

Aníbal J. Falbo

FMM



Derecho Ambiental

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO



LIBRERÍA
EDITORIA
PLATENSE La Plata, 2009

F14.

COLEGIO DE ESTUDIANTES DE LA PLATA
 Nº de Inventario: 18603
 Fecha: 14-9-2011

Edición al cuidado de
 Enrique H. Bonatto

© Librería Editora Platense S.R.L.
 Calle 15 n° 644 - 1900 - La Plata - Buenos Aires - Argentina
 info@editoraplatense.com.ar // www.editoraplatense.com.ar

Tapa, armado y paginación
 Juan Bonatto Seoane
 Impreso en Argentina - Queda hecho el depósito de ley



Falbo, Aníbal J.
 Derecho ambiental.
 1a ed. - La Plata: Librería Editora Platense, 2009.
 264 p.; 23x16 cm.
 ISBN 978-950-536-211-0
 1. Derecho Ambiental. I. Título
 CDD 346.046

ISBN 978-950-536-211-0

Tabla de contenido

PRÓLOGO.....13

CAPÍTULO I
 VISIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE

1. Concepto y características.....17
 2. Lo urbano-ambiental.....22
 3. La salud humana y el ambiente.....28
 4. El paisaje.....33
 5. Carácter indisponible de los derechos al ambiente.....39

CAPÍTULO II
 EL AMBIENTE Y LA CONSTITUCIÓN

1. La Constitución Nacional.....45
 1.1. Importancia de la norma constitucional del art. 41.....45
 1.2. El bloque de constitucionalidad ambiental.....47
 1.3. Análisis del artículo 41 de la Constitución Nacional.....49
 a. El ambiente "sano".....50
 b. Ambiente equilibrado.....51
 c. Ambiente "apto para el desarrollo humano".....52
 d. Las generaciones futuras y el derecho al ambiente en la Constitución.....53
 e. Utilización racional de los recursos naturales.....55
 f. La preservación del patrimonio natural y cultural.....57
 2. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires.....57
 2.1. La tutela del ambiente por el Estado Provincial.....58
 2.2. El dominio eminente.....64
 2.3. El control del impacto ambiental.....66
 2.4. Otras normas de la Constitución provincial que tutelan el ambiente.....69
 3. Operatividad de las normas constitucionales ambientales.....70

CAPÍTULO III
 PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

1. Concepto de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental.....73

3. Leyes de Presupuestos Mínimos.....	83
4. La competencia para legislar en materia ambiental.....	83
5. Legislación ambiental nacional por fuera de la legislación de PMPA.....	87
6. La competencia de las provincias para complementar las normas de PMPA.....	90
7. Mecánica para la aplicación local de los PMPA y las normas complementarias.....	95

CAPÍTULO IV

COMPETENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

1. Competencia local: la regla en materia ambiental.....	101
2. La competencia federal y la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	107
3. La competencia ambiental de la Provincia de Buenos Aires.....	109
3.1. La Constitución provincial.....	109
3.2. Las leyes provinciales.....	110
a. Ley 11.723, integral del ambiente.....	111
b. Ley 11.459 de Radicación Industrial.....	113
c. Ley 11.720 de Residuos Especiales.....	113
d. Ley 5965.....	117
e. Ley 11.347 de Residuos Patogénicos.....	117
f. Código de Aguas.....	118
4. Los municipios y el ambiente.....	118
4.1. Competencias municipales en materia ambiental.....	118
4.2. Los presupuestos mínimos ambientales y las normas municipales.....	120
4.3. Normas que establecen competencias ambientales municipales.....	122
a. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires.....	122
b. La Ley Orgánica de Municipalidades.....	122
c. La ley 5965.....	123
d. Ley 11.723.....	123
e. Ley 11.459 y decreto reglamentario 1741.....	124
f. Ley 11.720.....	126
g. Dec. ley 8912.....	127
5. Los residuos urbanos. Un caso especial de competencias.....	127

CAPÍTULO V

EL DAÑO AMBIENTAL

1. Introducción.....	133
2. El daño ambiental en la Ley General del Ambiente (LGA).....	136
3. El daño ambiental como daño diferente, no común.....	140
4. Características del daño ambiental.....	147
5. Consecuencias e implicancias.....	156
a. Tutela anticipada.....	157
b. Se amplían los daños resarcibles y las hipótesis de daños.....	157
c. Verosimilitud y no certeza.....	157
d. No es imprescindible que exista daño individualizado.....	158
e. Indemnización y externalidades.....	159
f. Diferente abordaje del nexo causal.....	160
g. Alta dificultad de recomponer el daño ambiental.....	161
h. La autorización administrativa no exime de responsabilidades.....	162
i. Exige "pensar global y actuar local".....	164
j. Justifica restricción y limitación.....	164
k. Debilitamiento de las reglas legales frente a las leyes ecológicas.....	164
6. La incertidumbre en el daño ambiental.....	164

CAPÍTULO VI

EL PROCESO AMBIENTAL. PARTE GENERAL

1. Concepto de proceso ambiental.....	171
a. Hacia una definición del proceso ambiental.....	171
b. Pautas para calificar a un proceso como ambiental.....	173
2. Proceso ambiental colectivo, individual y mixto.....	175
3. Elementos que justifican su carácter diferenciado.....	181
a. El bien protegido: el ambiente.....	182
b. El daño ambiental.....	183
c. El Derecho Ambiental.....	183
d. El bloque normativo ambiental.....	186
e. Litigio complejo, arduo y engorroso.....	190
f. Débiles y poderosos. La desigualdad entre las partes.....	190
4. Características generales del proceso ambiental.....	192
a. La importancia de un marco general para el proceso ambiental.....	193

b. Descripción del marco general del proceso ambiental.....	194
---	-----

CAPÍTULO VII

EL PROCESO AMBIENTAL. PARTE ESPECIAL

1. Introducción.....	199
2. El marco normativo.....	200
3. Constitucionalidad de las regulaciones procesales de las leyes de PMPA.....	204
4. Enumeración de supuestos especiales.....	205
a. No se admite ninguna restricción a la jurisdicción ambiental.....	206
b. Rol del juez.....	207
c. La legitimación.....	211
d. El beneficio de litigar sin gastos.....	218
e. La prueba.....	220
f. La relación de causalidad.....	223
g. Caducidad de instancia.....	224
h. No puede exigirse ni reclamo administrativo previo ni agotamiento de la vía administrativa.....	225
i. Efecto erga omnes de la sentencia.....	227
j. Efecto devolutivo de los recursos.....	233
5. Hacia una teoría de la decisión judicial ambiental justa. Enseñanzas de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mendoza".....	236
a. Un proceso judicial acorde con lo ambiental.....	236
b. Aportes para una teoría de la decisión judicial ambiental.....	239
b.1. Principios.....	239
b.2. Elementos de la decisión judicial ambiental.....	243
c. La sentencia ambiental justa.....	245

CAPÍTULO VIII

EL AMPARO AMBIENTAL

1. El amparo ambiental: la superación del amparo clásico.....	249
2. Dos diferentes acciones de amparo ambiental.....	252
2.1. El amparo ambiental constitucional.....	254
2.2. El amparo ambiental popular.....	257
3. La identidad básica de ambas vías.....	259

4. Idoneidad de la acción de amparo ambiental para tutelar el ambiente. Su carácter indiscutible.....	260
5. El necesario enfoque superador de la justicia.....	262



PRÓLOGO

Es una enorme satisfacción intelectual y moral presentar el libro de Derecho Ambiental de este distinguido colega, estudioso y activo, Doctor Aníbal J. FALBO. Nos adelantamos en decir que se trata de una obra que además de reflexiva, profunda y cuidadosa, resulta de enorme utilidad, clara, sencilla, y docente, para el operador jurídico, aun para el neófito en la materia, y para el especialista en Derecho Ambiental; fruto de años de investigación, a lo que suma una basta experiencia en "trabajo de campo".

Es que el autor, es miembro del Comité Consultivo de la Revista de Derecho Ambiental, un notable Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata en Derecho Administrativo, Profesor Universitario del Postgrado en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, y de Seminarios de esta última disciplina. Acredita una amplísima trayectoria en el ejercicio activo de la matrícula de abogado e importantes antecedentes en la función pública provincial.

Pero tal vez uno de los caracteres más destacados suyos, sea la verdadera, genuina, convencida y fuerte vocación ambiental, que se refleja en la tarea profesional, y extra profesional, en la vida diaria, que desarrolla. En ese sentido, no hay dudas de que el Doctor Aníbal J. FALBO es un auténtico ambientalista, de irrenunciable compromiso social, sin fisuras, ni contradicciones. Congruente con sus ideales, hace del ejercicio de la defensa del medio ambiente, la tutela de la calidad de vida y el desarrollo sostenible, un dogma de conducta individual y social.

De creencias firmes, batallador, y litigante, aunque leal, sereno y pensante, se constituye muchas veces en una suerte de Abogado de causas públicas ambientales, colectivas, grupales o de sensible interés social. En síntesis, manifestaciones de una incólume honestidad intelectual, y moral.

El mejor ejemplo de lo dicho, es la notable actuación que le cupo, como abogado de parte actora, en casos resonantes, como "Subterráneos Argentinos c/Propietario de la Estación de Servicios de Lima al 800 de Shell", "Maceroni, Francisco c/Fabricaciones Militares y otros", "Almada c/Copetro SA". Fallos que en la suma, constituyen un elenco patrón de sentencias ambientales.

Digámoslo de modo simple: conocer este nuevo trabajo de FALBO, es un deleite. Y merece nuestro aplauso, reconocimiento, y aliento por la tarea cumplida.

En 8 capítulos, seleccionados adecuadamente, de manera óptima, en cuanto al título y contenido de los mismos, desarrolla una serie de conceptos básicos, esenciales, de nuestra especialidad, Derecho Ambiental, con una claridad, precisión e ilustración que atrapan al lector. De esta forma da respuesta a infinidad de preguntas que se nos ocurre resumidamente en las siguientes: ¿Qué es el ambiente? ¿Qué se entiende por NPMPA -normas de presupuestos mínimos de protección ambiental-? ¿Qué es el daño ambiental colectivo y el daño ambiental individual? ¿Qué es el proceso colectivo ambiental? ¿Cuáles son sus normas? ¿Cuál es el régimen de competencias judicial y administrativa? Pero todo ello, acompañado siempre con la cita, o referencia, precisa de la doctrina autoral y jurisprudencial más moderna, actualizada y progresista sobre la materia.

Por lo expresado, el acopio de información y datos que contiene la obra es excelente, sirve para profundizar en el conocimiento, estudio e investigación de esta novísima rama del Derecho, y cumple además de manera muy rica, una función de guía de orientación para todo aquel que pretenda incursionar en el Derecho Ambiental.

Queremos poner de resalto que Librería Editora Platense, con que sale esta magnífica obra, responde ajustadamente al contenido de la misma: la referencia casi permanente a la legislación ambiental de la Provincia de Buenos Aires, así como de la prolifera jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia PBA, entre las que se recuerda, las famosas causas de "Ancore c/Municipalidad de Daireaux", "Spagnolo c/Municipalidad de Mercedes", "Asociación Judicial Bonaerense c/EDES", "Dougherty c/Municipalidad de La Plata", "Almada, Sagarduy, Irazu y otros c/Copetro SA", "Filón c/Municipalidad de Vicente López", "Asociación Civil Ambiente del Sur c/Municipalidad de Avellaneda", "Sociedad de Fomento Cariló c/Municipalidad de Pinamar", entre otras.

Sin olvidar la doctrina judicial de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en especial, *in re* "Mendoza y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios derivados de la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo", resolución de apertura del 20/06/06 y la sentencia del 08/07/08.

Reiteramos, el abanico de cuestiones que aborda la obra es ancho, práctico, y consistente en su desarrollo y tratamiento. Desde el Derecho Constitucional Ambiental, el amparo ambiental, pasando por el daño ambiental. El análisis pormenorizado que realiza de los diversos institutos del Proceso Colectivo Ambiental, tanto en la Parte General del capítulo, como la Especial, no tiene desperdicios.

Todo es útil y valioso en este libro, que se constituirá de aquí en más en una obra de necesaria consulta, para el ejercicio de las acciones legales y judiciales en defensa del ambiente.

Néstor A. CAFFERATTA
Campana, Provincia de Buenos Aires,
septiembre de 2008



CAPÍTULO I VISIÓN JURÍDICA DEL AMBIENTE

SUMARIO.- 1. Concepto y características.- 2. Lo urbano-ambiental.- 3. La salud humana y el ambiente.- 4. El paisaje.- 5. Carácter indisponible de los derechos al ambiente

1. Concepto y características

El Derecho Ambiental, en tanto persigue proteger, defender y recomponer el ambiente tiene, en este último, el objeto que lo justifica. De allí la importancia que reviste investigar qué se entiende por ambiente, cuáles son sus características, porque ello permitirá, a su vez, su mejor tutela, una más adecuada y efectiva protección.

Pero el ambiente es, como puede suponerse, un bien difícil de definir, complejo a la hora de intentar aprehenderlo, tanto si se lo pretende encerrar en un concepto como si se lo quiere identificar jurídicamente¹.

Muchos autores han brindado importantes aportes para permitir delinear sus contornos, especificar sus elementos y activar una visión dinámica e interrelacionada.

BIDART CAMPOS² entiende que “el ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los elementos que el hombre crea”, quien computa además a “los recursos naturales” e integra a los “ingredientes culturales”, como el patrimonio artístico e histórico y el “patrimonio natural” sin dejar de mencionar a las interrelaciones entre los seres vivos y su entorno.

Certeramente HUTCHINSON, luego de indicar que “el concepto de ambiente abarca la población humana, la fauna, la flora la vegetación, la gea, el suelo, el agua, el aire, el clima, el paisaje, la estructura y función de los ecosistemas, los elementos que componen el patrimonio histórico, las relaciones sociales y las condiciones de sosiego público, tales como ruidos, vibraciones, olores y emisiones luminosas”³ enumera “los tres

¹ MORALES LAMBERTI, Alicia, *Derecho Ambiental*, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1999, p. 34, sostiene que la identificación del ambiente como interés, valor, o bien jurídico rechaza definiciones restrictivas.

² BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 2002, pp. 85 y 86.

³ HUTCHINSON, Tomás, en obra colectiva *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, T. I, 1999, p. 309.

aspectos del ambiente: a) *el ambiente natural o físico*, que es aquel constituido por el suelo, el agua, el aire, la flora, etc., o sea aquel formado por la interacción de los seres vivos y su medio, donde se da una correlación recíproca entre las especies y las relaciones de éstas con el ambiente físico que ocupan; b) *el ambiente cultural*, integrado por el patrimonio histórico, artístico, arqueológico, paisajístico, etc., que aunque artificial como obra del hombre, difiere del artificial por el valor especial que adquirió o se le añadió, y c) *el ambiente artificial*, constituido por el espacio urbano construido (conjunto de edificaciones) y el equipamiento público (plazas, áreas verdes, espacios libres, etc.)”⁴.

De manera semejante MORALES LAMBERTI, luego de indicar que el ambiente involucra todo aquello que rodea al hombre, lo que puede influenciarlo y puede ser influenciado por él, lo divide en tres sectores ideales: el ambiente natural, el ambiente construido por el hombre y el ambiente social donde incluye los sistemas sociales, políticos y culturales, estos dos últimos como parte del ambiente artificial, por contraposición al natural⁵.

MORELLO y CAFFERATTA identifican al ambiente como un conjunto de elementos, un “rompecabezas” en que cada pieza encaja perfectamente, y donde una pieza en el lugar equivocado desmiembra todo; se compone de redes, líneas, espacios, inteligentemente ubicados que funcionan, viven e interactúan, con el hombre integrándolo. El ambiente es, por tanto, para estos autores, una interacción de espacios líneas y redes inteligentemente ubicadas que se compone tanto por bienes físicos naturales (recursos naturales) como por cosas creadas o inducidas por el hombre (artificiales), pues el “ambiente” es un término abarcativo también del patrimonio cultural⁶.

MOSSET ITURRASPE adhiere también a una definición amplia: “por ambiente o entorno o medio se entiende la sistematización de distintos valores fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinados la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos”⁷.

4 HUTCHINSON, Tomás, ob. y loc. cit. en nota anterior.

5 MORALES LAMBERTI, Alicia, *Derecho Ambiental*, Ediciones Alveroni, 1999, p. 31.

6 Conf. MORELLO-CAFFERATTA, *Visión procesal de las cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni,

7 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en obra colectiva *Daño ambiental*, T. I, p. 33, Rubinzal-Culzoni, 1999.

Para el español Ramón MARTÍN MATEO (como explica ESAIN⁸), en una primera etapa, el concepto de ambiente “incluía sólo a los elementos naturales de titularidad común, y de características dinámicas es decir el agua, el aire, los vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra, descartando como elemento integrante el suelo... Se desprende que para Martín Mateo medio ambiente no es equivalente a naturaleza”. Con los años la posición restrictiva de MARTÍN MATEO se morigeró e incluye dentro de los temas ambientales el suelo, “aunque continúa sosteniendo que no es un sistema básico totalmente equiparable al aire y al agua. De allí que se resista a incluir la ordenación territorial como integrativa del concepto de medio ambiente”, como recuerda ESAIN.

También se define al ambiente como el medio condicionante y al mismo tiempo condicionado que rodea al hombre⁹ y se ha recordado que “El término patrimonio no se usa, en materia ambiental, con la acepción clásica del Derecho Civil que lo considera el conjunto de bienes de una persona, sino con la tradicional de origen latino de conjunto de bienes heredados de los padres, en sentido lato. Pero también con el criterio de que ese patrimonio debe ser preservado para otras personas presentes y futuras, lo que impone cargas y deberes y restringe su disponibilidad”¹⁰.

De tal forma el abordaje del concepto de ambiente exige -y a la vez implica- una particular “mirada” que ciertos autores llegan a afirmar se halla “interesada mas en las relaciones entre los elementos que en los elementos mismos”¹¹.

De lo que no cabe duda es de que el término “ambiente” es un concepto que ha de ser considerado ampliamente¹², pues en él queda incluido lo natural y lo cultural, los seres vivos y las relaciones entre ellos y con su entorno, lo social y los recursos naturales, los elementos inertes y los

8 Como explica ESAIN, José, “El desarrollo sostenible aplicado a un problema de vista paisajística de un ecosistema natural”, LLBA 2000, 1169.

9 Conf. VALLS, Mario F., *Derecho Ambiental*, 5ª edición, Buenos Aires, 1997, ps. 33-34 y 38-39.

10 VALLS, Mario F., “Nuevos criterios para la protección del patrimonio arqueológico y paleontológico en la nueva ley 25.743”, Suplemento de Derecho Ambiental, revista electrónica Argentina ElDial.com, mayo 2004.

11 REBORATTI, Carlos, *Ambienta y sociedad*, Ariel, Bs. As., p. 15.

12 Así lo sostiene PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, LexisNexis, 2005, p. 127 quien, a su vez, en la página 133 agrega: “el concepto amplio del ambiente fue bien recogido por la jurisprudencia posterior a la reforma” y en la nota cita profusa jurisprudencia en su apoyo.

organismos vivos, la conjunción dinámica entre todos ellos, el hombre y los animales, las plantas, los recursos y lo cultural, lo construido por el hombre.

Por otro lado, si bien desde antiguo aparecen referencias jurídicas a bienes ambientales¹³, si, como se ha podido observar, es complejo el concepto de ambiente, no lo es menos la noción jurídica del ambiente como bien¹⁴; hay quienes lo consideran un bien indivisible¹⁵, mientras otros lo han definido como un "macrobien... un bien público de uso común"¹⁶ y no han faltado quienes afirman que se trata de una universalidad jurídica¹⁷, o como una "*res communes omnium*"¹⁸, sólo para citar algunos ejemplos de diferentes posiciones adoptadas por la doctrina¹⁹.

La Corte Federal en el caso "Mendoza"²⁰ aporta datos fundamentales a la hora de definir jurídicamente el ambiente cuando sostiene que es un "bien de incidencia colectiva" o "bien colectivo" y agrega "que por su

13 Así en Las Partidas, bajo la influencia romana, se establece que comunalmente "pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo (...) el aire y las aguas de lluvia, la mar y sus riberas" (Ley Tercera, Título 28, Partida 3era) y a partir de allí nació la tradición de considerar estos bienes ambientales naturales como *extracomercium* por naturaleza, aunque algunos de ellos, *a posteriori*, recibirían la calificación de bienes públicos.

14 En tal sentido HUTCHINSON, Tomás, en obra colectiva *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 310.

15 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 299.

16 LORENZETTI, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", *La Ley*, 1997-E, 1463.

17 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, T. I p. 320 y sgts. Lo que para algunos conlleva como consecuencia la de operar una modificación en la condición jurídica de sus componentes, en la medida que "su integración al conjunto le otorga una significación distinta a la original", así lo expresa: ROSATTI, Horacio, *Derecho Ambiental Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 47.

18 Como lo sostiene RODRÍGUEZ, Carlos, "El Derecho Ambiental y el art. 41 de la Constitución Nacional", *Revista de Derecho Ambiental* N° 3, Julio-Setiembre 2005, LexisNexis, p. 52.

19 POSTIGLIONE recuerda que según la tradición jurídica romana el aire y el agua eran, en sentido jurídico, *res communes omnium*, no *res nullius* y agrega que tal enfoque se basaba en el carácter ilimitado que se creía tenían, idea que cambió con el aumento de la población y el desarrollo industrial, lo que ha transformado a tales bienes en "escasos" y amenazada su calidad, con lo que han adquirido valor económico y jurídico (POSTIGLIONE, Amadeo, *Manuale dell' Ambiente*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986, p. 25).

20 CS, 20-6-06 *in re* "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza)".

naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes" para seguidamente indicar que "el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual".

Desde otro enfoque, que no contradice los anteriores, "se puede hablar de un patrimonio ambiental que incluye no sólo las *res communes omnium* y los bienes en propiedad colectiva de hacienda pública, sino también las cosas que incluyen bienes de propiedad privada"²¹, ampliándose, así, la operatividad de la tutela.

Nos parece también muy valiosa la posición de HUTCHINSON, quien entiende que el ambiente puede concebirse tanto como *res nullius* (como es el caso del aire), como un bien de dominio público (como los mares territoriales o las aguas subterráneas) y como bienes de propiedad privada (como un bosque)²².

La Corte de la Provincia de Buenos Aires en lo que hace al concepto de ambiente en general lo ha incluido como esfera de la personalidad humana pero sobre el cual no puede detentar una relación de dominio; así lo hizo en la causa "Almada c. Copetro" donde el Juez HITTERS en su excelente voto (al que adhieren los restantes miembros del Tribunal) dijo: "En este marco, el derecho a vivir en un medio ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad humana. Sucede que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como parte de sí mismo, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio. En fin, en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos"²³.

La Corte de la Provincia de Buenos Aires colocó, en ese mismo precedente, al derecho en una relación de dependencia con la ecología: "Las leyes ecológicas, ni se promulgan ni se derogan, simplemente se descubren y se acatan. Ello coloca necesariamente al Derecho -a todos los derechos, dada la universalidad del fenómeno- en una posición de dependencia

21 MADDALENA, Paolo, "Las transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales", *Revista de Derecho Industrial*, Año 14 Nro. 41, agosto de 1992, Depalma, sobre "Derecho Ambiental", p. 370.

22 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 313.

23 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, "Almada c. Copetro".

respecto de la ecología, y a las decisiones que, en aplicación de él, deban tomar gobernantes y juristas bajo el pie forzado de los informes que, en cada caso, emitan los técnicos de turno”²⁴.

Posteriormente la Corte de la Provincia de Buenos Aires destacó otras características del bien ambiente. Recordó su carácter limitado, las consecuencias irreparables de su consumo, su irremplazabilidad y el peligro de su agotamiento irreversible destacando, a su vez, su directa relación con la calidad de vida: “el bien ambiental es, a diferencia de otros bienes, esencialmente limitado, y su consumo irreparable en cuanto cada vez con mayor nitidez se advierte la imposibilidad de un reiterado, continuo e inmediato reemplazo, al punto de preverse en muchos casos -de persistir una utilización irracional- su agotamiento inminente, con la consecuente repercusión directa y obviamente negativa que ello conlleva respecto de la calidad de vida humana”²⁵.

2. Lo urbano-ambiental

Jeremy RIFKIN²⁶ resalta la aparición de un nuevo “homo” al que denomina “Homo Urbanus” y destaca que el año 2007 “marca un gran hito en la historia de la saga humana. Por primera vez en la historia, según las Naciones Unidas, la mayoría de los seres humanos estará viviendo en vastas zonas urbanas -muchos de ellos en megaciudades y extensiones suburbanas- con poblaciones de 10 millones de habitantes o más. Nos hemos convertido en “Homo Urbanus”. La existencia de millones de personas apiñadas y apiladas en gigantescos centros urbanos es un fenómeno nuevo. Recordemos que hace 200 años, la persona promedio que habitaba la Tierra quizá habría conocido a otras 200 ó 300 en toda su vida. Hoy, un habitante de Nueva York puede vivir y trabajar entre 220.000 personas en un radio de diez minutos de su casa u oficina en el centro de Manhattan”²⁷.

Lo que de allí deriva resulta evidente y claro: los conflictos ambientales de tipo “urbano” son de enorme trascendencia e importancia, y lo serán aun más.

24 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, “Almada c. Copetro”, con cita de Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA de la Revista de la Administración Pública, N° 94, enero-abril, 1981, Madrid, «Actividades clasificadas y protección del medio ambiente», p. 93.

25 SCBA, 19/02/2002, “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, J.A., 2002-IV-392.

26 Autor de importantes obras, como *La Era del Acceso*, Ed. Paidós.

27 Nota publicada en el diario “Clarín” el domingo 3 de diciembre de 2006, p. 39, bajo el sugestivo título de “Homo Urbanus”, la nueva especie depredadora”.

A partir de esto resulta sumamente elogiable el enfoque de la Corte de la Provincia de Buenos Aires que, incluso en la terminología empleada en sus fallos, asocia y une el urbanismo a lo ambiental, situación a la que denomina “urbano ambiental” y, en su consecuencia, hace extensiva a la temática urbana, las normas, los principios y la doctrina ambiental.

Así lo hizo primero en el caso “Dougherty”²⁸ y lo reiteró, luego, en el caso “Filon”²⁹. En el primer de ellos el Juez SORIA, en un excelente voto -al que adhieren los restantes integrantes de la Corte de la Provincia de Buenos Aires- indicaba que el conflicto a decidir era “urbano-ambiental” y afirmaba -certestamente- que “Como buena parte de la faena por la vigencia de la sustentabilidad ambiental se despliega en entornos urbanos, va de suyo que la temática del medio ambiente, lejos de ceñirse a la protección de la fauna en peligro, la atmósfera, los cursos de agua o los paisajes sensibles, se conjuga cada vez más en términos estrictamente urbanísticos; y, a la vez, por ello mismo, las regulaciones de las ciudades, las políticas urbanas en suma, se ‘ambientalizan’”.

Tal enfoque queda alineado con la mejor doctrina sobre el tema, mostrando, nuevamente, que la Corte de la Provincia de Buenos Aires se erige como uno de los tribunales señeros en lo que respecta al abordaje, enfoque y resolución de los temas ambientales; vuelve a ser un ejemplo de operatividad judicial de la mirada ambiental.

Como vimos, HUTCHINSON, al enumerar los tres aspectos del ambiente, incluye como tercero “el ambiente artificial, constituido por el espacio urbano construido (conjunto de edificaciones) y el equipamiento público (plazas, áreas verdes, espacios libres, etc)”³⁰ y que “el ambiente está compuesto por... las edificaciones”³¹.

Coincidentemente se afirma que dentro del concepto de medio ambiente deben estar incorporados los conceptos de urbanismo, de los espacios rurales y del patrimonio natural y cultural (histórico-artístico) debiendo incorporarse el concepto de ecología urbana³² pues “son parámetros del

28 SCBA “Dougherty, Cristian y otros contra Municipalidad de La Plata. Amparo”, B. 64.464, res. del 31-3-04.

29 SCBA “Filon, Andrés R. v. Municipalidad de Vicente López”, resolución del 18 de abril de 2007.

30 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, cit., T. I, p. 309.

31 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 202.

32 En este sentido PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia, *Daño ambiental en el medio ambiente urbano. Una nueva función económica del siglo XXI*, p. 166, La Ley, 2001.

medio ambiente, construido a tomar en consideración la población, la infraestructura y servicios, equipamiento comunitario, económico y estructural”³³.

Para POSTIGLIONE, ambiente es todo lo que nos rodea, no sólo algunas “islas”, además del agua, aire, naturaleza, también lo urbanístico, agrícola, industrial³⁴.

Como el “ambiente urbano” es parte del ambiente quedan dentro de tal problemática el ruido, el tránsito, los sistemas de transporte de sobrecarga, además de los aspectos estéticos y la zonificación del territorio con criterios urbanísticos³⁵.

Además son parte del ambiente “los valores sociales ligados al mantenimiento de condiciones ambientales equilibradas (salud, tranquilidad, bienestar, etc.) que forman hoy un bien jurídico de la mayor relevancia para la subsistencia social”³⁶.

En tal sentido ha sostenido BIDART CAMPOS³⁷ que “Sin demasiados esfuerzos, cabe interpretar que el ambiente abarca todos los ámbitos -naturales y construidos por el hombre-” y que consecuentemente “el ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los elementos que el hombre crea”³⁸ pues “no se puede disociar el medio ambiente del derecho del urbanismo; de los espacios rurales y del patrimonio natural y cultural (histórico-artístico)”³⁹.

De tal forma, el término “ambiente” utilizado en la cláusula constitucional del art. 41 Constitución Nacional, no se reduce a elementos natura-

33 CAFFERATA, Néstor, “En defensa del paisaje”, en J.A., 2002-IV, 417.

34 En tal sentido se expresa POSTIGLIONE, Amadeo, *Manuale dell' Ambiente*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986, p. 16 quien, en la página siguiente destaca una “realidad unitaria del ambiente” tanto en su estructura, en su funcionamiento y en su historia, que abarca desde el hombre como parte del ambiente, hasta los modelos de desarrollo que implementa una época.

35 MORALES LAMBERTI, Alicia, *Derecho Ambiental*, Ediciones Alveroni, 1999, p. 32.

36 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, cit., T. I, p. 313.

37 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 2002, pp. 85 y 86.

