del agua, concluyendo que en modo alguno la regulación puede resultar antropocéntrica sino que debe ser *"eco-centrico"* su abordaje, pues así se encuentra regulado en la ley General de Ambiente. (10)

Vemos que el art. 1 de la ley N° 26.639 plasma dicho principio ya al considerar el objeto

de la norma, estableciendo los presupuestos mínimos de los glaciares y el ambiente periglacial a fin de preservarlos a los cuales define “ como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico. Los glaciares constituyen bienes de carácter público”. (11)

De la citada disposición surge esa visión eco-céntrica de los glaciares como recursos hídricos de la que habla la Corte sustrayendo su uso a la exclusividad del ejercicio de derechos subjetivos.

Es decir que la relevancia que la Corte otorga a la causa y la necesidad de expedirse – a mi modo de ver – más allá de lo estrictamente necesario para llegar a un decisorio que resueltiera las pretensiones es considerar que el planteo de temas ambientales implica siempre una cuestión de incidencia colectiva que excede las pretensiones respecto a derechos subjetivos.

No cabe dudas que para la Corte el ambiente es un “*bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible*”, así lo expresa, con cita de fallos. (12).

En consonancia con ello, en la causa, aborda luego el Tribunal, la consideración del acceso al agua potable.

No ya como bien susceptible de apropiación para fines estrictamente privados, ni aún por parte del Estado Nacional como causa de utilidad pública, sino que debe ser considerado no sólo como un modelo antropocéntrico, sino eco- céntrico como lo establece la ley General de Ambiente (Ley 25765) y surge también de la propia ley llamada de glaciares, cuestionada en la causa en análisis.

Esa regulación que excede lo individual como objeto colectivo que es el acceso al agua, como dijimos se refuerza con claras disposiciones de la Ley 26.639. En primer lugar como vimos desde el art. 1 cuando al determinar el objeto de la norma, los glaciares y el ambiente periglacial son considerados reservas estratégicas que deben preservarse, en lo que aquí importa, “... como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad...”.

Asimismo, considera la Corte que, con la creación del Inventario Nacional de Glaciares, (art. 3) cuestión a la que otorga suma importancia, (por cuanto no puede protegerse lo que no se conoce) se puede conocer no solamente su ubicación y cantidad sino también si los mismos entran en retroceso y las causas de ello. De allí que resultando la actividad minera uno de los factores que hacen a la contaminación de estos reservorios, no parece que resulte la ley cuestionada inconstitucional, como pretenden las actoras y la misma provincia de San Juan. De ese modo, la realización de los estudios y las prohibiciones dispuestos en el art. 6, aún en actividades que se encuentren en curso de ejecución, cuando afecten el bien colectivo que se trata de proteger no resultan en modo alguno inconstitucional.

De acuerdo a las disposiciones de la Ley de Glaciares vigente, los proyectos que ya están operando en estos ambientes deben ser auditados, y si hay afectación ambiental, deben trasladarse. En cambio, los proyectados aún no ejecutados no pueden instalarse en zonas glaciares ni periglaciales.

Se ha sostenido que: “Es por ello, que el artículo 1 de la Ley N° 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, tiene raigambre constitucional al tutelar la protección ambiental en

su conjunto como un derecho de incidencia colectiva y que tiene un efecto retroactivo respecto de ciertos derechos adquiridos. Fundamentada en los principios del orden público ambiental, debido a que apuntan al desarrollo productivo sustentable para satisfacer las necesidades presentes y a la preservación para las generaciones futuras”.(13)

En el art. 2, la Ley 26.639, define como glaciar “...toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua.” Y como ambiente periglacial: “...en la alta montaña, al área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo.”

De allí que resulte relevante la permanente actualización del inventario previsto en la norma, así como el conocimiento e información de la dinámica de los glaciares (modificación de su tamaño y su entrega de agua, etc.).

Ante ello, el Máximo Tribunal señala que las disposiciones de la ley de glaciares “...*da cuenta del alcance de la novedosa problemática ambiental que sus provisiones procuran afrontar*”. Y toda vez que la norma concretamente refiere a la actividad minera en sus etapas de exploración y explotación, prohibiéndolas cuando afecten la condición natural o las funciones propias de los glaciares y el ambiente periglacial, “*Ante este tipo de mandas legislativas - y en la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio...*” su operatividad abre nuevos ámbitos de deliberación. Apela al concepto de federalismo de concertación, como modo de diálogo entre la Nación y las provincias.

Federalismo de concertación que surge del art. 41 de la C.N. como contrapuesto al de confrontación.

Sus argumentos basados en la normativa nacional son reforzados con citas de los acuerdos y convenciones internacionales a las que nuestro país ha adherido con relación al cambio climático, abordando el problema desde una “...*perspectiva global emergente del derecho del cambio climático invita a reforzar la visión policéntrica propuesta para los derechos colectivos...*” Señalando que un abordaje desde un proceso solamente bilateral para responder al cambio climático resulta imperfecto y pierde de vista la realidad del tema ambiental.

Con cita del Acuerdo de París (14) refiere en lo que se denomina “**justicia climática**”, (15) señala que la mejor perspectiva es la multiplicidad de actores a fin de proteger más adecuadamente los ecosistemas y la biodiversidad.

