

RÉGIMEN JURÍDICO AMBIENTAL DE LOS GLACIARES Y AMBIENTE PERIGLACIAL EN LA ARGENTINA

Por SILVIA NONNA* y VIOLETA RADOVICH**

Resumen:

El objetivo de este trabajo es presentar y comentar el régimen jurídico ambiental de los glaciares en la Argentina. Para ello se analizará la normativa vigente, la Ley de Presupuestos Mínimos sobre Glaciares y Ambiente Periglacial, como así también algunas normas provinciales sobre la misma temática con la intención de identificar su congruencia con los presupuestos mínimos de conformidad con la manda constitucional y la jerarquía normativa dispuesta en materia de protección ambiental. Se hará una breve evaluación diagnóstica con el propósito de concluir si lo regulado se aplica y se cumple, básicamente si la Ley de Presupuestos Mínimos sobre Glaciares y Ambiente Periglacial es una norma sostenible o, en su caso, cuál es el camino que debemos recorrer para que se convierta en una norma sostenible.

Palabras clave:

Glaciares, presupuestos mínimos, federalismo, sostenible.

* Doctora en Leyes de la Universidad de Buenos Aires. Pos Doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogada y Abogada Especialista en Recursos Naturales, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Comercio Internacional de Hidrocarburos, Facultad de Ingeniería de la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho Ambiental, Universidad Austral. Environmental Research Fellow, the George Washington University, Estados Unidos. Desde 2010 es Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es profesora de Grado y Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es Titular de Derecho Ambiental en la Universidad Abierta Interamericana. Es Profesora invitada en posgrados de universidades públicas y privadas. Dirige programas de investigación. Ponente en ámbitos nacionales e internacionales. Autora de libros y numerosas publicaciones. Contacto: snonna@derecho.uba.ar.

** Doctoranda en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, becaria doctoral CONICET. Investigadora adscripta del Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogada (Diploma de Honor), Traductora Pública de Inglés y Especialista en Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Cursos de posgrado y doctorado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, España; en el Tribunal Internacional del Mar, Alemania y en la Universidad de Tromsø, Noruega. Docente de Derecho de la Navegación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ponente en ámbitos nacionales e internacionales. Contacto: violetaradovich@derecho.uba.ar.

Con respecto al concepto de norma sostenible ver NONNA, Silvia, “¿Derecho Ambiental Sostenible?”, *Clarín* del 7/2/2011, p. 19, opinión/tribuna: “El Derecho ayuda al desarrollo sano”.

Abstract:

The aim of this paper is to present and comment the environmental legal regime concerning glaciers in Argentina. In this sense, rules governing this issue will be analyzed, as the law of basic requirements of glaciers and the periglacier environment, as well as some provincial laws so as to identify its congruence in conformity with the constitutional duty and the legal hierarchy established as regards environmental protection. We will make a short diagnosis evaluation in order to conclude if regulation is applied and complied with, basically, if the law of basic requirements of glaciers and the periglacier environment is a sustainable law, or which is the way that we should follow so that it becomes a sustainable law.

Keywords:

Glaciers, basic requirements, federalism, sustainable.

INTRODUCCIÓN

Protección del ambiente. Deslinde de competencias a nivel constitucional¹

Avanzado el siglo XX el mundo cambió en su visión de interpretar las cuestiones relacionadas con los recursos naturales, se avanzó hacia un concepto nuevo y globalizador como es el del “Ambiente”, entendido como el entorno en el que se vive y en el que desarrollamos todas nuestras actividades, en el cual interactuamos con otros componentes. Comienza así a pensarse el ambiente como un sistema complejo en el que interactúan y se interrelacionan de manera condicionada los distintos elementos que lo componen, entre ellos los recursos naturales, el hombre que los transforma, los recursos culturales que resultan de esa transformación, y finalmente los residuos que en consecuencia se generan. En la Argentina, desde fines del siglo XIX se venían regulando en forma independiente los distintos recursos naturales, tanto a nivel nacional como provincial.

A partir de 1972 con la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente Humano convocada por la Asamblea de Naciones Unidas, con la Declaración de Estocolmo, y con más fuerza desde 1982 a través del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, el tema ambiental se consolida desde lo global. En 1992, la Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro, significó un hito importante en la historia del derecho internacional ambiental.

La Argentina no permaneció ajena a este cambio, no solo participando activamente desde lo internacional y adoptando acuerdos ambientales, sino también incrementando el proceso de inserción de la dinámica ambiental en

¹ Proyecto UBACyT, “Un análisis normativo y jurisprudencial del nuevo esquema de competencias en materia ambiental. Aportes a veinte años de la Reforma de la Constitución Nacional”, dirigido por la Dra. Silvia Nonna.

su derecho positivo. En los albores de 1990, la mayoría de las provincias argentinas ya habían incorporado el principio de protección del ambiente en sus respectivas Constituciones. Además, la mayoría de las provincias regularon la materia ambiental a través de normas particulares, ya sea leyes generales de protección ambiental, o mediante normativa específica para la evaluación del impacto ambiental.

El punto de partida para sistematizar la protección del ambiente en todo el país fue el Pacto Federal Ambiental firmado el 5 de julio de 1993. La reforma constitucional recogió y consagró esa voluntad común y puso en manos del Congreso Nacional la sanción de la normativa ambiental básica, es decir, las normas de presupuestos mínimos para la protección ambiental. En efecto, y tal como surge del art. 41 de la Constitución Nacional se ha establecido un nuevo esquema de competencias ambientales al disponer: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

Las normas de presupuestos mínimos representan un nuevo sector de competencias delegadas del ordenamiento jurídico nacional. En ese orden de ideas, nos encontramos con un nuevo ámbito competencial, de reparto de poderes, que incide sobre temas antes reservados a las provincias y en ámbitos que antes de la reforma eran propios de su jurisdicción.

Según lo dispuesto por la Constitución Nacional, será el Congreso de la Nación el órgano que determinará cuáles son las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, dejando a las provincias el dictado de las normas complementarias. Esas normas nacionales deberán contener principios y directrices para la regulación de la relación ambiental, que se consideren fundamentales para garantizar una base jurídica en todo el territorio nacional.

En ese contexto, las autoridades provinciales están obligadas a sujetar su accionar a las leyes nacionales de presupuestos mínimos, teniendo, por su parte, facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución tanto de las leyes nacionales de presupuestos mínimos como de las respectivas normas complementarias.

Se entiende, además, que para el caso de que existan normas locales menos restrictivas que una ley de presupuestos mínimos, aquellas deberán adecuarse a esta, como así también que respecto de las normas locales vigentes y preexistentes a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, aquéllas mantendrán su vigencia en la medida en que no se opongan a estas ni resulten menos exigentes.

Recién en el año 2002, a ocho años de reformada la Constitución, comenzaron a dictarse leyes de presupuestos mínimos. A la fecha se han sancionado 10, en diferentes temáticas específicas que, en orden cronológico son las siguientes:

- Ley 25.612 de Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio
- Ley 25.670 de Gestión y Eliminación de PCBs
- Ley 25.675 de Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente
- Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas
- Ley 25.831 de Información Pública Ambiental
- Ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios
- Ley 26.331 de Protección Ambiental de los Bosques Nativos
- Ley 26.562 de Protección Ambiental para el Control de las Actividades de Quema
- Ley 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial
- Ley 26.815 de Protección Ambiental en materia de Incendios Forestales y Rurales

La delimitación de jurisdicciones se presenta como un problema en nuestro sistema federal. Dificultad que lejos de ser un obstáculo insalvable, es un desafío que merece el esfuerzo que significa alcanzarlo, para lograr la definición y posterior aplicación de una política para todo el territorio nacional. Para que el derecho a vivir en un ambiente sano, no sea algo meramente programático.

Federalismo de concertación

Nonna, Waitzman y Dentone aluden a la necesidad de moverse dentro de las bases del concepto que Frías dio en llamar “federalismo de concertación”, para el diseño de un sistema adecuado de distribución eficaz de competencias ambientales². A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha venido configurando esta moderna técnica de llevar adelante el federalismo conocida como “federalismo de concertación”, que ha sido definida por Frías como “una relación participativa de los niveles de gobierno, central y provinciales, que deje de lado la confrontación, dando lugar a la programación interjurisdiccional de áreas temáticas que afectan a distintas unidades territoriales o niveles gubernamentales”³.