38 Así también se ha sostenido que es “evidente que el ambiente -natural, cultivado y fabricado, con sus factores y elementos asociados- constituye el patrimonio de la comunidad”, MOYANO, Amílcar, “Acciones de prevención y preservación del ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 2, Abril-Junio 2005, LexisNexis, p. 75.

39 PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia, “Daño ambiental en el medio ambiente urbano. Un nuevo fenómeno económico en el siglo XXI”, *La Ley*, 2001-D, 1372.

les, sino que se amplía a los ámbitos construidos por el hombre⁴⁰, a una ciudad⁴¹, a las cuestiones vinculadas al “patrimonio urbanístico”.

Como afirma SORIA el ordenamiento territorial y el de las ciudades recibe un primer aporte justificador, básico, de la cláusula constitucional ambiental (art. 41 CN), de manera tal que en materia urbanística “el encaje primario se aloja en la disposición del artículo 41 de la Constitución, fuente de producción normativa y, a la vez, título de intervención escasamente explorado en nuestro medio”⁴².

También SORIA es quien con toda precisión destaca que el enfoque tradicional (citando a CASSAGNE) concebía la ordenación jurídica del urbanismo como una expresión de un conjunto de limitación a la propiedad privada en interés público (art. 2611) donde el Estado (*lato sensu*) imponía esos límites a los propietarios de bienes inmuebles amparados por la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, pero que “la reforma constitucional de 1994 supone un nuevo enfoque que demanda, al menos, matizar aquella concepción, porque incorpora un nuevo título de intervención que cambia la fisonomía de la actividad urbanística, y resalta su dimensión de cometido público, cuya primacía sobre el *ius aedificandi* asociado al derecho de propiedad se explica en razón de la realización del interés general comprometido en la faena de planificar el desarrollo de una ciudad racionalmente lograda y, genéricamente, en la organización racional del territorio. Visto desde otro ángulo, aquel cometido sintetiza un derecho de incidencia colectiva general (art. 43 CN) a la sustentabilidad del desarrollo urbano... así como a la tutela de los ecosistemas y del patrimonio cultural”.

Destaca el autor citado que la gestión urbana desborda los moldes tradicionales del poder de policía, y concluye que “acudir al derecho ambiental, a sus principios, técnicas, y procedimientos (vgr. Los principios de prevención y precautorio, el acceso a la información ambiental, el EIA, etc.) para completar, enriquecer y, acaso, dotar de sentido al instrumental

40 “No se puede disociar el medio ambiente del derecho del urbanismo; de los espacios rurales y del patrimonio natural y cultural (histórico artístico)”, tal como ha sostenido PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia, “Daño ambiental en el medio ambiente urbano. Un nuevo fenómeno económico en el siglo XXI”, *La Ley*, 2001-D, 1372.

41 SORIA, Daniel, “Sobre la sección Derecho Urbanístico en la Revista de Derecho Ambiental”, publicado en *Revista de Derecho Ambiental*, Nro. 12, LexisNexis, pp. 140 y ss.

42 Citando a FALBO, Anibal José, “El urbanismo y la tutela del ambiente en un fallo ejemplar de la Corte Provincial”, *Revista de Derecho Ambiental*, Nro. 11, jul/set, 2007, Lexi Nexis, p. 85 y ss.

propio del derecho urbanístico, resulta fácilmente explicable” y por ello “las políticas urbanas se *ambientalizan*”⁴³. Consecuentemente resultan aplicables, a la temática urbanística, las normas nacionales de Presupuestos Mínimos Ambientales dictados por el Congreso de la Nación como la Ley General del Ambiente.

Refuerza tal enfoque el hecho de que los bienes privados no quedan fuera de la imperatividad ambiental pues “se puede hablar de un patrimonio ambiental que incluye no sólo las *res communes omnium* y los bienes en propiedad colectiva de hacienda pública, sino también las cosas que incluyen bienes de propiedad privada”⁴⁴.

Debe agregarse que la decisión de la Corte de la Provincia de Buenos Aires, tanto en “Dougherty” como en “Filon” queda alineada también con la visión internacional en tanto, bajo la denominación de “ambiente urbano”, la Comisión Europea de la CEE incluye uno de los temas del V Programa de Acción ambiental de ese organismo supranacional⁴⁵.

Desde otro enfoque se arriba a igual conclusión, en tal sentido Alicia MORALES LAMBERTI sostiene, con toda claridad, que el bien jurídico tutelado por el Derecho Ambiental es “la calidad de vida...comprendiendo el ambiente humano o creado”⁴⁶ e incluye “al desarrollo humano como correlativo de la calidad de vida y que es un concepto central de la problemática del ambiente y del desarrollo sostenible, y el mismo representa algo más que un nivel de vida privado, exigiendo, entre otros elementos, la máxima disponibilidad de la infraestructura social y pública”⁴⁷.

Así, por el camino de la calidad de vida, en tanto representa uno de los fines ineludibles del derecho al ambiente, como a partir de la idea del “desarrollo sostenible” vuelve a aparecer el urbanismo como parte integrante del ambiente.

Ya sostenía BUSTAMENTE ALSINA que “la calidad de vida habrá de funcionar como parámetro de las condiciones mínimas que deben tener el medio físico, entendido este en sentido amplio, relacionándose con los recursos naturales, pero implicando también sensaciones psicológicas, es-

43 Ver en ese sentido QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 299.

44 MADDALENA, Paolo, “Las transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales”, *Revista de Derecho Industrial*, Año 14 Nro. 41, agosto de 1992, Depalma, sobre “Derecho Ambiental”, p. 370.

45 Así lo destaca Claudia PASQUALINI SALSa en su obra *Diritto Ambientale*, Maggioli Editore, IV Edición del año 2000, p. 23.

46 *Derecho Ambiental*, Ediciones Alveroni, 1999, p. 64.

47 MORALES LAMBERTI Alicia, *Derecho Ambiental*, p. 64.

téticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social”⁴⁸.

Ese medio físico en “sentido amplio” incluye al urbanismo, y este debe, por tanto, permitir una convivencia social en equilibrio, sensaciones psicológicas y estados de ánimo en función de la aludida tranquilidad del entorno -urbano- la belleza del paisaje -urbano-, elementos definitorios de un urbanismo acorde con la protección ambiental: un urbanismo que se ambientaliza.

Cabe también recordar que la cuestión no es nueva: ya se hallaba tácitamente incluida en la “Conferencia de Estocolmo” de la Naciones Unidas de 1972 cuando al inicio de su declaración indicaba que “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, igualdad, y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

Por último, y como de alguna manera ya se anticipó, existe también un paisaje urbano, lo que vuelve a unir al ambiente con el medio urbano, con la ciudad, con la infraestructura, con lo creado por el hombre en la medida que las obras de infraestructura edilicia son una de las causas más indudables de deterioro del paisaje⁴⁹.

De tal manera “el impacto negativo de las obras de infraestructura edilicias, puede concretarse en dos puntos: deterioro del paisaje y agresiones a la avifauna. En definitiva, la intrusión producida sobre el paisaje por el conjunto de líneas formadas por el volumen de los edificios torres y de obras de infraestructura comunitaria, que constituye la forma normal de desarrollo urbano de estos últimos tiempos, origina una rotura brusca del equilibrio natural y de su armonía estética. El paisaje se transforma en agresivo e inarmónico, llevando al espíritu del espectador la inquietud de la violación consumada en la madre naturaleza”⁵⁰.

Pero “Dougherty” y “Filon” no son los únicos precedentes del Tribunal que merecen una mención en el tema: la decisión en el caso “Aguas Argentinas” resulta tan trascendente como los anteriores.

En esta última, la Corte de la Provincia de Buenos Aires a través del certero y elogiado voto del Juez SORIA, afirma que “el ordenamiento constitucional y legal de la Provincia de Buenos Aires confiere a los municipios suficientes potestades para disciplinar variados aspectos incluido el

48 *Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, p. 41.

49 Conf. CAFFERATA, Néstor, “En defensa del paisaje”, en J.A., 2002-IV, 417.

tributario referentes a las obras que se desarrollan en el espacio público local, como en bienes de su dominio privado, en el interés urbano ambiental” y se agrega que “las construcciones en el espacio privado están sujetas a exigencias referidas a su congruencia con la regulación urbanística y con las normas de edificación y tributación, no hallo razón para que las obras ejecutadas sobre bienes públicos deban escapar a este tipo de limitaciones y cargas, fundadas en un prístino interés local (art. 190, Const. prov.)”⁵¹.

Se destacan entonces la facultades tributarias-ambientales en cuestiones urbano ambientales como un mecanismo de gestión ambiental innegable, sin perjuicio que tales tareas se realicen en el espacio público o en el privado confirmándose y se confirma que tanto los espacios públicos como los privados se hallan bajo el imperio y la fuerza expansiva del orden público urbano ambiental, y de las normas urbanísticas que en pos del mismo se dicten.

3. La salud humana y el ambiente

La salud humana y el ambiente se hallan tan íntimamente vinculados al punto que permite afirmarse que son inescindibles; un medio ambiente no podrá ser “sano” -como exige nuestra Constitución Nacional- si no garantiza y protege la salud de los seres humanos que habitan en él, y de los que lo habitarán en el futuro. A su vez ningún ser humano puede ser sano, ni vivir saludablemente, en un ambiente dañado, contaminado o degradado.

Resulta conveniente aclarar que cuando nos referimos al término “salud” de los seres humanos, se lo está interpretando en el amplio sentido que brinda el párrafo 2º del Preámbulo de la Constitución de la OMS (Organización Mundial de la Salud) que la define como “un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁵², es decir: de ninguna manera el calificativo “sano” es sólo lo contrario a “enfermo”: ése es el significado del término. Paralelamente, “por daño a la salud se entiende no sólo las dolencias fisi-

51 SCBA Ac. 2087, 7/3/05, “Aguas Argentinas S.A. contra Municipalidad de Lomas de Zamora. Inconstitucionalidad Ordenanza 7751/95”.

52 Así lo entiende Carlos CALVO COSTA, *Daño resarcible*, Hammurabi, 2005, p. 311, citando a ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, T. 4, “Presupuestos y funciones del derecho de daños”.

En igual sentido ZAVALA DE GONZÁLEZ en *Resarcimiento de daños*, T. 4, “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Hammurabi, 1999, entiende que todo lo que perjudica el equilibrio de la salud de una persona es un daño “aunque no consista estrictamente en una enfermedad.

cas y enfermedades, sino todo detrimento en el funcionamiento del organismo, aunque no medien alteraciones corporales o desequilibrio físico”⁵³.

Aclarado ello, y en lo que respecta a la vinculación entre salud humana y ambiente, hace ya varios años informes internacionales alertaban en tal sentido afirmando que la contaminación ambiental se cobra un precio en salud de los ciudadanos, como algo indiscutible⁵⁴.

También la OMS en su informe “Preventing Disease Through Healthy Environments-Towards an Estimate of the Environmental Burden of Disease” ha indicado que⁵⁵:

1 de cada 4 enfermedades se deben a exposición a riesgos ambientales.

1/3 de las enfermedades de los niños menores de 5 años responde a su contacto con las consecuencias de problemas ambientales.

Prevención permitiría evitar la muerte de 4 millones de niños por año.

Si existiera un ambiente sano se podría evitar:

41% de las infecciones respiratorias

42% de las neuropatías

50% de la malaria

1 millón y medio de tumores por año

94% de las diarreas.

La vinculación y unidad entre ambiente y salud se observa en normas legales de la mayor jerarquía: tanto en el art. 41 de la Constitución Nacional, que se refiere al “ambiente sano”, como en el artículo 12.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este instrumento internacional -con “jerarquía constitucional” por virtud del 75 inc. 22 párr. 2º de la Constitución Nacional- incluye dentro del contexto del derecho a la salud de toda persona, el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

El artículo 41 de la Constitución Nacional, cuando determina que el ambiente debe ser “sano” sin duda establece una pauta antropocéntrica referida a la salud de los seres humanos, es decir, el ambiente para ser “sano” debe cumplir con requisitos básicos que lo hagan saludable para los humanos.

53 CAFFERATTA, Néstor, “DALY ambiental”, La Ley, 2005-F, 1532, quien cita en su apoyo la causa “Maceroni, Francisco y otros c. Fabricaciones Militares”, 06-09-1996, Juzgado Federal Nº 4, Secretaría Nº 12. Y sentencia del 04-05-1995, Cámara 1ª Federal La Plata, J.A., 1998-III-277.

54 En ese sentido puede verse Banco Mundial, Informe sobre desarrollo mundial 1992 titulado “Desarrollo y medio ambiente”, p. 37.

55 Dato tomado del libro de Sergio FEDEROVSKY *El medio ambiente no le importa a nadie*, Editorial Planeta.

Repárese en que, en esa misma línea, MOSSET ITURRASPE⁵⁶ indica que “no cualquier ambiente es apropiado para la vida humana sino aquel que implica ‘condiciones aceptables de vida’ lo que además de significar ‘situaciones favorables para la conservación de la salud física y mental’ también exige el mantenimiento de cualidades ‘emocionales y estéticas del entorno’”.

La Corte de la Provincia de Buenos Aires, en “Ancore S.A.”⁵⁷ resolvió una causa que implicaba un claro tema ambiental en estrecha unión con la salud humana. En concreto el caso versaba sobre un supuesto de ordenamiento territorial-ambiental: una ordenanza municipal prohíbe, con carácter general, el funcionamiento o instalación de *feed lots* en un radio de 15 kms. contados desde la plaza central, y ordena el cierre de los ya instalados.

Tal relación entre el ordenamiento territorial por ordenanza que prohíbe instalación de ciertos emprendimientos y la salud surge de los propios términos del fallo donde el Tribunal entendió que el municipio, con esa ordenanza, tuvo por fin “velar por la salud de la población”, y se refuerza cuando utiliza tal parámetro (salud) como uno de los elementos para sostener la licitud y legalidad de ese actuar municipal.

En efecto, confirmando el criterio del Tribunal Inferior la Corte de la Provincia de Buenos Aires desecha el agravio referido a que la Administración fue la que trocó su emprendimiento en ilícito, cuando antes de la ordenanza el mismo era lícito; en tal sentido decide que “El Municipio obró en función del deber de velar por la salubridad de la población, es decir, en forma lícita; mientras que los actores, en cambio, trocaron su actividad inicialmente lícita en ilícita al no prever y controlar el impacto ambiental, con el consiguiente perjuicio a terceros, por lo que su reclamo indemnizatorio carece de asidero legal y por ello la actividad administrativa no había estado extralimitada”.

Además, en el voto del Juez NEGRI⁵⁸, se expresa que con la medida administrativa tomada por ordenanza “va comprometida la salud y el bienestar de quienes sufren actualmente la ofensa, sino también de las generaciones futuras a las que no puede de ningún modo conculcárseles sus posibilidades vitales”⁵⁹.

56 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño Ambiental*, T. I, p. 33.

57 “Ancore S.A. c. Municipalidad de Daireaux”, del 19-2-02 publicada en J.A., 2002-IV-392 y sgts.

58 Voto al que adhieren el resto de los magistrados de la Corte de la Provincia de Buenos Aires.

59 Indicándose que se hace referencia al voto del Juez PETTIGIANI en el fallo “Almada

Se observa en este antecedente que la Corte de la Provincia de Buenos Aires, alineada con el marco brindado mas arriba, une y conjuga el ambiente a la salud humana en tan estrecha relación que forman una unidad imposible de escindir.

Incluso con anterioridad a este caso la Corte de la Provincia de Buenos Aires (voto del Juez HITTERS) ya participaba de esta posición al establecer que “el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre”⁶⁰.

Tal unión incluso se expande a cuestiones de responsabilidad civil pues, si bien algunos autores aceptan que “normal tolerancia y razonabilidad configuran el norte con el que cabe interpretar la noción de daño ambiental”⁶¹ inmediatamente se aclara que “el límite de la normal tolerancia a las molestias que genera cualquier actividad pierde vigencia cuando se está ante una actividad contaminante que pone en riesgo la salud de las personas... cuando el daño ambiental ataca el bien jurídico *salud* de sujetos determinados, desaparecen los límites de la normal tolerancia, de las incomodidades ordinarias del riesgo permitido, del riesgo socialmente tolerable, y el daño ambiental se convierte en una categoría de daño intolerable”⁶² pues “la degradación del medio se enrola en la categoría de daño intolerable, por ello el límite de la normal tolerancia según la formula del art. 2618 del Cciv. no es aplicable en los casos de degradación del medio ambiente susceptible de afectar la salud”⁶³.

A su turno la inescindible unidad entre ambiente y salud ha venido a ser confirmada por nuestra doctrina judicial que viene sosteniendo⁶⁴ que

60 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, “Almada c. Copetro”.

61 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año LI, 2ª Época Nº 44, p. 6, La Ley, julio 2006.

62 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, cit.

63 GOLDENBERG, Isidoro y CAFFERATA, Néstor, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, 2001, p. 12.

64 Como bien recuerda CAFFERATA, Néstor, “DALY ambiental”, La Ley, 2005-F, 1532, citando “Almada, Hugo v. Copetro S.A. y otro y sus acumuladas Irazu, Margarita c. Copetro S.A. y otro; Klaus, Juan c. Copetro S.A. v otro”. 09-02-1995. Cámara 1ª

“si algunos derechos son puestos en jaque por las nocivas poluciones ambientales, ellos son los llamados derechos humanos o personalísimos a la vida y a la salud de los habitantes, de indisputable rango constitucional y de expreso reconocimiento internacional. Es la persona humana en su integridad -tanto en su intimidad como en sus proyecciones exteriores- la que resultaría lastimada y afectada”... “La contaminación, con sus nocivas proyecciones sobre la vida y la salud de las personas, conlleva un menoscabo resarcible de aquellas potencialidades, un inequívoco estrechamiento de su horizonte o chances futuras, con una serie de logros y tarea parcial o totalmente vedada, de esperanzas y expectativas truncadas o realizables de diversas, más costosas y cuidadas maneras. El daño ambiental debe tipificarse como daño físico, debiéndose considerarse tal la disminución de la aptitud vital genérica de la víctima existente o potencial” e incluso se ha resaltado que la jurisprudencia entiende⁶⁵ que toda contaminación atmosférica “puede implicar de por sí un riesgo al menos potencial, para la salud de la población. En cuanto a los daños físicos consisten en la incidencia de los factores agresivos producidos por una industria petroquímica en la salud de los niños y si bien los peritos no han informado incapacidad en los menores, el reconocimiento de la incidencia del daño ambiental en ellos debe tipificarse en lo que este tribunal reconoce, precisamente, como daño físico debiendo considerarse tal la disminución de la aptitud vital genérica de la víctima, existente o potencial”.

Por último debe recordarse que “el daño ambiental se produce y debe ser resarcido aunque se manifieste actuando sobre personas sensibilizadas por alguna enfermedad que poseen desde antes o si se trata de organismos débiles o debilitados como el caso de los niños o ancianos. En todos los casos existe un derecho primordial a la vida y a la salud que debe ampararse y cuya violación abre el derecho resarcitorio; artículos 1, 3, 4, 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ley 23.054”⁶⁶.

Gabriel; LLBA, 1995-935, comentada por BOTASSI, Carlos; LLBA, 1996-43, con nota de MOSEET ITURRASPE, Jorge.

65 CAFFERATTA, Néstor, “DALY ambiental”, La Ley, 2005-F, 1532, citando “Pinini de Pérez c. Copetro S.A.”, 27-04-1993, Cámara 1ª CC, La Plata, sala 2, J.A., 1993-III-368, con notas de MORELLO, Augusto M. y GHERSI, Carlos.

66 CAFFERATTA, Néstor, “DALY ambiental”, La Ley, 2005-F, 1532.

4. El paisaje

El ambiente, en sí mismo, ha de ser “agradable”, aun desde el punto de vista estético”⁶⁷.

Resulta por tanto innegable que el paisaje forma parte del ambiente⁶⁸, es uno de sus elementos⁶⁹, su deterioro: una forma de degradación ambiental y su protección otra forma de defensa del ambiente⁷⁰, defensa que debe ejercerse por los tres Poderes, incluido el Judicial⁷¹.

Paralelamente “el paisaje es un bien jurídico, compone el medio ambiente”⁷², integra la noción de ambiente⁷³, incluso “vive”⁷⁴.

67 ROSATTI, Horacio, *Derecho Ambiental Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 65

68 BIDART CAMPOS, Germán, en su *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 2002, p. 85 y 86, suma al concepto de ambiente el “patrimonio natural” dentro del que entiende se halla el paisaje. En igual sentido HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 202, afirmando que “el ambiente está compuesto por... las edificaciones, las obras de arte y los elementos subjetivos y evocativos como la belleza del paisaje o el recuerdo del pasado, las inscripciones o señales de hechos naturales”.

69 DE SANTIS, Gustavo Juan, en su trabajo “La protección constitucional del ambiente. La legitimación del artículo 43 de la Constitución Nacional después de la reforma”, La Ley, 1995-D, 1117, afirma que dentro de las cuestiones ambientales se hallan las “vinculadas al patrimonio urbanístico, cultural, paisajístico”. FINK, Daniel Roberto, “Medio ambiente cultural: régimen jurídico de responsabilidad civil”, p. 44 y ss., en obra colectiva *Aspectos procesales del Derecho Ambiental*, Forense Universitaria, Río de Janeiro, Brasil, 1ª edición, 2003, sostiene que el medio ambiente cultural comprende los valores históricos, arqueológicos, estéticos, artísticos, turísticos y paisajísticos que pasan, así, tanto desde el punto de vista legal como doctrinario, a integrar el concepto general del medio ambiente.

70 Pues se entiende que el texto constitucional otorga lineamientos suficientes para captar en el derecho al ambiente una gama suficientemente amplia de intereses, relaciones y valores protegidos; en ese sentido: PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente* LexisNexis, 2005, p. 127.

71 La Cámara Federal de Bahía Blanca, refiriéndose a un valioso precedente de ese mismo Tribunal: “Don Benjamin”, indica que “El salto cualitativo de ese precedente, fue la tutela del derecho difuso de los amparistas a preservar el paisaje, su paisaje, su ambiente” Cámara Federal de Bahía Blanca, sala 1ª, 21-3-2005, “Asoc. Vec. de fomento Barrio Parque Palihue v. U.N.S. y otro s/amparo ambiental-med. cautelar”.

72 CAFFERATTA, Néstor, “El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente. En torno a la defensa del patrimonio histórico-cultural”, en LexisNexis J.A., 2004-III, fascículo N° 1 del 7-07-2004.

73 Conf. ESAIN, José, “El desarrollo sostenible aplicado a un problema de vista paisajística de un ecosistema natural”, LLBA, 2000, 1169.

74 CAFFERATTA, Néstor, “En defensa del paisaje”, en J.A., 2002-IV, 417, quien también indica que se compone de un “complejo mosaico”.

No puede negarse que el paisaje es, entonces, uno de los elementos del ambiente tan importante como el aire o el agua, tan digno de protección como los recursos naturales o culturales.

El destacado autor italiano GIANINI⁷⁵ centrandolo el concepto de ambiente en la idea de "bien jurídico" sostiene que éste posee tres significados: uno de ellos es el que incluye la normativa relativa al paisaje⁷⁶.

En tal sentido ha enseñado el autor francés Michel PRIEUR⁷⁷ que "el paisaje, es un componente del medio ambiente", y también destacó que "constituye parte del patrimonio colectivo, independiente de su valor y localización" agregando que se trata de un "recurso natural panorámico o escénico".

GALDÓS⁷⁸ entiende que el Derecho Ambiental involucra calidad de vida, recursos naturales, patrimonio autístico y cultural, hábitat y desarrollo sustentable. A partir de ello ESAIN sostiene que queda incluido el paisaje dentro de ese concepto de ambiente⁷⁹.

MOSSET ITURRASPE⁸⁰ indica que la idea de "ambiente sano" de la Constitución Nacional exige, entre otras cosas, el "mantenimiento de cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre", y esto se halla inescindiblemente ligado al paisaje.

Si la cuestión se enfoca desde la "patología" ocurre que, de manera equivalente a lo que sucede con el ambiente en general, el paisaje "se degrada"⁸¹, y de tal manera, desde ese enfoque vuelve a confirmarse que el

⁷⁵ GIANINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, RTDP, 1973, p. 23, citado por ESAIN, José, "El desarrollo sostenible aplicado a un problema de vista paisajística de un ecosistema natural", LLBA, 2000, 1169.

⁷⁶ Son los tres significados del bien ambiente para este autor: el incluido en la normativa relativa a paisaje, el incluido en la normativa relativa a aire, suelo y agua y, por último el que aparece incluido en la normativa relativa a ordenamientos urbanísticos.

⁷⁷ PRIEUR, Michel, "Convención Europea del Paisaje", su disertación en el "Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental", El Calafate, Provincia de Santa Cruz, 22 y 23 de abril de 2004. Citado por CAFFERATTA, Néstor, "El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente. En torno a la defensa del patrimonio histórico-cultural", en LexisNexis J.A., 2004-III, fascículo N° 1 del 7-07-2004.

⁷⁸ GALDÓS, Jorge M., "Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones", J.A., 16-12-98 N° 6120, p. 52.

⁷⁹ ESAIN, José, "El desarrollo sostenible aplicado a un problema de vista paisajística de un ecosistema natural", LLBA, 2000, 1169.

⁸⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 33.

⁸¹ CAFFERATTA, Néstor, "En defensa del paisaje", en J.A., 2002-IV, 417, con cita de HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Santiago, "El Impacto ambiental. Ecología para Ingenieros", Colección Senior, N° 2, Colegio de Ingenieros.

paisaje se halla subsumido en el "ambiente", y es, también, uno de sus elementos.

Por otra parte, "el paisaje es fundamentalmente información que el hombre recibe de su entorno. El reconocimiento de las cualidades estéticas y emocionales de un paisaje está ligado al conocimiento que poseemos de él"⁸². Así se arriba a la conclusión de que el paisaje integra al hombre al ambiente en una dimensión particular: en la percepción humana del entorno.

La información que del paisaje recibe el hombre (armonía-desarmonía, equilibrio-desequilibrio, opresión-expansión, ruido-silencio, olores, etc.) tiene una relación directa e inescindible con la percepción de los seres humanos y, a partir de allí, el paisaje tiene, huelga decirlo, un alto componente referido a cómo una cultura y un momento histórico⁸³ nos hace percibir el entorno y, llegado el caso, ansiar otro.

Sucede que el paisaje no sólo es aquello que entra por los ojos, sino una especie de síntesis de lo que se percibe por la mirada, se siente por los oídos y se huele por el olfato; si un hermoso paisaje visual se observa con un ruido ensordecedor o molesto sin duda ese paisaje no es el mismo que si se lo percibe en silencio o con el sonido de los pájaros. Se trata de un simple ejemplo de cómo el paisaje, a pesar de la mayor entidad de la percepción visual, también se conforma por lo que se escucha y lo que se huele.

De tal forma el concepto de paisaje se halla también conformado y sustentando en valores estéticos -y por ende también culturales- de belleza, armonía, paz, equilibrio y calidad visual, auditiva y olfativa: que "el paisaje no sólo se mira, sino que se penetra, se siente, se oye, se huele, se

⁸² CAFFERATTA, Néstor, "En defensa del paisaje", en J.A., 2002-IV, 417, con cita de GONZÁLEZ BERNÁLDEZ, Fernando, Prefacio "Ecología y Paisaje".

⁸³ Jurisprudencialmente se ha afirmado que "el 'paisaje', participa de una manera importante sobre el interés general, sobre los planos culturales, ecológicos, medioambientales, y sociales. Contribuye a la elaboración de las culturas locales, representa un componente fundamental del patrimonio cultural y natural, es importante para la calidad de vida de la población, en los medios urbanos y en la campaña, en los territorios degradados, como en los que no lo están; en los espacios destacados como en los que no lo son; constituyen un elemento fundamental para el bienestar individual y social, su protección su gestión y su mantenimiento implican los derechos y las responsabilidades de cada uno (confr. *Préambule de la Convention Européenne du Paysage*, Florencia 20.10.00, citado por María Delia Pereiro de Grigaravicus. LexisNexis. Revista de Derecho Ambiental. Nov. 04, p. 81)". Voto del Juez SPACAROTEL, al que adhiere la Dra. MILANITA en la causa Nro. 3131 CCALP "Asociación Civil Nuevo Am. Cen. Vec. P. Lara C/ Ceamse S.A. S/ Amparo" del 22 de junio de 2006.

palpa”,⁸⁴ por ello se recuerda, de manera ejemplificativa, que paisaje es también el canto de los pájaros, el vuelo de las aves, el sonido de los árboles entre las ramas de los árboles, el olor del pasto húmedo⁸⁵.

Volviendo a la idea de la interrelación entre paisaje y ser humano: información y percepción conforma, a su vez, la idea de “paisaje” que no se halla desvinculada, ni mucho menos, de esa información-percepción de los seres humanos con su entorno pues el “paisaje es cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones”⁸⁶ unido estrechamente a “una calidad a encontrar”⁸⁷, de hecho “un paisaje puede suministrar gran cantidad de información y desencadenar múltiples reacciones en el observador”⁸⁸.

A su vez, “el paisaje es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural. De allí que la noción de patrimonio común aparezca como transambiental, es decir como aplicable a casi todos los elementos del medio ambiente, sean naturales o culturales”⁸⁹.

Paisaje es, en definitiva, una especie de mosaico de bienes físicos e inmateriales, concretos y abstractos, sonidos (ruidos), olores, luces y sombras; pero a la vez es una información y una percepción nutrida de valores estéticos, culturales; incluso forma parte de un proyecto cultural, estético y social.

El significado del paisaje no se agota en lo que es, no se trata de un concepto estático, sino dinámico, necesitado de la acción transformadora, teleológicamente valiosa, del ser humano; por ello el paisaje es algo que no sólo se defiende, también se crea, se transforma y se produce: defender el paisaje no se reduce a proteger lo que hay, tampoco se limita a recuperar lo que fue, también implica proyectar y ejecutar lo que aspiramos que sea, para las presentes y futuras generaciones, a partir de una confluencia estética, cultural y social, incluso, hasta ética.

84 CAFFERATTA, Néstor, “En defensa del paisaje”, en J.A., 2002-IV, 417.

85 CAFFERATTA, Néstor, “En defensa del paisaje”, cit.

86 PRIEUR, Michel, “Convención Europea del Paisaje”, su disertación en el “Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental”, El Calafate, Provincia de Santa Cruz, 22 y 23 de abril de 2004. Citado por CAFFERATTA, Néstor, “El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente. En torno a la defensa del patrimonio histórico-cultural”, en LexisNexis J.A., 2004- III, fascículo Nº 1 del 7-07-2004.

