

## Sobre la constitucionalidad de la Ley de glaciares<sup>1</sup>

La ley de glaciares supuso en el momento de su sanción un importante avance en cuanto a la protección de este recurso tan importante para la totalidad de nuestro país no solo como fuentes de agua dulce y hogar de específica biodiversidad, sino también como un patrimonio cultural y paisajístico característico de nuestro país. FARN ha defendido siempre la aplicación de esta ley, denunciando incumplimientos en su aplicación, infracciones por parte de privados y también la pretensión de reglamentar de una manera contraria a su espíritu. Ahora, ante cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de dicha ley, argumentando que viola el derecho a ejercer el comercio y la industria; prohíbe el desarrollo de nuevas actividades en zonas concesionadas y las excluye del acceso a una evaluación de impacto ambiental (artículos 6° y 7°); afectan derechos adquiridos y contiene definiciones conceptualmente imprecisas, cuestionadas, discutidas y contradictorias, como lo es la de “ambiente periglacial”.

En respuesta a este cuestionamiento, desarrollaremos desde una mirada estrictamente jurídica y con fundamento en doctrina de la materia, un repaso de la misma ante los estándares de supremacía de las normas de raigambre constitucional, progresividad y precaución, presupuestos mínimos, recursos hídricos y su regulación, definición de ambiente periglacial e importancia de conservación ante el cambio climático.

### Principios de precautoriedad progresividad y no regresión

Toda la posición expuesta a continuación 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, definido en las palabras del jurista Néstor Cafferatta, “(...) *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*

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado gracias a la colaboración de la Clínica Jurídica de FARN.

*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*<sup>2</sup>” respecto del modo en que se inserta la incertidumbre en este contexto. Contexto que —por regla ancestral— está signado por la necesidad imperiosa de certeza.

Consideramos el derecho al ambiente ya como tributario de las fuentes primarias de ordenamiento jurídico, no solo de la Constitución sino también de tratados de derechos humanos, tal como lo han expresado los órganos intérpretes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en específico la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 23/17; y se ubica entre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre los que se ha observado que cuando no es posible su aplicación inmediata se deberán adoptar medidas para armonizar la leyes nacionales con las obligaciones jurídicas internacionales<sup>3</sup>. Por lo tanto es necesario interpretar la progresividad no sólo a través de gradualidad en su aplicación, sino también, como contenido de la regla que caracteriza al desarrollo de los derechos humanos, la no regresión en la materia. Esta regla nos sirve para impedir daños, retrocesos en tiempos de crisis económica donde como mecanismo para paliar la falta de crecimiento se limitan, alteran o anulan regulaciones en pos de fomentar la explotación de recursos naturales. Como dice Gonzalo Sozzo: "*Autorizar la reducción de la extensión de un área natural protegida; desclasificar una industria como altamente contaminante; introducir mínimos de tolerancia más elevados; mantener como best available techniques una tecnología industrial que ya no lo es conforme a los avances científicos; reducir los presupuestos y estructuras administrativas encargadas de la aplicación, control y sanción de normas ambientales; quitar independencia a las agencias expertas en materia ambientales; dar marcha atrás en la decisión de ratificación de un tratado internacional en materia ambiental. Son ejemplos de regresiones de la regulación ambiental o de la política pública ambiental que tienen en común que se traducen en un efecto de mayor desprotección para los bienes ambientales y que generan preocupación y tristeza, quizá, en el fondo, la causa de la constatación de que parecería que, como el péndulo, la regulación ambiental tiende a volver al punto inicial. Frente a este problema, parece necesario poder contar con una nueva directriz en el ámbito del derecho ambiental global consistente en la no regresión de los niveles de protección regulados como*

---

<sup>2</sup> Introducción al Derecho Ambiental, Nestor Cafferata, p. 167 Ed. Programa Naciones Unidas para el Medio Ambiente 2003.

<sup>3</sup> Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente, Esain, José Alberto, : RDAmb 35, 01/07/2013, 1



*mecanismo para evitar el retroceso de los niveles de protección factual del ambiente y garantizar así el progreso de la humanidad".*

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. Debiendo dichos 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.