Este “federalismo de concertación” en materia ambiental fue receptado en nuestro ordenamiento jurídico (v. art. 41, CN y art. 23 de la ley 25.675⁴), bajo cuyo marco el COFEMA debe asumir un “rol” fundamental, la autoridad ambiental nacional debe cumplir con el debido proceso de reglamentación de

² NONNA, Silvia; WAITZMAN, Natalia; DENTONE, José M. *et al.*, *Ambiente y residuos peligrosos*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2011, p. 191.

³ FRÍAS, Pedro J., “El federalismo en la reforma constitucional”, en LL 1994-D-1122/1126.

⁴ Ley 25.675. Art. 23.— Se establece el Sistema Federal Ambiental con el objeto de desarrollar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la ciudad de Buenos Aires. Este será instrumentado a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA).

las leyes de presupuestos mínimos dando participación real a las jurisdicciones locales, últimas ejecutoras de estas normas, lo cual permite identificar los intereses y necesidades locales, estableciendo las bases de un nuevo tipo de relación entre los diferentes niveles gubernamentales. No perdamos de vista que la cuestión ambiental no reconoce límites ni divisiones políticas, ni plazos temporales y que se debe respetar el derecho de las generaciones futuras a gozar de un ambiente sano.

Coincidimos con Sabsay y Di Paola⁵ cuando dicen:

Parece fácil llegar a un planteo teórico de la cuestión, la que luego se verá entorpecida cuando de lo que se trata es de transformar en normas concretas los objetivos del constituyente. ¿Cuál será la línea divisoria entre las potestades nacionales y las provinciales? Este interrogante constituye de alguna manera la pregunta clave en este campo. Parece difícil el logro de una respuesta válida a ella si con anterioridad no se construye un mínimo consenso entre niveles de gobierno. Esta necesidad nos parece auspiciosa en la medida en que nos ubica en el marco de un federalismo de “concertación” a favor del cual nos pronunciamos, no solo por un problema de fidelidad con determinadas convicciones, sino fundamentalmente porque creemos que este es el modelo que asegura mayor eficacia en la aplicación y la observancia de las normas ambientales.

Federalismo, presupuestos mínimos, preeminencia

La ley 25.675 provee la estructura institucional básica, sobre la cual debe organizarse, sancionarse, interpretarse y aplicarse la normativa específica. Establece objetivos claros, contiene principios rectores y prioritarios y delinea instrumentos de política ambiental nacional, que resulten fundamentales para la toma de decisiones y para el ejercicio del poder de policía ambiental que compete a las respectivas autoridades tanto nacionales como provinciales y municipales.

La ley 25.675 es una ley marco a cuyas disposiciones deberán ajustarse las normas específicas. Las provincias deben respetar los presupuestos establecidos por la ley nacional, deben aplicar todas sus disposiciones, y deben establecer todo lo necesario para asegurar la implementación de la norma desarrollando las instituciones y procedimientos que así lo garanticen. Lo que no obsta a que las provincias sean más estrictas en su jurisdicción y superen el alcance de la ley nacional de manera más protectora.

Conviene en este punto destacar lo que ha sostenido el destacado constitucionalista Germán Bidart Campos en su obra *Tratado de Derecho Constitucional* de 1994 al referirse al Sistema de Derechos y el Constitucionalismo Provincial cuando considera:

⁵ SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia, “El federalismo y la nueva Ley General del Ambiente”, *Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo*, año 2002, nro. 32, Buenos Aires, La Ley, ps. 47-54.

[...] el techo federal que dimana de la legislación del Congreso dictada en consecuencia de la Constitución no siempre inhibe las competencias provinciales, con lo que la regla será la siguiente: la relación de subordinación impide al constitucionalismo provincial invadir la materia legislada por el Congreso, o resultarle contrario: pero en cuanto, sin incurrir en interferencia ni en violación, facilite, promueva y desarrolle las mejores posibilidades de su aplicación en jurisdicción local por todos los órganos del gobierno provincial, no es inconstitucional o, al menos goza de una presunción de constitucionalidad.

En relación con las normas específicas, en su caso también las normas de presupuestos mínimos que se ocupan de materias particulares (ver enunciación de punto anterior) y entre ellas la ley que regula la protección ambiental en los glaciares y ambiente periglacial, tal como queda claramente dispuesto en la ley 25.675⁶, las mismas mantendrán su vigencia mientras no se opongan a los principios y disposiciones de la ley que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente. Todo ello tendiente al logro del desarrollo sustentable⁷.

Hecha la anterior aclaración, en cuanto a la vigencia de las normas específicas y la preeminencia de la ley 25.675, pasaremos a analizar la ley 26.693 de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y Ambiente Periglacial.

1. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS GLACIARES EN LA ARGENTINA

1.1. Antecedentes

1.1.1. Ley 26.418 y decreto 1837/2008

En el año 2008 el Congreso Nacional aprobó por unanimidad de ambas Cámaras la ley 26.418 de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Gla-

⁶ Ley 25.675, art. 3º: La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, y 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 contenidas en esta.

⁷ Este es el término que utiliza la ley; no obstante, el apropiado sería “sostenible”. “Sustentable” es un término que en la teoría de la gramática inglesa se conoce como *false cognate*, es decir “amigo falso”, es similar en la ortografía en ambos idiomas; pero el significado no es el mismo. La búsqueda del término “sustentable” en el *Diccionario de la Real Academia Española* arroja la siguiente definición: “Que se puede sustentar o defender con razones”. En cambio, la definición del término “sostenible” tiene dos acepciones, la primera tiene la misma denotación que “sustentable”: “Que se puede sostener. *Opinión, situación sostenible*”. La segunda acepción es la que nos interesa: “Especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medioambiente. *Desarrollo, economía sostenible*”.

ciaras y del Ambiente Periglacial⁸. No obstante, la ley fue vetada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto 1837/2008⁹.

La ley establecía que se debía realizar un inventario donde se incluirían los glaciares y las geoformas periglaciales. Con respecto a este punto en los fundamentos del veto se expresó, que debido a que la gran mayoría de los glaciares que están ubicados en nuestro país, se encuentran en las adyacencias del límite internacional con la República de Chile en áreas que se encuentran pendientes de demarcación, la inclusión o exclusión de los glaciares en el inventario, podría tener efectos en relación con los trabajos de demarcación en curso.

En relación con las actividades prohibidas establecidas en la ley, en el veto se objetó que el establecimiento de presupuestos mínimos se limitara a la absoluta prohibición de actividades, que son las mismas que prohíbe la ley actual, que veremos más adelante. Sin embargo, la prohibición directa de ciertas actividades es una aplicación del principio de precaución admitida a nivel internacional, debido a que no hay certeza científica de que estas actividades puedan desarrollarse en perfecto cuidado del ambiente, por lo que se aplica este principio establecido en el art. 4º de la Ley General del Ambiente 25.675 (en adelante, LGA) y en el art. 16 de la Declaración de Río.

En este sentido, el Protocolo de Madrid sobre Medio Ambiente al Tratado Antártico directamente prohíbe la explotación de los recursos minerales (art. 7º). Asimismo, por ejemplo el Parque Nacional de los Glaciares fue declarado Parque Nacional de conformidad con la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural¹⁰ en 1981. La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) elaboró categorías de áreas protegidas, una de las categorías son los parques nacionales, donde la UICN plantea que la actividad extractiva hidrocarburífera y minera debe estar prohibida¹¹.

En el mismo sentido, el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires emitió un documento donde esgrimía su repudio al veto y allí se aseveraba:

Que desde el punto de vista estrictamente técnico, como lo ha manifestado recientemente el INTI entre otras instituciones, no existen antecedentes mundiales de operaciones mineras, petrolíferas, industriales o arquitectónicas de gran dimensión, en o sobre formaciones glaciares o periglaciares que hayan resultado de nulo o mínimo impacto sobre las mismas”. Y “Que la conservación de los recursos naturales de la na-

⁸ Ley 26.418. Ley de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Sancionada por el Honorable Concejo de la Nación el 22/10/2008.