87 PRIEUR, Michel, “Convención Europea del Paisaje”, cit.

88 CAFFERATTA, Néstor, “En defensa del paisaje”, en J.A., 2002-IV, 417.

89 PRIEUR, Michel, “La noción de Patrimonio Común”, J.A., 1998-IV-1014.

En tal sentido⁹⁰ se impone una política pública del paisaje: “formular principios generales, estrategias y orientación. Bajo la tríada de la “Protección, Gestión, Ordenación” integrarlo en el principio de otras políticas, vg. de obras públicas y particulares, pero también una defensa jurisdiccional alineada no sólo a mantener lo que existe, también a crear lo que debe ser.

La Corte de la Provincia de Buenos Aires brinda ya en “Almada” una pauta de gran importancia para considerar al paisaje como parte del ambiente cuando adjetivó como “agradable” el ambiente en el que los seres humanos tienen derecho a vivir⁹¹.

Con posterioridad a decidir en la causa “Cariló”⁹² dejó evidenciado que el paisaje es uno de los elementos del ambiente.

Allí el Tribunal, por mayoría, resolvió favorablemente el amparo basado en la inactividad de la Municipalidad de Pinamar en la implementación de las leyes 11.723 y 12.099 que declaran de interés provincial el paisaje protegido del Parque Cariló⁹³.

Merece destacarse el valioso voto del Juez RONCORONI en esa causa, quien plantea, certera y lúcidamente, como una de las bases para analizar y decidir la cuestión, las relaciones entre el paisaje -como parte del ambiente- y los intereses económicos (en el caso en materia edilicia y turística) donde afirma que “Es precisamente para aventar los riesgos inminentes que la presión inversora y el libre juego de los intereses económicos (vinculados especialmente al campo edilicio y turístico) pueden provocar a ese paisaje protegido y al equilibrado desarrollo ecoturístico de la localidad (lo cual no escapa a la percepción de los integrantes de la Cámara de Apelaciones, que no dejan de señalar que *‘en pocos años se produciría*

90 Como afirma Néstor CAFFERATTA en su trabajo “El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente. En torno a la defensa del patrimonio histórico-cultural”.

91 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, “Almada c. Copetro”.

92 “Sociedad de Fomento Cariló contra Municipalidad de Pinamar. Amparo”, sentencia del 29-5-2002.

93 La sentencia dictada por la Corte de la Provincia de Buenos Aires el 29 de mayo de 2002, en su parte resolutoria, revocó la dictada por la Cámara y decretó mantener la de primera instancia “en cuanto hizo lugar al amparo y, en consecuencia, se ordena a los departamentos Ejecutivo y Deliberativo de la Municipalidad de Pinamar, para que con medidas concretas den inmediato cumplimiento a lo dispuesto en la ley 12.099 adoptando, a partir de la fecha de notificación de la presente, todos los mecanismos, procedimientos y recaudos necesarios para que la vigencia de tales normas no se vea desplazada por la aplicación de criterios anteriores a su dictado, que pongan o puedan poner en peligro el paisaje protegido de la localidad de Buenos Cariló”.

una transformación de tal magnitud que desaparecería el perfil paisajístico que -Cariló- hoy luce con merecido orgullo”).

Tal planteo nos obliga a recordar la magnífica obra *La Ecología y la Economía*⁹⁴, donde se destaca la importancia central que un “imperialismo económico”⁹⁵ tiene sobre el daño al ambiente, idea agudamente tenida en cuenta por el Juez Roncoroni en el planteo de su voto; también nos lleva a mencionar la posición del catedrático francés Michel PRIEU quien afirma: “el paisaje no es sólo un patrimonio cultural o ecológico, sino también un patrimonio económico”⁹⁶.

La formulación de la relación entre intereses económicos y deterioro al ambiente es de vital importancia, en mayor medida cuando ello se hace en un fallo judicial, en el caso voto del Juez Roncoroni, por cuanto permite una visión más realista de la problemática a resolver y, por tanto, una más justa respuesta jurisdiccional.

Las relaciones entre economía y ambiente han sido resaltadas, también en alguna medida, por la doctrina local; en tal sentido, además de plantearse correctamente que el “desarrollo humano” no debe entenderse como crecimiento económico (como el ingreso *per capita*); en realidad se trata de una alternativa que implica un estadio integral del hombre en todas sus dimensiones”⁹⁷ también se ha afirmado que “el desarrollo de una comunidad incorpora no sólo los indicadores macroeconómicos clásicos vinculados con la generación de la riqueza (vgr. PBI) sino también otros que aluden a variados aspectos culturales, educativos, institucionales y sociales de la población tales como la esperanza de vida al nacer, el promedio de vida de la población”⁹⁸ porque “la estructura del desarrollo está estrechamente relacionada con la posibilidad de una economía diversificada,

94 De Joan MARTÍNEZ ALIER-KLAUS SCLUMPMANN, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1992.

95 En realidad los autores lo denominan “imperialismo crematístico” porque antes aclararon, partiendo del pensamiento de ARISTÓTELES, las diferencias entre “economía” y “crematística”. ARISTÓTELES pretendía con tal diferenciación salvaguardar la primera (en tanto abastecimiento del *oikos* -casa- y de la *polis* -ciudad-) de la formación de precios en el mercado (crematística). “Según el filósofo, el abastecimiento del *oikos* y de la *polis* no tenía que estar regulado por los precios” afirman los autores en esa obra.

96 Citado por CAPPERRATTA, Néstor, “El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente. En torno a la defensa del patrimonio histórico-cultural”, en LexisNexis I.A., 2004-III, fascículo Nº 1 del 7-07-2004.

97 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, 2001, p. 299.

98 ROSATI, Horacio, *Derecho Ambiental Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 70.

en el sentido que no dependa para la subsistencia de la población de la extracción indiscriminada o el consumo creciente de sus recursos naturales”⁹⁹.

5. Carácter indisponible de los derechos al ambiente

Esta visión jurídica del ambiente no quedaría completa si no se terminara por destacar el carácter indisponible que define la temática.

La Corte Suprema en el ya citado caso “Mendoza”¹⁰⁰ expresa claramente que el ambiente “...por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes”. Luego agrega que “el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual”.

Sobre esta cuestión, la Cámara Federal de Bahía Blanca -recordando un fallo propio- dejó sentado que “El salto cualitativo de ese precedente, fue la tutela del derecho difuso de los amparistas a preservar el paisaje, su paisaje, su ambiente. Y no cabe duda aquí -como allá- que hay un derecho subjetivo-colectivo a mantener el ambiente en el que vivimos (de ‘homo ambiens’ habla la doctrina: Silvia Maureen Williams; “El riesgo ambiental y su regulación”, ed. Abeledo-Perrot, pp. 20 y 32). Claro que el límite (hoy al igual que en ese precedente) es la co-existencia, no hay lugar para exclusiones cercenantes cuando hay en disputa intereses colectivos, ambos -como en este caso- generales y zonales. ... Nadie puede manejar el ambiente como a su capricho. El ambiente es de todos y no de algunos”¹⁰¹.

En la misma senda la Cámara Nacional Civil sostuvo que “Desde el punto de vista objetivo lo que nos guiará a la calificación del derecho como de incidencia colectiva, será la imposibilidad de apropiación o uso exclusivo”¹⁰².

Como síntesis, sin duda incompleta, pero útil para el tema que nos proponemos abordar, cabe afirmar que el ambiente es de todos, pero, al

99 ROSATI, Horacio, *Derecho Ambiental Constitucional*, cit., p. 71.

100 CS, 20-6-06 *in re* “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza”.

101 Cámara Federal de Bahía Blanca, sala 1ª, 21-3-2005, “Asoc. Vec. de fomento Barrio Parque Pabihue v. U.N.S. y otro s/amparo ambiental-med. cautelar”.

102 CNCiv Sala I del 27-10-05 en autos “Aspiroz Costa v. PASA SA”, Revista de Derecho Ambiental Nro. 6, LexisNexis. Abril/Junio 2006, p. 209 y sgts.

mismo tiempo, de nadie y, que el daño que un sujeto le provoca al ambiente se lo está generando a sí mismo.

Tales premisas que, a primera vista, pueden parecer un contrasentido, por un lado ilustran acabadamente sobre la particularidad de la temática ambiental y, por el otro, justifican su carácter no disponible.

Igualmente lo hasta aquí expuesto decanta en una idea que puede sintetizarse con esta cita: "el sujeto individual, en el momento de actuar como miembro de la colectividad, ejerce un derecho propio y defiende un interés propio y, al mismo tiempo, de todos los otros asociados...(esto) hace que la acción de uno redunde en beneficio de todos"¹⁰³.

Tal actuación jurídica tiene, por tanto, un propósito muy definido: que su acción *redunde* en beneficio de todos (tutela del ambiente). Allí está su fuerza. Pero a la vez su límite.

De esta manera queda enmarcada una cuestión trascendente para el tema tratado: la diferencia que en la temática ambiental existe entre facultad de tutelar, por un lado, y titularidad del bien, por el otro.

Conviven, en la temática ambiental, la facultad de tutelar (con la consecuente legitimación procesal) de un sujeto individual, un grupo de ellos, una asociación, un ente público o privado, entre otros, con la titularidad colectiva e intergeneracional del bien, consecuencia de su carácter transindividual.

De la conjunción de tales premisas surge que quien puede tutelar el bien colectivo, no tendrá facultad ni capacidad para disponer del mismo, porque carece de titularidad en grado suficiente a tal fin.

La legitimación en esta temática no se vincula (con) ni sostiene (en) la titularidad¹⁰⁴, de esa forma aquella faculta sólo a los fines de tutelar,

103 MADDALENA, Paolo, "Las transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental" en el ejemplar "Derecho Ambiental" de la Revista del Derecho Industrial, Año 14, Mayo-Agosto 1992, Nro. 41, p. 370.

104 En tal sentido resulta sumamente ilustrativa la sentencia de la Cámara Federal de La Plata cuando expresa: -luego de referir el caso "Mendoza" de la CSJN e inmediatamente después de recordar que el art. 41 CN establece "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano..."-, que: "los titulares del derecho son una cantidad actualmente indefinida de personas y, por ello, sin bien existen diferentes posibles legitimados para accionar por el derecho en juego, ninguno en particular puede incorporar a su patrimonio, ni al haz de los derechos que les corresponden *qua individuo*, una potestad evidentemente genérica y difusa, o sea que la legitimación para accionar, en este tipo de situaciones, no se confunde con la titularidad del derecho", Cám. Fed. La Plata, Sala II, "Municipalidad de Berazategui v. Aguas Argentinas SA", 3-10-2006, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, N° 12, p. 187 y sgts.

jamás para disponer del ambiente, ya sea acordando o pactando, transando o renunciando¹⁰⁵.

Por tal razón, si este actor excepcional (es decir habilitado a proteger un bien colectivo en beneficio de todos) realiza un acuerdo en un caso ambiental, este último será neutro para el Poder Judicial (o para la Administración Pública), porque el sujeto legitimado no tiene ni capacidad, ni facultad, ni habilitación legal, para disponer del bien. No tiene aptitud legal para acordar o pactar sobre un bien cuya titularidad no le pertenece, por ser esta última colectiva e intergeneracional, por tratarse de un bien transindividual y perteneciente a la esfera social.

El concepto de legitimación en temas ambientales, de por sí amplio, tiene una férrea contracara, un limitado marco de acción, a saber: se agota en defender y proteger el bien de todos, el bien de las generaciones futuras. Queda así excluida la facultad de realizar un acuerdo o transacción sobre el ambiente porque ello excede y extralimita el marco aludido¹⁰⁶.

A equivalente conclusión cabe arribar si se enfoca la cuestión desde el daño ambiental, en tanto el riesgo de su acacimientto, o su efectiva concreción, habilitan la tutela jurisdiccional o administrativa del ambiente.

En ese sentido si el daño ambiental tiene como características más salientes el de ser una agresión desparramada, difusa, cambiante, traslaticia, nómada, itinerante, difícilmente contenible, "viajera", mutante, desconcertante, sin límites geográficos, temporales, ni personales, potencialmente expansiva, multiplicadora, en ocasiones con efecto retardatario, progresivo, acumulativo, sinérgico, invisible, silencioso, mortal o altamente riesgoso, explosivo o tóxico¹⁰⁷; sólo es dable concluir que ningún sujeto -ni privado ni público- puede tener otorgada facultad alguna de disponer, acordar, renunciar o pactar, en lo relativo a un bien cuyo daño posee tales características.

Sostener lo contrario sería una clara contradicción también con las particularidades específicas del daño que se intenta evitar o recomponer.

105 Puede consultarse LORENZETTI, R., *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, 2008, p. 156, donde expresa: "los bienes colectivos son, como dijimos, *indivisibles e indisponibles*, y la legitimación extraordinaria que tienen quienes ejercen la pretensión no significa que sean "dueños" del bien. En consecuencia no pueden celebrar *transacciones* porque no están habilitados para hacer *concesiones recíprocas*, que consisten en renunciaciones y reconocimientos".

106 En ese sentido puede consultarse FALBO, Aníbal José, "El ambiente es indisponible", Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, N° 12, p. 210.

107 Este tema se trata en el capítulo V, al que se remite.

Es entonces el Estado, incluido el Poder Judicial, quien debe decidir sobre las cuestiones ambientales, sin importar manifestaciones, ni acuerdos, ni convenios ni pactos de sujetos individuales o colectivos, privados o públicos; los acuerdos, las manifestaciones, los convenios serán meros pareceres sin valor -inocuos y neutros- no vinculantes, decididamente desechables; disposiciones individuales de un bien que, por ser transindividual, es indisponible; declaraciones extrañas a los derechos en juego y el bien tutelado, sin operatividad, ni validez ni eficacia.

Estas argumentaciones se refuerzan con otros dos aspectos a tener en cuenta: 1. que la tutela del ambiente es un deber irrenunciable de los tres poderes del Estado¹⁰⁸ y, 2. que cuando de tutela del ambiente se trata nos hallamos ante lo que se denomina el Orden Público Ambiental¹⁰⁹.

Como ha destacado CAFFERATTA: "Está claro: el núcleo duro o pétreo del Derecho Ambiental es de ORDEN PÚBLICO, cuando esta cuestión de marras, se vincula no sólo con la preservación del ambiente, sino también con la salud pública, y la vida misma de la comunidad"¹¹⁰.

Por último, varios antecedentes jurisprudenciales destacan el carácter no-disponible del derecho al ambiente y del ambiente en sí mismo, además del ya citado caso "Mendoza" donde la Corte Federal sostiene que el ambiente se halla "tutelado de una manera no disponible por las partes"¹¹¹.

Precursor de tal enfoque fue el trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil Sala H en la causa "Subterráneos de Buenos Aires SE c/Shell y otros"¹¹² del año 1999 donde, luego de sostener que "el derecho al ambiente es inherente al derecho a la vida, pues protege la integridad física de la persona. Es inherente también a la libertad y a la igualdad, por cuanto protege, asimismo, su integridad moral..." y agregar que "De lo hasta aquí expuesto es razonable sostener junto con la doctrina y jurisprudencia que así lo propician que existe un orden público ambiental" concluye: "Como consecuencia de ello fácil resulta advertir que es inalienable e indisponible para las partes".

108 Este tema se trata en el capítulo II. Allí se remite.

109 En tal sentido: QUIROGA LAVIE, Humberto, "El Estado Ecológico de Derecho", La Ley del 16 de abril de 1996; BUSTAMANTE ALSINA, "Orden Público Ambiental", La Ley, 1995-E-916; CANG, Guillermo, "El Orden Público Ambiental", La Ley, 1979-A-224; PASTORINO, Leonardo, *El daño al ambiente*, LexisNexis, 2005, p. 55, entre muchos más.

110 CAFFERATTA, Néstor, "Orden público y el paradigma ambiental", E.D., 6-02-07, p. 1.

111 Ver CS, 20-6-06 *in re* "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza)".

La Cámara Federal de La Plata, en valioso precedente que versaba sobre la tutela del bien ambiente, determinó que "el derecho en juego no es disponible"¹¹³.

Otro antecedente de relevancia es el de la Cámara Civil y Comercial de Tucumán, sala 1ª, sentencia dictada en "Fundación Planeta v. Transportes 9 de Julio S.A."¹¹⁴. Allí el Tribunal sostiene que "En la cuestión que nos ocupa Fundación Planeta, si bien estuvo legitimada constitucionalmente para poner en movimiento el proceso judicial tendiente al restablecimiento de la legalidad y del medio ambiente, carece de personería para transar, ya que ejerce la protección de un derecho que no le pertenece. Por ello, con razón ha sostenido Morello que en los derechos de incidencia colectiva éstos no tienen un legitimado directo, porque el interés se difumina al coajunto por tener cada uno una parte de cierto daño ('Régimen procesal del amparo', Ed. Platense, p. 211). Por otra parte, habida cuenta los altos intereses tutelados y su raigambre constitucional directa es precisamente el Estado, en sentido lato, el primer obligado a su protección. Siendo su competencia irrenunciable, por consiguiente tampoco está sujeta a convenio o transacción".

También, en un sentido que consideramos coincidente, se ha afirmado por nuestros tribunales que "No resulta dudoso que por el carácter personalísimo, privativo de la persona física, que reviste el derecho constitucional a la vida, a la salud y a la integridad física que subyacen en el derecho al medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, éste no podría, en principio, ser renunciado ni objeto de transacción alguna"¹¹⁵.

113 Cám. Fed. La Plata, Sala II, "Municipalidad de Berazategui v. Aguas Argentinas SA", 3-10-2006, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, N° 12, p. 187 y sgts. También el Tribunal en ese fallo expresa: "Aunque el derecho al medio ambiente sano no sea disponible, las modalidades de su protección, mientras no toquen elementos esenciales, por ejemplo, el de la salud pública, podrían ser objeto de un convenio apoyado en dictámenes técnicos de absoluta seriedad controlados por todas las partes y sometidos a un riguroso escrutinio judicial".

114 Sentencia del 8 de febrero de 2005, en RDAM LexisNexis Newsletter.

115 CNCiv Sala J del 27/10/05 en autos "Aspiroz Costa v. PASA SA", Revista de Derecho Ambiental Nro. 6, LexisNexis, Abril/Junio 2006, p. 269 y cots.

CAPÍTULO II EL AMBIENTE Y LA CONSTITUCIÓN

SUMARIO: 1. La Constitución Nacional. 1.1. Importancia de la norma constitucional del art. 41. 1.2. El bloque de constitucionalidad ambiental. 1.3. Análisis del artículo 41 de la Constitución Nacional. a. El ambiente "sano". b. Ambiente equilibrado. c. Ambiente "apto para el desarrollo humano". d. Las generaciones futuras y el derecho al ambiente en la Constitución. e. Utilización racional de los recursos naturales. f. La preservación del patrimonio natural y cultural.- 2. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires. 2.1. La tutela del ambiente por el Estado Provincial. 2.2. El dominio eminente. 2.3. El control del impacto ambiental. 2.4. Otras normas de la Constitución provincial que tutelan el ambiente.- 3. Operatividad de las normas constitucionales ambientales

I. La Constitución Nacional

1.1. Importancia de la norma constitucional del art. 41

Por un lado el artículo 41 de la Constitución Nacional establece expresamente el derecho al ambiente¹ y define sus principales atributos y pautas rectoras: "estos datos normativos conforman un núcleo duro de nor-

¹ Recuérdese que nuestra Constitución histórica no contenía ninguna norma específica referida a la cuestión ambiental, como afirmara TAWIL: "no amparaba en forma expresa el derecho de los habitantes de nuestra Nación a un ambiente sano, ni hacía referencia alguna a la protección del medio ambiente", quien agrega que sin embargo, "pacífica resultaba nuestra doctrina y jurisprudencia en considerar que tales derechos se encontraban dentro de aquellos no enumerados y amparados por el art. 33 de nuestra Carta Magna. Numerosos autores y precedentes jurisprudenciales reconocían, asimismo, que ellos se encontraban tutelados en los arts. 14 y 67 inc. 16 -actual art. 75 inc. 18- de la Constitución Nacional" (Tawil Guido S., "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional", LL, 1995-B-1291 y sgts.). De manera concordante QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, en su obra *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 296, Rubinzal-Culzoni, 2001, entienden que "la amplitud del artículo 33 CN permitía darle cobertura constitucional a estos típicos derechos colectivos" y BIDART CAMPOS, Germán, en su *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, p. 84, Ediar, 2002 expresa que el art. 41 de la CN de 1994 "es una norma nueva que da acogimiento a una materia que antes de la reforma era susceptible de ubicarse por igual en dos ámbitos: en el de los *derechos de tercera generación*, y en el de los llamados intereses difusos o intereses colectivos o intereses de pertenencia difusa. El art. 33 sobre derechos implícitos les servía de base".

mas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica”².

Por el otro es una norma constitucional que “trata de establecer un contenido permanente e invariable, ajeno a los vaivenes legislativos”³, de tal forma es una garantía inestimable para la permanencia de la protección del ambiente, en grado superlativo, y una válvula de seguridad contra todo intento de invadir su esencia y violentar sus objetivos y fines, tanto como de desdibujar su vigor o empañar su eficacia, ya que los enunciados del art. 41 “constituyen normas jurídicas, que tienen funciones delimitadoras”⁴.

Esa norma constitucional también “se convierte en verdadera pauta interpretativa de indudable jerarquía constitucional para desentrañar el sentido de la propia Constitución en cualquiera de sus partes como su proyección sobre todo el derecho infraconstitucional”⁵ erigiéndose en pauta interpretativa de todo el orden jurídico (constitucional e infra-constitucional), y en especial de toda norma que se halle relacionada con el ambiente.

A todos estos datos se suma otro, que desde distinto enfoque vuelve a mostrar la importancia superlativa de la mentada norma pues la trascendencia del artículo 41 llega al punto que “estos derechos ambientales operan como matriz para todos los demás derechos fundamentales debiendo orientar todas las formas de actuación de los poderes públicos y de los particulares”⁶.

Incluso ese artículo constitucional insta un “programa en el que están presentes una nueva noción de equidad en su versión intergeneracional y un garantismo que debe volcarse por medio de los más modernos instrumentos que aportan la evolución del constitucionalismo en su vertiente social y de pleno reconocimiento a los derechos de incidencia colectiva”⁷.

Paralelamente nuestra Constitución Nacional proclama la preferencia a la protección ambiental por sobre la del interés inmediato industrial que

² LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, La Ley, 1997-E, 1463.

³ GAMBIER, Beltrán y LAGO, Daniel, “El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, ED, 163-727.

⁴ LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, cit.

⁵ QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 298.

⁶ QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, ob. y loc. cit.

⁷ SASSAY, Daniel, “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable” en la obra colectiva *Ambiente, Derecho y sustentabilidad*, La Ley, p. 67.

no resulta en tal caso tutelado⁸ con lo que se recepta el reconocido “principio de prioridad del ambiente”⁹.

La importancia de la norma se expande al proceso judicial, en tanto “permite la subjetivización en materia de acciones”¹⁰.

Se observa entonces que el artículo 41 de la Constitución Nacional es una norma de gran trascendencia, no sólo por cuestiones demasiado evidentes, como que establece el derecho al ambiente y brinda sus pautas rectoras, sino también porque impone un objetivo ambientalista prioritario para el Derecho, expandiendo sus efectos a todo el orden jurídico, que funciona como un férreo límite para la normativa infra-constitucional, se erige en pauta estricta y operativa de actuación ineludible tanto para los poderes públicos como para los sujetos particulares y además de otros principios establece el de prioridad del ambiente y, como se verá, rediseña e innova el proceso judicial. A todo esto se suma el paradigma de la intergeneracionalidad como idea rectora básica de todo el derecho al ambiente, columna vertebral y exigencia ineludible para que exista un ambiente sano, equilibrado y apto.

1.2. El bloque de constitucionalidad ambiental

Paralelamente, con la reforma constitucional de 1994, los derechos ambientales ingresan expresamente al bloque de constitucionalidad argentino; ello por virtud de varias normas donde se destaca una central, el artículo 41, de otras referencias un tanto más incidentales.

En efecto: “la reforma de 1994 plasma una amplia tutela al ambiente en diversas normas: una central (art. 41) que en sus cuatro párrafos excede largamente la mera consagración a nivel federal del derecho al ambiente; otra procesal (art. 43, párr. 2), y variadas referencias incidentales como la que otorga a los pueblos indígenas el derecho a participar en “la gestión referida a sus recursos naturales” (art. 75 inc. 17); las menciones al “desarrollo humano” (art. 75 inc. 19, párr. 1 y 125, párr. 2) y al reconoci-

⁸ Ver en tal sentido GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, III-12, 1998.

⁹ CECCHETTI, Marcello, *Principii costituzionali per la tutela dell'ambiente*, 2000, Milano, p. 85; ese autor lo refiere como “il principio di primarietà dell'ambiente” e indica que ello importa “la necesidad de atribuir una suerte de favor genérico a la protección del equilibrio ecológico”.

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, La Ley, 1997-E, 1463. Del mismo autor, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, 2008, p. 149, donde

miento a las provincias del "dominio originario de los recursos naturales" (art. 124, párr. 2)"¹¹.

Todo este marco constitucional, o bloque de constitucionalidad ambiental, ha llevado a afirmar que el derecho al ambiente "ahora, bien se lo puede ubicar entre los derechos humanos fundamentales"¹².

A su vez la constitucionalización de los derechos ambientales se completa por la vía del artículo 75 inc. 22 párr. 2º de la Constitución Nacional que, como es sabido, otorga "jerarquía constitucional" a varios instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su artículo 12.b, incluye dentro del contexto del derecho a la salud de toda persona, el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente, sin olvidar que la cláusula gemela de ese instrumento internacional con la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 1) reconoce el derecho a la autodeterminación de todos los pueblos, en virtud del cual pueden "disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional".

Por otra parte, el que se hubiere atribuido a todos los Tratados "jerarquía superior a las leyes" (art. 75 inc. 22 párr. 1 *in fine* Constitución Nacional) implica, a su vez, una rejerarquización de varios Tratados que incluyen la cuestión ambiental, entre los que es dable destacar el Protocolo de San Salvador de 1988 que lo recepta en su artículo 11 expresando "Toda persona tiene el derecho a vivir en un ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos" agregando el compromiso del Estado a promover "la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

Concluimos entonces que, con las normas constitucionales indicadas, los instrumentos internacionales referidos y diferentes Tratados que abordan (aunque parcialmente) la cuestión ambiental, se completa el bloque de constitucionalidad ambiental, cuya consecuencia es la existencia de un verdadero Estado Ecológico de Derecho en el país¹³.

11 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 298.

12 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, p. 84.

13 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 297. En sentido paralelo, BUSTAMANTE ALSINA ha sostenido la incorporación a nuestro orden jurídico de un "Orden Público Ambiental" (ver el trabajo que lleva ese mismo nombre, publicado en La Ley, 1995-E-916); en sentido coincidente se ha sostenido que "Se debe incorporar el orden público ambiental como nuevo concepto referido a un conjunto de principios destinados a proteger el Patrimonio Natural y Cultural, tenien-

1.3. Análisis del artículo 41 de la Constitución Nacional

En este punto se aborda un análisis fragmentado del artículo 41, aceptando que, si bien es útil para el estudio de la norma, a la vez resulta contradictorio a la hora de su cabal comprensión, en la medida que ésta se logra cuando todas sus partes se perciben a la vez, en un solo instante. Esa visión de conjunto es la única compatible con la mirada ambiental, pero para conseguirla debemos comenzar por el análisis fraccionado de sus partes.

Advertido ello, comencemos por señalar que el "ambiente" al que los habitantes tienen derecho -es decir: el derecho al ambiente- ha sido calificado en el artículo 41 Constitución Nacional como "sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano" y se le ha agregado que en él, las actividades productivas que persigan satisfacer necesidades presentes, no pueden comprometer a "las generaciones futuras".

Estas cualidades constitucionales del ambiente, además de definirlo, poseen gran valor práctico, no meramente declamativo; el ambiente constitucionalizado no es cualquier ambiente, es uno en particular: sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y en el que no se comprometa a las generaciones futuras; en síntesis: el verdadero alcance y significado del término ambiente se logra de una lectura integral del art. 41 de la Constitución Nacional¹⁴, que, como ya se adelantó, resulta de algún modo opuesta al método que se utiliza en este punto.

Resulta en principio evidente que la redacción del artículo 41 de la Constitución Nacional, párrafo primero, plasma una protección más amplia que si se hubiere solamente consignado el término "ambiente" o ambiente no polucionado¹⁵.

Se trata, entonces, de un ambiente adjetivado¹⁶ constitucionalmente, un determinado tipo de ambiente, no cualquier ambiente: porque una zona

do bien en claro que el ambiente es el bien jurídico protegido" y que "Todo esto hace que un nuevo concepto subordine la propiedad privada al interés público" (PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia, "Daño ambiental en el medio ambiente urbano: un nuevo fenómeno económico en el siglo XXI", La Ley, 2001-D, 1372).

14 PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, LexisNexis, 2005, p. 128.

15 Ver en ese sentido QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 299.

16 "El ambiente al que todos tienen derecho recibe adjetivaciones: sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano..." tal como expresa BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 85. HUTCHINSON, cuando se aboca el concepto de ambiente en la Constitución, a partir de la fórmula "ambiente sano, equilibra-

árida producto de la tala indiscriminada de un bosque, sólo por dar un ejemplo, es también “ambiente” pero no es sano, tal vez podría alguien afirmar que es equilibrado, pero sin duda allí la actividad productiva ha comprometido a las generaciones futuras.

Sirva este ejemplo, tan simple, para comprender que el particular ambiente que protege el texto constitucional es aquel que cumpla con todos, y cada uno, de los términos que lo adjetivan, no basta que sea equilibrado si no es sano, no es suficiente que sea sano si se está comprometiendo a las generaciones futuras, acorde con la mirada integral y conjunta de todos los enunciados constitucionales.

a. El ambiente “sano”

Cuando la Constitución Nacional reconoce el derecho al ambiente “sano” sin duda se trata de “un derecho del hombre, un derecho humano”¹⁷ aun cuando ello “no puede llevar a la confusión de creer que se ha adoptado una postura puramente antropocéntrica”¹⁸, en la medida que junto al derecho del hombre el ambiente se está concibiendo la protección del ambiente en sí mismo, y como garantía para que el derecho del hombre se haga posible¹⁹.