**La facultad del congreso de reglar presupuestos mínimos y la injerencia sobre los derechos individuales (a ejercer el comercio-industria), medios idóneos para protección bien común.**

El Congreso Nacional se encuentra facultado para establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental de conformidad con artículo el 41 de la Constitución Nacional. Dichos presupuestos mínimos constituyen un umbral mínimo legal y uniforme para todo el territorio nacional que es y debe ser fijado por la Nación para asegurar la protección ambiental, conforme lo establece el artículo 6° de la Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675). Por su parte, las provincias podrán establecer normas que superen este mínimo, pero no por debajo de este estándar de protección básico.

En su comentario al artículo 41<sup>4</sup>, María Angélica Gelli afirma que los convencionales del 1994 adoptaron en materia ambiental una solución similar a la dispuesta sobre la legislación de fondo por el artículo 75 inciso 12, tomando en consideración que la contaminación ambiental no reconoce fronteras demarcadas porque sus efectos se expanden a través de los límites territoriales, sin tomar en cuenta demarcaciones políticas. Como bien señala la autora, el agotamiento de los recursos naturales o de la biodiversidad por extinción de las especies, genera consecuencias en el mediano y largo plazo en

---

<sup>4</sup> Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, María Angelica Gelli (2006) ISBN: 987-06-0617-9

ámbitos muy distantes de aquellos en los cuales se produjeron las depredaciones.

En este sentido, Aldo Rodríguez Salas ha expresado que *“una interpretación elemental indica que la ley (26.639) protege las condiciones ambientales básicas del ecosistema cordillerano, por eso habla de recurso hídricos estratégicos, en la inteligencia de que los glaciares y su área periglacial, en tanto actúen como regulador del recurso hídrico, conforman la condición esencial para su sustento. La ley, como norma climática, se motiva en la necesidad de atender a la amenaza global que se cierne sobre esos cuerpos hídricos y sus implicancias en el ecosistema. Las provincias no ven alteradas sus potestades en relación a la administración sustentable esos recursos. Las prohibiciones y otras medidas establecidas por la ley apuntan a preservar y garantizar la dinámica de esos ecosistemas. (sus condiciones naturales y funciones), como ella misma expresa. Una confusión entre el derecho ambiental y el derecho de los recursos naturales anima el error judicial”*.<sup>5</sup>

A este respecto, Bec y Franco<sup>6</sup> se plantean el interrogante de si la Nación puede tomar un rol protagónico en la gestión de un recurso natural ubicado dentro del dominio público provincial. Entienden que la respuesta es afirmativa en la medida de que esa tesis se respalda en razones de notoria seriedad tomando como ejemplo la ley 26.168 que creó la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo. Para estos autores<sup>7</sup>, el dominio originario reconocido *“importa el reconocimiento de la propiedad de los recursos naturales para las provincias, como derecho real de dominio y que tal dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye. La razón que “limite o excluya” al ejercicio de la jurisdicción por parte de quien detenta el dominio puede estar dada por razones de planificación, o como garantía del uso racional de los recursos y la sustentabilidad ambiental; o por las necesidades del país, de la cual la explotación de los recursos no puede estar desligada.”*

En lo que a la distribución de competencias y la interpretación del artículo 41, la doctrina avala la competencia federal de dictar los presupuestos mínimos. José Esaín en su obra *“Competencias ambientales y Federalismo. La complementariedad maximizante ha llegado a la justicia”* ha hecho un notable análisis del término complementar. Para éste, complementar es agregar más protección: a) donde ya hay normas, siendo más riguroso, o b) estableciéndose donde no las hay, para generar algún tipo de

---

<sup>5</sup> Ley de glaciares, la encrucijada climática Por Aldo Rodríguez Salas (\*) El subrayado es propio

<sup>6</sup> Bec, R. Eugenia y Franco Horacio Jen “Juicio a la ley de glaciares”

<sup>7</sup> Idem nota al pie N° 3



protección donde el legislador federal decidió dejar el espacio vacío. Este autor también resalta, en palabras del Dr. Sabsay, *“la importancia de la armonización e interpretación en conjunto de la normativa ambiental. Las provincias y municipios deben aumentar el nivel de protección, conservando la competencia de dictar normas que formalmente pueden no coincidir con las normas nacionales, pero recordando que el principio de optimización ambiental es sumamente importante”*. Por lo que el artículo 41, entre otros, importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de protección del ambiente, sin perjuicio del poder de policía que, en primer término, está en cabeza de las provincias. Esta interrelación, cooperación y funcionalidad no sólo debe lograrse entre una provincia y la Nación sino entre todas las provincias entre sí y éstas con la Nación.