⁹ Decreto nacional 1837/2008. Veto total de la ley 26.418. Publicado en el Boletín Oficial de la Nación el 11/11/2008.

¹⁰ [En línea] <http://whc.unesco.org/en/list/145> [Consulta: 29/1/2016].

¹¹ [En línea] http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn_advice_note_on_mining_in_wh_sites_final_060512_2.pdf y http://www.iucn.org/about/work/programmes/gpap_home/gpap_quality/gpap_pacategories/ para ver los tipos de áreas naturales protegidas [Consulta: 29/1/2016].

ción y del pueblo argentino (herencia innegable para las generaciones venideras) y la preservación de la salud de la población de las zonas linderas que dependen de los recursos hídricos que proveen los glaciares deben anteponerse a los intereses económicos”¹².

Previamente en el comunicado se aclaraba: “Que el agua dulce es un recurso estratégico y que la protección y salvaguarda de aquella que se encuentra congelada en los glaciares de latitudes medias es una obligación indelegable del Estado Nacional”.

Asimismo se resaltaba que el proyecto de ley 26.418 fue elaborado en forma participativa por organismos nacionales de Ciencia y Tecnología, entre los que se destaca el IANIGLA (Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales - CONICET), mediante consultas con diversas organizaciones sociales.

En el decreto se remarcó que en la actualidad las autoridades provinciales, previo a la autorización de cualquier actividad y a la concreción de cada inversión, verifican la viabilidad técnica y ambiental de su realización y solo autorizan aquellas actividades que pueden realizarse en el marco sostenible del ambiente, por eso se objetó que en el art. 15 de la ley se exigiera que las actividades en ejecución se sometieran a nuevas auditorías ambientales a resultados de la cual podría disponerse el traslado o cese de la actividad. Sin embargo, luego del nuevo reparto de competencias ambientales en la Constitución a la que hemos hecho referencia, las provincias deben adecuarse a lo establecido en los presupuestos mínimos.

En el decreto también se hizo alusión al documento titulado “Declaración de las Provincias Cordilleranas: afirmación de sus competencias en materia de cuidado ambiental” firmado por los gobernadores de las provincias de San Juan, Salta, Jujuy, Catamarca, La Rioja, Santa Cruz, Río Negro y Tierra del Fuego donde se expresó la “preocupación con lo dispuesto por la norma sancionada porque repercutiría negativamente en el desarrollo económico y en las inversiones que se llevan a cabo en dichas provincias”¹³.

En ese mismo documento, los gobernadores propusieron un “modelo de norma” que fue adoptado en términos generales, con algunas excepciones, por las cinco provincias que cuentan en sus jurisdicciones con normas provinciales sobre glaciares, como veremos más adelante.

Por último, en el veto se afirmó que el Proyecto de ley sancionado al disponer sobre recursos provinciales, excede el alcance de las facultades reservadas a la Nación en el art. 41 de la Constitución Nacional. Tal como hemos dicho, las autoridades provinciales están obligadas a sujetar su accionar a las leyes nacio-

¹² [En línea] <http://www.fcen.uba.ar/agrupaciones/sumatoria/proyectos/glaciares.pdf> [Consulta: 29/1/2016].

¹³ [En línea] <http://www.miningpress.com.ar/nota/48962/las-provincias-cordilleranas-afirmaron-sus-competencias-ambientales-la-declaracin-completa> [Consulta: 29/1/2016].

nales de presupuestos mínimos, teniendo, por su parte, facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental.

Luego, se elaboraron otros dos proyectos que fueron tratados en el Congreso de la Nación¹⁴, se efectuaron una serie de modificaciones al texto que había sido observado por el Poder Ejecutivo Nacional y finalmente se sancionó la ley 26.639 que fue promulgada en forma automática¹⁵.

1.1.2. Gestión Ambiental de Aguas Ley 25.688

Los glaciares son reservas estratégicas de recursos hídricos, así lo establece la ley 26.639 que estudiaremos a continuación, por consiguiente al hablar de glaciares estamos hablando de agua, es por ello que debemos hacer referencia a la Ley de Gestión Ambiental de Aguas 25.688 cuyo objeto es la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional (art. 1º), sancionada por el Congreso Nacional en el año 2002 como norma de presupuestos mínimos.

Adelantamos nuestra opinión en el sentido de que la temática de glaciares podría estar incluida en la ley de presupuestos mínimos sobre agua. Cabe manifestar que la ley 25.688, sin perjuicio de las modificaciones que pueda merecer para ser mejorada, es una ley plenamente vigente, aunque resulte escaso su nivel de operatividad a nivel administrativo, toda vez que la norma aún no ha sido reglamentada pese a encontrarse sobradamente vencido el plazo para ello.

Entrando en el análisis particular de la ley 25.688, para definir el ámbito de aplicación material de la norma y, consecuentemente, el bien jurídicamente protegido, debemos remitirnos al art. 2º, el cual establece que se entenderá por agua a toda “aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de agua naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas”.

Es decir que la ley se refiere a tres tipos de recursos hídricos: los superficiales (mares, ríos, arroyos, lagos, lagunas, etc.), los subterráneos (acuíferos, napas freáticas, etc.) y los atmosféricos (vapor de agua, nubes).

Con respecto a los recursos hídricos naturales y artificiales, cabe interpretar que cuando la norma refiere a aguas “artificiales” lo hace para alcanzar aquellos cuerpos de agua superficiales o subterráneos que, habiendo sido creados por el hombre, resultan asimilables a un recurso natural, como por ejemplo un lago artificial, un canal o un embalse¹⁶.

En relación con los estados en que se encuentra el agua en la naturaleza —sólido, líquido y gaseoso— queda claro que la norma alcanza a los recursos hídricos en su estado líquido —cuerpos y cursos de agua— y en su estado

¹⁴ Uno de los proyectos fue presentado por el senador Filmus, el otro por el diputado Bonasso.

¹⁵ Ley 26.639. Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 28/10/2010.

¹⁶ NONNA, WAITZMAN y DENTONE, *op. cit.*, p. 63.

gaseoso —aguas atmosféricas—, pero la ley no especifica acerca del agua en estado sólido —nieve, glaciares, *permafrost*¹⁷, etc.— por lo que queda margen para interpretar si estos cuerpos se encuentran o no alcanzados.

Si se considera que uno de los principios rectores más importantes en materia de gestión de los recursos hídricos es el principio de unidad del ciclo hidrológico¹⁸ y que tanto los glaciares, como el ambiente periglacial forman parte de este ciclo y de las cuencas hidrográficas, con importantes funciones de regulación y reserva de recursos hídricos, ellos deberían ser parte del bien jurídicamente protegido, cuando de protección ambiental del agua se trata en el sentido que ya adelantamos.

Si bien esto puede parecer una mera disquisición de técnica legislativa, la cuestión reviste verdadera importancia si lo que se desea es lograr un sistema jurídico eficiente y efectivo en el cual no existan contradicciones, superposiciones o sobreabundancia de normas, es decir que las normas sean sostenibles.

En 2014 en el fallo “Kersich”¹⁹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el derecho humano al agua con basamento en el principio precautorio. Del mismo modo, la Asamblea General de la ONU está desarrollando el derecho humano de acceso al agua potable como un micro y macro bien ambiental contenido en la resolución A/HRC/RES/27/7, que fue dictada por el Consejo de Derechos Humanos en el mes de septiembre de 2014.

1.2. Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Ley 26.639

Finalmente, en el año 2010 se sancionó la ley 26.639 denominada “Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”, la novena ley de presupuestos mínimos de la República Argentina.

¹⁷ *Permafrost* o permacongelamiento: capa de hielo permanentemente congelado en los niveles superficiales del suelo.