El ambiente “sano” es aquel que cumpla, al menos, con dos exigencias; la primera: que la salud de los seres humanos no resulte dañada, ni impedida, ni puesta en riesgo o peligro pues, el término “sano”, alude al que facilita la instalación de personas en un entorno favorable a su bienestar²⁰ que no se reduce al análisis de las generaciones actuales sino que exige se evalúe, también, la salud de las generaciones futuras.

Si un ambiente es saludable para las generaciones presentes pero no se puede asegurar que ello se sustente en las futuras generaciones no se cumple con el parámetro antropocéntrico de “ambiente sano”.

El ambiente será, entonces, sano, si no degrada, no perjudica, no pone en riesgo o peligro, no daña, el estado completo de bienestar físico, mental y social de los seres humanos que habitan en el mismo ni de aquellos que lo habitarán en el futuro y aún no han nacido, no exigiéndose que existan

do, apto para el desarrollo humano” plantea: “lo que el derecho protege es la calidad del ambiente...en función de la calidad de vida” (HUTCHINSON, Tomás, en obra colectiva *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 318).

17 PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, LexisNexis, 2005, p. 125

18 PASTORINO, Leonardo Fabio, ob. y loc. cit.

19 PASTORINO, Leonardo Fabio, ob. cit., p. 126.

afecciones o enfermedades para considerar que dicha característica del ambiente no se encuentre corroborada.

La segunda: coherente con la visión no exclusivamente antropocéntrica que brinda el artículo 41 Constitución Nacional, el ambiente, en sí mismo, debe permitir la vida de los seres vivos que naturalmente lo componen, lo que exige recursos naturales (aguas superficiales o subterráneas, aire, suelo, etc.) en condiciones aptas para permitir la vida de la ecología natural del lugar, no de cualquier forma de vida.

En definitiva: ambas visiones -antropocéntrica y egocéntrica- confluyen en la adjetivación del ambiente como “sano”.

En esta cuestión resulta de interés recordar la valiosa aclaración que el Dr. PETTIGIANI hizo en su excelente voto en la causa “Almada c. Copetro” donde afirmó que: “que con la reforma constitucional se genera una concepción a partir de la cual el hombre es parte del medio ambiente y por lo tanto se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental -independientemente de la afección individual”²¹.

b. Ambiente equilibrado

Tanto como el término “sano” inclinó, de alguna manera, la balanza hacia el lado del antropocentrismo, somos de la opinión que el término “equilibrado” lo hace hacia el otro: el ecocentrismo, pues el concepto de ambiente equilibrado proviene de las ciencias naturales y significa que se “debe tender a que las alteraciones ocasionadas por el hombre sean tan armoniosas con la naturaleza que no lleguen a alterar el equilibrio propio de ésta”²².

Claro que esto no desvincula el concepto de las actividades humanas, no se trata de una cualidad que pueda limitarse solamente al sistema natural²³.

En efecto el ambiente “equilibrado” impone una serie de exigencias a las conductas de las personas -físicas o jurídicas-, que, resumibles en que tales conductas no impacten negativamente sobre la armonía natural -y que si lo hacen recompongan el daño-, es decir, como afirma BIDART CAMPOS “ambiente ‘equilibrado’ apunta a la conjunción entre el entorno y las actividades que despliegan las personas, de forma que propenda al mismo

21 SCBA, Ac. 60.094, 19-S-98, “Almada c. Copetro”.

22 Según PASTORINO, Leonardo Fabio, ob. cit., p. 130.

23 Como lo sostiene RODRIGUEZ, Carlos, “El Derecho Ambiental y el art. 41 de la Constitución Nacional”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 3, Julio-Setiembre 2005, LexisNexis, p. 57.

bienestar (de las personas) y al desarrollo humano, sin deteriorar el ambiente”²⁴ porque “el equilibrio solamente se puede lograr analizando la interacción entre el sistema socioeconómico y el natural, precisamente porque es el hombre en su actuar el que constantemente produce desequilibrios”²⁵.

De esta manera se comprueba que por virtud del art. 41 existe, en nuestro país, un derecho al ambiente de doble matriz, tanto antropocéntrica como ecocéntrica, a partir de la adjetivación del ambiente como “sano” y “equilibrado”.

c. Ambiente “apto para el desarrollo humano”

En lo relativo a la tercera cualidad del ambiente que establece el artículo 41 Constitución Nacional, cabe advertir que “la mención al “desarrollo humano” no debe entenderse como crecimiento económico (como el ingreso *per capita*); en realidad se trata de una alternativa que implica un estado integral del hombre en todas sus dimensiones”²⁶; resulta “claro que el concepto ‘apto para el desarrollo humano’ no es lo mismo que decir ‘apto para el crecimiento económico’: es más que eso”²⁷.

En efecto “el desarrollo de una comunidad incorpora no sólo los indicadores macroeconómicos clásicos vinculados con la generación de la riqueza (vgr. PBI) sino también otros que aluden a variados aspectos culturales, educativos, institucionales y sociales de la población tales como la esperanza de vida al nacer, el promedio de vida de la población”²⁸ porque “la estructura del desarrollo está estrechamente relacionada con la posibilidad de una economía diversificada, en el sentido que no dependa para la subsistencia de la población de la extracción indiscriminada o el consumo creciente de sus recursos naturales”²⁹.

También el ambiente como necesariamente “apto para el desarrollo humano” implica una creciente satisfacción de la calidad de vida tanto de las presentes generaciones como de las que vendrán. Así esta fórmula es

24 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 85.

25 RODRÍGUEZ, Carlos, “El Derecho Ambiental y el art. 41 de la Constitución Nacional”, citado, p. 57.

26 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 299.

27 RODRÍGUEZ, Carlos, “El Derecho Ambiental y el art. 41 de la Constitución Nacional”, cit.

28 ROSATI, Horacio, *Derecho Ambiental Constitucional*, p. 70.

29 ROSATI, Horacio, *Derecho Ambiental Constitucional*, p. 71.

inescindible de otra de las finalidades del artículo: la tutela de las generaciones futuras.

En ese sentido se ha dicho³⁰ que esa adjetivación importa una “idea de evolución, de progresión” tendiente de manera creciente hacia la satisfacción de aquellas necesidades que hacen a la igualdad y a la dignidad de la vida humana, “sin olvidar la calidad de vida, la que surgirá de las condiciones del entorno en que la misma transcurre”.

Es decir que no podrá existir un derecho al ambiente apto para el desarrollo humano en la medida que el entorno no provea debidamente a la calidad de vida de los seres humanos que lo habitan tanto como a su dignidad e igualdad.

d. Las generaciones futuras y el derecho al ambiente en la Constitución

Se trata de una fórmula trascendente. En primer lugar porque “funciona como límite a la actividad empresarial”³¹, de hecho que todos los habitantes tengan el derecho a que “las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las de las generaciones futuras”, según lo dispone el texto constitucional, “importa como contracara, el deber de la empresa de desarrollar su actividad sin comprometer ese capital no renovable. Esta regla implica que cuando una empresa inicia sus actividades, deberá prever que no dañará al medio ambiente, lo cual importa una reformulación de la previsibilidad”³².

Pero ésta no es la única derivación que hace tan trascendente a esta fórmula constitucional. También, entre otras, cabe destacar que la referencia a las generaciones futuras “abre el análisis a una dimensión novedosa y lo vincula a la definición misma de Nación”³³ pues “en términos medioambientales, la Nación entendida como vinculación intergeneracional

30 SABSAY, Daniel, “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en la obra colectiva *Ambiente, Derecho y sustentabilidad*, La Ley, p. 68.

31 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 299. Paralelamente, con fundamento en el artículo 41 de la Constitución Nacional, LORENZETTI sostiene: “La autorización previa para la instalación de empresas, se vinculó, tradicionalmente a aspectos societarios, y de ofrecimiento de garantías para terceros. Sin embargo, ahora vemos que en algunos casos se requiere que la empresa pruebe que su actividad no dañará al medio ambiente, invirtiéndose el régimen de la ilicitud: ésta se presume hasta que se pruebe lo contrario” (LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, La Ley, 1997-E, 1463).

32 LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, cit.

33 ROSATI, Horacio, *Derecho Ambiental Constitucional*, p. 73.

respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente “deuda ambiental” que deba ser soportada o sufrida por el porvenir”³⁴.

En tal sentido la Corte de la Provincia de Buenos Aires tuvo oportunidad de destacar, en la causa “Almada c. Copetro”, que el dimensionamiento del daño es certero cuando implica no sólo el presente “sino también el futuro, adhiriendo a la nueva impronta constitucional”³⁵.

Por eso BIDART CAMPOS³⁶ entiende que, con la inclusión de las “generaciones futuras” del artículo 41 “resulta imprescindible que las políticas de desarrollo en y para cada presente, tomen muy en cuenta también el futuro, porque la perturbación o el daño ambientales pueden producirse tardíamente” con lo que se otorga, a la norma constitucional, según ese autor “un claro sesgo de solidaridad social”.

En lo que se refiere a las generaciones futuras el derecho al ambiente de las mismas sólo se comprueba tutelado si, más allá de la afectación presente, la calidad de vida, la salud y el entorno de los “por venir” o “por nacer” no aparecen puestos en riesgo o peligro.

La idea que queda aquí plasmada es que “la protección del planeta es una deuda que todos tenemos para con las generaciones futuras”³⁷; por ello, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo creada por la Naciones Unidas (Comisión Brundtland) expresó en su informe “Nuestro Futuro Común” del año 1987: “Que el desarrollo para ser sustentable debe asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”³⁸.

En igual sentido la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la conferencia de las Naciones Unidas, más conocida como ECO-92 en su principio 3 determinó “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

34 ROSATI, Horacio, ob. y loc. cit.

35 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, “Almada c. Copetro”.

36 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 85.

37 SABSAY, Daniel, “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en la obra colectiva *Ambiente, Derecho y sustentabilidad*, La Ley, p. 69.

38 Ya en 1972 en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente se definió el derecho humano a un ambiente apropiado de esta manera: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”.

Se observa el doble rol que cumple la tutela del ambiente de las generaciones futuras; por un lado juega como concreta y particular protección de los derechos de “los que vendrán” pero, también, opera como parámetro de análisis para definir el concepto del derecho al ambiente, la exigencia de su efectiva tutela y el alcance de dicha protección.

La inclusión de las generaciones futuras opera como otra forma complementaria de definir al ambiente (y a la esencia de su tutela) desde un enfoque dilatado y expandido en el tiempo, de examen intergeneracional, de deber de cuidado a futuro, con una finalidad específica: “que haga sustentable la vida en cantidad y calidad análogas a la presente, para las generaciones futuras”³⁹.

De tal forma, una de las preguntas que deberá siempre responderse para comprobar si es necesario efectivizar la tutela del ambiente será: ¿Esto afectará o podrá afectar a las generaciones futuras con prescindencia de las actuales? Si la respuesta es afirmativa, los mecanismos de protección deben activarse y efectivizarse; a la vez el alcance de la tutela ambiental, recibe otra dinámica, exige de otra ponderación, obliga a una más estricta valoración: necesariamente ampliada, en caso de duda a favor de la protección (*in dubio pro ambiente*)⁴⁰.

De tal manera, esa fórmula constitucional tiene la virtualidad de definir todo el Derecho Ambiental, impacta también sobre todo el ordenamiento jurídico, en tanto éste puede tener efectos en el ambiente, y juega como estándar de interpretación de este Derecho.

Incluso, esa función de interpretación se ha de expandir a otras normas que, sin ser de Derecho Ambiental en sentido estricto, requieren ser aplicadas a un caso concreto del tipo “ambiental”. Es el caso, por ejemplo, de las normas procesales de derecho civil o contencioso-administrativo cuando, en uno de estos procesos, se debaten cuestiones que tenga por objeto prevenir o remediar el daño al ambiente.

e. Utilización racional de los recursos naturales

La referencia constitucional a la “utilización racional de los recursos naturales” implica que el Estado debe intervenir para proteger los recursos naturales -renovables o no- y aun cuando sean de propiedad privada⁴¹.

39 MOYANO, Amílcar, “Acciones de Prevención y preservación del ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 2, Abril-Junio 2005, LexisNexis, p. 74.

40 En ese sentido: FALBO, Aníbal, “El rol del Derecho ante la incertidumbre científica en los Casos Ambientales”, J.A., 1995-IV-976.

41 QUIROGA LAVIE-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T.

Debe destacarse que el artículo 41 de la Constitución Nacional hace una distinción certera entre los recursos que pueden ser utilizados -aunque racionalmente- y, por el otro, la diversidad biológica⁴² y el patrimonio natural y cultural que deben ser preservados: utilización racional para uno, y preservación para los otros.

El porqué de esa diferencia es que el uso de los primeros no los pone en riesgo, o, dicho más concretamente, esa utilización, para ser "racional", como uno de sus elementos imprescindible, no debe poner en riesgo el recurso: su uso racional admite el reemplazo de unos elementos o individuos por otros; en cambio, el patrimonio natural, cultural y la biodiversidad no pueden ser reemplazadas⁴³, su uso los coloca, necesariamente, en riesgo, mucho más su consumo.

Por otro lado la "utilización racional de los recursos naturales" se trata de un concepto jurídico indeterminado⁴⁴.

Viene al caso, entonces, recordar que lo esencial del concepto jurídico indeterminado está en que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de sus aplicaciones, las cuales sólo habilitan una "unidad de solución justa" en cada caso⁴⁵, a diferencia de la discrecionalidad.

Por ello se ha afirmado que constituye un error de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas confundir la presencia de conceptos jurídicos indeterminados, en las normas que ha de aplicar la Administración, con la existencia de facultades discrecionales a favor de ésta⁴⁶.

De allí que una previa investigación científica y su análisis crítico, dentro de un procedimiento - administrativo o judicial- serán imprescindibles para determinar si una concreta utilización de recursos naturales es o no racional. El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental se inscribe dentro de este tipo de procedimientos impostergables.

42 El Convenio sobre Diversidad Biológica aprobado en Río de Janeiro en 1992 define este concepto: "la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos, y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas" (art. 2).

43 Consultar PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, LexisNexis, 2005, cit.

44 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 303.

45 Como afirma COMADIRA, Julio, *Derecho Administrativo*, LexisNexis-Abeledo-Perrot, p. 502 y sgts.

46 COMADIRA, Julio, *Derecho Administrativo*, ob. y loc. cit.

f. La preservación del patrimonio natural y cultural

La referencia a la "preservación del patrimonio natural y cultural" muestra otro desarrollo interesante de la norma constitucional para comprender tanto el significado del término "ambiente" como de preservación y recomposición.

El concepto, además de definir al ambiente como algo que excede lo natural, algo que debe ser enfocado desde la solidaridad intergeneracional (establecida por la propia Constitución en el artículo 41 con la referencia a las "generaciones futuras"), también establece una idea de patrimonio que rebasa la noción privatista clásica para significar una universalidad de bienes que aportan una riqueza no patrimonial que debe transmitirse a las generaciones venideras⁴⁷, pues hay derechos que no son bienes y por ende no son parte del patrimonio titularizable en una persona como señala el art. 2312 CCiv⁴⁸.

2. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Todas las nuevas normas constitucionales provinciales dictadas en los últimos años abordan la cuestión ambiental.

La Provincia de Buenos Aires no es una excepción: en su artículo 28 trata expresamente la cuestión, en lo que algunos entienden es una reiteración "escueta y limitativa (de) la protección al ambiente dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional"⁴⁹. Así establece en su primer párrafo que "Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras".

La norma también se refiere a los derechos y obligaciones del Estado Provincial al establecer que "La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho,

47 Puede consultarse QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 304.

48 Así lo expresa MOYANO, Amílcar, "Acciones de prevención y preservación del ambiente", Revista de Derecho Ambiental N° 2, Abril-Junio 2005, LexisNexis, p. 76, quien incluye dentro de esos "derechos que no son bienes y por ende no son parte del patrimonio" al ambiente y a la calidad de vida.

49 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni, p. 72.

la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”.

Igualmente reconoce derechos, fija obligaciones o deberes y da directrices al legislador.

Reconoce derechos, como el de todos los habitantes de la Provincia “a gozar de un ambiente sano” o el de la Provincia de ejercer el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales.

Fija obligaciones y deberes:

Para los habitantes de la Provincia establece el deber de conservar y proteger el ambiente sano y, para la Provincia el de preservar, recuperar y conservar los recursos naturales (renovables y no renovables del territorio de la Provincia) y planificar su aprovechamiento racional, controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen el ecosistema, promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo, entre otros.

De esa forma brinda además directrices concretas al legislador, imperativas, que deben respetarse en la letra y espíritu de las leyes que se dicten.

Tales derechos, deberes y directrices conforman, además, principios, pautas imperativas para interpretar normas y hechos que involucren el ambiente y reglas operativas de rango supra-legal a la hora de abordar, gestionar o decidir cuestiones ambientales.

De la doctrina de la Corte de la Provincia de Buenos Aires surge que tal precepto además de reconocer derechos y generar deberes, funciona como pauta de análisis y regla operativa de decisión, como fuente de principios ambientales supra-legales, confirmando siempre su indudable jerarquía y extremo valor.

2.1. La tutela del ambiente por el Estado Provincial

El artículo 28 establece claramente, en lo que se refiere al deber de la Provincia de tutelar el ambiente, un amplio abanico de obligaciones con un profuso listado, decretando: “En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen el ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos y radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la ade-

cuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales”.

No puede sino concluirse que sobre la Provincia pesa la obligación ineludible de tutelar y proteger el entorno, la ecología, el ambiente, deber que no sólo es irrenunciable, sino que opera como una potestad, la de realizar todas las acciones, de llevar adelante todas las gestiones, de tomar todas las decisiones y ejecutarlas, en pos de cumplir con ese mandato constitucional.

La Corte de la Provincia de Buenos Aires, interpretando ese artículo 28 de la Constitución Provincial decidió que “se infiere que es un deber de la Provincia de Buenos Aires, el de preservar el medio ambiente”⁵⁰ e, incluso, a partir de tal norma constitucional local -y su par nacional-, luego de confirmar la existencia de un interés general urbano-ambiental de la sociedad, inmediatamente decreta que se trata de un interés general que “el Estado, *latu sensu*, debe satisfacer”⁵¹.

De tal manera queda confirmado no sólo el deber irrenunciable de la Provincia de defender el ambiente sino que todos los Poderes del Estado se hallan obligados a tal tutela, defensa y recomposición, coherentemente con la doctrina relativa a la cláusula constitucional ambiental.

Tal obligación pesa sobre los tres Poderes del Estado, en la medida que es el Estado *latu sensu* el obligado a satisfacer el interés general implicado en la tutela del entorno.

Como se entiende que la cláusula ambiental constitucional nacional “involucra a las autoridades con una cobertura amplísima que abarca desde los titulares de los tres departamentos del gobierno federal y de los gobiernos provinciales y municipales jurídicamente exigible, y a todos los jueces, también a los que no son mas que órganos de tribunales administrativos, como los de faltas”⁵², a idéntica conclusión lleva el artículo 28 de la Constitución Provincial. Tanto como la expresión “autoridades” del artículo 41 de la CN comprende a los tres Poderes del Estado, “inclusive a los de los ámbitos provinciales, municipales”⁵³, lo mismo ha de inferirse del artículo 28 de la Constitución local.

50 SCBA, Ac. 2078, 20-3-02, “Copetro S.A. contra Municipalidad de Ensenada. Inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95”.

51 SCBA “Dougherty, Cristian y otros contra Municipalidad de La Plata. Amparo” B. 64.464, res. del 31-3-04.

52 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 86.

53 GAMBIER, Beltrán y LAGO, Daniel, “El medio ambiente y su reciente recepción

También en "Dougherty" la Corte de la Provincia de Buenos Aires destaca como deber de la Provincia de Buenos Aires la preservación del medio ambiente y que el Estado *lato sensu* está obligado a satisfacer el interés general urbano-ambiental, aunque se "mantenga incommovible cierto arbitrio contingente de la Administración" entendiéndose que "la decisión de encarar una obra o un servicio públicos, si bien mantiene incommovible cierto arbitrio contingente de la Administración, comportan determinaciones vinculadas por el interés general urbano-ambiental de la sociedad que el Estado, *lato sensu*, debe satisfacer (arg. arts. 41, C.N.; 28, Const. Pcial.)"⁵⁴.

Como preservar el ambiente no se agota en impedir su deterioro, o prevenir su daño, sino también en recomponer el ya causado, se exige de los Estados provincial y municipal una actuación positiva, una conducta activa para preservar y proteger el ambiente tanto como para recomponer el dañado pues "Cuando la norma constitucional dice que estas autoridades proveerán a la protección de este derecho a un ambiente sano, apunta no sólo a una obligación por omisión para no dañarlo, sino a prestaciones positivas para lograr cuanto hace falta en orden a preservarlo, a evitar que otros lo alteren o destruyan, a recomponerlo, etc, y para exigir de los particulares cada deber concreto en cada circunstancia en la que el ambiente quede comprometido o perturbado"⁵⁵.

Toda esta interpretación resulta confirmada a la luz de lo decidido por la Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa "Ancore" donde se dejó sentado que "La Constitución Nacional, en su art. 41 confiere a las autoridades la protección del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo"⁵⁶.

La confluencia de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional y la de su par provincial (art. 28) potencian el deber de una actuación positiva del Estado Provincial, en pos de una amplia tutela del ambiente, incluidos, en pie de igualdad, sus tres Poderes y todos los municipios.

Desde un enfoque a partir de las normas de la Constitución Provincial la Corte de la Provincia de Buenos Aires incluye dentro de la idea de ambiente o entorno tanto al "espacio público" como al "espacio privado".

54 SCBA "Dougherty, Cristian y otros contra Municipalidad de La Plata. Amparo" B. 64.464, res. del 31-3-04.

55 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 86.

56 SCBA, 19/02/2002 "Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux", J.A., 2002-IV-392.

La Suprema Corte Bonaerense en "Aguas Argentinas S.A. v. Municipalidad de Lomas de Zamora"⁵⁷ afirma, a través del elogiado voto del Dr. SORIA, que "A su vez, la tutela del espacio público local comporta un asunto de primordial interés local, cuya consecución, apropiada regulación y gestión incumbe a las Municipalidades (arts. 190 y 191, Const. prov.). Forma parte de ese círculo de interés la responsabilidad primaria por el planeamiento urbanístico (art. 70, decreto ley 8912/1977) y el tratamiento de las calles y espacios circulatorios, que integran el dominio público municipal (cfr. art. 1, decreto ley 9530/1980)". Y seguidamente se agrega "estimo que si las construcciones en el espacio privado están sujetas a exigencias referidas a su congruencia con la regulación urbanística y con las normas de edificación y tributación, no hallo razón para que las obras ejecutadas sobre bienes públicos deban escapar a este tipo de limitaciones y cargas, fundadas en un prístino interés local (art. 190, Const. pcial.)".

Paralelamente HUTCHINSON, al enumerar los tres aspectos del ambiente, incluye como tercero "*el ambiente artificial*" que, para este autor, se halla "constituido por el espacio urbano construido (conjunto de edificaciones) y el equipamiento público (plazas, áreas verdes, espacios libres, etc.)"⁵⁸.

De tal manera los conceptos de *espacio público*, como de *espacio privado*, además de quedar incluidos dentro de la temática ambiental, como ambiente *artificial*, refuerzan la operatividad del paradigma ambiental, re-alimentando su fuerza expansiva y la concepción amplia de ambiente que surge de la Constitución Nacional y se confirma con las normas de la Constitución Provincial.

El autor recién citado, profundizando el tema, luego de sostener que los bienes ambientales pueden ser públicos o privados concluye que "sean públicos o privados, los derechos que pueden ejercer sobre ellos sufren limitaciones y restricciones, teniendo en cuenta el interés público. Restricciones que no se deducirán a una mera vigilancia, control o ejercicio del poder de policía sobre el bien, sino en algo mucho más profundo que incide sobre su esencia"⁵⁹ y aclara que "el bien continuará siendo del

57 SCBA Ac. 2087 en "Aguas Argentinas S.A. v. Municipalidad de Lomas de Zamora" del 7-3-05.

58 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 309.

59 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental* T. I, p. 325. En este aspecto resulta de interés recordar que HUTCHINSON entiende que el ambiente puede concebirse tanto como *res nullius* (como es el caso del aire), como un bien de dominio público (como los mares territoriales o las aguas subterráneas) y como bienes de propiedad privada (como un bosque) (conf. HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 320).

dominio público o privado, pero entra en una nueva categoría: la de *bien de interés público*. Categoría que no se coloca en oposición a las clásicas ni altera esa dicotomía porque el bien material que soporta la referencia cultural, o la importancia ambiental, es siempre público o privado, que para la consecución del fin público están subordinados a una disciplina particular⁶⁰ y, luego de afirmar que “son derechos de todos sobre una cosa ajena” concluye afirmando que “la doctrina, reconociendo que la teoría bipartidista es insuficiente para englobar a este tipo de bienes, comienza a definirlos como bienes de interés público o socioambientales...viene procurando configurar otra categoría de bienes, los bienes de interés colectivo...la doctrina italiana los denomina *bienes colectivos no patrimoniales*”⁶¹.

Incluso, como tal norma opera como estándar obligatorio a la hora de interpretar, aplicar, gestionar y decidir situaciones medio-ambientales, adquiere el carácter de reaseguro de operatividad y supremacía del Orden Público Ambiental que tiene, a la norma constitucional, como primer y último guardián, garantizando, además de su respeto, su consecución; privilegiando su protección por sobre normas o hechos -o interpretaciones de normas o de hechos- que puedan restringirlo, gestiones que permitan su degradación o situaciones que lo pongan en riesgo.

La Carta Magna de la Provincia se erige, así, como mecanismo concreto de protección y respeto del Orden Público Ambiental ante normas, hechos o interpretaciones de la ley que lo desdibujen, que no lo respeten; frente a decisiones que lo ignoren, desconozcan o minimicen.

Como señala LORENZETTI refiriéndose al art. 41 de la CN -pero es aplicable a la norma local del art. 28 de la Constitución Provincial-, “estos datos normativos conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica” y concluye: “Ellos constituyen normas jurídicas, que tienen funciones delimitadoras y que permiten la subjetivización en materia de acciones”⁶².

Continuando con la norma constitucional, cabe mencionar que en el párrafo siguiente se continúan enumerando obligaciones y deberes -que a la vez son facultades- de la Provincia indicando que “asegurará políticas

60 HUTCHINSON, Tomás, en ob. cit., p. 325, con cita de GIANNINI, Massimo, *Diritto Pubblico dell'economia*.

61 HUTCHINSON, Tomás, en ob. cit., p. 327.

62 LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, La Ley, 1997-E,

de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatibles con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y de la fauna”.

“Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligado a tomar todas las precauciones para evitarlo”.

Se ha sostenido⁶³ que una omisión importante del texto provincial si se lo compara con el art. 41 CN es la que se refiere a la “obligación prioritaria de recomponer el daño ambiental”. Coincidimos con esa crítica. Sin embargo se considera que la obligación de la Provincia, por virtud de la misma norma constitucional, de “asegurar políticas de recuperación” de la calidad del agua, aire y suelo, compatibles con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, posee fuertes puntos de contacto con la “prioritaria recomposición del daño ambiental” establecida por la CN.

Más allá de estos puntos de contacto, nada despreciables, aparecen importantes diferencias. En primer lugar el texto constitucional de la Nación plantea una obligación de resultado (el daño ambiental genera la obligación de recomponer), mientras que la local se acerca a una de medio (asegurar políticas), tampoco se menciona en la constitución local que debe priorizarse esa recuperación (como lo hace su par Nacional) y, por último, mientras en la CN tal deber pesa sobre todos los sujetos (tanto públicos como privados), en la local se halla circunscripto al Estado provincial.

Recuperar y recomponer son términos que indican acciones absolutamente semejantes por lo que la Provincia debe afrontar esa obligación, desde ya que indirectamente, pues sobre quien pesa la obligación de recomponer o recuperar el ambiente dañado es la persona física o jurídica que lo hubiere dañado. En ese sentido la Provincia debe arbitrar los medios y exigir las actividades y tareas con el fin de lograr ese recupero o recomposición del ambiente dañado por parte del sujeto que lo hubiere dañado y, sólo cuando ello sea imposible, deberá afrontar ese recupero ambiental por vía subsidiaria.

Coincidimos también en que la previsión de la CN prevalecerá en definitiva por sobre la tibia prescripción del artículo provincial⁶⁴ según la cual toda persona que pueda dañar el ambiente está obligada a tomar precauciones.

63 QUIROGA LAVIÉ, cit. P. 75.

64 QUIROGA LAVIÉ, cit. Pág 72

2.2. El dominio eminente

El artículo 28 establece también que “La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”.

Cabe entonces analizar el concepto “dominio eminente” cuya utilización ha sido criticada por QUIROGA LAVIÉ⁶⁵, postura, la de este prestigioso autor, que no compartimos en absoluto en la medida que ese término supone un concepto superador, que rebasa e innova las clasificaciones tradicionales. Se advierte entonces que, por tales motivos, su utilización resulta, en primer lugar, coherente y alineada con las adecuaciones que la temática ambiental viene imponiendo al Derecho.

Además, en segundo lugar, la utilización del término “dominio eminente” también se justifica apenas reparamos en que la propia norma aclara su significado intrínseco al final del mismo párrafo. Allí es donde se establece una matriz finalista para interpretar y comprender su razón de ser y su naturaleza jurídica, con la alocución “con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”. Este dato, además, confirma la compatibilidad absoluta y total del concepto “dominio eminente” con los bienes y derechos a tutelar en tanto éstos exigen optimizar su defensa y efectivizar su protección, ya sea en la órbita legislativa como en la administrativa o judicial.

Se trata entonces de una fórmula por demás apropiada para la temática que, paralelamente, se destaca por su consonancia con el art. 41 de la Constitución Nacional en la medida que persigue la concreción de una gestión ambiental adecuada de acuerdo con los objetivos de ese precepto constitucional.

Por otro lado el término “eminente” no debe ser interpretado en orden a parámetros de titularidad del bien, o de posibilidad de disponer del mis-

⁶⁵ QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni, p. 72, afirma que “el derecho eminente lo ejerce sobre todo el territorio nacional, y lo comprendido en él, el Estado Nacional...el dominio eminente determina también el ejercicio del poder constituyente de la Nación”, y concluye que “la afirmación del dominio eminente por parte de Buenos Aires es impropia sobre todo si, como lo dispone la propia norma, ello es sólo con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”.

mo, sino como fundamento directamente operativo de la potestad de gestionar adecuadamente el ambiente. Esto refuerza la aptitud de los Poderes Públicos locales de proteger, defender, e incluso de modificar valiosamente el ambiente, más allá de la titularidad privada o pública de bienes y actividades.