Entonces, la Nación estableció el umbral mínimo de protección de los glaciares, reconociendo sus servicios ambientales y la especial importancia que requiere restringir actividades que perjudiquen el ambiente y la salud de, no sólo los habitantes de la provincia de San Juan sino de todos los habitantes del país. Que si bien puede ser considerado estricto no por ello resulta inconstitucional.

Por su parte, la ley 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, en su artículo 6, establece la restricción de determinadas actividades con el fin de procurar una coexistencia armónica con un recurso natural tan valioso, como el agua, para las generaciones presentes y las futuras.

La injerencia de las restricciones sobre los derechos individuales produce la existencia de una ponderación de derechos entre los de las personas, tanto humanas como jurídicas, y los derechos de incidencia colectiva, como es el caso del derecho ambiental. Principalmente, la controversia que se puede dar en razón de la protección al ambiente es con el derecho del ejercicio de la industria lícita como también con el de usar y disponer de la propiedad (derecho adquirido), siendo que si bien están protegidos por nuestra Constitución (artículo 14), se puede hacer una salvedad cuando nos encontramos en presencia de un interés social superior que tiene carácter de orden público, como es en este caso, el derecho a la protección del ambiente y, en especial a los glaciares al ser considerados por la ley que los regula como bienes de carácter público. Por lo tanto, hay un interés tutelado superior a los derechos de los particulares, estos son los intereses generales o públicos que prevalecen por sobre los intereses particulares.



En este sentido, en el fallo “Grupo Clarín SA y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional”, la Corte señala que “debe desestimarse la invocación de derechos adquiridos como agravio, ya que no se está ante un caso de expropiación por cuestiones de utilidad pública, sino ante un caso de un nuevo marco regulatorio, y un obvio período transitivo de adecuación del régimen anterior al nuevo régimen. Obviamente, si se estableciera un mercado regulado, y se dejarán subsistentes formas de mercado anteriores ello sí sería inconstitucional, en desmedro de quienes se adecuan y quienes se rigen bajo el nuevo régimen, que no tienen igualdad de armas con los que pretenden seguir bajo la égida anterior. Ello implicaría sobreponer el interés de los privados determinados (Clarín más concretamente) por sobre el interés público que persigue la nueva ley (Cdo. 57).”

Por ende, los derechos adquiridos deben ser respetados en pos del principio de retroactividad de la ley, salvo que, en el marco de una nueva regulación, haya un interés tutelado superior al derecho adquirido.

Cabe traer a colación uno de los primeros fallos ambientales de nuestro país sobre el dictado de una ley que prohibía las faenas de los saladeros ubicados en la localidad de Barracas generando un conflicto con los propietarios de los establecimientos ubicados en dicha zona por considerar que las restricciones y limitaciones impuestas violaban el derecho de propiedad. En la sentencia de fecha 14 de mayo de 1887 “Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros v. Provincia de Buenos Aires” la C.S.J.N. determinó “6°) Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611 del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de 6 de setiembre de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la Provincia, y retirando a los establecidos en Barracas la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro, (...)”.

Actualmente, la ley es criticada por adolecer de ciertas indefiniciones que la debilitan, frente a intereses económicos y políticos. Por un lado, las provincias consideran a los glaciares como recursos



provinciales, pero son bienes de carácter público, ya que son reguladores de los recursos hídricos. El constitucionalista Bidart Campos, en su “Tratado de Derecho Constitucional” de 1994, sostiene que el derecho emanado de la Legislación del Congreso acorde a la Constitución, no siempre inhibe las competencias provinciales, como regla resulta en una relación de subordinación del Constitucionalismo Provincial, que no puede invadir la materia legislada por el Congreso, lo que deviene en una situación que sin incurrir en interferencia ni violación, faculte, promueva y desarrolle las mejores posibilidades de su aplicación en jurisdicciones locales, no es inconstitucional, o por lo menos, goza de presunción de constitucionalidad.