¹⁸ CONSEJO HÍDRICO FEDERAL (COHIFE), “Principios rectores de la Política Hídrica”, www.cohife.org.ar. Principio 2. El agua que utilizamos tiene un único origen: toda el agua que utilizamos, ya sea que provenga de una fuente atmosférica, superficial o subterránea, debe ser tratada como parte de un único recurso, reconociéndose así la unicidad del ciclo hidrológico y su importante variabilidad espacial y temporal. La conectividad hidrológica que generalmente existe entre las distintas fuentes de agua hace que las extracciones y/o contaminaciones en una de ellas repercutan en la disponibilidad de las otras. De ello se desprende la necesidad de que el Estado ejerza controles sobre la totalidad de las fuentes de agua, dictando y haciendo cumplir la normativa para el aprovechamiento y protección de las diversas fuentes de agua como una sola fuente de suministro.

¹⁹ CSJN, 2/12/2014, “Kersich Juan Gabriel v. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo”. [En línea] <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=717572> [Consulta: 29/1/2016].

1.2.1. Ámbito de aplicación. Alcance

La ley establece, en el marco de lo previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional, los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial, porque considera que constituyen 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.

En el mismo artículo se consagra a los glaciares y al ambiente periglacial como bienes de carácter público.

Ya hemos destacado “...positivamente que la norma haya receptado la estrecha vinculación existente entre la protección de los glaciares y la gestión de los recursos hídricos, al establecerse como finalidad la protección ambiental, la de preservar las reservas y las fuentes de recarga de las cuencas hídricas”²⁰.

Respecto a la determinación del ámbito de aplicación material de la ley, se define a glaciar como “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”.

Asimismo, en el mismo art. se define al ambiente periglacial en la alta montaña como el “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” (art. 2°).

Este fue uno de los artículos que generó el veto de la ley 26.418 por incluir al ambiente periglacial dentro de la definición del ámbito de aplicación de la ley, finalmente se mantuvo la inclusión de este espacio en la ley 26.639.

Debe tenerse presente que los glaciares y el ambiente periglacial ubicados sobre la cordillera de los Andes, constituyen cabecera o fuente de gran parte de las cuencas hídricas de nuestro país. Muchos de nuestros ríos se originan en la cordillera y descienden desde allí hasta desembocar en el Atlántico.

También los glaciares cumplen una función de regulación del ecosistema, ya que en sus ciclos de congelamiento o descongelamiento van permitiendo el aporte gradual de caudal hídrico para las cuencas.

Cabe señalar que del total de agua que cubre el planeta (71% de la superficie total de la Tierra), el 96,5% es agua salada y se encuentra ubicada principalmente en los océanos y los mares. Solo el 3,5% del volumen total es agua

²⁰ NONNA, WAITZMAN y DENTONE, *op. cit.*, p. 86.

dulce y de este 3,5%, los glaciares y casquetes polares constituyen el 1,74%; los depósitos subterráneos (acuíferos), los *permafrost* y los glaciares continentales el 1,72% y el restante 0,04% se reparte en orden decreciente entre lagos, la humedad del suelo, atmósfera, embalses, ríos y seres vivos²¹.

Como ya expresamos, cuando hablamos de glaciares estamos hablando principalmente de agua, es por esto que en los fundamentos del proyecto de ley se puntualizó sobre la situación referida a la cada vez más creciente escasez de agua potable a nivel mundial, y sobre el carácter estratégico y esencial que se le da a este recurso en materia de desarrollo sostenible.

Hemos advertido que esta ley debe ser interpretada y aplicada en modo armónico y sistémico con la legislación vigente en materia de presupuestos mínimos aplicables a los recursos hídricos, la Ley 25.688 sobre Régimen Ambiental de Gestión de Aguas²² que tratamos en el punto anterior.

En relación con las fuentes o las causas del deterioro ambiental de los glaciares, debe considerarse que estas no siempre se encuentran en aquellas actividades antrópicas que se desarrollan en forma más próxima a los glaciares. Algunos factores importantes de degradación ambiental hallan sus causas en fuentes muy remotas.

Como ejemplo de ello, puede observarse que el aspecto referido al retroceso de los glaciares, hoy tal vez uno de los fenómenos que más atención despierta y que el propio legislador aborda directamente en los fundamentos de la norma, aunque indirectamente en el cuerpo de la ley, no se encuentra vinculado a las actividades que se desarrollan en la zona glacial o periglacial, sino a causas globales, como es el calentamiento global.

Consecuentemente, vale considerar que las acciones y políticas que se instrumenten en materia de protección ambiental de glaciares, deben prever indispensablemente acciones vinculadas a la mitigación del cambio climático.

En tal sentido, entendemos que medidas tales como la elaboración de un inventario nacional de glaciares o la prohibición de ciertas actividades en los mismos, pueden resultar insuficientes o inadecuadas si no se prevén otras acciones vinculadas al origen de la problemática del retroceso o desaparición de los glaciares.

En la misma línea, consideramos fundamental a efectos de dotar de efectividad a la norma, que las políticas en materia energética, de transporte, de conservación de bosques nativos o de ganadería, todas cuestiones directamente vinculadas con el calentamiento global en nuestra región, resulten coherentes con el fin protectorio de los glaciares.

²¹ "Earth's water distribution". US Geological Survey.

²² Ley nacional 25.688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 3/1/2003.

1.2.2. Autoridades de Aplicación

La ley denomina “autoridades competentes” a las que “determine cada jurisdicción” y “Autoridad de Aplicación” al “organismo nacional de mayor nivel jerárquico con competencia ambiental”, tomando un esquema similar al de la Ley 25.916 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de Residuos Domiciliarios²³.

En cuanto a ello, Nonna, Waitzman y Dentone consideran más acertada la técnica legislativa adoptada en la Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos²⁴ en donde, a través de sus arts. 10 y 11, se determinaron como autoridades de aplicación de la ley a los organismos que la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires determinen en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones; y se designó a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación —en ese momento, la máxima autoridad ambiental a nivel nacional— como autoridad de aplicación.

Las leyes de presupuestos mínimos sancionadas hasta la fecha, han presentado una evolución en la técnica legislativa adoptada, en este caso, para determinar a las autoridades de aplicación teniendo en cuenta el reparto de competencias consagrado en el art. 41 de la CN, tercer párrafo.

En este sentido, cabe considerar que, diferenciar a la autoridad nacional o provincial por el concepto de “autoridades competentes” o “autoridades de aplicación” no resulta adecuado, ya que todas estas autoridades son a la vez competentes y de aplicación. Es decir, la Autoridad Nacional es a la vez competente y es autoridad de aplicación; lo mismo sucede para las autoridades provinciales.

Por lo tanto, aquí la diferencia no pasa por si son “competentes” o “de aplicación”, como lo hace el legislador, sino por el ámbito territorial o material en el cual cada autoridad ejerce su jurisdicción o su competencia. Es decir, son todas autoridades de aplicación, cada una en el ámbito de su jurisdicción, tal como dispuso la ley de bosques citada.

La ley establece que será autoridad de aplicación el organismo nacional de mayor nivel jerárquico con competencia ambiental, es por ello que la Secretaría de Ambiente fue designada Autoridad de Aplicación en la Reglamentación. No obstante, en el año 2015 por decreto 13/2016 se creó el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, que entonces es la autoridad de aplicación actual de la ley. Afortunadamente, mediante el decreto 223/2016 se modificó el nombre a Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable²⁵. En el caso de las

²³ Ley nacional 25.916 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de Residuos Domiciliarios. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 7/9/2004.

²⁴ Ley nacional 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 26/12/2007.

²⁵ La primera vez que los traductores de Naciones Unidas tuvieron que traducir el término *environment* al español, ofrecieron dos alternativas separadas por una barra: “medio/ambiente”, ambos son sustantivos, se debía elegir una opción. Seguramente la confusión la dio a lugar el hecho de que el término “medio” también es un adjetivo, por lo que las dos palabras permanecieron

áreas protegidas comprendidas por la ley 22.351, será autoridad competente la Administración de Parques Nacionales (art. 8°).