Los glaciares son un recurso estratégico a nivel internacional que, como consecuencia del cambio climático han evidenciado un claro retroceso en los últimos años. No solo cumplen una función de regulación del ecosistema (ya que en sus ciclos de congelamiento y

descongelamiento van
permitiendo el aporte gradual de caudal hídrico para las cuencas). Por lo tanto
desempeñan rol crucial
en la mitigación y adaptación al cambio climático y en virtud de que la Argentina se ha
adherido al
Acuerdo de París, se encuentra obligada a crear metas a largo plazo para proteger a las
generaciones presentes y futuras de las consecuencias producidas a causa de éste.
Así realiza en el considerando 21 un llamamiento a los jueces para que frente a las
previsiones de la ley de glaciares que tienden a proteger derechos de incidencia colectiva
deben ponderar los derechos individuales que integran los de propiedad, con la extensión
que “...les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal...” Esto
es efectuando un análisis integrado con los derechos colectivos referidos al ambiente y
su protección.

La reflexión del Tribunal se extiende a la necesidad de armonización de tales derechos
subjetivos con los de incidencia colectiva (art. 14 y 240 del CCyCN) (16) para “...asegurar
que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable...”

Es así que ambos artículos del CCyCN refieren en cierto modo al caso que se plantea,
el primero de ellos al reconocer los derechos de incidencia colectiva e individuales,
agregando que estos últimos no son amparados cuando su ejercicio abusivo “...pueda
afectar al ambiente ...”

Por su lado el art 240 legislado en la sección referida a los derechos de incidencia
colectiva limita el ejercicio de derechos individuales sobre los bienes, que deben ser
compatibles con los derechos de incidencia colectiva y ajustarse al derecho
administrativo federal y local sin afectar el funcionamiento y sustentabilidad de los eco
sistemas: flora, fauna, biodiversidad, agua, valores culturales, paisaje. A renglón seguido
el código establece que cualquiera que fuera la jurisdicción en que se ejerzan los
derechos se deben respetar las normas de presupuestos mínimos.

En suma, lo que deja en claro el Tribunal (como máximo tribunal constitucional) y pide
que ello sea aplicado por los tribunales inferiores (en nuestro sistema todos los jueces
pueden realizar control constitucional) es que en el planteo de un caso judicial –
recordemos que en Barrick descartó la existencia de caso o causa judicial – en que se
traten cuestiones ambientales o de cambio climático debe ser analizado conjugando
ambos derechos.

Para finalizar la Corte señala que la demora del Estado Nacional en confeccionar el
inventario requerido en la ley N° 26.639, establecido en 180 días, (realizado seis años
después) reviste gravedad por cuanto “...la voluntad legislativa fue la protección de
bienes con un valor ambiental, económico y social crítico para la población actual y las
generaciones futuras” (Considerando 22).

Vemos que la Corte ha amalgamado la pretensión individual de los actores en la causa,
con la incidencia colectiva de los temas abordados, concretamente en la protección de
glaciares y ambiente periglacial, pero extendiendo la concreta problemática a todo el
espectro ambiental, esto es con los principios en materia ambiental y de cambio
climático.

En definitiva, son dos cuestiones en las cuales en este fallo la Corte deja clara su postura
y doctrina como Máximo Tribunal constitucional, cual es la protección de los derechos de
incidencia colectiva (recordemos el dictado de las acordadas N° 32/14 y 12/16) y del

derecho al ambiente.

Citas

- (1) CSJ 140/2011 ORIGINARIO “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”- 04.06.2019.
- 2) Definición extraída de WIKIPIEDIA
Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial - Boletín Oficial del [28-oct-2010](#)
- (3) Pérez Porto, J., Gardey, A. (29 de junio de 2009). *Definición de glaciar - Qué es, Significado y Concepto*. Definicion.de. Última actualización el 10 de agosto de 2012. Recuperado el 17 de febrero de 2023 de <https://definicion.de/glaciar/>
- (4) IANIGLA (Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales) Publicado en: <http://www.glaciares.org.ar/paginas/index/periglacial>
- (5) Ley 26369 Ley 26639 HONORABLE CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA 30-sep-2010 MEDIO AMBIENTE PRESERVACION DE LOS GLACIARES Y DEL AMBIENTE PERIGLACIAL B.O.28.10.2010
- 6) Fundación Ambiente y Recursos Naturales: Sobre la constitucionalidad de la ley de Glaciares.
- (7) Introducción al Derecho Ambiental, Nestor Cafferata, p. 167 Ed. Programa Naciones Unidas para el Medio Ambiente 2003.
- (8) del Campo, Cristina; Julia, Marta; Manual de Derecho Ambiental; Ed. ASAGAI, 2023 (e-book)
- (9) Ver desarrollo de conceptos y principios ambientales en del campo, Cristina; Julia, Marta; Manual de Derecho Ambiental; Ed. ASAGAI, 2023 (e-book)
- (10) N° 25.765. Presupuestos Mínimos Ambientales
- (11) **ARTICULO 1º — Objeto.** La presente ley establece los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico. Los glaciares constituyen bienes de carácter público.
- (12) Fallos: 340:1695 resuelve la afectación del derecho al Agua sufrido por la provincia de la Pampa, en razón de la utilización por parte de la provincia de Mendoza de un río interprovincial, caratulado: “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas “ y 329:2316. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo”.
- (13) Fundación Ambiente y Recursos Naturales: Sobre la constitucionalidad de la ley de Glaciares, con la colaboración de la Clínica Jurídica de FARN
- (14) [Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático \(COP21\), en París, el 12 de diciembre de 2015 Acuerdo de París](#)
- (15) Justicia climática: refiere al [calentamiento global](#) como un problema [ético](#) y [político](#), no solo ambiental o físico en la naturaleza. Relaciona los efectos del [cambio climático](#) con conceptos de [justicia](#), (ambiental y social) [derechos humanos](#) y [derechos colectivos](#) .
- (16) Código Civil y Comercial de la Nación ARTICULO 14.- Derechos individuales y de

incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

ARTICULO 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

ARTICULO 241.- Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.