En cuanto el dominio eminente significa -interpretando el párrafo como una unidad- el dominio “a los fines de asegurar una gestión ambiental adecuada”, se trata de un concepto diferente al dominio territorial de la provincia⁶⁶, en absoluta coherencia, y compatibilidad, con las particularidades que la cuestión ambiental ha introducido en el mundo jurídico.

Que el ambiente, y en concreto su gestión por los Poderes Públicos locales, tanto provinciales como municipales, ultrapasa los nichos de “lo privado” y “lo público” quedó claramente planteado en una cuestión de conflicto urbanístico -y por tanto ambiental- decidida por la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso “Aguas Argentinas” ya citado⁶⁷. Como se indicó en el punto anterior 2.1., lo relativo a los bienes públicos y privados con relación al bien ambiente ha sido tratado por HUTCHINSON. De tal forma que el bien sea público o privado nada dice de una nueva categoría: la de bien de interés público, dentro del que se halla el ambiente. Tal enfoque resulta pertinente en el tema del dominio eminente y nos permite subrayar que esta noción tiene la virtualidad de superar las categorías de público o privado.

En esa línea “se puede hablar de un patrimonio ambiental que incluye no sólo las *res communes omnium* y los bienes en propiedad colectiva de hacienda pública, sino también las cosas que incluyen bienes de propiedad privada”⁶⁸.

⁶⁶ QUIROGA LAVIÉ, refiriéndose a la inclusión del subsuelo, espacio aéreo y al mar territorial, su lecho, plataforma continental y zona económica exclusiva luego de afirmar que resulta “estéril” su inclusión en este artículo, ello en primer lugar porque todas esas especificaciones están implícitas en el concepto de territorio utilizado por el art. 124 CN -extremo que compartimos- agrega “en segundo lugar” que “el alcance de ese ámbito territorial lo determina la ley federal que dicte el Congreso” para concluir -luego de analizar la ley 23.698 y el art. 124 CN- “es la ley nacional y no la Constitución Provincial la que puede disponer el alcance del dominio territorial de la provincia” (QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, p. 73 y 74).

⁶⁷ SCBA Ac. 2087, 7-3-05, “Aguas Argentinas S.A. contra Municipalidad de Lomas de Zamora. Inconstitucionalidad Ordenanza 7751/95”.

⁶⁸ MADDALENA, Paolo, “Las transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales” *Revista de Derecho Industrial*, Año 14 Nro. 41, agosto de 1992, Depalma, sobre “Derecho Ambiental”, p. 370.

Cabe concluir que el concepto de dominio eminente permite superar tales categorías de bienes públicos, privados, *res nullius* y *comunes omnium*, facilitando una correcta gestión ambiental sin obstáculos.

2.3. El control del impacto ambiental

Que la norma constitucional haya previsto como deber de la Provincia "controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema" abarca tres deberes y obligaciones básicas que, necesaria e inescindiblemente se hallan incluidas en el deber de control del impacto ambiental, las que adquieren entonces rango constitucional, a saber: 1. realizar una evaluación de impacto ambiental previa a la habilitación o autorización para instalarse o funcionar de tales industrias, obras, actividades o emprendimientos. 2. monitorear las emisiones, efluentes y demás impactos de las industrias, obras o cualquier tipo de actividad que pueda poner en riesgo al ecosistema y 3. impedir, en lo hechos, que toda industria, obra, emprendimiento o actividad, emita efluentes, despidas olores, provoque cualquier tipo de efecto que tengan un impacto negativo en el ambiente, por cuanto el control del impacto ambiental no se agota en un simple monitoreo (o en una evaluación previa de impacto ambiental).

Estas tres obligaciones, en que se desdobra el deber de la Provincia de controlar el impacto ambiental, adquieren así rango constitucional y, como derivación directa, las tres obligaciones son tres funciones indelegables del Estado Provincial, que debe irrenunciablemente evaluar (previamente), monitorear e impedir el impacto ambiental.

Por otra parte, por virtud del propio texto constitucional las tres obligaciones que abraza el control del impacto ambiental tienen impuestas determinadas pautas, las condiciones y los objetivos básicos que la Provincia debe cubrir al momento de ejercerlas.

¿Cuáles son las pautas y los lineamientos constitucionales que condicionan la forma, modo y finalidad en que la Provincia debe controlar las emisiones y los impactos en el ambiente?

La respuesta se logra con la enumeración que sigue donde se enuncian las pautas, modos y fines básicos que debe abastecer la Provincia, por imperio constitucional, al ejercer cualquiera de las tres obligaciones que abarca el deber de controlar el impacto ambiental. Así, para concluir si la Provincia cumple o no debidamente con el deber de controlar el impacto ambiental, debe poder responderse afirmativamente a todos y cada uno de estos interrogantes:

- ¿las emisiones o impactos respetan el derecho de los habitantes de la Provincia a gozar de un ambiente sano, tanto para las generaciones presentes como futuras?
- ¿la industria, actividad u obra evita la contaminación del aire, agua y suelo, tanto para las generaciones presentes como futuras?
- ¿la forma y modo del monitoreo y evaluación de impactos asegura una gestión ambientalmente adecuada?
- ¿la gestión permite asegurar la conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo en un todo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva?
- ¿la gestión asegura el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y de la fauna?
- ¿efectivamente los procedimientos o acciones implementadas preservan, recuperan y conservan los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia?
- ¿el control se hace de acuerdo a una planificación de aprovechamiento racional de los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia?
- ¿la industria, la obra, la actividad o el proyecto promueven acciones que eviten la contaminación? ¿Se monitorea su efectividad y cumplimiento?
- ¿el emprendimiento o proyecto o actividad cumple con la prohibición de ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos?
- ¿se ha brindado adecuada información y se ha permitido la participación de los habitantes en la defensa del ambiente?

Este planteo coincide con la doctrina de la Corte de la Provincia de Buenos Aires, que en varias de sus decisiones ha confirmado que la Constitución provincial opera directamente como regulación ambiental a la hora de resolver.

Así en el precedente "Dougherty"⁶⁹, con el voto del Dr. SORIA, tanto el artículo 41 de la Constitución Nacional como el artículo 28 de la Constitución Provincial confluyeron para conformar el núcleo duro de la decisión y concluir así que el EIA es obligatorio y que se trata de un instrumento esencial de los habitantes para hacer valer su derecho a gozar de un ambiente sano.

En concreto en el fallo se expresa: "Se halla acreditado en la causa un vicio perceptible: la falta de una EIA específicamente centrada en la implantación y funcionamiento del 'parador' de unidades de transporte co-

69 SCBA, "Dougherty, Cristian y otros contra Municipalidad de La Plata. Amparo"

lectivo de pasajeros. La elusión de este procedimiento esencial (arg. art. 103, Ord. Gral. 267/1980) quebranta la juridicidad urbano-ambiental puesta en vigor por el propio municipio en sus normas de planificación territorial, uso y gestión del suelo, al tiempo que afecta a los reclamantes al privarlos de un instrumento esencial para, llegado el caso, hacer valer sus derechos a gozar de un ambiente sano (arts. 41, Constitución Nacional y 28, Constitución provincial)⁷⁰.

Resulta interesante destacar cómo tales normas constitucionales se muestran operativas en un caso ambiental y estructuran el tratamiento, enfoque y decisión del fallo. Por ello nos permitimos indicar algunos otros pasajes del fallo que revisten igual importancia.

En esa sentencia la Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que el carácter provisorio de una obra o actividad no exime, en absoluto, de exigir que se cumpla con las normas ambientales y se tutele debidamente al ambiente. También se afirmó que "No es inconcebible pensar que un cierto uso propuesto como temporal o provisorio, a más de perpetuarse o consolidarse en los hechos, genere durante su vigencia afectaciones degradantes del entorno o severas molestias en la calidad de vida del vecindario. Pues bien, que tales consecuencias deban ser obligadamente soportadas por los habitantes de la zona de influencia, cualesquiera sean sus impactos, no resulta una solución acorde con las reglas que informan la gestión urbana"⁷¹.

De tal manera la Corte de la Provincia de Buenos Aires decreta que, sea provisorio o temporal una actividad, ello no empece que el agravio ambiental se configure, y en tal sentido pueda generar, durante su provisorio vigencia, afectaciones degradantes del entorno o molestias⁷².

Como consecuencia, más allá de que se trate de situaciones provisorias o definitivas, se han de cumplir, en ambos casos, todas las exigencias requeridas para tutelar el ambiente.

⁷⁰ SCBA, "Dougherty", cit.

⁷¹ SCBA, "Dougherty", cit., donde inmediatamente se agregó: "en cambio, sí lo es que deban ser evaluadas de antemano por la autoridad pública local, tomando en cuenta -como dato significativo- lo transitorio de la actividad que causa tales consecuencias. Sobre todo, cuando en lugar de propiciarse una intervención incuestionablemente caracterizada por su 'fugacidad', se está en presencia de una 'provisoriedad dilatada' en el tiempo, con visible tendencia a la consolidación.

⁷² En la senda correcta, la doctrina de la Corte de la Provincia de Buenos Aires distingue entre la provisoriedad de una actividad y lo definitivo de un agravio o degradación al ambiente, en la medida que, una vez que tal agravio o daño se ha producido, ya es definitivo, pues, una vez sucedido, por regla, no podrá borrarse ese daño colectivo, ni el individual padecido de rebote

De hecho los agravios o degradación del entorno, una vez que acaecen, ya resultan definitivos, aun cuando el emprendimiento, la actividad o el uso fueran temporales.

Por otro lado, también el fallo aborda una cuestión de gran interés para el Derecho Ambiental: la de la causalidad del daño o agravio al ambiente, a la comunidad que, como recuerdan GOLDENBERG y CAFFERATTA⁷³, reviste una complejidad y particularidad donde "pequeñas causas pueden acarrear efectos muy grandes".

En esa línea se enrola el argumento de la Corte de la Provincia de Buenos Aires en la medida que algo provisorio puede acarrear efectos significativos, incluso muy graves: para ir a un ejemplo claro, una sola emisión, de pocos minutos, de un eco-tóxico volcado a un lago puede matar una parte o toda su fauna, una corta emisión gaseosa a la atmósfera de una industria es capaz de provocar daños de entidad en la salud de la población, incluso daños graves, como la muerte, aunque no vuelva a repetirse.

2.4. Otras normas de la Constitución provincial que tutelan el ambiente

Ciertamente, y como de alguna manera ya se ha visto, el artículo 28 de la Constitución Provincial no es la única norma que opera dentro de esa jerarquía normativa como precepto de tutela del ambiente; así con razón se ha expresado⁷⁴ que "sería un error, fuera además de toda correcta técnica de hermenéutica, analizar el artículo en cuestión omitiendo otro conjunto de normas constitucionales que ciertamente son muy significativas para aprehender la completa problemática ambiental".

En esa línea se consigna⁷⁵ el artículo 11 sobre incorporación normativa de Tratados internacionales y la participación en las decisiones y la no discriminación, el art. 12 inc. 4 sobre el derecho a la información y la comunicación, el art. 14 sobre el derecho de peticionar, el art. 15 sobre la tutela judicial efectiva, el art. 20 inc. 2 sobre legitimación y amparo, el art. 36 sobre derechos sociales, el art. 38 sobre derechos de consumidores y usuarios.

⁷³ GOLDENBERG, Isidoro y CAFFERATTA, Néstor, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, p. 49/50.

⁷⁴ HOMERO BIBILONI, "Contexto y proyecciones del texto ambiental de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires", ED Legislación Argentina, del 31 de marzo de 2000, p. 4.

⁷⁵ HOMERO BIBILONI, cit., p. 4.

En tal sentido la Corte de la Provincia de Buenos Aires inteligente y ambientalmente articuló la protección constitucional del ambiente con el artículo 15 de la Constitución Provincial. Así lo hizo a través del voto del Dr. HITTERS en el caso "Almada c. Copetro" donde se sostuvo que el Movimiento del Acceso a la Justicia confirma el vigor de la tendencia de profundización de la evolución de los principios y nuevas fronteras por el peso que adquiere lo preventivo de la protección y lo efectivo de la tutela concluyendo que ésta es una "tendencia que se estampa en el art. 15 de la Constitución de Buenos Aires, reformada en 1994"⁷⁶.

Cabe sumar las normas de los artículos 190 y 191 de la Constitución Provincial que, como ha quedado evidenciado en la sentencia de la Corte de la Provincia de Buenos Aires en "Aguas Argentinas"⁷⁷, también forman el bloque de constitucionalidad ambiental provincial.

3. Operatividad de las normas constitucionales ambientales

De lo hasta aquí expuesto ya puede vislumbrarse con claridad la directa operatividad de las normas Constitucionales en lo que se refiere a la temática ambiental.

Partiendo de la existencia de lo que puede denominarse un "ambiente constitucionalizado", se llega a la conclusión de que las pautas, los datos normativos, las adjetivaciones y los principios que las normas constitucionales establecen poseen un decidido carácter "operativo".

La Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dejado en claro, de manera indubitable, tal operatividad como puede observarse en prácticamente todas las decisiones citadas en este capítulo. El Tribunal otorgando operatividad *per se* a las normas constitucionales ambientales ha dado un paso importante en la tarea de ahuyentar uno de los más comunes peligros del derecho al ambiente: su mero carácter simbólico⁷⁸.

Cabe recordar que en la causa "Cariló"⁷⁹ el Dr. RONCORONI afirma: "Es cierto, tal como se desprende del voto del doctor HITTERS, que la

⁷⁶ SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, "Almada c. Copetro".

⁷⁷ SCBA Ac. 2087, 7/3/05, "Aguas Argentinas S.A. contra Municipalidad de Lomas de Zamora. Inconstitucionalidad Ordenanza 7751/95".

⁷⁸ Se ha advertido, no sin razón, sobre la función simbólica del Derecho Ambiental (véase: WOLF, Paul, "¿La irresponsabilidad organizada? Comentarios sobre la función simbólica del derecho ecológico", ED, 136-820.

⁷⁹ SCBA, "Sociedad de Fomento Cariló contra Municipalidad de Pinamar. Amparo", Ac. 2087, res. del 29-5-2002.

inmediata protección de un ambiente sano, en tanto bien fundamental que debe ser preservado aun para las generaciones futuras (conf. arts. 28, Const. prov. y 41 de la Const. Nac.) no puede depender de la sanción de una norma inferior (ordenanza municipal) a la Constitución y a la ley 12.099. También lo es que esta última ley garantiza a todo vecino de la comunidad -y bajo pena de nulidad- la posibilidad de tomar vista de las actuaciones con posterioridad a la evaluación del impacto ambiental y antes de que se otorgue la autorización. Pero ni lo uno ni lo otro (ni la tutela constitucional, ni la injerencia prevista para los vecinos en el control de las actuaciones) bastan para sostener que en el caso no existe un menoscabo concreto a las garantías que se pretenden tutelar y que el acogimiento del amparo en examen implicaría una manifestación general y abstracta que los magistrados debemos evitar." Y agrega "Desde ya que las cláusulas contenidas en los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 20 y 28 de la Constitución provincial (que, entre otros, consagran el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; a la vez que estatuyen el instrumento que garantiza su efectivo goce: el amparo) poseen operatividad y vigor *per se*, sin que a ello obste la rémora de los órganos legislativos de dictar las normas que regulen su tutela y establezcan los mecanismos necesarios a tales fines".

En efecto, tal como se destaca en el caso citado, en este aspecto resultó muy valioso el voto del Dr. HITTERS en esa causa, quien, luego de indicar que "Cabe recordar que la Constitución local, luego de su reforma del año 1994, garantiza inequívocamente la defensa ambiental, al contemplar que los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. Y que el Estado provincial deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables de su territorio; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo (conf. su art. 28)" termina por afirmar con toda contundencia que "es el propio rango de las normas examinadas el que permite derivar con claridad y al amparo de lo reglado por el art. 31 de la Constitución Nacional que la inmediata protección de un bien fundamental que debe ser preservado aun para las generaciones futuras (conf. arts. 28, Const. prov. y 41 de la Const. Nac.) no puede depender de la sanción de una norma (ordenanza municipal) de rango inferior a la Constitución y a la ley 12.099".

Otro aporte inestimable ya en lo referido a la correcta operatividad del Derecho Ambiental lo brinda la causa "Dougherty" donde se destaca la función de interpretación y cotejo normativo de preceptos infra constitucionales desde la atalaya de la norma constitucional afirmando, al momento de analizar una ordenanza municipal que "estos enunciados locales no sólo armonizan con lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución de la Provincia... se ajustan también a los lineamientos dispuestos, en el más amplio marco de la tutela ambiental, por el art. 10 de la ley 11.723"⁸⁰ de acuerdo con la posición de LORENZETTI, y que se citara al inicio de este capítulo, quien entiende que las normas constitucionales ambientales, en todo su contenido son "datos normativos" que "conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica"⁸¹.

CAPÍTULO III PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

SUMARIO: 1. Concepto de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental.- 2. Materias y temáticas de los PMPA.- 3. Leyes de Presupuestos Mínimos.- 4. La competencia para legislar en materia ambiental.- 5. Legislación ambiental nacional por fuera de la legislación de PMPA.- 6. La competencia de las provincias para complementar las normas de PMPA.- 7. Mecánica para la aplicación local de los PMPA y las normas complementarias

1. Concepto de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental

El artículo 41 de la Constitución Nacional de 1994 introduce una innovación importante en lo que se refiere a la normativa ambiental. En comparación con el anterior sistema constitucional se plantea así una renovación de las competencias legislativas, entre la Nación y la Provincia en la materia.

Esa norma prescribe, en lo que interesa aquí, que "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales".

Surgen así los denominados Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental (en adelante PMPA).

Resulta apropiado en busca de una definición de aquello que se entiende por PMPA recordar que, como sostienen QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA¹, por virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional las provincias han cedido a la Nación la atribución de dictar el marco o base en materia ambiental "piso inderogable para las provincias" sin necesidad de adhesión expresa de las Legislaturas locales.

Podemos ya afirmar que los PMPA serán todas aquellas normas uniformes de aplicación en todo el territorio de la Nación que establezcan una base, un marco y, al mismo tiempo, un umbral o piso mínimo, de protección ambiental.

Se trata de disposiciones normativas e institutos básicos comunes para todo el territorio nacional y, por esa razón, plenamente operativos, vigen-

⁸⁰ SCBA "Dougherty, Cristian y otros contra Municipalidad de La Plata. Amparo", B. 64.464, res. del 31-5-04.

⁸¹ LORENZETTI, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", La Ley, 1997-E, 1463.

¹ QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. II, Rubinzal-Culzoni, p. 987.

tes y eficaces en cada provincia -y municipio- del país, a excepción que exista en la provincia -o municipio- una norma local que provea mejor, más ampliamente con mayor eficacia, más rigurosamente o en mayor grado o con más intensidad a la tutela del ambiente, optimizando su defensa o precomposición. Puede concluirse entonces que la Constitución Nacional hace primar el presupuesto de protección mayor que pudiere regir en una provincia, por encima del requerimiento de protección mínima que emane de la autoridad nacional².

De hecho la Corte Provincial ha aplicado concretamente las normas de PMPA a supuestos locales, línea jurisprudencial que se inició con el precedente "Dougherty"³ donde el Tribunal refiere en varios pasajes, como sustento normativo de la decisión, al unísono, tanto las normas locales como la ley nacional 25.675 que establece PMPA, para continuar, más recientemente, en el ya referido antecedente "Asociación Civil Nuevo Ambiente v. CEAMSE"⁴ y definitivamente en el precedente "Granda"⁵.

A esto cabe agregar que los PMPA son establecidos por la Nación en virtud de una competencia exclusiva y excluyente⁶ pero que no implica, en ningún caso, la existencia de una potestad administrativa o judicial en cabeza de la Nación⁷.

Resulta plausible sostener, además, que las normas de PMPA pueden estar contenidas tanto en leyes del Congreso de la Nación como en reglamentos del Poder Ejecutivo Nacional, posibilidad que, si bien descartan

2 HUTCHINSON, Tomás, en obra colectiva *Daño ambiental*, T. I, p. 284, Rubinzal-Culzoni, 1999.

3 SCBA "Dougherty, Cristian y otros contra Municipalidad de La Plata. Amparo", B. 64.464, res. del 31-3-04.

4 SCBA, "Asociación Civil Nuevo Ambiente-Centro Vecinal Punta Lara v. CEAMSE", 20-12-2006.

5 SCBA, "Granda, Anibal y otros v. Edelap", Revista. de Derecho Ambiental, LexisNexis, Nº 12, p. 31 y sgtes.

6 ESAIN expresa que los presupuestos mínimos ambientales son "elementos uniformes y mínimos que reglará la Nación y será área gobernada por la competencia exclusiva y excluyente de ésta. Sobre ella las provincias no podrán interferir, sino que deberán adecuar sus normas por imperio del principio de supremacía federal (de origen constitucional) y además -y sobre todo- por los principios de complementariedad (de origen constitucional) y congruencia (de origen legal)", ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675", J.A., 2004-I-776; ver también DÍAZ ARAUJO, Mercedes, "El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental", LL, 2002-A, 1278, donde se sostiene que se trata de una competencia "exclusiva" de la Nación.

7 DÍAZ ARAUJO, Mercedes. "El artículo 41 de la Constitución Nacional...", cit.

algunos autores⁸ otros la sustentan con fundamento en que el texto constitucional emplea el término "normas" y no leyes⁹ (párr. 3 del art. 41 CN).

En síntesis, por virtud del art. 41 de la Constitución Nacional, la Nación puede dictar PMPA y las provincias las normas necesarias para complementarlos.

No cabe duda, entonces, de que la Nación carece de competencia, cuando dicta normas de PMPA, para establecer un régimen "completo" en materia ambiental. Resalta de esa forma la característica de "mínimos" que, por imperio de la norma constitucional enmarca la aptitud de la Nación para legislar en esta temática. Por esa razón resulta tanto útil como necesario, desentrañar el sentido de tal cualidad¹⁰. Vale decir: ¿qué sentido y significado debe darse al término "mínimo"?

Para responder a tal interrogante resulta apropiado comenzar por afirmar que cuando las provincias cedieron a la Nación la potestad de establecer una legislación básica -o mínima-, tal cesión no significó limitar la facultad de la Nación de ejercer el deber de tutelar, proteger y defender el derecho al ambiente amparado por el art. 41 CN.

Ese deber de la Nación se encuentra establecido en la misma norma constitucional del art. 41, y directamente asociado a la competencia de dictar tales PMPA. No puede desvincularse de tal aptitud competencial.

Como consecuencia directa la Nación al dictar los PMPA está obligada a cumplir con el amplio, y abarcativo, deber constitucional que surge claramente de las adjetivaciones del propio artículo 41 CN, como de los fines y objetivos de esa misma norma.

Asimismo, no debe perderse de vista un dato importante de la realidad, de suma importancia al momento de desentrañar la cuestión, a saber: cada

8 DÍAZ ARAUJO, Mercedes, "El artículo 41 de la Constitución Nacional...", cit., quien manifiesta: "No resulta acorde al sistema de complementariedad establecido por el art. 41 que el Poder Ejecutivo Nacional pretenda desarrollar las normas mínimas de calidad ambiental a través de reglamentos de ejecución destinados a establecer una reglamentación completa y detallada dirigida a la aplicación de las mismas por las autoridades locales." Quien cita en su apoyo a QUIROGA LAVIÉ cuando manifiesta «el mecanismo previsto de normas con presupuestos mínimos es justamente una delegación legislativa y por ello no puede ser objeto de delegación. Se trata de materia de reserva legal Nacional, por imperio del art. 75 inc. 12 Constitución Nacional» (QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional", La Ley, 1996-B-950).

9 En ese sentido ESAIN, JOSÉ A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675", J.A., 2004-I-776.

10 El art. 6 de la ley 25.675 brinda un concepto de presupuestos mínimos de pro-

provincia se asienta en uno o más sistemas particulares; de lo que se desprende que un mismo ecosistema puede ser compartido por más de una provincia¹¹, y que los efectos ambientales desconocen toda frontera provincial¹².

A partir de allí, y ya más centrados en el significado que ha de atribuirse a los “mínimos” ambientales, cabe aclarar que tal denominación no equivale a poco, ni a escaso ni a ínfimo, tampoco ha de interpretarse como carente de rigor, laxo, o abstracto, pues tales pautas de interpretación no condicen con la tutela del ambiente cualificada, adjetivada y jerarquizada constitucionalmente.

En realidad el sentido y significado que ha de otorgarse a ese “mínimo” es el de “básico” y “uniforme” (en tanto “tutela uniforme o común”¹³) con la finalidad que “la protección ambiental goce de un régimen común en el territorio nacional”¹⁴, de una legislación uniforme¹⁵. No significa entonces “poco” ni “acotado” ni “sin importancia” como podría pensarse, livianamente, a partir del término utilizado.

Pero allí no se agota el sentido que debe atribuírsele que se complementa con la idea de “piso”¹⁶ común e inderogable para las provincias¹⁷, un umbral¹⁸ que garantice, justamente, un “mínimo ambiente” para todo el país. Mínimo que no deja de ser concreto ni específico por ser global.

11 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 284.

12 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA expresan que “con esta uniformidad relativa se pretende atender a las complejidades propias del fenómeno ambiental caracterizado...por su potencial dispersión espacial y temporal...Asimismo se procura evitar que el disímil tratamiento de estas cuestiones obre como mecanismo perverso de promoción industrial para una provincia en detrimento de la otra, como a escala planetaria ocurre entre Estados ricos y pobres”, op. cit., T. II, p. 988.

13 DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental”, LL, 2002-A, 1278.

14 DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional...”, cit.

15 Beltrán GAMBIER y Daniel LAGO sostienen que “sin abandonar el criterio de concurrencia, el constituyente lo ha modificado al tomar la decisión de promover una legislación uniforme en materia de mínimos de protección” (véase “La Cláusula Ambiental en la Constitución Nacional” de los autores citados en ED, 163-727).

16 BIDART CAMPOS, Germán, “El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el Estado y las provincias”, DJ, 1997-2-711. ESAÍN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675”, J.A., 2004-I-776.

17 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, op. cit., T. II, p. 987.

18 Refiriéndose a las normas de presupuestos mínimos dictadas por la Nación claramente ha dicho Cafferatta, en relación a la ley 25.612 -pero es válido para las demás como la ley General del Ambiente 25.675- que se trata de normas de base,

Importa recordar que el sistema establecido por el artículo 41 párr. 3 de la Constitución Nacional importa lo que se ha denominado una “complementariedad maximizadora” por cuanto “las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar lo mínimo”¹⁹ por eso se habla de “piso común”.

Complementar los presupuestos mínimos significa optimizar²⁰ la protección, extremar o agravar recaudos, reforzar el nivel de protección a través de normas más rigurosas contra la polución, imponer restricciones más severas, limitaciones más fuertes para ciertas industrias²¹, razón por la cual complementariedad que permite el artículo 41 de la CN no es sinónimo de reglamentación, la complementariedad implicará más que reglamentar²².

No puede dejar de destacarse la influencia que, en este tema, la Constitución Española de 1978 tuvo sobre nuestros constituyentes de 1994²³.

El artículo 149.1.23 de aquel texto expresa que el Estado Nacional tiene competencia exclusiva sobre “la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección”.

umbral, de piso, uniformes, comunes, sobre las cuales se va a construir el edificio total normativo de aplicación en todo el territorio Nacional. Véase CAFFERATTA, Néstor, “Apostillas de la ley 25.612 de Residuos Industriales” en Revista de Doctrina Judicial, DJ 2002-3-1.

19 BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 90.

20 ESAÍN establece, en esta materia, el “Principio de optimización de la protección ambiental” al que define como “un principio específico de Derecho Ambiental que la doctrina alemana aplica respecto de la política comunitaria. En España la doctrina lo desprende del art. 149.1.23 Const. española, cuando autoriza a las Comunidades Autónomas a establecer normas de protección más rigurosas que las establecidas como básicas por el Estado. En el Tratado de la Comunidad Europea, versión Maastricht, se recoge el mismo principio cuando en su art. 176 se dice: “Las medidas de protección adoptadas en virtud del art. 130.S no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección” (ESAÍN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675”, J.A., 2004-I-776, citando a KRAMER, L., “European Community Treaty and Environmental Law”, 1995, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, p. 65, citado por LOPERENA ROTA, Demetrio, *Los principios del Derecho Ambiental*, 1998, Ed. Civitas, p. 104.

21 Conf. QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, op. cit., T. II, p. 988.

22 En igual sentido ESAÍN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...”, cit.

23 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I p. 285.

De la interpretación jurisprudencial y doctrinaria de esa regla puede entenderse la razón por la que nuestros constituyentes sustituyeron "ley básica" por "presupuestos mínimos" y "normas adicionales" por "normas necesarias para complementarlas".

Referido al significado de la "ley básica sobre protección del ambiente", ha dicho el Tribunal Constitucional Español: "La legislación básica posee las características técnicas de normas mínimas de protección que permiten normas adicionales o un plus de protección. Es decir, la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las comunidades autónomas con competencia en la materia, establezca niveles de protección más altos que no entrarán sólo por eso en contradicción con la normativa básica del Estado. El sentido del texto constitucional es que las bases estatales son de carácter mínimo y, por lo tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica"²⁴.

Se observa con toda claridad que nuestros constituyentes optaron por definir la "legislación básica" denominándola "de presupuestos mínimos de protección" como ya lo había hecho la jurisprudencia hispana²⁵.

2. Materias y temáticas de los PMPA

Corresponde ahora dar respuesta al interrogante ¿cuáles son las materias que quedan incluidas dentro de ese "mínimo"? Responder esa pregunta obliga a volver, y tal vez con algo más de profundidad, sobre las características de ese término dentro del entramado del paradigma ambiental constitucional, intentando un análisis particularmente dirigido a la temática que abarcan los "mínimos ambientales".

Corresponde entonces indagar cuál es la cuestión que pueden abordar y regular los PMPA. A tal fin se debe partir de una idea insoslayable: que tales mínimos ambientales deben ceñirse a la "protección del ambiente"²⁶.

²⁴ HUTCHINSON, Tomás, en obra citada, p. 286.

²⁵ HUTCHINSON, Tomás, ob. y loc. cit.