1.2.3. Actividades prohibidas. Evaluación de Impacto Ambiental y Auditoría Ambiental

Uno de los artículos que más polémica generó fue el art. 6°, donde se establecen las actividades prohibidas en los glaciares que puedan afectar su condición natural o las funciones señaladas en el art. 1°, las que impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance, en particular las siguientes:

a) La liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial;

b) La construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica y las prevenciones de riesgos;

c) La exploración y explotación minera e hidrocarburífera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial;

d) La instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales.

Debe tenerse presente que este es el artículo que más debate generó durante el trámite legislativo y que motivó principalmente el veto a la primera ley, en virtud de afectar de modo directo intereses vinculados a la actividad minera e hidrocarburífera.

En consonancia con los arts. 8° y 11 de la LGA, la ley 26.639 exige la realización de la evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención, de todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas. En el desarrollo de estas evaluaciones se garantizará una instancia de participación ciudadana de acuerdo con lo establecido en los arts. 19, 20 y 21 de la ley 25.675, en forma previa a su autorización y ejecución, conforme a la normativa vigente (art. 7°).

Se exceptúan del requisito de la evaluación de impacto ambiental y la evaluación ambiental estratégica, ciertas actividades menores de muy bajo impacto ambiental.

Respecto de las actividades en funcionamiento al momento de sanción de la ley, el art. 15 dispuso a modo de cláusula transitoria que estas deberían, en un plazo máximo de 180 días, someterse a una auditoría ambiental. En caso de verificarse “impacto significativo” sobre los glaciares o el ambiente periglacial,

en la traducción al español. Decir “medio ambiente” es igual que decir “casa departamento”, es un término redundante conformado por dos sustantivos con el mismo significado.

“las autoridades dispondrán las medidas pertinentes... pudiendo ordenar el cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondan”.

En tal sentido, consideramos que este sistema de herramientas debe resultar útil para la readecuación, modificación, rechazo o cese de actividades. Asimismo con basamento en el principio de precaución debería prohibirse particularmente determinada tecnología o proceso como puede ser el caso de la minería a cielo abierto o la utilización de cianuro, como sucede actualmente en la Comunidad Europea. También está prohibida la utilización de esta sustancia en la Provincia de Mendoza por disposición de la ley 7722 conocida como “ley antiminera”²⁶, que recientemente fue declarada constitucional por la Corte Suprema de la Provincia²⁷.

1.2.4. Régimen de sanciones e infracciones

En cuatro artículos (arts. 11 a 14) la ley consagra el régimen de sanciones e infracciones de carácter subsidiario. Se ha tomado acertadamente, según Nonna, Waitzman y Dentone, el criterio de la ley de bosques, atento a que el poder sancionador corresponde en principio a las jurisdicciones locales, ya que esta cuestión también presenta un avanzado grado de evolución en la técnica legislativa aplicada a las normas de presupuestos mínimos.

Es decir que las sanciones las dictará cada jurisdicción conforme el poder de policía que les corresponde, pero no podrán ser inferiores a las que establece esta Ley de Presupuestos Mínimos. Asimismo, la ley establece que las jurisdicciones que no cuenten con un régimen de sanciones aplicarán supletoriamente sanciones que corresponden a la jurisdicción nacional.

La ley consagra la responsabilidad solidaria en el caso de que el infractor fuere una persona jurídica (art. 13). Los importes percibidos por las autoridades competentes, en concepto de multas, se destinarán, prioritariamente, a la protección y restauración ambiental de los glaciares afectados en cada una de las jurisdicciones (art. 14).

En relación con el Sector Antártico Argentino, se consagra que la aplicación de la ley estará sujeta a las obligaciones asumidas por la República Argentina en virtud del Tratado Antártico y del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (art. 16).

²⁶ [En línea] <http://observatoriomendoza.com.ar/wp-content/uploads/2015/07/Ley-7722.pdf> [Consulta: 29/1/2016].

²⁷ [En línea] <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4519771086> [Consulta: 29/1/2016].

1.2.5. Inventario Nacional de Glaciares

La ley dispone la elaboración del Inventario Nacional de Glaciares, que será realizado y de responsabilidad del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA) con la coordinación de la autoridad nacional de aplicación, que de acuerdo con el art. 9° es el organismo nacional de mayor nivel jerárquico con competencia ambiental —hoy el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable— allí se individualizarán todos los glaciares y geofomas periglaciares que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo (arts. 3° y 5°).

El Inventario Nacional de Glaciares incluirá ciertos contenidos mínimos, la información de los glaciares y del ambiente periglacial por cuenca hidrográfica, ubicación, superficie y clasificación morfológica de los glaciares y del ambiente periglacial. Se dispone una actualización mínima cada cinco años que deberá verificar los cambios en superficie de los glaciares y del ambiente periglacial, su estado de avance o retroceso y otros factores que sean relevantes para su conservación (art. 4°).

Se dará intervención al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto cuando se trate de zonas fronterizas pendientes de demarcación del límite internacional previo al registro del inventario (art. 5°), esta fue una de las cuestiones observadas en el veto a la ley 26.418.

Tal como se explica en los fundamentos del Proyecto, el inventario resulta esencial para conocer el estado de situación y evolución de los glaciares, para poder planificar adecuadamente las políticas ambientales de protección.

Hemos sostenido que hubiera sido acertado sumar a las autoridades provinciales en la coordinación necesaria para la ejecución del Inventario. Esta cuestión se encuentra más adecuada a la distribución de competencias existente, en particular entre la Nación y las Provincias en materia de control de la calidad ambiental, conforme lo establecido en el tercer párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional²⁸.

1.2.6. ¿Qué se ha hecho?

Se ha avanzado en torno a la obligación de coordinar la realización y actualización del Inventario Nacional de Glaciares, a través del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA) (art. 10, inc. c]).

El Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales entregó el 22 de mayo de 2014 ante la Dirección de Normativa Ambiental de la Secretaría de Ambiente, el informe de avance del Inventario Nacional de Glaciares (ING) en el marco de la ley 26.639. Los cuerpos de hielo allí identificados equivalen a 17 veces el tamaño de la Ciudad de Buenos Aires, hasta el momento

²⁸ NONNA, WAITZMAN y DENTONE, *op. cit.*, p. 88.

se relevaron cuerpos de hielo en algunas de las once provincias. Además, se presentaron los datos finales de seis subcuencas hidrográficas, donde todavía se están realizando relevamientos más detallados.

El documento se titula “Fundamentos y Cronograma de Ejecución del Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial”²⁹. Algunos de los más de 4000 cuerpos de hielo a los que hace referencia el informe se registraron en distintas subcuencas de las provincias de Mendoza, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

El inventario se realiza en dos etapas: la delimitación en el laboratorio de las áreas cubiertas por los glaciares y el control de campo. Para la primera, los investigadores usan imágenes satelitales provistas por la Comisión Nacional de Actividades Espaciales (CONAE) y organismos internacionales. En la segunda, se seleccionan algunas zonas para corroborar los resultados obtenidos en laboratorio y hacer un control.

1.2.7. Cuestiones pendientes

A pesar de lo dicho *ut supra*, no se ha cumplido con la manda establecida en el inc. d) del art. 10 referida a la remisión al Congreso de la Nación, de un informe periódico sobre el estado de los glaciares y el ambiente periglacial existentes en el territorio argentino, así como de los proyectos o actividades que se realicen sobre glaciares y el ambiente periglacial o sus zonas de influencia.

Tampoco se ha cumplido con la primera función que establece el art. 10 de la ley, que exige formular las acciones conducentes a la conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial, en forma coordinada con las autoridades competentes de las provincias, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), y con los ministerios del Poder Ejecutivo Nacional en el ámbito de sus respectivas competencias.

Asimismo, la autoridad nacional de aplicación debería aportar a la formulación de una política referente al cambio climático acorde con el objetivo de preservación de los glaciares y el ambiente periglacial, tanto en la órbita nacional, como en el marco de los acuerdos internacionales sobre cambio climático.

Resta establecer cuáles son las áreas prioritarias según el art. 15, es decir aquellas que se consideran prioritarias por la existencia de las actividades contempladas en el art. 6°. El IANIGLA ha establecido que toda la provincia de San Juan se considera área prioritaria, sin embargo falta determinar el resto de las provincias donde hay zonas prioritarias.