A su vez, el Poder Legislativo no puede delegar, ni encomendar, con legislación laxa, esa ardua tarea al Poder Ejecutivo, ya que sus integrantes se pueden proveer de asesoría técnica y científica para el dictado de leyes que son tan claras a la protección del ambiente y por lo tanto al desarrollo y sustentabilidad del bien común.

La reglamentación por el Poder Ejecutivo deberá aplicar la dureza necesaria para completar la labor del Poder Legislativo, mediante políticas y lineamientos claros, que no dejen lugar a dudas de los resultados de esa compleja tarea, pudiendo desarrollar determinados aspectos, para hacer autosuficiente a la tutela ambiental de la ley, acorde a los lineamientos de la Política Ambiental Nacional en todo el territorio, la que resultará beneficiosa para una política ambiental sustentable. A la reglamentación expresada en el Art. 99, inc. 3, par. 2, precisamente aclara que el Poder Ejecutivo *“no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*, a esta labor se la denomina Reglamento subordinado o de Ejecución. Se considera que tanto la Ley como su reglamentación, tienen la misma fuerza, son una unidad en aplicación, efectos y vigencia. Asimismo, en referencia al Art. 75, inc. 30, el Poder Ejecutivo puede dictar normas reglamentarias específicas, cuando el poder de policía local pueda interferir, en todo tipo de aplicación de las leyes de protección ambiental.

Por lo tanto, la trascendental importancia de este recurso hídrico vulnerable que es esencial para la satisfacción de las necesidades humanas (consumo, saneamiento, producción de alimentos, industria, transporte, etc.) y el equilibrio de los ecosistemas naturales, conlleva a la necesidad de su protección integral a nivel nacional a través del sistema de presupuestos mínimos en intento de una



articulación complementaria con la gestión nacional de aguas y las reglamentaciones dispuestas por el Poder Ejecutivo en las provincias como líneas base para el desarrollo de actividades antrópicas sin alterar la preservación del medio ambiente.

### **Importancia de preservación de los glaciares ante el cambio climático, acuerdo de París.**

Los glaciares son un recurso estratégico a nivel internacional que, como consecuencia del cambio climático ha evidenciado un claro retroceso en los últimos años<sup>8</sup>. 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, esta 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.

Este Acuerdo compromete a todos los Estados partes aumentar la capacidad de adaptación para lo cual establecen *“el objetivo mundial relativo a la adaptación, que consiste en aumentar la capacidad de adaptación, fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con miras a contribuir al desarrollo sostenible y lograr una respuesta de adaptación adecuada en el contexto del objetivo referente a la temperatura que se menciona en el artículo 2”* estableciendo de esta manera una visión a largo plazo. Esto surge también del Objetivo de Desarrollo Sustentable 13, al establecer en su primera meta *“Fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los país.”*<sup>9</sup>

Por lo tanto, son una pieza clave para la agenda climática argentina, desde el punto de vista de las negociaciones internacionales y el diseño de una estrategia de adaptación a los cambios que al día de hoy ya son inevitables<sup>10</sup>. Según lo informado por la Argentina en su Segunda Comunicación Nacional a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, de los 50 glaciares presentes en

---

<sup>8</sup>Rodríguez Salas, Aldo, Ley de glaciares, la encrucijada climática, en Suplemento de Derecho ambiental, La Ley, 2011, disponible en [https://farn.org.ar/vp-content/uploads/2012/05/suple\\_glaciares\\_dic2011.pdf](https://farn.org.ar/vp-content/uploads/2012/05/suple_glaciares_dic2011.pdf)

<sup>9</sup>Cfr. Naciones Unidas, *Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos*, disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>

<sup>10</sup> Op cit. Saulino, María Florencia. AR/DOC/5821/2011





la zona sur de nuestro país 48 están en proceso de retroceso<sup>11</sup>. A esto se suma un informe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente en donde se afirma que los glaciares patagónicos se están derritiendo más rápidamente de los que se encuentran en otras partes del mundo.