²⁶ En tal sentido: ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...", cit., fundando tal parecer en que "de una lectura literal del art. 41 párr. 3 se destaca que el texto da primacía al aspecto teleológico por sobre los restantes" y luego aclara que habrá normas de recursos naturales que, si bien forman parte del Derecho Ambiental, no se les aplica el reparto de competencias del artículo 41 de la Constitución. En la medida que estas normas, para ese autor, regulan el elemento estático,

Tal es la única conclusión acorde con el propio texto constitucional que los refiere, en el párrafo 3 del art. 41, a los presupuestos mínimos de "protección".

Resulta por tanto necesario desentrañar cual es el sentido de la fórmula "protección ambiental" determinando su significado constitucional porque, una vez que esto quede claro, tendremos una delimitación certera de los contenidos que pueden abarcar los presupuestos mínimos y de allí hacer derivar, fácilmente, aquello que quedará englobado dentro de ellos y aquello que los habite por fuera.

El significado constitucional de la protección ambiental surge de la propia norma constitucional ambiental que, como se ha visto, adjetiva una especie particular de ambiente al que tienen derecho los habitantes, por tal razón la protección del ambiente quedará definida por esa adjetivación constitucional.

Queda así incluido dentro de la fórmula de "protección ambiental", cuanto menos, todo aquello que tutele, defienda o promueva el específico ambiente que cualifica la propia Constitución Nacional en el artículo 41.

A partir de allí se puede afirmar que las normas de PMPA, en lo que hace a su objeto y materia incluye, al menos, las siguientes temáticas: 1. propender a que el ambiente sea sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano; 2. garantizar que las actividades productivas -que persigan satisfacer necesidades presentes- no puedan comprometer a las generaciones futuras; 3. hacer operativo y efectivo el deber de preservar al ambiente de todos los habitantes y diseñar mecanismos que -ante el daño ambiental- se recomponga brindando bases para ello; 4. asegurar que los principios rectores del ordenamiento jurídico ambiental rijan en toda la Nación; 5. impedir que las provincias o municipalidades atraigan inversiones disminuyendo las exigencias de tutela ambiental²⁷; 6. disponer lo conducente

funcional: la protección. También DÍAZ ARAUJO ha planteado el interrogante de "si el concepto de calidad ambiental ejerce una vis atractiva respecto de todas las actividades o de todos los aspectos relacionados con los recursos naturales, ordenación del territorio, seguridad, salud pública, régimen minero, energético, industrial, límites a la propiedad, etc.; o si, por el contrario, se debe limitar el concepto de presupuestos mínimos de calidad ambiental" (DÍAZ ARAUJO, Mercedes, "El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental", LL, 2002-A, 1278).

²⁷ En tal sentido se expresa HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 287. Sostiene QUIROGA LAVIÉ que la Nación pone las bases y luego las provincias complementan dichas bases con leyes locales que atienden a las peculiaridades provinciales (QUIROGA LAVIÉ, "El estado ecológico de derecho de la Constitución Nacional", LL, 1996-B-550).

para que se utilicen racionalmente los recursos naturales, se preserve el patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica; 7. implementar una correcta, amplia y tempestiva articulación de la información y de la educación ambientales²⁸.

A ello se suma que los PMPA deben relacionarse con "las necesidades ambientales vinculadas con el bienestar general que es la noción que justifica y fundamenta la competencia del Congreso de la Nación"²⁹.

En definitiva, esto que a primera vista puede ser interpretado como un límite a la competencia de la Nación, en realidad resulta ser, más que un límite, un presupuesto para ejercer una amplia y profusa competencia legislativa. Una habilitación constitucional concreta y operativa para ejercer su amplia facultad de dictar normas de protección del ambiente para todo el territorio de la Nación como legislación básica, como piso de la tutela del entorno para todo el país.

Como consecuencia, en la medida que se ciña a la protección ambiental, a la articulación de su deber de proteger el ambiente adjetivado en el artículo 41 y a los fines de esa norma, no puede existir obstáculo para que la norma de PMPA sea detallista³⁰, rigurosa, imperativa; dentro de lo que se incluye imponer límites numéricos, parámetros o estándares de calidad o emisión.

También, dentro de esa idea, los PMPA pueden establecer plazos temporales, interdicciones, prohibiciones, exigencias y requisitos, también detallados, concretos y rigurosos, exigencias y pautas para los procedimientos administrativos ambientales; pues los presupuestos básicos o mínimos de protección no son necesariamente un límite numérico, una expresión de tipo matemático³¹.

Así estas normas nacionales de presupuestos mínimos de protección contendrán, al menos, principios y directrices, para garantizar una base jurídica imprescindible para todo el territorio nacional que puede incluir determinadas normas concretas de eficacia general³², sin que ello obste el

28 La prohibición de ingreso al territorio Nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos, responde a una facultad exclusiva de la Nación, que no queda dentro de las normas de PMPA.

29 GAMBIER, Beltrán y LAGO, Daniel, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", ED, 163-727.

30 ESAIN expresa: "El que deba ser mínima no significa que no pueda ser detallista. En el caso de que se siga este camino, lo que sucederá es que las provincias podrán 'maximizar' el detallado marco mínimo legislado por la Nación" (ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...", cit.)

31 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 285 (nota nro. 49).

32 Conf. HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 286.

dictado de provisiones normativas que excedan tales materias y regulen cuestiones procesales y administrativas, incluido lo relativo al procedimiento administrativo.

En realidad, como se observa, tales "mínimos ambientales" tienen de mínimos sólo el nombre, y en realidad representan una potestad legislativa de la Nación de gran envergadura, de suma importancia y nada despreciable amplitud, pero con una clara limitación: que su objeto y finalidad sea la protección del ambiente. No podemos coincidir con ciertos autores que parecen reducir la fuerza local de los PMPA apenas a los principios que esas normas establezcan³³.

El marco temático de concurrencia normativa ya definido queda confirmado por la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional cuando, en su artículo 6, establece que los presupuestos mínimos son "toda norma que concede una tutela ambiental"³⁴ y brinda en los artículos 3 y 4 precisiones referidas a la interpretación y aplicación de los mismos³⁵.

33 En ese sentido que no auspiciamos se ha indicado que la legislación ambiental dictada en función del art. 41 párr. 3 -como del 124 último párrafo- de la Constitución Nacional reviste un doble carácter en cuanto a sus efectos: es operativo toda vez que establece principios reguladores que las normas legales implementadoras de la protección ambiental no pueden dejar de respetar, y es programático en la medida que la referida implementación debe estar en las leyes Nacionales o provinciales que al respecto se dicten, pero que no pueden desconocer los principios o bases constitucionales de la protección ambiental. Así lo entiende MORALES LAMBERTI, Alicia, *Derecho Ambiental. Instrumentos de Política y Gestión Ambiental*, Alveroni, Córdoba, 1999, p. 58

34 El artículo dice "Presupuesto mínimo. Artículo 6: Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio Nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable".

35 Artículo 3º-La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas 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 ésta.

Principios de la política ambiental

Artículo 4º-La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Parece necesario enfocar la cuestión desde otro punto de análisis, y así intentar completar la respuesta con la pregunta ¿cuáles son los límites de esos mínimos ambientales?

Una limitación indudable es que las normas nacionales de PMPA han de reservar un espacio en el que el complemento local pueda desarrollarse, por cuanto “el principio de complemento implica que el legislador al dar presupuestos mínimos debe tener en cuenta luego la norma provincial con la que comparte la formación del sistema total. En este sentido este principio obligará a que la norma federal sea mínima, aunque uniforme...para posibilitar que la ley provincial luego llegue al máximo al complementarla”³⁶.

También los PMPA deben permitir que las particularidades locales o regionales sean tratadas conforme a criterios adecuados por los órganos municipales, provinciales e interprovinciales³⁷.

Si la norma nacional de PMPA impide que la provincia pueda complementarla, sin duda ha excedido el límite competencial atribuido a la Nación. Un ejemplo podría ser una norma de PMPA que dispusiera la prohibición de talar bosques *ad infinitum* (es decir sin límite temporal), ya que la norma local no podrá optimizar la protección ambiental y, por ello, no se estaría permitiendo la complementación maximizadora local, superando el límite constitucionalmente impuesto y excediendo la competencia allí acordada³⁸.

Pero no es ésta la única limitación: ciertamente existe también un límite para la Nación en el reparto competencial de nuestro régimen federal que quedaría conformado por la no afectación de las jurisdicciones locales, ya que expresamente, el artículo 41 ha dispuesto que tal delegación no debe afectar las jurisdicciones locales³⁹ y por la necesidad de que el domi-

36 ESAIN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...”, cit. Este autor incluso entiende que “las provincias siempre estarán legítimadas para impugnar normas federales que, al ser demasiado detallistas, no dejen margen para ejercer su función de legislar el complemento”.

37 Remitimos a los autores citados *supra* en nota 27.

38 Incluso las provincias “podrán dictar normas complementarias de protección ambiental, aun cuando las mismas afecten el comercio interprovincial, siempre que las mismas respeten el principio de proporcionalidad y procuren evitar tales efectos”, tal como afirma DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental”, LL, 2002-A, 1278

39 El artículo 41 expresa “sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

nio originario sobre los recursos naturales de las provincias (art. 124) no quede vacío de contenido⁴⁰.

No representa, sin embargo, un límite para la Nación la reserva local de materias no delegadas expresamente por las Provincias, ya que tal delegación, en materia ambiental, se ha operado por el artículo 41 de la CN, como tampoco representa un límite a la competencia nacional para dictar presupuestos mínimos la necesidad de que cada provincia posea normas ambientales acorde a sus propias necesidades ambientales; a tal fin existe la posibilidad de complementar localmente el piso de los PMPA, en tanto opera como legislación básica de aplicación en todo el territorio, como defensa y tutela uniforme para todo el país⁴¹.

3. Leyes de Presupuestos Mínimos

Se han dictado en el país varias leyes de PMPA además de la ya citada Ley General del Ambiente (LGA) 25.675.

Así tenemos:

La Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicio.

Ley 25.670 Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de PCB'S.

Ley 26.688 Régimen de Gestión de Aguas.

La Ley 25.831 de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.

4. La competencia para legislar en materia ambiental

La importancia y el interés que reviste lo relativo a la competencia para legislar en la temática ambiental dimanar de dos motivos:

El primero porque la situación anterior a la reforma constitucional de 1994 (con la introducción del nuevo art. 41) ha cambiado sustancialmente: antes de esa reforma las provincias, en virtud del art. 121 de la Constitución Nacional, se reservaban la competencia en materia ambiental quedando incluidas las potestades legislativa, administrativa (de ejecución y/o gestión) y judicial en dicha materia. A partir de esa reforma constitucional de 1994 queda establecido un sistema distinto al vigente anteriormente.

40 DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional...”, donde también indica como otra limitación para las normas de PMPA, las facultades otorgadas por el art. 124 de la Constitución Nacional.

41 Incluye estos dos límites que, como se observa no compartimos, DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional...”, cit.

Desde esa reforma las provincias argentinas delegaron en forma expresa a la Nación la facultad de establecer normas de presupuestos mínimos en materia ambiental de forma tal que se "ha introducido una nueva delegación de las provincias a favor de la Nación"⁴² y esta situación difiere notablemente de la existente antes del dictado de la Constitución Nacional de 1994.

En esa línea la Corte Provincial ha entendido que "En materia ambiental, como hemos visto, se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para la protección ambiental, las provincias han renunciado así a importantes competencias originarias, en excepción al principio anteriormente receptado en el ya citado artículo 121, reservándose exclusivamente las facultades necesarias para dictar normas complementarias, conservando el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (conforme artículo 124)"⁴³.

El segundo de los motivos es que de ese nuevo marco surgirá una legislación ambiental local que podrá quedar conformada por aportes tanto nacionales como provinciales. El resultado será un bloque de legalidad ambiental que se construirá con la concurrencia de una competencia exclusiva nacional, dictando los presupuestos mínimos, y otra de competencia exclusiva provincial, dictando las normas que complementarán aquéllos.

Como tal situación plantea cierta complejidad ha llevado a ESAIN a proponer un deslinde de tres áreas normativas en el sistema global regulativo ambiental: 1. Área nuclear de presupuestos mínimos de protección federal. 2. Área intermedia o área de intersección. 3. Área nuclear complementaria provincial⁴⁴, donde se darán vinculaciones tanto horizontales

42 ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675", J.A., 2004-I-776, citando a SABSAY, Daniel, "El nuevo art. 41 CN. y la distribución de competencias Nación-provincias", LL doctrina judicial 1997-2. Aquel autor también afirma que se ha operado una "delegación de las provincias a la federación en 1994 para legislar sobre algo que antes de la reforma era competencia exclusiva de ellas".

43 SCBA, 31-10-2001, "YPF SA contra Municipalidad de Ensenada s/inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95"; y en igual sentido SCBA, 20-3-2002, "Copetro S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95".

44 Ver ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...", cit.

(entre normas de la misma área) como verticales (entre normas de diversas áreas)⁴⁵.

Ante ello también BIDART CAMPOS entiende que se trata de una categoría especial de competencias concurrentes donde "los contenidos mínimos escapan a la competencia provincial porque son propio del Estado federal...las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar lo mínimo"⁴⁶. No se trata, por ende, de que toda la materia ambiental caiga íntegramente en las dos jurisdicciones. La concurrencia está repartida entre lo mínimo y lo máximo complementario.

Lo que sucede es que el artículo 41 párrafo 3° de la Constitución Nacional, como ya se dijo, ha venido a renovar sustancialmente la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en la medida que "se fija cierta concurrencia normativa y se reserva la aplicación a la esfera local. En efecto, la cláusula en estudio se ocupa de dos temas: el comienzo se refiere a quien corresponde legislar en materia ambiental y el final, a su aplicación por la administración o los jueces (solución semejante a la tradicional fórmula de reserva de las jurisdicciones locales)"⁴⁷.

Se establece así, en el ámbito legal, lo que se ha denominado un "sistema global ambiental", una regulación normativa que formalmente no se podrá unificar nunca, pues cada subsistema local será diferente de los otros en la porción complementaria, pero, al mismo tiempo, será idéntico a todos los otros en lo correspondiente al presupuesto mínimo; tal sistema legal global ambiental abarca todo el territorio nacional y tendrá múltiples fuentes; será por tanto un sistema global de imposible unificación "pero es esa imposibilidad la clave de su éxito: el respeto a la diversidad local mediante el complemento provincial, sin perder el núcleo central básico y uniforme"⁴⁸, compatible con la diversidad que cada región representa. Por eso MAQUEDA, al analizar la distribución de competencias del art. 41, párr. 3 de la Constitución Nacional concluye que "la facultad otorgada al

45 ESAIN, en el mismo artículo, sostiene que "el sistema global de legislación ambiental contendrá vinculaciones en sentido horizontal y vertical. Las vinculaciones en sentido horizontal serán las que se generarán entre normas de idéntico orden, es decir, en el orden federal la leyes de presupuestos mínimos entre sí y en el orden provincial, las leyes complementarias entre sí. Luego tendremos las vinculaciones en sentido vertical, las que se darán entre normas de diferente orden, es decir, las relaciones entre las leyes de presupuestos mínimos federales y las leyes complementarias provinciales".

46 BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 89/90.

47 QUIROGA LAVIÉ- BENEDETTI- CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. II, p. 987.

48 ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...", cit.

Gobierno nacional tiene por objetivo la coordinación de la política ambiental a escala regional y nacional en aras del desarrollo sustentable”⁴⁹.

Por tal motivo “la cláusula tercera del artículo 41 de la C.N es una norma que corresponde a la parte orgánica de la Constitución, porque define el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias”⁵⁰ implementando una nueva combinación en lo referente a la distribución de competencias legislativas, una especie de unidad en la diversidad.

Conviene también destacar otra de las características de tal “sistema global normativo ambiental”, cual es la de permitir su constante *aggravamento* y reajuste. Tal sistema se refuerza si se establecen esquemas que favorezcan la dinámica temporal y la dinámica espacial⁵¹.

El carácter interdependiente, sin fronteras, que lleva implícita la temática ambiental, justifica el sistema descrito encaminado a la protección global e integral del ambiente; así lo ha entendido la Corte Provincial que, citando a BIDART CAMPOS, sostuvo que “el perjuicio al ambiente no suele

49 MAQUEDA, Juan Carlos, “Derecho Ambiental Constitucional”, Revista de Derecho Ambiental, N° 11, LexisNexis, p. 14.

50 CAFFERATTA, Néstor, “Apostillas a la ley 25.612 de residuos industriales” y “Ley de Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios. Ley 25.612. Comentada y Anotada” ambos publicados en la revista “Antecedentes Parlamentarios” de noviembre de 2002, Nro. 10, La Ley, p. 85 y sgts., quien también expresa: “Análogicamente, en el derecho comparado, es criterio consolidado en la jurisprudencia del TC, Tribunal Constitucional de España (con un régimen de distribución de competencias ambientales similar al nuestro), que la legislación básica del Estado Nacional constituye el mínimo de protección necesario, el común denominador, que no pueden rebajar, sino mejorar, las CCAA al ejercer sus competencias en la materia (CANOSA USERA, Raúl: ‘Constitución y Medio Ambiente’, p. 259, Dykinson, 2000, Ciudad Argentina)” y, como también dice CAFFERATTA, debemos tener en cuenta el precedente español, considerando la influencia que la Constitución Española de 1978 y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial tuvieron sobre nuestros constituyentes de 1994 y recordando que el artículo 149.1.23 del texto constitucional español expresa que el Estado Nacional tiene competencia exclusiva “sobre la legislación básica del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección”. Y agrega que “de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria de esa regla puede entenderse la razón por la que nuestros constituyentes sustituyeron ley básica por presupuestos mínimos; y normas adicionales por normas necesarias para complementarlas (GONZÁLEZ ARZAC, Felipe: ‘El artículo 41 de la Constitución Nacional y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado’, p. 117 y ss., en obra colectiva ‘Responsabilidad Ambiental’, Editorial Belgrano, 1999)”.

51 En tal sentido ESAIN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...”, cit. Este autor también afirma que el sistema normativo previsto en el art. 41 se corresponde con el principio ambiental “sanción global y acción local”

detenerse localmente, porque es movedizo, más allá del lugar de origen; la interdependencia del ambiente es, entonces, un parámetro que sirve de guía, y que convoca al Estado Federal a fijar los presupuestos mínimos de protección. Éstos rigen tanto para el ámbito local, donde acaso quede circunscripto el perjuicio sin difusión extrajurisdiccional, como más allá de él, en el supuesto habitual de que el problema ambiental no sea jurisdiccionalmente divisible”⁵².

En la doctrina de la Corte Provincial ello ha quedado también insinuado en un párrafo de la resolución en la causa “Asociación Civil Nuevo Ambiente v. CEAMSE”⁵³ donde al analizar el convenio celebrado entre la Provincia de Buenos Aires y la CEAMSE afirma que el mismo luce congruente con las determinaciones contenidas en la ley provincial 13.592 (que tiene como objeto fijar los procedimientos de gestión de los residuos sólidos urbanos) pero agrega “de acuerdo con las normas de la ley nacional 25.916 de ‘Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la gestión integral de Residuos Domiciliarios”’.

5. Legislación ambiental nacional por fuera de la legislación de PMPA

La Nación tiene competencia constitucional para dictar dos tipos de leyes ambientales, por un lado las normas de PMPA a que hemos venido haciendo referencia y, por el otro, también puede legislar en ejercicio de otras atribuciones constitucionales, dictando normas que no quedan incluidas dentro de los PMPA. Esto último en uso de una competencia que no es la del artículo 41 párrafo 3 de la Constitución Nacional.

La legislación ambiental no se halla, entonces, limitada ni reducida a normas de PMPA y su complemento local; por el contrario, otras áreas de la competencia nacional para legislar adquieren, con fundamento en otras normas constitucionales, equiparable importancia. De esa manera la aptitud competencial de la Nación para legislar en materia ambiental no se agota en el dictado de normas de PMPA.

Naturalmente la normativa de la Nación que no quede incluida en el artículo 41 inc. 3 de la Constitución Nacional tendrá como resultado leyes que no podrán ser complementadas por las provincias.

52 SCBA, 20-3-2002, “Copetro S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/ inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95”.

53 SCBA, “Asociación Civil Nuevo Ambiente-Centro Vecinal Punta Lara c. CEAMSE s/ Amparo. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley” 20-12-2006

Tal será el caso de las normas ambientales que la Nación dicte dentro de su competencia para legislar en lo que respecta a las leyes de fondo. También pueden citarse las normas que involucren, por caso, el comercio interjurisdiccional⁵⁴.

Un supuesto de especial importancia en este aspecto es el de la competencia normativa que la Nación tiene atribuida por el art. 75 inc. 12 (norma que establece la potestad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo, sin alterar las jurisdicciones provinciales). Dentro de esa competencia la Nación podrá dictar normas de fondo ambientales, civiles o penales, por fuera de la competencia otorgada por el artículo 41 CN de dictar normas de presupuestos mínimos, de aplicación obligatoria en todo el territorio del país e imposibles de ser complementadas localmente.

Hasta puede ocurrir, y de hecho sucede, que en una ley de presupuestos mínimos se regulen materias que exceden ese marco; un ejemplo claro es la Ley General del Ambiente donde también se regula lo atinente al daño ambiental que “resulta un instituto de derecho de fondo y no de presupuesto mínimo”⁵⁵.

También se brinda como ejemplo⁵⁶ el art. 75 inc. 13 de la Carta Magna (ex 67 inc. 12, Constitución Nacional), que establece la competencia del Congreso Nacional para legislar en materia de comercio exterior e interprovincial y, en esa temática, puede dictar normas ambientales por fuera de la atribución de competencias que diseña el art. 41 CN.

Aunque en esta materia “las provincias podrán dictar normas complementarias ambientales que puedan afectar el comercio interprovincial o la libre circulación de productos, ya que el medio ambiente constituye un

54 DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental”, LL, 2002-A, 1278, quien afirma que “puede decirse que una norma federal con contenido ambiental podrá fundarse en la cláusula comercial siempre que su objeto y finalidad sea la regulación en forma directa y no meramente indirecta o incidental del comercio interjurisdiccional.”

55 PASTORINO, Leonardo, *El daño al ambiente*, LexisNexis, p. 235. Por su parte SABSAY expresa que le parece acertado el esquema que propone la nueva Ley General del Ambiente 25.675, a la que define como “ley mixta” por cuanto “regula aspectos relativos a los presupuestos mínimos sobre protección ambiental, como así también vinculados al daño ambiental. Esto significa que el Congreso Nacional ha sancionado normas de diversa índole en función de las categorías que el art. 41 establece en sus distintos párrafos...normas de presupuestos mínimos pasibles de complementación por las provincias y...normativa en materia de responsabilidad por daño ambiental, de competencia Nacional” (SABSAY, Daniel Alberto, “La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional”, LL, 2003-C, p. 1173).

56 DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional...”, cit.

objetivo de cada Estado provincial capaz de justificar limitaciones en materia de comercio y transporte”⁵⁷; cabe recordar que “la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE.) en el asunto C-240/83 (35) entendió que la protección del medio ambiente justificaba las restricciones a la libre circulación de bienes y libertad de comercio...(que) no pueden nunca ser discriminatorias ni exceder las restricciones inevitables justificadas por la protección del ambiente”⁵⁸.

En definitiva resulta claro que “La de los presupuestos mínimos no es la única legislación ambiental posible en la esfera del Estado Federal”⁵⁹ por cuanto la competencia normativa-ambiental de la Nación excede la norma del art. 41 párr. 3 de la Constitución Nacional, que sólo regula una parte de esa competencia nacional legislativa ambiental.

En esta línea, resulta evidente que los PMPA no pueden referirse a las normas de Derecho común pues se trata de materia delegada expresamente por las provincias a la Nación, dentro de las cuales se encuentran ya -y desde mucho tiempo atrás- varias normas que regulan la protección sustantiva del ambiente⁶⁰.

Como ejemplo de ello pueden citarse el art. 2618 del Código Civil y la reforma del art. 1113 por los arts. 45 y 48 de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos y por los arts. 40 a 43 de la ley 25.612 de Gestión de Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.

Por esta vía de análisis llegamos a una conclusión que también define, por contraste, a los PMPA.

Esto es así porque, como consecuencia inmediata del desarrollo que se ha venido haciendo en este punto, los PMPA tendrán que referirse, necesariamente, a otras materias, que excedan -o no incluyan- las recién indicadas.

Dicho de otra manera, los PMPA no pueden abordar la temática ya delegada por las provincias a la Nación: como las normas de Derecho común y de protección sustantiva, pues allí la competencia nacional es exclusiva; al punto que las provincias no pueden participar en su dictado. Obviamente, reiteramos, en ese caso no se trata de materias con competencia legislativa concurrente como la que rige, sí, para los PMPA.

57 ESAIN, José A., en su citado artículo “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...”.

58 Tal como indica ESAIN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...”.

59 PASTORINO, Leonardo, *El daño al ambiente*, p. 233.

60 Véase QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, op. cit., p. 989.

Entonces, por simple contraste con tal exclusión, vuelven a aparecer las problemáticas y las materias que sí quedan subsumidas dentro de los PMPA, además de los principios y directrices: las relativas a lo procesal, lo administrativo⁶¹ y, por ello, también al procedimiento administrativo.

De esta forma los PMPA operarán en cada procedimiento administrativo local -tanto provincial como municipal- cada vez que la norma local -provincial o municipal- limite, disminuya, restrinja, minimice o reduzca la tutela ambiental prevista en el PMPA nacional.

6. La competencia de las provincias para complementar las normas de PMPA

Como síntesis de lo hasta aquí tratado el sistema de competencias legislativas ambientales establecido por el artículo 41 párr. 3 de la Constitución Nacional se puede denominar de "conurrencia maximizadora", donde las provincias pueden optimizar el piso de los presupuestos mínimos, donde la concurrencia está repartida entre lo mínimo y lo máximo complementario, sistema en el que la legislación provincial no puede alterar la protección surgida de las leyes que establezcan presupuestos mínimos⁶², por cuanto tal "piso" resulta ser inderogable para las provincias.

Un claro ejemplo de armonización en pos de esa optimización de la protección lo brinda la decisión de la Corte Provincial en "Asociación Judicial Bonaerense c. EDESA SA y OCEBA SA"⁶³ donde ante una norma nacional y otra local más exigente se da preeminencia al sistema que más rigurosamente tutela el ambiente.

El piso de protección de los PMPA se desarrollará o maximizará en el complemento provincial pues la aptitud competencial de las Provincias en el reparto diseñado por el artículo 41 de la Constitución Nacional determina que corresponde a las provincias el dictado de las normas necesarias

61 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, op. cit., p. 989.

62 "La distribución de competencias que ahora diseña el artículo 41 no obstruye lo que, desde antes de la reforma de 1994, dimos por cierto en el sentido de que el derecho ambiental ofrecía un ámbito para aplicar el federalismo concertado entre el estado federal y las provincias, sin excluir dentro de estas últimas a sus municipios. No pensamos que después de la reforma haya quedado impedida la viabilidad de una concertación interjurisdiccional porque, en definitiva, el citado artículo 41 nos propone competencias concurrentes" (BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I- B, p. 237, Ediar, 2001).

63 SCBA, 22-9-2004, Ac. 2087, "Rubén Aldo Añez en representación de la Asocia-

para complementar los PMPA. Esto implica que las provincias podrán "extender"⁶⁴, maximizar, optimizar el piso o base nacional de PMPA. Por otra parte ese complemento normativo no puede confundirse con reglamentación pues "complementariedad no es sinónimo de mera reglamentación: es eso y algo más"⁶⁵.

Tal competencia de las provincias de complementar los PMPA les corresponde con carácter exclusivo, como es exclusiva la competencia nacional de legislar sobre presupuestos mínimos: confluyen dos órdenes de competencias exclusivas y forman esa específica complementariedad maximizadora.

Como se indicó antes, ESAIN define el nuevo marco de competencias ambientales creado por el artículo 41 de la Constitución Nacional como compuesto por un "Área nuclear de presupuestos mínimos de protección federal" (a la que ya nos hemos referido como una competencia exclusiva de la Nación), un "Área intermedia o área de intersección" (de superposición normativa, donde se justifica la calificación de concurrente a la competencia del artículo 41 CN), y un "Área nuclear complementaria provincial" de competencia exclusiva local⁶⁶, lo que lo lleva a concluir que "el párrafo 3 del art. 41 llama a dos sectores [el orden nacional y el orden local] a concurrir de manera exclusiva".

Complementar los presupuestos mínimos significa optimizar la protección, extremar o agravar recaudos, reforzar y extender el nivel de tutela, y permite el dictado de normas más rigurosas, que impongan restricciones más severas, limitaciones más fuertes. Los PMPA no podrán ser suavizados ni atenuados por las provincias, que no podrán transponerlos *in peius*: por debajo del umbral o piso de protección al ambiente establecido por la Nación; lo que sí les está permitido, y hasta es esperable que lo hagan, es ultrapasarlos en beneficio de la protección y cuidado ambiental, es decir, extenderlos para prevenir, mitigar o recomponer daños al ambiente.

64 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina*, comentada y concordada, La Ley, 3ª ed., 2006, p. 452.

65 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, op. cit., T. II, p. 988; en igual sentido ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...", ya citado.

66 Para ESAIN ésta es un área normativa "exclusiva de las provincias" y es allí donde radica "la gran diferencia respecto de las anteriores formas de dividir el sistema de producción normativo concurrente en nuestro federalismo. Hoy las autonomías locales tendrán legitimación para proteger su competencia de complementar, pudiendo excluir de ese ámbito a las normas federales que impidan su ejercicio".

Resulta por lo tanto evidente que “no existe en la especie una debilitación de la competencia provincial”⁶⁷, sino sólo una limitación en favor del ambiente, por eso no se admite legislación provincial *in peius* de la protección ambiental determinada por los PMPA lo que “significa que el régimen de concurrencia tiene ahora un límite constituido por la nueva competencia asignada a la Nación. Las Provincias, al hacer uso de su competencia concurrente dictando las normas necesarias para complementar los mínimos de protección, deberán tener en cuenta el límite señalado”⁶⁸.

Pero tal limitación para las provincias también tiene su contracara en tanto las habilita para edificar por sobre el piso de los PMPA Nacionales haciendo más riguroso el cuidado del entorno, más efectivo el control, optimizando la protección, con un rango tuitivo más elevado⁶⁹; se trata de una situación de naturaleza doble: por un lado resulta ser un límite pero, por el otro, es un presupuesto o facultad.