Asimismo, en el caso de San Juan por ejemplo no se ha sometido a estas actividades a la auditoría ambiental que marca la ley en el segundo párrafo del art. 15. Recordemos en este sentido que el 13 de septiembre de 2015 se ha re-

²⁹ [En línea] <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/SUBpolitica/file/CronogramaInventarioGlaciaresIANIGLA.pdf> [Consulta: 11/2/2016].

gistrado un accidente en la provincia de San Juan en la mina de Veladero, zona de Potrerillos, en donde una fuga de solución enriquecida contaminó el Río del mismo nombre.

Queda también pendiente la presentación pública del informe que presentara el IANIGLA a la SAyDS en 2014, algo que la autoridad ambiental nacional anunció en tres oportunidades y canceló la misma cantidad de veces, lo que no ha permitido el acceso a la información contenida en dicho informe.

1.2.8. Reglamentación parcial

A pesar de que se establece en la ley que deberá reglamentarse en el plazo de noventa días a partir de su publicación en el Boletín Oficial (art. 17), la ley se encuentra aún reglamentada parcialmente mediante el decreto 207/2011.

En los fundamentos del decreto se estableció que varios artículos de la ley debido a su especificidad, resultan en principio autosuficientes para su aplicación, como ejemplo de ello se resaltó los arts. 1º, 2º, 3º, 6º, 8º y del 10 al 17, puesto que “...el carácter enunciativo y régimen sancionatorio contenido en los mismos resultan por sí mismos operativos sin que se requiera complementación alguna”.

Se destaca que resulta necesario reglamentar el Inventario Nacional de Glaciares ordenado por la ley, sentando las bases para un estudio a largo plazo de los cuerpos de hielo de la República Argentina, su dinámica, hidrología y relación con el ambiente, definiendo metodologías de mapeo y monitoreo sistemáticos aplicables a las diferentes regiones y condiciones ambientales existentes a lo largo de la Cordillera de los Andes, y que es menester facultar a la Autoridad de Aplicación para dictar las normas necesarias para una correcta implementación del régimen de que se trata.

En la reglamentación de los arts. 4º y 5º se establecen los objetivos específicos del Inventario Nacional de Glaciares entre los que se destacan: implementar metodologías apropiadas para un mapeo y monitoreo eficiente y detallado de los glaciares; desarrollar recursos humanos en la República Argentina a fin de abordar la implementación y ejecución de dicho Inventario y asegurar su continuidad en el tiempo; definir el tipo y nivel de detalle necesario para que la información glaciológica y geocriológica obtenida permita un manejo adecuado de las reservas estratégicas de recursos hídricos; organizar la base de datos del Inventario Nacional de Glaciares de manera eficiente y ordenada utilizando un sistema de informática *online* de almacenamiento, intercambio y publicación de los resultados parciales y/o finales; establecer un sistema integrado de observaciones de “cuerpos de hielo / clima” que permita a través de un monitoreo periódico y en sitios cuidadosamente seleccionados, determinar los principales factores climáticos que afectan la evolución de las reservas estratégicas de recursos hídricos en el corto y largo plazo; identificar posibles impactos por la pérdida de las masas de hielo que podría tener sobre el manejo de los recur-

sos hídricos y otras actividades humanas asociadas; establecer un Programa de Difusión de la información resultante del Inventario Nacional de Glaciares, a través de una política de datos abierta y de libre acceso a la información, con el fin de promover los conocimientos adquiridos e incentivar su uso por parte de organismos públicos y privados, los tomadores de decisiones, educadores, científicos y el público en general. En relación con este último objetivo, vale aclarar que es posible consultar la página web de la SAyDS³⁰.

En el decreto se estableció que el Inventario Nacional de Glaciares se organizará geográficamente por grandes Regiones que agrupan cuerpos de hielo con características morfológicas y ambientales relativamente similares, y se incluyó la siguiente clasificación:

A) Andes Desérticos, que incluye todo el Noroeste Argentino y el sector norte de la Provincia de San Juan, incorporando la cuenca del Río Jachal;

B) Andes Centrales, que incluye la Región desde la cuenca del Río San Juan en la Provincia del mismo nombre hasta la cuenca del Río Colorado de la Provincia del Neuquén;

C) Andes del Norte de la Patagonia, que incluye desde la cuenca del Río Neuquén hasta las Cuencas de los Ríos Simpson, Senguerr y Chico en la provincia de Santa Cruz;

D) Andes del Sur de la Patagonia, que incluye las cuencas del Río Deseado y los Lagos Buenos Aires y Pueyrredón, hasta las cuencas del Río Gallegos y Río Chico en la Provincia de Santa Cruz;

E) Andes de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur.

Se especifica que dentro de estas regiones y cuencas principales, los trabajos del Inventario se focalizarán en las subcuencas hídricas que posean aporte de cuerpos de hielo permanentes. El Inventario Nacional de Glaciares se implementará mediante una estrategia de observación jerárquica de todos los glaciares y crioformas del país, consistente en aplicar tres (3) sistemas escalonados de estudio o niveles:

Nivel 1: Identificación, mapeo y caracterización de los glaciares y geofor-
mas periglaciales que actúan como reservas hídricas en el territorio nacional.

Nivel 2: Estudio de fluctuaciones recientes en las últimas décadas y años, de cuerpos de hielo seleccionados.

Nivel 3: Estudios detallados de cuerpos de hielo seleccionados en las distintas Regiones del país.

En la página del Ministerio de Ambiente se informa que el Inventario se encuentra en el Nivel 1 de desarrollo³¹.

En la reglamentación del art. 7º se define a la Evaluación Ambiental Estratégica como aquel proceso sistemático de estudio de impactos ambientales de las políticas, planes o programas y de sus alternativas, incluyendo la prepa-

³⁰ [En línea] <http://www.glaciaresargentinos.gob.ar> [Consulta: 31/3/2016].

³¹ [En línea] <http://www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=14464> [Consulta: 31/3/2016].

ración de un informe escrito y las conclusiones de la evaluación y su uso en los procesos de decisiones públicas.

En la reglamentación se establece que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable era la autoridad de aplicación de la Ley, el Ministerio de Ambiente ocupa ahora esa posición luego de su creación.

1.3. Normativa provincial sobre glaciares

Como hemos adelantado, las normas provinciales fueron dictadas luego de que el Poder Ejecutivo Nacional vetara el proyecto de ley de presupuestos mínimos registrado bajo el número 26.418 sancionado por el Congreso de la Nación.

El documento titulado “Declaración de las Provincias Cordilleranas: afirmación de sus competencias en materia de cuidado ambiental” al que hicimos referencia, incluía el modelo de ley a dictar por las provincias, y allí se sostenía que el objetivo de esta norma, al igual que en otras provincias, era evitar el progreso de una norma como la vetada, objetivo que no se cumplió, ya que se sancionó la ley 26.639.

1.3.1. Normas provinciales

Cinco provincias han dictado hasta el momento normas sobre glaciares: San Juan, Jujuy, Salta, La Rioja y Santa Cruz. Todas estas normas cumplen parcialmente con la Ley de Presupuestos Mínimos, que es lo mismo que decir que la incumplen parcialmente.

- San Juan

En el caso de San Juan se trata de la ley 8144 denominada “Ley Provincial de Protección de los Glaciares” que fue publicada en el año 2010.

Se observa que su objeto es menos protectorio que la ley 26.639, ya que solo se contemplan sus funciones como reservas estratégicas de recursos hídricos y proveedores de agua de recarga de cuencas hidrográficas. Es decir que no se contempla su preservación para la protección de la biodiversidad, como fuente de información científica y como atractivo turístico.

Con respecto a la definición de los glaciares, no coincide con la definición establecida en la ley nacional, básicamente esta ley provincial no incluye dentro de su ámbito de aplicación material al ambiente periglacial.

En relación con las actividades prohibidas en los glaciares, no se refiere a la prohibición de aquellas actividades que puedan afectar su condición natural según establece la ley de presupuestos mínimos, sino solo a las que impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance. No se enumeran taxativamente, tal como lo hace la ley de presupuestos mínimos en sus cuatro incisos del art. 6°.