La sanción de la ley n° 26.639 llevó a que se realicen estudios de los impactos regionales proyectados: las pérdidas de masa generalizadas de los glaciares y las reducciones de la cubierta de nieve de los últimos decenios se aceleraría durante el siglo XXI, reduciendo así la disponibilidad de agua, alterando la estacionalidad de los flujos en regiones abastecidas de agua de nieve de las principales cordilleras. La Ley reconoce explícitamente el vínculo existente entre la preservación de los glaciares y la adopción de políticas públicas en materia de cambio climático. El Inventario Nacional de Glaciares que fue creado por la ley es una herramienta fundamental para la recopilación de información, que posibilitará el adecuado control y monitoreo de los glaciares y permitirá verificar los cambios en la superficie, su estado de avance o retroceso y demás factores relevantes para su conservación.<sup>12</sup>

No solo por medio de normas internas se ha buscado proteger al ambiente, ser parte del Acuerdo de París, no solo conlleva la incorporación internamente de los principios allí establecidos, sino que también se le está dando una demostración al mundo de la postura que tiene el país frente al cambio climático.

**Derecho humano al agua y relación con los glaciares como originarios de las cuencas de agua dulce en los ambientes cordilleranos, la importancia de preservar esos cursos en áreas desérticas.**

En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) estableció que *"el derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna"*. Como parte de los Objetivos del Milenio se reconoció el derecho humano al agua y al saneamiento como un derecho humano esencial para su pleno disfrute y emitiendo la Observación General (OG) número 152 (2002) estableciendo que: *"(...) el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud."*

---

<sup>11</sup> República Argentina, "2da Comunicación Nacional de la República Argentina a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático" 2007.

<sup>12</sup> Desarrollo de Políticas Públicas en materia de Cambio Climático: Aportes de la Ley de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Saulino, María Florencia. AR/DOC/5821/2011



*El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.*

En similar manera y con igual consideración se han pronunciado múltiples organismos internacionales, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (ONU 1977), reconocimiento posteriormente reafirmado en el capítulo 18 de la Agenda 21 adoptada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro en 1992; La Asamblea General de la OEA dispuso en la Carta Social de las Américas<sup>13</sup>; y a modo de compromiso es perseguido por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el Objetivo 6. Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “*Comunidades Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*”<sup>14</sup>.

Asimismo, al tener en cuenta que los glaciares y ambientes periglaciares de la región se encuentran ubicados, en su gran mayoría, en la Cordillera de los Andes, es dable recordar que la Ley Nacional 24.105, el cual aprueba el Tratado sobre Medio Ambiente suscripto con la República de Chile y el Protocolo Específico Adicional Sobre Recursos Hídricos Compartidos entre la República de Chile y la República Argentina, obligan a los Estados partes a no realizar acciones unilaterales que pudieren causar perjuicio al medio ambiente de la otra, y que las Partes llevarán a cabo las acciones coordinadas, principalmente en la protección y aprovechamiento racional de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y de sus recursos vivos y prevención, defensa y saneamiento de su contaminación. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 23/17 dispone que “*los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos*”, añade que en caso de un impacto negativo al ambiente será “*responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos*”<sup>15</sup>.

En jurisprudencia interna, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en la causa “*La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de aguas*”<sup>16</sup>, estableciendo que no son solo los cuerpos de agua los que deben encontrarse protegidos sino también deben incluirse sus alrededores

---

<sup>13</sup> Cfr. Carta Social de las Américas, ob. cit., art. 20.

<sup>14</sup> Corte IDH, *Comunidades Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párrs. 194-217; Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 163-168.

<sup>15</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos*, 15 noviembre 2017, párr. 95-103.