En definitiva, que las provincias puedan complementar el “mínimo” nacional significa que quedan habilitadas a colocar un techo más alto del piso impuesto en la norma nacional⁷⁰, que se hallan habilitadas para “complementar y extender el resguardo ambiental”⁷¹. También importa que las provincias, en lo relativo a las leyes de PMPA, se han reservado las “potestades de complementarlas, desarrollarlas, ejecutarlas o gestionarlas y de establecer normas adicionales de protección”⁷².

Dentro de esa faceta de presupuesto de actuación o facultad, queda entonces incluida la competencia local para disponer una mejor calidad de los recursos, imponer plazos temporales de interdicciones o prohibiciones más breves, reducir los plazos de permisos o autorizaciones, facilitar y agilizar la protección y tutela administrativa o judicial del entorno, optimizar la prevención y la precomposición, como también todo aquello que haga más efectivo el cuidado del ambiente, facultad ésta que no se

67 GAMBIER y LAGO en el artículo citado

68 GAMBIER y LAGO en el artículo citado.

69 Conf. ESAIN, José A., su varias veces citado artículo.

70 BIDART CAMPOS, Germán, “El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el Estado y las provincias”, DJ, 1997-2-711, quien afirma que las normas de presupuestos mínimos que dicte la Nación “son un piso y las Provincias quedan habilitadas a colocar un techo más alto para complementarlos”.

71 GELLI, María Angélica, “La competencia de las Provincias en materia ambiental”, La Ley, 1997-E, 805.

72 DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental”, LL, 2002-A, 1278.

halla condicionada a una ulterior revisión o control del Legislativo Nacional⁷³.

Un verdadero contrapunto donde el arte de combinar se nutre del contraste de diferentes normas.

Esto nos llevará a tratar el tema en el próximo punto, donde se analiza la mecánica de aplicación de esta norma ambiental, a partir del sistema diseñado por el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Por último resulta pertinente plantear esta cuestión: ¿tiene la Provincia acordado un “techo” al ejercer su función de complementación de las normas de PMPA?, entendiendo el término “techo” como una limitación a la normativa local en lo que respecta a optimizar la tutela ambiental, en hacer más severa y rigurosa la protección del entorno.

En el intento de dar una respuesta a ese interrogante, como punto de partida cabe indicar que, si ese “techo” existe, no deriva, ni proviene, del artículo 41 párr. 3 de la CN.

Aclarado ello cabe indagar si otros marcos competenciales, por fuera de esa norma, imponen esa limitación a la legislación local, ante competencias nacionales en otras materias que, también, requieren de una regulación ambiental⁷⁴.

A tal fin resulta pertinente el análisis que realiza DÍAZ ARAUJO, quien toma como ejemplo el comercio interprovincial y a partir de allí plantea la cuestión de si una norma complementaria ambiental, dictada por una provincia, puede ser objeto de impugnación por interferir, afectar o incidir en esa materia que no le pertenece⁷⁵.

La autora, luego de hacer mención a una decisión de la Corte provincial⁷⁶ y citar jurisprudencia de la Corte Federal sobre materias fiscales,

73 Como indica ESAIN, “La normativa de presupuestos mínimos federal no puede condicionar el complemento provincial a una revisión posterior por el Legislativo Nacional. Ambas esferas de actuación son independientes entre sí. Este punto es fundamental entenderlo, porque si se tratara de una delegación legislativa, el Congreso de la Nación podría determinar que la ley o el decreto provincial de complemento vuelvan al Congreso para ser controlados, en los términos que la delegación establezca. Esto en el supuesto del art. 41 no se da, y el complemento provincial no estará sujeto más que al control de constitucionalidad de la Corte, siempre que se verifiquen los requisitos para que ésta lo ejerza” (“El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675”, J.A., 2004-I-776).

74 Recuérdese que el Derecho Ambiental es, en esencia, transversal, penetra todas las ramas del Derecho.

75 DÍAZ ARAUJO, Mercedes, “El artículo 41 de la Constitución Nacional...”, cit.

76 SC Buenos Aires, 1996/07/05, “Tapera Artech S.C.A. c. Municipalidad de Magdalena”, LLBA, 1996-772, con nota de Eduardo Luis TINANT. Cabe recordar que la

llega a esta conclusión: “Esta teoría aplicada a la facultad de las provincias de dictar normas complementarias de protección ambiental, nos lleva a entender que, las Provincias podrán dictar normas complementarias ambientales que puedan afectar el comercio interprovincial o la libre circulación de productos ya que el medio ambiente constituye un objetivo de cada Estado provincial capaz de justificar limitaciones en materia de comercio y transporte interjurisdiccional. Sin perjuicio de que dicha facultad se encuentre sometida al principio de proporcionalidad y la obligación de minimizar los efectos en el comercio de este tipo de medidas”.

En síntesis, la norma local no tendrá un “techo” en el sentido que puede otorgarse al término, a saber: una limitación en lo que respecta a: optimizar la tutela ambiental, imponer normas más severas y rigurosas en pos de proteger el entorno y extender el cuidado ecológico.

Al punto que tales normas podrán válidamente afectar el comercio interprovincial o la libre circulación de bienes siempre que tanto muestren coherencia con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad como minimicen -en todo lo posible- tal afectación.

Las propias características del Derecho Ambiental, en tanto Derecho “transversal”⁷⁷ que penetra las más variadas cuestiones jurídicas, tanto dentro de lo público como de lo privado, y considerando que “dada la vis

Corte provincial de Buenos Aires en “Tapera Arteche” entendió que la medida Municipal -consistente en una rebaja tributaria cuando el material extraído del recurso suelo permanece dentro de los límites del partido sobre la base de “una integración del factor ambiental con el aspecto económico a fin de determinar el denominado costo del uso ambiental y establecer quién y cómo debe pagarlo, tendiente a desalentar una eventual degradación del medio- no era procedente interpretando el Tribunal que «la mera desigualdad de tratamiento frente a la igualdad de situaciones impuesta por la ordenanza cuestionada en orden a la actividad extractiva del suelo no constituye el pretendido mecanismo preventivo o de recomposición de un eventual daño ecológico, no se configura siquiera una pugna entre ambos bienes, igualmente valiosos y tutelados constitucionalmente uno privado, referido a los derechos de la persona a la libertad, igualdad y propiedad; el otro común, propio del derecho ambiental que obligare a su superación por otra vía interpretativa”.

⁷⁷ Néstor CAFFERATTA define la temática del medio ambiente como “transversal, se solapa y penetra en todas las disciplinas” (“Adecuación de la legislación ambiental de la Provincia de Buenos Aires a las leyes de presupuestos mínimos ambientales”, RAP-Provincia de Buenos Aires, Diciembre de 2003 Año I Nro. 9). GOLDENBERG-CAFFERATTA definen al Derecho Ambiental como “horizontal” en el sentido “que atraviesa y penetra en diversas ramas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado” (véase su libro *Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, 2001, p. 21). Por su parte Ricardo LORENZETTI define el Derecho Ambiental como “herético” y “descodificante” (en su obra *Las normas fundamentales del derecho*

expansiva que esta disciplina posee por imperio del principio de integración, llega a otras disciplinas que tienen relación con él, y, a partir de ello, modifica varias de las realidades que en esos órdenes jurídicos se daban como paradigmas. En consecuencia, hoy nos encontramos con una modificación de los parámetros clásicos en diferentes disciplinas jurídicas”⁷⁸, se refuerza la conclusión a la que se arribó.

7. Mecánica para la aplicación local de los PMPA y las normas complementarias

Las provincias pueden complementar los PMPA por sobre el piso nacional como derivación de la atribución competencial prevista por el artículo 41 de la CN.

privado, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 483) afirmando seguidamente que “convoca a todas las ciencias ...exigiéndoles un vestido nuevo” y luego remarca que “esta convocatoria en el ámbito del derecho es ‘amplia’ pues abarca lo público y lo privado, lo penal, lo civil, lo administrativo y lo procesal...con la condición que se adopten nuevas características”; por su parte Rafael VALENZUELA FUENZALIDE en su artículo “Hacia un concepto de Derecho Ambiental” (Publicado en AyRN, Vol. III, N° 2, p. 119, Abril-Junio 1986), destaca que la doctrina europea considera el Derecho Ambiental, como un Derecho horizontal, que penetra y solapa todas las disciplinas clásicas del Derecho. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, en su *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot, 1995, p. 51, lo define como Derecho de “carácter horizontal” y agrega que “Es así que esta nueva rama del Derecho alcanza las diferentes ramas clásicas del derecho público internacional y del derecho público interno” para terminar agregando que “el derecho privado está también comprometido”; de esta manera nos parece que dicho autor denomina “horizontal” lo que nosotros hemos preferido llamar “transversal”; Martín R. MATEO, en su obra *Derecho Ambiental*, 1997, p. 88, afirma que “el carácter fundamentalmente público del Derecho Ambiental no excluye, sin embargo, el concurso del ordenamiento privado”. Carlos BOTASSI, en su libro *Derecho Administrativo Ambiental*, p. 92, Platense, 1998, destaca que “El Derecho Ambiental aspira a regular la problemática ambiental en su totalidad, en forma sistemática y comprensiva de todos los elementos que componen el ecosistema humano. Este enfoque pretende incidir en la conducta de los Estados y de los individuos en defensa del hábitat en general prescindiendo de las consideraciones aisladas de sus elementos”.

⁷⁸ José ESAÍN, “El Derecho Agrario Ambiental aplicado a la cuestión de los feed lots”, J.A., 2002-IV-407. Como aclara el autor, este principio de integración implica “en Derecho Ambiental reconocer que muchas de las demás políticas sectoriales tienen también repercusiones ambientales, y constituyen sin duda un factor retardatario de ésta. Por ello se debe pensar, cuando se habla de Derecho Ambiental, en una disciplina que se esparce e integra en todas las demás ramas específicas. Para ubicar el principio de integración dentro de nuestra Constitución Nacional, debemos atender al

Esto puede derivar en tres situaciones diferentes: 1. su no ejercicio local (la provincia no complementa la norma de PMPA); 2. su no ejercicio nacional (la Nación no dicta la norma de PMPA) o su ejercicio tanto nacional como local (concurren ambas competencias).

El primer supuesto se da cuando la Nación ha dictado alguna norma de PMPA que no ha sido complementada por la provincia. En este caso se aplica la norma nacional de PMPA expandiendo sus efectos localmente, tanto para la provincia como para los municipios.

Ante ese vacío legal local, ante la ausencia del ejercicio local de la competencia para complementar una norma de PMPA, el criterio a adoptarse será aplicar directamente esta última en el ámbito local, pues "Si las Provincias no dictan normas complementarias, las normas dictadas por la Nación serán de aplicación directa en los territorios provinciales por los jueces y las autoridades provinciales"⁷⁹. Rige plenamente la norma nacional de PMPA en el ámbito local.

En el segundo supuesto, es decir ante la ausencia de norma nacional de PMPA que regule la cuestión, la provincia puede legislar, sin limitaciones, y se aplicará, en principio, esa norma local.

Que las provincias puedan complementar los PMPA que dicte la Nación no significa que estén impedidas de legislar cuando la Nación no hubiere hecho ejercicio de tal competencia. Ante la falta de legislación federal de presupuestos mínimos, las provincias quedan habilitadas a dictar normas de protección ambiental⁸⁰, lo que no significa que las provincias no deban inferir las bases del sistema global ambiental vigente y del bloque de constitucionalidad ambiental⁸¹.

El tercer supuesto -cuando la Nación ha dictado normas de PMPA y la provincia las ha complementado- puede derivar en dos situaciones muy

⁷⁹ DÍAZ ARAUJO, Mercedes, "El artículo 41 de la Constitución Nacional...", cit.

⁸⁰ Conf. HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 285.

⁸¹ Sobre esta cuestión ESAIN afirma "Las provincias podrán legislar en materia de protección del ambiente, haya la Nación prescripto presupuestos mínimos o no. Si no hay norma federal las provincias deberán inferir las bases del sistema global y complementar desarrollando o maximizando aquéllas. Si las provincias ya hubieran legislado en la materia y luego la Nación regla presupuestos mínimos, aquéllas conservarán su vigencia en la medida en que no los contradigan, pero está claro que la sanción de la norma federal no las deroga automáticamente -como en el caso del art. 126 CN.-, porque en el caso del art. 41 párr. 3º el régimen ha sido establecido para que convivan ambas normativas de manera sistémica" ("El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675", J.A., 2004-I-776).

diferentes: que la provincia haya legislado optimizando las normas nacionales de PMPA o bien, que lo haya hecho por debajo del piso establecido por los PMPA.

En el primer caso la solución es simple, se aplica el complemento local por sobre el umbral nacional.

En el segundo caso, cuando la provincia ha legislado por debajo del umbral nacional de PMPA, nos hallamos ante una situación con alguna complejidad mayor.

En principio es pertinente recordar que, como se ha manifestado con referencia a la Ley General del Ambiente pero es dable extenderlo a todas las normas de PMPA, la legislación específica local en materia ambiental "mantendrá su vigencia en tanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en esta ley general"⁸² y que "las provincias no podrán interferir, sino que deberán adecuar sus normas por imperio del principio de supremacía federal (de origen constitucional) y además -y sobre todo- por los principios de complementariedad (de origen constitucional) y congruencia (de origen legal)"⁸³.

Sin embargo, puede ocurrir que igualmente una norma local legisle por debajo del PMPA, incluso oponiéndose a éste.

Ante esto lo que realmente importa es cuales serán las consecuencias de esa indebida e irregular alteración *in peius* de los PMPA, atento que tal situación se halla desajustada del sistema establecido constitucionalmente por el artículo 41 párr. 3.

Determinar la mecánica concreta de aplicación normativa ante tal supuesto tiene, sin duda, una importancia práctica indudable.

En esos supuestos, tanto en la órbita de la Administración Pública como en la del Poder Judicial, la norma local carecerá de eficacia y paralelamente, se aplicará directa e inmediatamente en el ámbito provincial (o municipal) la norma nacional de PMPA⁸⁴. En síntesis no se aplicará la norma local y operará en toda su eficacia el PMPA de la norma nacional.

⁸² BIBILONI, Héctor, *El proceso ambiental*, LexisNexis, p. 222. En definitiva las provincias "no pueden establecer normas adicionales de protección en contra de la legislación de presupuestos mínimos" que "ignoren, reduzcan o limiten la protección establecida en las normas de presupuestos mínimos" como sostiene Mercedes DÍAZ ARAUJO en su varias veces citado artículo.

⁸³ ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas...", cit.

⁸⁴ Ya nos hemos ocupado del tema afirmando que: "Como conclusión de todo ello, cada procedimiento administrativo (ambiental) regulado por alguna norma provincial, habrá de ser interpretado a la luz de los 'presupuestos mínimos de protección' utilizán-

Si la norma local, para dar algunos ejemplos, se dicta reduciendo la protección, limitando las formas o mecanismos de tutela, limitando o ignorando los requisitos o exigencias impuestas por PMPA o desconociendo u oponiéndose a los principios de esas normas, entre muchos supuestos semejantes de no-adequación, el resultado será que la norma local será ineficaz, y carente de vigencia y, a la vez, ese espacio normativo lo cubrirá el PMPA nacional, que será de aplicación directa y excluyente, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma local ⁸⁵.

dose, a dicho fin, un método de doble análisis o contraste normativo o -como hemos dicho citando a otros autores 'doble cotejo o confrontación'- entre la norma local y la Nacional que establezca algún presupuesto mínimo de protección.

Ello se hará a los fines de establecer, primero si las regulaciones locales contemplan los extremos regulados por los presupuestos mínimos de protección.

El resultado de ello puede ser que o bien se hallen contemplados los temas, principios, institutos establecidos por la legislación Nacional de presupuestos mínimos o bien que ello no ocurra.

Es decir que luego de este primer abordaje interpretativo se habrá de concluir que nos hallamos ante alguno de estos dos supuestos:

a) La norma provincial -o municipal- no contempla el presupuesto mínimo de protección establecido por la norma Nacional. Nos hallamos ante la presencia de un déficit normativo local que deberá ser completado integrando la norma Nacional a la regulación provincial. De esta manera la norma local que regule el caso o supuesto de hecho, se verá modificada -sin duda ampliada en lo que se refiere a la protección del ambiente- de acuerdo con lo establecido por la ley Nacional.

b) La norma local tiene previstos los presupuestos mínimos Nacionales de protección.

Según cuál de estos dos supuestos se configure, la tarea del intérprete será diferente.

Veamos cada uno por separado.

En el primer caso, es decir: ante un vacío o laguna de la regulación local, los presupuestos mínimos se habrán de expandir en ese espacio normativo huérfano de regulación en pro de la tutela del ambiente.

En el otro supuesto, es decir: cuando existe regulación local sobre parámetros técnicos, temas, principios e institutos previstos en los presupuestos mínimos Nacionales, la tarea a ser acometida será diferente: habrá que analizar si el presupuesto mínimo de protección Nacional es, o no es, más estricto o efectivo que la regulación local.

Si de dicho análisis surge que el presupuesto mínimo de protección ambiental es más estricto o efectivo en lo que se refiere a la tutela del ambiente, éste desplazará a la parte de la regulación provincial pertinente. Se aplicará, entonces, el piso normativo del presupuesto mínimo Nacional" (FALBO Anibal, "Mecánica de aplicación de los presupuestos mínimos Nacionales en los procedimientos administrativos [ambientales] locales", RAP-Provincia de Buenos Aires; Diciembre 2003- Año I- N° 9).

⁸⁵ La solución sería equivalente a la que debe adoptarse ante la ausencia de ejercicio local de la competencia para complementar una norma de PMPA, en cuyo caso se aplica directamente esta última localmente

Tal solución es, a su vez, la que mejor se adapta a los principios que rigen el Derecho Ambiental, como el preventivo y el precautorio, pero también es la más funcional a la hora de evitar uno de los mayores déficit que muestra el Derecho Ambiental: el raquitismo de aplicación ⁸⁶. También protege de manera sencilla y eficaz de uno de los peligros más graves del Derecho Ambiental: su existencia meramente simbólica ⁸⁷.

Esto último nos lleva a concluir que, si para algunos autores el reparto de competencias que hace el artículo 41 CN representa "un verdadero problema en lo referido al respeto de las autonomías provinciales y la facultad reservada de complementar tales normas" ⁸⁸, por nuestra parte consideramos que, con ese marco competencial, se instala la posibilidad de una solución superadora, que brinda una doble seguridad al paradigma ambiental. Se habilita la posibilidad de contar con dos preceptos normativos (el nacional y el local), permitiendo al operador del Derecho -administrativo o judicial- optar por aquel que mejor, con más eficacia, y con mayor rigurosidad, tutele el ambiente.

⁸⁶ CAFFERATA, Néstor, "El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental", La Ley, 23-2-07,1, donde afirma "El derecho ambiental padece de raquitismo de eficiencia".

⁸⁷ WOLF, Paul, "¿La irresponsabilidad organizada? Comentarios sobre la función simbólica del derecho ecológico", ED, 136-820, advierte sobre la función "simbólica" en la que suele caer el Derecho Ambiental.

⁸⁸ DIAZ ARAUJO, Mercedes, "El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdic-

CAPÍTULO IV COMPETENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

SUMARIO: 1. Competencia local: la regla en materia ambiental.- 2. La competencia federal y la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- 3. La competencia ambiental de la Provincia de Buenos Aires. 3.1. La Constitución provincial. 3.2. Las leyes provinciales. a. Ley 11.723, integral del ambiente. b. Ley 11.459 de Radicación Industrial. c. Ley 11.720 de Residuos Especiales. d. Ley 5965. e. Ley 11.347 de Residuos Patogénicos. f. Código de Aguas.- 4. Los municipios y el ambiente. 4.1. Competencias municipales en materia ambiental. 4.2. Los presupuestos mínimos ambientales y las normas municipales. 4.3. Normas que establecen competencias ambientales municipales. a. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires. b. La Ley Orgánica de Municipalidades. c. La ley 5965. d. Ley 11.723. e. Ley 11.459 y decreto reglamentario 1741. f. Ley 11.720. g. Dec. ley 8912.- 5. Los residuos urbanos. Un caso especial de competencias

1. Competencia local: la regla en materia ambiental

El art. 41 de la CN ha renovado solamente en materia de distribución de competencias ambientales legislativas entre la Nación y la Provincia. Esto se trató en el capítulo III. De tal forma la competencia Judicial y Administrativa se mantiene como en el sistema anterior a la reforma constitucional de 1994, donde la regla es la competencia local.

Así en lo referente al juzgamiento de los casos ambientales por el Poder Judicial la CN “reafirma el esquema tradicional de nuestro federalismo al utilizar una fórmula inspirada en la cláusula de la reserva de la jurisdicción local incorporada en 1860 en el ex artículo 67 inc. 11 (actual 75 inc. 12) para la aplicación de los códigos de fondo”¹.

Coincidente con tal criterio la LGA en su artículo 7 dispone:

“La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal”. Y en su artículo 32 dispone “La competencia

¹ QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. II, p. 989.

judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia...”.

Paralelamente la Corte de la Provincia de Buenos Aires entendió que “En cuanto a la expresión que utiliza la regla constitucional en el sentido que las normas dictadas por la Nación no alteren ‘las jurisdicciones locales’ (expresión similar a la del antiguo 67 inc. 11 para los códigos de fondo, actual 75 inc. 12) parece destinada únicamente a reconocer que las autoridades de aplicación de las disposiciones a dictarse, sean en su caso las provinciales”².

Por lo tanto, en el área administrativa como en la esfera judicial, la ambiental es una materia no delegada por las provincias a la Nación y, por ende, de competencia local. Se “sigue el criterio general de ‘regla’ y ‘excepción’: la regla es la competencia provincial o local, la excepción es la competencia federal”³.

Queda incluido dentro de este principio el Poder de Policía Ambiental que también será local, correspondiendo éste a las provincias y también, según los casos, a los municipios⁴.

Concretamente en lo que se refiere a la estricta actividad jurisdiccional tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de la Nación en el caso “Roca Magdalena” en el año 1995⁵ donde luego de afirmar que si la materia ambiental es predominante la competencia es de los jueces provinciales y entendió que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren

2 SCBA, 20-3-2002, “Copetro S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/ inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95”.

3 ROSATTI, Horacio, *Derecho Ambiental Constitucional*. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 99. Se trata, como entendió la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el indicado caso “Copetro S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95” del año 2002, de un “criterio general determinado en nuestra ley suprema en materia de deslinde de competencias entre la Nación y las provincias que surge del art. 121, según el cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación. Es decir que ésta posee una competencia de excepción, ya que debe resultar de una delegación expresa hecha a su favor por parte de las provincias. Las últimas tienen una competencia residual, conformada por todas las atribuciones remanentes, o sea aquellas que no le han sido expresamente reconocidas a la Nación”.

4 Como surge de la decisión de la Corte de la Provincia de Buenos Aires citada, SCBA, 20-3-2002, Copetro S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/ inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95”. En igual sentido, entre otros, RODRIGUEZ, Carlos Anibal, *Ley General del Ambiente de la República Argentina*, LexisNexis, p. 86.

5 Fallos, 318:992, “Roca Magdalena, c. Provincia de Buenos Aires”, L.L., 1996-B-139

conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión (en el fallo de la CSN) cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación “dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional) y “ello trae aparejado que sean las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la provincia de Buenos Aires las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente” pues es de las autoridades locales la facultad “de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan”⁶.

Algún tiempo después, con toda claridad la Corte Federal volvió a decidir a favor de la competencia local al resolver en el caso “Provincia de Neuquén c. YPF SA”⁷.

En igual sentido puede citarse el precedente de la Corte Federal del 20 de junio de 2006 “Verga, Ángela y otros v. Tagza S.A. y otros s/ daños y perjuicios”.

6 CSN, “Roca Magdalena, c. Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad”, Fallos, 318:992. Este caso versaba sobre una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley de la Provincia de Buenos Aires 11.366, de homologación de un convenio para la construcción de un murallón ribereño con el Río de la Plata. La Corte de la Nación tuvo oportunidad de sostener, además, que “En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan” para luego agregar que “Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas” y concluye afirmando que “la resolución propuesta tiene respaldo en el respeto de las autonomías provinciales”.

7 Fallos, 318:992, del 13-6-2006. En tal precedente la Corte de Justicia Nacional entendió que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación «dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección», reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional).

Como bien se aclara en esta decisión ⁸ no corresponde la jurisdicción federal, sino la provincial por cuanto: 1) los actores accionan contra empresas privadas y contra el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, por daños ocasionados por las emanaciones, sustancias y residuos manipulados por las empresas demandadas en la zona denominada "Polo Petroquímico de Dock Sud", ubicado frente a sus viviendas en el Partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires y también piden la restauración del medioambiente de la zona. 2) no surge que el reclamo efectuado se sustente en la contaminación ambiental fuera de los límites de la localidad de Dock.-Sud, y por ello rige el art. 7º de la ley 25.675 en cuanto dispone que su aplicación corresponde a los tribunales ordinarios por el territorio, la materia o las personas, y sólo en los casos en que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal ⁹.

Antes de estos dos últimos precedentes también, en otras decisiones, la Corte Federal abordó el tema Nación-Provincia ¹⁰ en lo que se refiere a las competencias ambientales.

Ya en el año 1988 la Corte Federal, en un importante precedente, se decidió a favor de la competencia local (Provincia de Buenos Aires) al resolver un planteo de competencia en una de las primeras causas ambientales: "Irazú Margarita v. Copetro S.A." ¹¹. En ese caso la industria demandada se hallaba dentro del Puerto de La Plata y efectuaba carga a

⁸ Luego de recordar que la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la Justicia federal. En uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento. En el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, Tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima. En el segundo, procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones entre los países extranjeros.

⁹ Además se aclara que la solución propuesta tiene respaldo en el respeto de las autonomías provinciales, el que requiere que se reserve a sus jueces las causas que en lo sustancial del litigio versan sobre aspectos propios de la jurisdicción local; sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por vía del recurso extraordinario (*Fallos*, 310:295 y 318:992 citado).

¹⁰ Reseñas jurisprudenciales pueden consultarse en el artículo de Luis O. ANDORNO-José Luis CAPELLA-Néstor A. CAFFERATTA, "Jurisdicción provincial, nacional y compartida (doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia ambiental). Breve reseña jurisprudencial", ED, 24 de agosto de 2001, Nro 10.323, año XXXIX. Derecho Ambiental. Serie Especial.

¹¹ *Fallos*, 311:75, sentencia del 11-2-1988.

buque de sus productos. Allí aclaró "la legislación propia del Congreso federal en los lugares adquiridos en las provincias para establecimientos de utilidad nacional, no autoriza a concluir que se pretende federalizar esos territorios en medida tal que la Nación atraiga toda potestad de manera exclusiva y excluyente" y que "la supresión de jurisdicción provincial debe limitarse a los casos en que su ejercicio interfiera con la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento de utilidad nacional" para agregar que "el criterio para aceptar o excluir el ejercicio de poderes provinciales en lugares sometidos a la jurisdicción federal por interés nacional, es precisamente el de la compatibilidad de tales prerrogativas con dicho interés. Como el ejercicio de una facultad por la provincia en los enclaves de jurisdicción federal incide siempre en éstos, la pauta no es la incidencia sino su compatibilidad con lo afectado o inherente a esa utilidad nacional o con las actividades normales que la utilidad nacional implique. Debe concluirse que si esa facultad provincial no condiciona, menoscaba o impide el interés nacional, es compatible con él".

En la causa "Lubricentro Belgrano" ¹², la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que era competente la Justicia local -en el caso, la Provincia de Buenos Aires- para entender en el secuestro de materiales con restos derivados de hidrocarburos, arrojados dentro de un contenedor de residuos domiciliarios, si no se acredita en la causa que los desechos secuestrados pudieran haber afectado a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia en la que fueron hallados.

Por otro lado, como en el caso no se presentaban ninguno de los supuestos de excepción contemplados en el artículo 1 de la ley 24.051 -no obstante tratarse de "residuos peligrosos" por estar incluidos en la categoría Y-9 del Anexo I de la ley citada- se sostuvo que debe considerarse aplicable la ley provincial 11.720, en virtud de lo establecido por el artículo 41 de la Constitución Nacional, el cual deslinda la competencia entre Nación y Provincias, sin que la atribución de facultades al Gobierno Federal pueda alterar las jurisdicciones locales.

En la causa "Desler SA c/ Provincia de Buenos Aires" ¹³ la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que no se daban los requisitos que habilitan la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, toda vez que según se desprende de la medida precautoria solicitada la materia del pleito resulta ajena a ella pues no se halla en juego el trans-

¹² Fallo del 15-02-2000 publicado en Rev. La Ley, del 29-05-00, p. 4, fallo 100.300.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/11/00, D. 6 XXXVI. - originario.

porte interjurisdiccional de los residuos peligrosos, sino los recaudos que exige la Provincia para poder efectuarlo y esto hace al ejercicio del poder de policía ambiental, materia que se halla vinculada al Derecho Público local¹⁴.

Como se ha podido advertir, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en todos estos precedentes resolvió a favor de la competencia local en materia ambiental.

Como ya se indicó la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires también ha tenido oportunidad de referirse al tema otras dos sentencias ilustran la cuestión.

En "Municipalidad de La Plata s/inconstitucionalidad DL 9111-Tercero: CEAMSE"¹⁵ en el que se ha considerado seguida la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Roca Magdalena"¹⁶.

Por su parte, en la causa "Almada, Hugo N. v. Copetro S.A."¹⁷, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la Acordada del 19/5/98, al rechazar un planteo de caso federal, y consecuente incompetencia de la Justicia provincial en esa causa ambiental, dejó establecida la competencia local en la materia.

El Tribunal Provincial, en ese precedente declaró, recordando el ya citado "Roca, Magdalena", que "en reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a la cuestión de la competencia en materia ambiental en una causa sobre inconstitucionalidad de la ley 11.366, llegando a la conclusión que si bien en dichos actuados la misma actora

14 También consideró que, de acuerdo a reiterada doctrina del propio Tribunal, su competencia originaria procede cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o Tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante, pero no cuando -como sucede en la especie-, se intenta obtener la nulidad de actos administrativos emanados de la Provincia que conciernen a la preservación del ambiente y que, en consecuencia, resultan de competencia local, de conformidad con los artículos 41 párrafo 3, 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional, toda vez que el Tribunal para resolver el pleito, debería examinar normas y actos provinciales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, lo cual es ajeno a su instancia.

15 Sentencia del 17-6-97, B. Oficial de la PBA, 24-9-97, Diario de Jurisprudencia Judicial 132, p. 5442. JA, 1998-I-296, con nota de CAFFERATTA, Néstor.