Con respecto a la evaluación de impacto ambiental, no se hace mención a la evaluación ambiental estratégica, ni tampoco se garantiza la instancia de participación ciudadana tal como lo exige la ley de presupuestos mínimos.

Las multas que se establecen son menores a las establecidas en la ley de presupuestos mínimos, y tampoco hay referencia a las disposiciones sobre el sector antártico argentino.

- Jujuy

Con respecto a la provincia de Jujuy, se trata de la ley 5647 denominada “Ley Provincial de Protección de Glaciares” que fue publicada el 14 de julio de 2010. El texto es casi idéntico a la ley de la provincia de San Juan, es por esto que las consideraciones que realizamos son las mismas, salvo que en este caso se contempla la evaluación ambiental estratégica.

- Salta

En relación con la provincia de Salta, se trata de la ley 7625 denominada “Ley sobre Inventario y Protección de Glaciares” que fue publicada el 1 de noviembre de 2010 y las consideraciones son las mismas que realizamos con respecto a las normas anteriores, salvo que también contempla a la evaluación ambiental estratégica.

- La Rioja

Con respecto a La Rioja, se trata de la ley 8773 denominada “Ley Provincial de Protección de Glaciares” publicada el 8 de julio de 2010, las mismas consideraciones son aplicables, en este caso también se contempla a la evaluación ambiental estratégica.

- Santa Cruz

Con respecto a Santa Cruz, se trata de la ley 3123 denominada “Ley de Protección de Glaciares de la Provincia de Santa Cruz” que fue publicada el 1 de noviembre de 2010. Corresponde destacar que es la única norma provincial que cumple casi en su totalidad con los presupuestos mínimos, referidos a las actividades prohibidas detalladas en el art. 6° de la ley nacional.

Esta ley provincial prohíbe las mismas actividades que prohíbe la ley nacional; sin embargo, no prohíbe la exploración y explotación minera e hidrocarbúrfica que se desarrolla en el ambiente periglacial, solo prohíbe esta actividad en los glaciares.

Asimismo, es la única norma provincial que cumple con los presupuestos mínimos nacionales referidos a las infracciones y sanciones.

1.3.2. Propuesta de armonización

La propuesta que realizamos con respecto a estas normas provinciales es formular las modificaciones legislativas necesarias para que las leyes provinciales cumplan en su totalidad con los presupuestos mínimos establecidos en la ley 26.639.

Con sede en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, desde el año 2014 estamos desarrollando el proyecto UBACyT titulado “Un análisis normativo y jurisprudencial del nuevo esquema de competencias en materia ambiental. Aportes a veinte años de la Reforma de la Constitución Nacional”³² en el que analizamos la normativa provincial vigente y su congruencia con las normas de presupuestos mínimos.

2. JURISPRUDENCIA

Hemos dicho³³ que los pronunciamientos judiciales en la materia ambiental, son factores esenciales a efectos de interpretar los hechos de la realidad en constante mutación, utilizando el obligado filtro del derecho positivo, a la vez que respetando fielmente los tres principios básicos de todo el Estado de Derecho, cuales son el de legalidad, el de razonabilidad y la seguridad jurídica.

Resulta por tanto fundamental, tener en cuenta cómo se han expresado nuestros jueces en la materia bajo estudio, a través de un breve comentario de dos casos.

2.1. “*Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro v. Estado Nacional*”

El 3 de julio de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó sentencia en el caso “*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro v. Estado Nacional*”³⁴, se trataba de una acción declarativa de inconstitucionalidad y en el mismo sentido y en la misma fecha resolvió en los autos “*Minera Argentina Gold SA v. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*” y en “*Asociación Obrera Minera SA y otras v. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”.

³² Los avances del proyecto de investigación podrán consultarse [En línea] <http://www.ubacytambiental.com.ar/> [Consulta: 29/1/2016].

³³ NONNA, Silvia, “La materia ambiental a los ojos de los Jueces”, con la colaboración de Azcurra María Luján y Slonimsky Daniela. Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro. 2002.

³⁴ CSJN, “*Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro v. Estado Nacional*”, 3/7/2012. [En línea] <http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-barrick-exploraciones-argentinas-sa-otro-estado-nacional-accion-declarativa-inconstitucionalidad-fa12000094-2012-07-03/123456789-490-0002-1ots-eupmocsollaf> [Consulta: 31/3/2016].

En el primer caso referido, el juez a cargo del Juzgado Federal nro. 1 de San Juan había hecho lugar a la medida cautelar requerida por Barrick Exploraciones Argentina SA (BEASA) y Exploraciones Mineras Argentinas SA (EMASA) y había dispuesto la suspensión de la aplicación de los arts. 2º, 3º, 5º, 6º, 7º y 15 de la ley 26.639 para el emprendimiento “Pascua Lama”.

El juez había sostenido con respecto de la acreditación de la verosimilitud del derecho por parte de la actora, que el posible enfrentamiento de los arts. 2º, 3º y 5º de la ley 26.639 con los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional y “las prohibiciones contenidas en el art. 6º, generan un estado de incertidumbre acerca de las actividades que desarrollan las actoras BEASA y EMASA en las zonas en las que podrían existir glaciares o ambiente periglacial según la conceptualización que se esgrime en el art. 2º de la ley, y que quedarían determinadas de conformidad con el inventario que crea el art. 3º. El juez había expresado que esta incertidumbre podría afectar el patrimonio y los derechos adquiridos de las empresas en cuestión y sus derechos a ejercer industrias lícitas, de conformidad a lo estipulado en los art. 17 y 14 de la Constitución Nacional. En cuanto a los arts. 6º y 7º de la ley 26.639, el magistrado agregó que debía suspenderlos hasta tanto se dictase la sentencia definitiva.

La CSJN consideró que la decisión del Juez Federal de San Juan objeto del recurso suspendió la aplicación de la ley 26.639 con un fundamento contradictorio ya que sostuvo que la ley contiene una definición amplia e imprecisa y por lo tanto genera un estado de incertidumbre para las empresas. Sin embargo, los magistrados de la Corte Suprema explicaron que, justamente la medida cautelar al suspender algunos de los artículos señalados, neutraliza los procedimientos establecidos por la propia ley para generar la precisión que requiere la peticionante.

Los altos magistrados sostuvieron que una vez que se haya llevado a cabo el inventario de glaciares, se conocerán con exactitud las áreas que se encuentran protegidas por la ley y se podrá determinar si hay glaciares y ambiente periglacial en los lugares en los que se realiza el emprendimiento minero.

Asimismo, los magistrados adujeron que luego de que se realice la auditoría ambiental mandada en el art. 15 de la ley 26.639, se conocerá entonces si la actividad minera de la peticionante se encuentra alcanzada por la ley y recién en ese momento, si correspondiere, esta podrá articular los remedios judiciales que estime pertinentes.

Sostuvieron que la medida no solo era autocontradictoria, sino que además no cumplía con los requisitos mínimos exigibles a toda medida cautelar. En lo que refiere a la verosimilitud del derecho, los magistrados recordaron que las leyes gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, por lo que no basta la mera alegación de un perjuicio cuando todavía no se conoce si la actividad se desarrolla en el ámbito del recurso protegido por la ley.

Finalmente, la Corte Suprema resolvió revocar la medida cautelar otorgada por el Juez Federal de San Juan y denegar el pedido de ampliación de la cautela efectuado por la provincia de San Juan.

Debemos destacar que a pesar de que la CSJN, garantizó la plena aplicación de la ley 26.639, no basó su decisión en el carácter de ley de presupuestos mínimos de la norma en cuestión, sino en una concepción más general referida a que una medida cautelar que suspende parte de una ley tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes.

2.2. “*Minera de Jujuy y otra (provincia de Jujuy v. Estado Nacional)*”

El 30 de diciembre de 2014 la CSJN falló en el caso “Cámara Minera de Jujuy y otra (provincia de Jujuy v. Estado Nacional)”³⁵ donde también se trataba de una acción declarativa de inconstitucionalidad. El juez a cargo del Juzgado Federal nro. 2 de Jujuy había hecho lugar a la medida cautelar requerida por la Cámara Minera de Jujuy, y había suspendido la aplicación de los arts. 2º, 3º, 5º, 6º, 7º y 15 de la ley 26.639.