<sup>16</sup> *Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas*, diciembre 2017.



y entorno. La Corte estableció la importancia de la regulación del agua como un eco-céntrico o sistémico, que no tiene en cuenta únicamente los intereses privados sino los del mismo sistema como dice la Ley General del Ambiente, considerando que el ambiente no es para uso exclusivo del hombre en función de sus necesidades; continuó explicando que *“en relación con el acceso al agua potable esta Corte ha dicho que ese derecho incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y —en particular— en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia.”*

Otro de los puntos destacados del fallo es la obligación del Estado Nacional con relación a la lucha contra la desertificación. Para ello, resulta necesario destinar recursos para combatir la sequía. De esta manera, el Estado es el encargado en buscar la conciliación de los intereses de las distintas provincias para efectivizar y llevar a cabo acciones para solucionar la problemática ambiental. Argentina suscribió la “Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África”. La Nación es la responsable en implementar estrategias a largo plazo que giren en torno a la *“rehabilitación, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos (...) hídricos, todo ello con miras a mejorar las condiciones de vida, especialmente a nivel comunitario.”*

En consonancia con lo desarrollado anteriormente, es que deben considerarse a los glaciares y ambientes periglaciares como elementos fundamentales para el caudal de los ríos andinos ya que aportan volúmenes significativos de agua de deshielo y disminuyen el impacto de las sequías en las actividades socioeconómicas, servicio que no puede ser reemplazado ya que a lo largo de su recorrido transporta minerales necesarios para mantener el equilibrio de la biodiversidad de la región.

En las zonas desérticas, el agua de deshielo toma un rol fundamental ya que proporcionan cantidades de agua que permiten el desarrollo de actividades de riego tanto para la producción agrícola como para la ganadera. Los desvíos de estos canales generan un desequilibrio casi irreparable en el ambiente, generando en estos territorios áreas complejas en relación al abastecimiento de agua.

Es por ello que la protección que establece la Ley de Glaciares y Ambiente Periglacial,



constituye una herramienta indispensable para una de las reservas más grandes e importantes de agua dulce de nuestro país que se utilizan para consumo humano. Además, al ser un servicio natural de agua para las zonas desérticas, requiere protección y preservación. Ya han sido fuertemente afectados por las actividades no reguladas, o reguladas de manera deficiente como es principalmente la actividad minera, agotando los recursos de manera desproporcionada y contraria a la ley. **La normativa debe ser respetada y modificada para ampliar la protección, hacerla más abarcativa, dando prioridad a los recursos naturales por sobre las influencias empresarias y políticas que surgen y atentan contra los derechos ambientales de incidencia colectiva. En síntesis, priorizar el derecho a la libertad económica podría incurrir en abuso del derecho entendiendo como un ejercicio contrario a la buena fe y a los fines sociales ocasionando daño a terceros. El Código Civil y Comercial de la Nación lo regula en su art 14 “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.”**

Por lo tanto, cualquier actividad que se pretenda realizar en estas zonas, tiene que ser fundamentada y estudiada a fondo, presentando los estudios de impacto ambiental suficientes y que demuestren la viabilidad del proyecto junto con las reales consecuencias en el ambiente, y los planes de contención. De lo contrario, se pondría en riesgo al 70% de la reserva hídrica de todo el país.

### **Definición de ambiente periglacial, su fundamentación y el inventario nacional de glaciares.**

La Ley de Glaciares en su artículo 2º define al ambiente periglacial como aquella área con suelos congelados que actúa como *regulador del recurso hídrico*. Es importante destacar que la definición de esta área fue mutando por el avance de conocimiento científico sobre estos. Existen diversos criterios y acepciones para definir este ambiente, principalmente, la definición del mismo depende de los datos disponibles<sup>17</sup> y del objetivo que se persigue<sup>18</sup>, además debe contemplar las diferentes maneras de

---

<sup>17</sup> UNESCO/ IASH, *Perennial ice and snow masses: A guide for compilation and assemblage of data for a world inventory*, (Technical Papers in Hydrology, N° 1), Paris, 1970; UNESCO/UNEP/IAHS/ICSU/IUGG, *Instructions for Compilation and Assemblage of Data for a World Glacier Inventory*, by F. Müller, T. Caflisch and G. Müller, 1977; Trombotto, Darío; “Survey of cryogenic processes, periglacial forms and permafrost conditions in South America”, *Revista do Instituto Geológico, São Paulo*, 21. (1/2), 33-35, 2000, p. 46.