El juez había sostenido que existía verosimilitud en el derecho porque en su comprensión no podía descartar un conflicto entre los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional. Respecto al peligro en la demora afirmó que *prima facie* la ley 26.639 creó “un estado de incertidumbre e intranquilidad para las entidades mineras que componen la Cámara actora, dada su finalidad de fomentar y promover el desarrollo de la minería en el territorio provincial”. Seguidamente, el juez se había declarado incompetente y había dispuesto la remisión de las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que para la procedencia de una acción meramente declarativa, es imprescindible que la demanda presente un “caso” apto para el control judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa, para preservar de esta manera la garantía de la división de poderes.

Los magistrados sostuvieron que en la presente demanda no se configuraba el caso, ya que la actora no planteó actividad alguna que pudiera causar algún tipo de afectación a sus intereses ya que adujo: “actualmente no se sabe cuál es exactamente la porción del territorio que quedará definida como glaciares y ambiente periglacial...”. Es decir, los magistrados destacaron que el planteo de la actora no superaba la mera hipótesis de que algún proyecto minero sito en la provincia de Jujuy —aunque no se ha individualizado ninguno en la demanda— podría verse afectado por una prohibición cuyo alcance geográfico quedaría delimitado luego de la intervención del Poder Ejecutivo Nacional que manda la ley.

³⁵ CSJN, “Cámara Minera de Jujuy y otra (provincia de Jujuy v. Estado Nacional)”, 30/12/2014.

Los magistrados sostuvieron que la actora ostentaba un interés especulativo ya que no sabía qué se está protegiendo con esta ley que impugnaba, por lo que le resultaba imposible delinear que el acto en ciernes podría afectar sus intereses. Por lo que la actora había impugnado la ley en abstracto, y esta fue suspendida en su vigencia por un juez federal en esa misma condición, y no se vislumbraba cómo la disposición atacada generaba un “estado de incertidumbre” en la medida en que el Poder Ejecutivo Nacional aún no había delimitado el ambiente glaciario y periglacial que cae bajo la prohibición del art. 6° de la ley.

De hecho, la Corte recordó sus palabras cuando sostuvo que es precisamente el dictado de estas medidas cautelares que suspenden la realización del inventario que manda el art. 5° de la ley, lo que neutraliza los procedimientos establecidos por la propia ley para generar la precisión que requiere el peticionante. El 30 de diciembre de 2014 se resolvió rechazar *in limine* la demanda y dejar sin efecto la medida cautelar dictada.

CONCLUSIONES

A partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, es el Congreso de la Nación el órgano que determina cuáles son los presupuestos mínimos de protección del ambiente. Esas normas nacionales deberán contener principios y directrices para la regulación de la relación ambiental, que se consideren fundamentales para garantizar una base jurídica en todo el territorio nacional.

Las autoridades provinciales están obligadas a sujetar su accionar a las leyes nacionales de presupuestos mínimos, teniendo, por su parte, facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución tanto de las leyes nacionales de presupuestos mínimos como de las respectivas normas complementarias.

La ley 25.675 de Política Ambiental Nacional es una ley marco a cuyas disposiciones deberán ajustarse las normas específicas. Las provincias deben respetar los presupuestos establecidos por la ley nacional, deben aplicar todas sus disposiciones, y deben establecer todo lo necesario para asegurar la implementación de la norma desarrollando las instituciones y procedimientos que así lo garanticen.

En relación con las normas específicas, incluidas las normas de presupuestos mínimos que se ocupan de materias particulares y entre ellas la ley que regula la protección ambiental en los glaciares y ambiente periglacial, las mismas mantendrán su vigencia mientras no se opongan a los principios y disposiciones de la ley 25.675, por cuanto establece a nivel federal los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente.

En el año 2010, luego de una frustrada y derogada ley, se sancionó la ley 26.639 que establece los presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial considerándolos bienes de carácter público

que constituyen reservas estratégicas de recursos hídricos. La norma debe ser interpretada y cumplir con los preceptos de la Ley de Política Ambiental Nacional, como así también debería aplicarse armónica y sistémicamente con los presupuestos mínimos aplicables a la gestión ambiental de las aguas.

De más está decir que, además, las normas provinciales deben adaptarse y cumplir los presupuestos mínimos establecidos por la 26.639, y en consonancia con la política ambiental nacional.

Muchos son los aspectos de la ley de preservación de glaciares que deben aún implementarse para poder considerarla como una norma eficaz y eficiente.

El objetivo de la ley es muy claro, los instrumentos enunciados en su texto, las herramientas que se ponen al alcance para las autoridades, se reconocen como adecuados y modernos, adaptados a la realidad que pretenden regular y a la situación ambiental mundial.

Pero también corresponde destacar que las acciones y políticas que se instrumenten como así también las medidas a adoptar y las prohibiciones establecidas pueden resultar insuficientes o inadecuadas si no se prevén otras acciones vinculadas al origen de la problemática del retroceso o desaparición de los glaciares.

Resulta fundamental a efectos de dotar de efectividad a la norma, que las políticas en materia energética, de transporte, de conservación de bosques nativos o de ganadería, todas cuestiones directamente vinculadas con el calentamiento global en nuestra región, resulten coherentes con el fin protectorio de los glaciares.

Finalmente, y como para que efectivamente se cumplan los presupuestos mínimos dictados por el Congreso Nacional, resulta necesaria la adecuación de algunas normas provinciales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

FRÍAS, Pedro J., “El Federalismo en la Reforma Constitucional”, en LL 1994-D-1122/1126.

NONNA, Silvia, “La materia ambiental a los ojos de los Jueces”, con la colaboración de Azcurra, María Luján y Slonimsky, Daniela, Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro, 2002.

NONNA, Silvia, “¿Derecho Ambiental Sostenible?”, *Clarín* del 7/2/2011, p. 19, opinión/tribuna: “El Derecho ayuda al desarrollo sano”.

NONNA, Silvia; WAITZMAN, Natalia; DENTONE, José M. *et al.*, *Ambiente y residuos peligrosos*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2011, p. 191.

SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia, “El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente”, *Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo*, año 2002, nro. 32, Buenos Aires, La Ley, ps. 47-54.

Legislación

Ley Nacional 25.688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 3/1/2003.

Ley Nacional 25.916 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de Residuos Domiciliarios. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 7/9/2004.

Ley Nacional 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 26/12/2007.

Ley 26.418 de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Sancionada por el HCN el 22/10/2008.

Decreto Nacional 1837/2008. Veto total de la ley 26.418. Publicado en el Boletín Oficial de la Nación el 11/11/2008.

Internet

[http://www.miningpress.com.ar/nota/48962/las-provincias-cordilleranas-afirmaron-sus-competencias-ambientales-ladeclaracin-completa-](http://www.miningpress.com.ar/nota/48962/las-provincias-cordilleranas-afirmaron-sus-competencias-ambientales-ladeclaracin-completa)

<http://whc.unesco.org/en/list/145>

http://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn_advice_note_on_mining_in_wh_sites_final_060512_2_.pdfhttp://www.iucn.org/about/work/programmes/gpap_home/gpap_quality/gpap_pacategories<http://www.fcen.uba.ar/agrupaciones/sumatoria/proyectos/glaciares.pdf>

www.cohife.org.ar

<http://observatoriomendoza.com.ar/wp-content/uploads/2015/07/Ley-7722.pdf>

<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4519771086>

<http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/SUBpolitica/file/CronogramaInventarioGlaciaresIANIGLA.pdf>

www.glaciaresargentinos.gob.ar

<http://www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=14464>

Fallos judiciales

CSJN, “Kersich Juan Gabriel v. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo”, 2/12/2014.

CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro v. Estado Nacional”, 3/7/2012.

CSJN, “Cámara Minera de Jujuy y otra (provincia de Jujuy v. Estado Nacional)”, 30/12/2014.