<sup>18</sup> La definición perseguida por la ley de glaciares es en sentido amplio para una protección efectiva de estos ecosistemas, *Cfr.* Di Paola, María Eugenia; “La Protección de los Glaciares”, *La Ley*, 3/11/2010

concebir a este ambiente a escala local y a escala regional.<sup>19</sup> A esto se suma que estas regiones periglaciares se ven influenciadas -en sus características- por los climas en donde se encuentran. Por lo tanto, los Glaciólogos entienden que hay tres tipos de ambientes periglaciares: 1) Ambientes con suelos permanentemente helados, suelos con permafrost; 2) Ámbitos con ciclos térmicos de hielo y deshielo; 3) Zonas de nieve más o menos permanente, pero que no tiene capacidad de fluir como, por ejemplo, es la formación de “suelos estructurados” en pequeña escala o a los “Glaciares de escombros” en una menor escala”.<sup>20</sup> Asimismo, los ambientes periglaciares se encuentran entre las zonas glaciares y la línea de vegetación, caracterizándose por almacenar agua en estado sólido debajo de la tierra.<sup>21</sup>

Tal como ha sido expuesto por uno de los geólogos que más ha estudiado los ambientes periglaciares en Argentina, Darío Trombotto, “*las zonas congeladas, con permafrost o hielo con cobertura detrítica en los Andes Centrales, así como otras regiones criogénicas sudamericanas constituyen fuentes de agua más importantes que las zonas glaciares*”<sup>22</sup>.

El Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA), a los fines de la realización del Inventario Nacional de Glaciares (ING) — que tiene por fin determinar dónde hay áreas a proteger — lejos de respetar las definiciones de ‘glaciar’ y ‘ambiente periglacial’ establecidas por el legislador, las acotó a los cuerpos de hielo permanentes de un área igual o mayor a 0.01 km<sup>2</sup> (una hectárea), y a los glaciares de escombros de las mismas dimensiones, introduciendo excepciones que alteran el espíritu de la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección<sup>23</sup>. Dichas limitaciones no obedecen a estrictas razones técnicas, tal como se desprende de los testimonios de colaboradores del IANIGLA para la elaboración del Inventario, quienes afirmaron que previo a concurrir al “Primer Taller del Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial” y familiarizarse

---

<sup>19</sup>NO A LA MINA, “¿Qué es el ambiente periglacial?”, véase en <https://noalamina.org/general/item/4834-que-es-el-ambiente-periglacial> ;

<sup>20</sup> Guía terminológica de la Geocriología Sudamericana, disponible en [http://globalcryospherewatch.org/reference/glossary\\_docs/Guia%20terminologica%20geocriologia%20Sudamericana.pdf](http://globalcryospherewatch.org/reference/glossary_docs/Guia%20terminologica%20geocriologia%20Sudamericana.pdf)

<sup>21</sup> Taillant, Jorge Daniel; *Glaciers: The Politics of Ice*, New York, Oxford University Press, 2015, p.11

<sup>22</sup> Trombotto, Darío; “Survey of cryogenic processes, periglacial forms and permafrost conditions in South America”, *Revista do Instituto Geológico, São Paulo*, 21. (1/2), 33-35, 2000, p. 46, citado en castellano en Taillant (2012), ver *ut infra*.

<sup>23</sup> IANIGLA, “Inventario Nacional de Glaciares y Ambiente Periglacial: Fundamentos y Cronograma de Ejecución”, Diciembre de 2010.



con la “metodología de trabajo” propuesta por el IANIGLA, habían iniciado la labor por fuera de las mencionadas restricciones y luego tuvieron que suprimir las geoformas detectadas e inventariadas, debido a que estas representan superficies menores a una hectárea<sup>24</sup>.

Cuando el IANIGLA realizó el Inventario Nacional de Glaciares, la significancia hídrica de los glaciares y ambiente periglacial entró en discusión. El encargado de la realización del Inventario, el Dr. Ricardo Villalba, argumentó que las geoformas son tan pequeñas que no merecen ser acuñadas como “reservas hídricas relevantes”. El trabajo fue cuestionado porque la Ley de Glaciares ordena proteger a todos los glaciares y cuerpos de hielo, de manera absoluta. En respuesta a esto, el Dr. Villalba señaló<sup>25</sup>:  
*“Todos los cuerpos de hielo que actúan como reservas hídricas están incluidos en el inventario. Es esta la condición para que un cuerpo de hielo esté incluido en el inventario y no su tamaño (...) ese parámetro [de exclusión de glaciares menores a una hectárea], obviamente tiene explicaciones basadas en estándares internacionales e incluye todos los cuerpos de hielo de significancia hidrológica, de importancia de reservas. Se cuestiona a IANIGLA porque no se incluyeron algunos cuerpos menores. Glaciares menores a una hectárea no existen en el país. Existen pequeños cuerpos de hielo menores de una hectárea, pero no son glaciares, porque un glaciar requiere de un área de acumulación de nieve, de un área de movimiento o transporte del hielo, requiere de un área de ablación, y todo eso no se da en una hectárea. Entonces acá hay un problema de interpretación. La ley protege todos los cuerpos de hielo “cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación”, pero el Inventario incluye “todos los glaciares y geoformas periglaciares que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional”.”*

Por tal motivo, en mayo de 2018, luego de la publicación oficial del Inventario Nacional de Glaciares, las organizaciones Greenpeace Argentina, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas denunciaron que el inventario no estaba completo<sup>26</sup>.

Es necesario realizar un Inventario de glaciares en los términos establecidos por la Ley, contemplando todas las formas y tamaño de los glaciares y periglaciares, no sólo por las razones

---

<sup>24</sup> Testimonio de Ana Paula Forte, integrante del Instituto de Geología (INGEO), colaboradora inicial del IANIGLA para la confección del ING, citado en la Resolución de fecha 27/11/2017 en la causa “IANIGLA, Secretaría Medio Ambiente de la Nación y otros s/ incumplimiento deb. func. púb. y otros”, Juzgado Criminal y Correccional Federal N°7, Secretaría 14

<sup>25</sup> Entrevista disponible en <https://latinta.com.ar/2018/05/investigador-procesado-por-trabajo-cientifico/>

<sup>26</sup> Véase en <https://farn.org.ar/archives/25208>



expuestas antes sino debido a los riesgos provocados por el Calentamiento Global en virtud de la importancia estratégica del recurso hídrico. El inventario de glaciares es una herramienta necesaria para la prevención de desastres, elaboración de proyectos de organización territorial, desarrollo, evaluación de vulnerabilidad, manejo, legislación y economía del agua.

### **Conclusión**

Como se ha desarrollado, Argentina se ha comprometido internacionalmente para garantizar el derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano. La Ley de Glaciares y Ambiente Periglacial define específicamente a los glaciares como reserva hidrográfica, de ahí su importancia, ya que apunta a proteger este recurso, especialmente en zonas áridas de nuestro país. Es fundamental el papel que intenta cumplir el inventario propuesto en la ley, ya que identifica y caracteriza a los glaciares y ambientes periglaciares, y colabora con la información necesaria para la adecuada protección, control y monitoreo de los mismos. Es decir que la efectiva realización del derecho al agua es, a su vez, un problema de la administración y planificación de los recursos hídricos, son necesarias políticas públicas efectivas, esta ley es una de ellas. Esta debe ser una norma interpretada y ejecutada en conjunto con la Ley n° 25.675, como así también debería aplicarse armónica y sistemáticamente con los presupuestos mínimos aplicables a la gestión ambiental de aguas. Estas normativas nacionales contienen los principios y directrices para la regulación de la relación ambiental, que tienen por fin garantizar una base jurídica en todo el territorio argentino.

Debemos ser conscientes que somos poseedores de un recurso valioso también en el plano internacional; y por ello debemos procurar por una protección integral, a través de una legislación actualizada y completa, sin dejar lugar a lagunas jurídicas que puedan ser interpretadas según los intereses de los particulares a costa del derecho humano al agua, ignorando los derechos de incidencia colectiva, el derecho a un ambiente sano de las generaciones futuras y los compromisos internacionales asumidos en relación a la conservación del recurso, el cuidado del ambiente y el cambio climático. Es importante exigir la correcta reglamentación de la normativa ya sancionada, de conformidad con la letra y el espíritu de la ley. De no ser así, los daños ocasionados podrían ser irreversibles.

**Por último, es dable remarcar que el desarrollo económico y social como también el**



aprovechamiento de los recursos naturales deberían realizarse de acuerdo al principio de sostenibilidad el cual procura satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones, garantizando el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el bienestar social.