16 Así lo destacan ANDORNO-CAPELLA-CAFFERATTA, en el artículo citado "Jurisdicción provincial, nacional y compartida (doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia ambiental)".

17 J.A., 1999-I-227, con anotación de Graciela MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, "La efectiva prevención del daño ambiental".

plantea el caso federal, si predomina en la causa dicha materia, la competencia ha de ser local".

2. La competencia federal y la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La competencia como regla será local y, excepcionalmente, será federal, lo que no significa que, en cantidad, sean pocas las causas que tramitan ante esta jurisdicción¹⁸.

La competencia será federal básicamente ante dos supuestos diferentes: 1) por el territorio o las personas 2) cuando los efectos de la contaminación, de la degradación, del daño ambiental, sean interjurisdiccionales, tal como establece el artículo 7 de la ley 25.675¹⁹.

18 Como ejemplos de decisiones judiciales que determinan la jurisdicción federal en materia ambiental podemos citar: CS, 7-6-2005 "Empresa Santa Teresita s/ atentado a la salud pública Corte Suprema de Justicia de la Nación"; CS, 3-5-2007, "Municipalidad de Magdalena c/Shell C.A.P.S.A. y otros s/disposición residuos peligrosos"; Cam. Fed. La Plata, Sala Iera, 17-4-07 "Asoc. Coord. de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/Cementerio Privado 'Campo Dorado' s/amparo ambiental (Ley 25.675)". También puede recordarse que en la causa "Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) c.Corrientes, Provincia de s/Acción declarativa", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18-11-1999. ED, ejemplar del día 28-6-2000, se estableció la competencia federal, desechando la provincial. Al referirse a esta sentencia SABSAY ha tenido oportunidad de indicar que "por nuestra parte creemos que cabe señalar que esta resolución es similar a la que adopta el constituyente reformador en materia de establecimientos de utilidad nacional, al inclinarse a favor de la teoría de los poderes compartidos (art. 75 inc. 30) y de ese modo determinar una jurisdicción dividida entre Nación/Provincia/Municipios para el ejercicio del Poder de Policía sobre esos lugares. Creemos que en este pronunciamiento como en los que comentamos a continuación, la Corte hace una lectura transversal del texto constitucional luego de su reforma orientada a reforzar el federalismo a través de diversas formas de concertación interjurisdiccionales" (SABSAY, Daniel Alberto, "La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional", L.L., 2003-C p. 1174). Aclaramos que, en el párrafo citado, cuando el autor hace mención a los pronunciamientos "que comentaremos a continuación" se refiere a los ya referidos "Lubricentro Belgrano" y "Desler S.A. c.Pcia."

19 Sostiene PASTORINO que se trata de un supuesto de competencia federal por razón del lugar (interjurisdiccional) aunque resalta lo que a su criterio es un defecto de redacción de la norma que, según este autor, al ceñirse a degradación o contaminación, "no abarcan todas las hipótesis de daños" y brinda como ejemplo que no quedaría incluido el "agotamiento" de un recurso o la "tala de selvas en Misiones" (PASTORINO, Leonardo, *El daño al ambiente*, LexisNexis, 2005, p. 245). También PASTORINO refiriéndose a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Fundación Medam v. Estado Nacional Argentino y otros s/daños" sentencia del 9-6-2004 indica que "La Corte se ha manifestado respecto de la ley 25.675 en una causa donde

Pero también algunos casos serán de competencia originaria de la Corte Federal.

En tal sentido puede citarse el conocido precedente “Mendoza”²⁰ donde se demanda por el daño ambiental a la cuenca del Riachuelo y por daños individuales derivados del primero. En ese caso la CSJN escindió la competencia pero, y ello es importante, manteniendo la unidad de la jurisdicción protectoria, en concreto se decidió mantener la competencia originaria de la Corte para la defensa y recomposición del bien colectivo “ambiente” (jurisdicción protectoria) y federal para la pretensión resarcitoria (individual) de cada actor.

En esa acción planteada ante la CSJN se demanda al Estado Nacional, a la Provincia y a las empresas privadas de la cuenca del Riachuelo. El objeto de esa acción fue doble: pretensión de defensa del bien colectivo y su recomposición (cuenca del Riachuelo) y la pretensión de resarcimiento individual de los actores por sus daños sufridos “de rebote”.

Luego de sostener que la acumulación de esas pretensiones, en esa instancia originaria, era inadmisibile, se decide que la pretensión colectiva (defensa y recomposición del ambiente) ha de tramitar en esa instancia originaria mientras la otra pretensión (resarcimiento individual) es de competencia federal y no originaria.

Para así decidirse se parte de la premisa de que “la afectación se extiende más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna” y se enumera: 1. el carácter federal de la materia 2. Estado Federal demandado sujeto a fuero federal, 3. Provincia demandada en condición de aforada, 4. diseño de un nuevo contorno de lo que debe entenderse por “causa civil” (remitiendo a precedentes recientes), entre otras²¹.

acepta la competencia federal por demandarse al Estado Nacional, pero donde también acepta la jurisdicción en razón de la materia admitiendo la constitucionalidad de la cláusula interjurisdiccional del art. 7 ley 25.675 y su aplicación también en los casos de daño ambiental” (ob. cit., p. 238).

20 CS, 20-6-06, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.

21 Textualmente la CSJN afirma que “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar

Antes de este trascendente precedente ya se había aceptado la competencia originaria de la Corte Federal para estas cuestiones, en supuestos que así lo ameritaban, como en “Asociación de Superficiarios de la Patagonia”²².

3. La competencia ambiental de la Provincia de Buenos Aires

De lo hasta aquí tratado ha de concluirse que son las provincias las que tienen atribuida (como regla) la competencia ambiental dentro de su territorio y serán éstas las encargadas de proteger y tutelar el ambiente local. También serán, como principio, las encargadas del juzgamiento de los casos ambientales que acaezcan en sus territorios.

Varias normas de la Provincia de Buenos Aires establecen y regulan tal competencia local, desde su Carta Magna hasta varias disposiciones legales.

3.1. La Constitución provincial

Tal competencia local es, en el caso de la Provincia de Buenos Aires, también un deber constitucional toda vez que el artículo 28 de la Carta Magna local establece: “La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales del territorio con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada. En materia ecológica, deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el

con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna. En las condiciones expresadas, el carácter federal de la materia y la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforada a esta jurisdicción originaria de parte del Estado provincial, la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar la competencia originaria del Tribunal que prevé el art. 117 de la Constitución Nacional con respecto a las pretensiones contenidas en el punto 7 del escrito de demanda” CS, 20-6-06 *in re* “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.

22 CS, 13-7-2004, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia”, L.L., 2004-F-386.

impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen el ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar de la defensa de los recursos naturales y culturales. Asimismo asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y fauna". Competencia que en otras normas de la Constitución local tiene también su complemento²³.

3.2. Las leyes provinciales

Por su parte, en el ámbito legal, a partir del dictado de la Ley de Ministerios 13.757, se restablece como Autoridad de Aplicación Ambiental al Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable (OPDS) que, conforme el decreto PEP 23/07 funcionará bajo la órbita del Ministerio de Jefatura de Gabinete y Gobierno.

El artículo 31 de esa ley determina que el OPDS "ejercerá la autoridad de aplicación en materia ambiental en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, como entidad autárquica de derecho público en la órbita del Ministerio de Jefatura de Gabinete y Gobierno, con capacidad para actuar de forma pública y/o privada dentro del ámbito de la competencia que le asigna la presente ley, cuya organización y funcionamiento sobre la base de la descentralización operativa y financiera, será reglamentada oportunamente por el Poder Ejecutivo" y luego enumera, en especial, cuáles son sus competencias:

1. Planificar, formular, proyectar, fiscalizar, ejecutar la política ambiental, y preservar los recursos naturales; ejerciendo el poder de policía,

²³ Como en los artículos 43 y 44:

Artículo 43.- La Provincia fomenta la investigación científica y tecnológica, la transferencia de sus resultados a los habitantes cuando se efectúe con recursos del Estado y la difusión de los conocimientos y datos culturales mediante la implementación de sistemas adecuados de información, a fin de lograr un sostenido desarrollo económico y social que atienda a una mejor calidad de vida de la población.

Artículo 44.- La Provincia preserva, enriquece y difunde su patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico, y protege sus instituciones. La Provincia desarrollará políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifestaciones culturales, individuales o colectivas, y las realizaciones del pueblo que afirmen su identidad regional, provincial y nacional, generando ámbitos de participación comunitaria.

y fiscalizando todo tipo de efluentes, sin perjuicio de las competencias asignadas a otros organismos.

2. Planificar y coordinar con los organismos competentes, la ejecución de programas de educación y política ambiental destinada a mejorar y preservar la calidad ambiental, participando en la ejecución de la misma a través de la suscripción de convenios con otros organismos públicos y/o privados, municipales, provinciales, nacionales, e internacionales.

3. Intervenir en la conservación, protección y recuperación de reservas, áreas protegidas, y bosques, de los recursos naturales y de la fauna silvestre, del uso racional y recuperación de suelos, de protección y preservación de la biodiversidad, diseñando e implementando políticas a esos fines.

4. Desarrollar acciones tendientes a diversificar la matriz energética provincial a través de las energías generadas por medio de fuentes renovables, alternativas o no fósiles.

5. Promover la investigación y el uso de fuentes alternativas de energía, y desarrollar políticas orientadas a la sustentabilidad y eficiencia energética en el sector público y privado como prevención del cambio climático; y acciones tendientes a la promoción y la instalación de unidades de generación energética a partir de fuentes renovables o no fósiles tendientes a disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero.

6. Ejecutar las acciones conducentes a la fiscalización de todos los elementos que puedan ser causa de contaminación del aire, agua, suelo y, en general, todo lo que pudiere afectar el ambiente e intervenir en los procedimientos para la determinación del impacto ambiental.

7. Fiscalizar, en el ámbito de su competencia, a los organismos que tengan a su cargo aspectos de la ejecución de la política ambiental que fije el Poder Ejecutivo.

8. Intervenir en los procedimientos de prevención, determinación, evaluación y fiscalización en materia de residuos, sin perjuicio de los lineamientos que establecen las Leyes 11347, 11720, 13592, de las obligaciones que en ellas se establecen para los Municipios y del Decreto-Ley 9111/1978.

9. Elaborar y ejecutar programas sobre el ecosistema del Delta Bonarense y de las demás cuencas del territorio de la provincia de Buenos Aires, en coordinación con otros organismos competentes en la materia.

Por otro lado, a tales previsiones se suman diversas leyes que otorgan atribuciones y deberes particulares a la Autoridad de Aplicación Ambiental Provincial, en ese sentido se destacan las leyes 5965, 11.459 y 11.723, entre otras.

a. *Ley 11.723, integral del ambiente*

Sin que ello signifique agotar el tema resulta útil hacer algunas referencias a la ley 11.723 por tratarse de la ley general o integral del ambiente.

Esa norma establece, en su artículo 6, un principio general referido a las competencias ambientales ya que ese artículo implica establecer una genérica potestad-deber ambiental en la Provincia.

Se trata de una atribución o potestad que también queda establecida como deber de fiscalizar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al ambiente.

El artículo remata con una clara atribución de responsabilidad -al Estado Provincial tanto como a los municipios- cuando expresa "siendo responsables de las acciones y de las omisiones en que incurran".

De esta manera el Estado Provincial tiene establecida por ley la obligación de controlar toda acción o actividad que pueda producir no sólo un daño, sino tan sólo un "menoscabo" al ambiente.

De más está decir que dicha competencia es indelegable en sujetos privados por cuanto hace a la protección del orden público ambiental. Menos podrá transferirse a la propia actividad a ser controlada para que se auto-controle²⁴.

El artículo 45 de la Constitución Provincial confirma claramente esta posición en tanto establece que "Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les han sido conferidas por esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ella".

De tal forma el sujeto que lleve adelante la acción o actividad susceptible de menoscabar al ambiente puede instalar, implementar o contratar un sistema propio de control pero ello no puede jamás liberar al Estado Provincial de realizar su propia fiscalización o control, con sus equipos y funcionarios.

En el mismo grado de importancia debemos indicar la atribución otorgada (arts. 10 y sgts.) a la Autoridad Ambiental Provincial de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental.

Otras de las competencias, atribuciones y obligaciones que la ley 11.723 establece para la Autoridad Ambiental Provincial son:

-suministrar información ambiental a quienes lo soliciten (arts. 26-27)

²⁴ Mecanismo inconstitucional que en algunos momentos estableció la Provincia de Buenos Aires.

- procurar la educación ambiental (arts. 29-31)
- priorizar, en sus políticas de crédito, de desarrollo industrial, agropecuario y fiscal, aquellas actividades de investigación, producción e instalación de tecnologías vinculadas con los objetivos ambientales de la ley (art. 32)
- promover la celebración de convenios con universidades, institutos y centros de investigación (art. 33).

b. *Ley 11.459 de Radicación Industrial*

La ley 11.459, que en lo referente a la radicación industrial reglamenta el otorgamiento del denominado Certificado de Aptitud Ambiental (CAA), norma de aplicación para todas las industrias instaladas y/o a instalarse en la Provincia de Buenos Aires, dispone que dicho CAA será otorgado para los establecimientos de tercera categoría -"peligrosos"- por la Provincia en todos los casos (dec. 1741, artículo 28).

c. *Ley 11.720 de Residuos Especiales*

La ley 11.720 de Residuos Especiales, sin desconocer los potenciales conflictos de competencias que pueden suscitarse²⁵ determina la competencia de la Autoridad de Aplicación Provincial.

Resulta útil hacer algunas observaciones relativas al concepto de "residuos especiales"²⁶, primero definiendo qué es, para la norma, un "residuo" para luego poder avanzar hacia el concepto de residuo "especial"²⁷.

²⁵ De esa manera en el art. 60 promueve una política de acuerdos o convenios con la Nación no sólo para la homologación recíproca de certificados (de aptitud-ambientales) sino muy especialmente a los fines de "evitar la superposición de jurisdicciones".

²⁶ A diferencia de la ley nacional 24.051 de Residuos Peligrosos, la ley provincial ha optado por denominar "especiales" (y no "peligrosos") a los residuos sujetos a su normativa. Lo que no puede desprenderse de esta diferencia terminológica es que los residuos especiales no sean residuos "peligrosos". En efecto, la denominación "Residuos Especiales" por la que ha optado la ley es, incluso, más amplia y abarcativa que la denominación "Residuos Peligrosos" elegida por la ley nacional 24.051. La "especialidad" de un residuo excede -pero contiene- la "peligrosidad" del mismo. De la concreta lectura de la ley se observa que quedan regulados los residuos "peligrosos" pero no sólo los mismos. Así en varios pasajes se hace expresa mención a la "peligrosidad" de residuos especiales como en los artículos 21 inc. g, 24 inc. g, 36 inc. b y,

La ley 11.720 dispone en su artículo 1 que la generación, manipulación, almacenamiento, transporte y disposición final de residuos especiales en el territorio de la PBA, quedan sujetos a las disposiciones de la presente ley; la norma define residuo a cualquier sustancia u objeto, gaseoso (siempre que se encuentre contenido en recipientes), sólido, semisólido o líquido del cual su poseedor, productor o generador se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo. Por lo que serán residuos especiales los que pertenezcan a cualquiera de las categorías enumeradas en el anexo I, a menos que no tengan ninguna de las características descriptas en el anexo II; y todo aquel residuo que posea sustancias o materias que figuran en el anexo I en cantidades, concentraciones a determinar por la Autoridad de Aplicación, o de naturaleza tal que directa o indirectamente representa peligro para la salud o el medio ambiente en general.

Al respecto las características que definen lo que es un "residuo" para la ley provincial están enumeradas en el art. 3, y aparece cuando se conjuguen las dos características que, seguidamente, identificamos como "a" y "b":

- a. Se trate de cualquier sustancia u objeto tanto:
 - a.1. Gaseoso (contenido en recipientes)
 - a.2. Sólido
 - a.3. Semisólido
 - a.4. Líquido
- b. Se desprenda (o esté obligado a desprenderse) su poseedor, generador o productor.

En síntesis, para la ley es residuo (y podrá ser también entonces "especial") cualquier sustancia u objeto de los enumerados del que algún sujeto se desprenda o bien exista la obligación legal de desprenderse.

Por su parte en el art. 3 párr. 2º aparecen las características definitorias de un residuo para que sea "especial" y se complementa con los Anexos de la ley (donde remitimos).

especialmente en el Anexo II donde se ofrece un listado de las características "peligrosas" de los residuos especiales. A ello deben sumarse las menos expresas, pero indudables, referencias del art. 3 no sólo cuando remite al Anexo II sino también cuando directamente define a los residuos reglados por la ley como riesgosos para la salud o al medio ambiente. Así, el amplio género "residuos especiales" incluye la categoría más específica "residuos peligrosos".

27 Ver FALBO, Anibal J., "Los residuos especiales en la ley 11.720 de Residuos Especiales de la Provincia de Buenos Aires y su decreto", J.A., 1998-IV-976.

De esa manera un residuo determinado será "especial" cuando posea, al menos, alguna de estas características:

- a. Sea riesgoso para el medio ambiente en general tanto si ese riesgo es directo o indirecto.
- b. Sea riesgoso para la salud, tanto si el riesgo es directo o indirecto.
- c. Anexo I + Anexo II: Pertenezca a cualquier categoría del Anexo I y, para el caso que tuvieran en cantidades o concentraciones menores de las que fije la Autoridad de Aplicación, deberá tener además alguna de las características "peligrosas" del Anexo II.
- d. Anexo I: Pertenezca a cualquier categoría enumerada en el Anexo I pero en concentraciones y cantidades mayores a las fijadas por la Autoridad de Aplicación. En este caso ya no se exigirá que tenga alguna de las características del Anexo II²⁸.

28 Por su parte el decreto 806/97 efectúa algunas otras precisiones y complementos. En efecto, en el artículo 3 establece "Se considerarán residuos especiales los comprendidos en el artículo 3º de la Ley 11.720, teniendo en cuenta las siguientes especificaciones:

- a) Los residuos alcanzados por el Anexo I de la Ley 11720 y que posean algunas de las características peligrosas del Anexo II de la misma.
- b) Todo aquel residuo o desecho que, por su naturaleza represente directa o indirectamente un riesgo para la salud o el medio ambiente, surgiendo dichas circunstancias de las características de riesgo o peligrosidad de los constituyentes especiales, variabilidad de las masas finales y/o efectos acumulativos. Por lo cual serán considerados como residuos especiales y por lo tanto alcanzados por las disposiciones de la Ley 11.720 y del presente, los residuos provenientes de corrientes de desechos fijadas por el Anexo I de la Ley 11.720 cuando posean alguno de los constituyentes especiales detallados en el Anexo I del presente Decreto.

En caso de dudas sobre la peligrosidad de una sustancia o en el caso de constituyentes de residuos que pertenezcan a grupos o familias de sustancias citadas en el Anexo I de la Ley 11.720 o del presente Decreto, deberán analizarse sus características peligrosas de acuerdo a lo fijado por el Anexo II de la Ley 11.720.

Para las características de peligrosidad H11 y H12 se utilizará información disponible. En caso de no existir o resultar insuficiente se deberán realizar los ensayos necesarios cuando la Autoridad de Aplicación lo considere conveniente. En el caso de residuos especiales líquidos el análisis de ecotoxicidad se realizará en tres niveles tróficos de acuerdo a técnicas reconocidas a nivel internacional.

La Autoridad de Aplicación deberá establecer, por medio de un acto administrativo, para cada rubro de actividad y para las sustancias especiales que no tienen relación directa con los procesos desarrollados por esa actividad y por lo tanto no es esperable una variación cuantitativa de la misma, si existen concentraciones y/o masas presentes en los residuos o combinación de residuos por debajo de las cuales no existen riesgos a la salud o al medio ambiente y por lo tanto no deben ser considerados como residuos especiales.

La enumeración de sustancias del Anexo I del presente Decreto no reviste carácter taxativo. La Autoridad de Aplicación podrá anualmente actualizar en virtud de los avances científicos y tecnológicos el contenido del Anexo I del presente Decreto.

Por último el concepto de "residuos especiales" se define por exclusión. Así un residuo para ser "especial" no debe tener alguna de estas

Los plurales de las sustancias o residuos especiales detalladas en el Anexo I del presente Decreto significan cualquier compuesto de la familia o grupo de sustancias mencionadas.

A los fines de determinar si los residuos poseen sustancias especiales se utilizará el siguiente criterio:

- Información sobre las materias primas, insumos, productos, residuos y residuos especiales generados y los correspondientes balances de masa de los procesos productivos.

- Concentración de las sustancias especiales en residuos, mediante los métodos analíticos que fije la Autoridad de Aplicación o, de no estar determinados, los métodos estándares fijados por instituciones de reconocimiento internacional. En este último caso deberá especificarse la fuente de información de la técnica analítica utilizada.

Para los residuos especiales que sean utilizados como insumos el generador deberá informar el destino que les dará y los que lo utilizan deberán presentar ante la Autoridad de Aplicación una memoria técnica de su uso en los procesos productivos fijando expresamente el porcentaje de reutilización de los mismos.

La Autoridad de Aplicación tomará conocimiento de esta memoria técnica, la que tendrá el carácter de declaración jurada.

Los residuos especiales a utilizarse como materia prima de un proceso productivo, sólo perderán su característica de tales cuando egresen del establecimiento con la documentación fehaciente de haber sido adquiridos por un tercero para ser utilizados como insumos según los procesos denunciados. En caso de no haber sido utilizados para los fines que fueron adquiridos se aplicarán las sanciones previstas en la Ley 11.720 y el presente Decreto. El transporte de los mismos se considerará alcanzado dentro de las disposiciones para el transporte de sustancias peligrosas de la Secretaría de Transporte de la Nación.

Para la realización del control y manejo de los residuos especiales derivados de las operaciones normales de los buques que para su tratamiento o disposición final sean trasladados a instalaciones fijas en tierra, la Autoridad de Aplicación deberá propiciar convenios con la Prefectura Naval Argentina.

Con respecto a los residuos especiales o barros contaminados provenientes del dragado de cursos y cuerpos receptores de agua y disposición final de sedimentos provenientes de dicha actividad, quien lo realice deberá solicitar autorización a la Autoridad de Aplicación de la presente, indicando las características físicas, químicas y biológicas del material a retirar, la metodología de extracción, las tecnologías de acondicionamiento y disposición final, de tal forma que la Autoridad de Aplicación pueda controlar el movimiento, destino y disposición final bajo estrictas medidas de seguridad en resguardo de la salud de la población y el medio ambiente en general".

En una primera aproximación se observa que este artículo además de agregar precisiones, indica actitudes frente a la duda. Caracteriza listados de Anexos como no taxativos y permite su actualización. Debidamente articuladas tales pautas pueden permitir una optimización de la protección ambiental.

características o cualidades (art. 3 incs. a, b, c de la ley): a. Se trate de insumos utilizados en otros procesos productivos. b. Se trate de productos utilizados en otros procesos productivos. c. Se trate de residuos domiciliarios. d. Se trate de residuos patogénicos. e. Se trate de residuos radiactivos. f. Se trate de residuos de buque siempre que sean derivados de sus operaciones normales de los mismos. Quedan sujetos a la ley los que para su tratamiento o disposición final sean trasladados a tierra. g. Se trate de residuos de dragados y su disposición final.

Comparada la norma local con su par nacional (ley 24.051 de Residuos Peligrosos) se excluyen no sólo los residuos patogénicos, domiciliarios, los radiactivos, sino también aquellos residuos especiales que la Autoridad de Aplicación compruebe fehacientemente su uso para insumos reales.

d. Ley 5965

También la ley 5965/58, de avanzada en su momento y valiosa incluso en la actualidad, de Fuentes de provisión, cursos y cuerpos receptores de agua y de la atmósfera y sus decretos reglamentarios 2009/60, 3970/90, y 3396/96, y la Resolución 242/97, determinan la competencia de la Autoridad de Aplicación de la Provincia de Buenos Aires.

e. Ley 11.347 de Residuos Patogénicos

La Autoridad de Aplicación Provincial es competente para la ley 11.347 de Residuos Patogénicos -aunque parcialmente-: esa norma de residuos patogénicos los define como todos aquellos desechos o elementos materiales en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, que presentan características de toxicidad y/o actividad biológica que puedan afectar directa o indirectamente a los seres vivos, y causar contaminación del suelo, del agua o la atmósfera, que sean generados con motivo de la atención de pacientes (diagnóstico, tratamiento, inmunización o provisión de servicios a seres humanos o animales), así como también en la investigación y/o producción comercial de elementos biológicos. En estos supuestos la Autoridad de Aplicación de la ley es compartida por la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria, dependiente de la Subsecretaría de Control Sanitario del Ministerio de Salud, respecto de los generadores, ya que está facultada para ejercer el control y fiscalización de las condiciones de generación, manipuleo y áreas de depósito en dichos establecimientos y la Autoridad de Aplicación Ambiental de la PBA, por

el manipuleo, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos, fiscalización, auditoría.

f. Código de Aguas

A su turno el Código del Agua de la Prov. de Buenos Aires, ley 12.257/99 (Adla, LIX-A, 1064), atribuye a la Provincia de Buenos Aires amplias facultades sobre la problemática, creando a su vez la Autoridad del Agua.

4. Los municipios y el ambiente

4.1. Competencias municipales en materia ambiental

Corresponde ahora tratar lo atinente a la competencia ambiental de los municipios de la Provincia.

Que las temáticas ambientales y el daño ambiental suelen ser extraterritoriales²⁹ no implica que todas lo sean, ni que necesariamente tal característica deba darse y, por ende, que el Municipio carezca de competencias relativas al tema. En ese orden de ideas ha sido muy valiosa la decisión de la Corte de la Provincia de Buenos Aires donde se expresara que: "Además, hay problemas ecológicos que se agotan dentro de las fronteras locales -y que por su naturaleza guardan una conexidad estrecha con la identidad y diversidad cultural de los municipios-, y por lo tanto es a la autoridad municipal a la que le corresponde de manera prioritaria su regulación para preservar su patrimonio ecológico"³⁰.

Paralelamente la Corte de la Provincia de Buenos Aires brindó, a través del voto del Dr. SORIA, precisiones de sumo interés relativas al alcance, al ámbito y a las implicancias de las facultades municipales en la temática ambiental.

²⁹ En la medida que no reconoce fronteras ni límites espaciales ni políticos (conf. BIBLONI, Héctor J., *El Proceso Ambiental*, LexisNexis, Bs. As., 2005, p. 92), no se concibe de modo discontinuo, no se lo puede fragmentar a través de las arbitrarias divisiones políticas, como indicara BIDART CAMPOS, "no todos los problemas ambientales son jurisdiccionalmente divisibles, ya que hay interdependencia en el ambiente y hay movilidad de factores nocivos, por lo que si bien un factor degradante puede localizarse, suele irradiar perjuicio difuso y movedido más allá del lugar de origen" (BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 89).

³⁰ SCBA, 20-3-2002, "Copetro S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/ inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95".

Efectivamente en el precedente "Aguas Argentinas"³¹, caso donde el interés urbano ambiental se hallaba en juego, se sostuvo que "la tutela del espacio público local comporta un asunto de primordial interés local, cuya consecución, apropiada regulación y gestión incumbe a las Municipalidades (arts. 190 y 191, Const. prov.). Forma parte de ese círculo de interés la responsabilidad primaria por el planeamiento urbanístico (art. 70, decreto ley 8912/1977) y el tratamiento de las calles y espacios circulatorios, que integran el dominio público municipal (cfr. art. 1, decreto ley 9530/1980)" y se agregó que "las construcciones en el espacio privado están sujetas a exigencias referidas a su congruencia con la regulación urbanística y con las normas de edificación y tributación, no hallo razón para que las obras ejecutadas sobre bienes públicos deban escapar a este tipo de limitaciones y cargas, fundadas en un prístino interés local (art. 190, Cons. pcial.)".

Paralelamente, en otro precedente la Corte de la Provincia de Buenos Aires, y ante la omisión del deber municipal de tutelar debida y tempestivamente el ambiente (al no haber dado cumplimiento efectivo a las normas que lo protegen) determinó la procedencia de la acción de amparo³².

³¹ SCBA Ac. 2087, 7-3-05, "Aguas Argentinas S.A. contra Municipalidad de Lomas de Zamora. Inconstitucionalidad Ordenanza 7751/95".

³² "Sociedad de Fomento Cariló contra Municipalidad de Pinamar. Amparo", sentencia del 29-5-2002. Allí se entendió que el "concreto agravio" está representado en el caso "por la mora del Municipio en adecuar sus ordenanzas a la ley 12.099 que declara de interés provincial el paisaje protegido de la localidad de Parque Cariló, desplaza en los hechos la vigencia de la nueva normativa provincial, permitiendo como ciertos, de los riesgos de una alteración del irreversible paisaje que aquella misma normativa manda preservar". Por su parte la minoría dejó en claro que la inconstitucionalidad por "omisión" no es una institución extraña de nuestro Derecho positivo (cita como precedente causa I. 2022, sentencia 20-9-2000) pero afirma que no existe en el caso la omisión que lesione, restrinja, altere o amenace, en forma actual o inminente, el ejercicio de derechos o garantías constitucionales, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que constituye el núcleo del amparo. A juicio de la minoría del Tribunal, y con sustento en una posición muy interesante desde el punto de vista ambiental, no se vislumbra con nitidez cómo la omisión en la sanción de una ordenanza municipal puede afectar en el caso, el ejercicio de los derechos constitucionales medioambientales individuales o colectivos invocados por la amparista. Ello así porque la protección del medio ambiental no puede depender de la sanción de una norma municipal, ya que se considera que dichos derechos y garantías son plenamente operativos: "existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrada por la Constitución, e independientemente de sus reglamentaciones"; criterio, éste, al que presta su expresa adhesión RONCORONI, que si bien vota adhiriendo a la mayoría expresa acertadamente que: "Es cierto, tal como se desprende del voto del doctor HITTERS, que la inmediata protección de un ambiente sano, en tanto bien fundamental que debe ser preservado aun para las generaciones futuras (conf. arts. 28, Const. prov. y 4) de la

4.2. Los presupuestos mínimos ambientales y las normas municipales

Como se indicó en el Capítulo III, los presupuestos mínimos ambientales (PMA) son las normas nacionales que establecen disposiciones de base, umbral o piso, y que son uniformes, comunes, a todo el territorio nacional. Dentro de esa idea (territorio nacional) quedan incluidos, obviamente, los municipios.

Sobre tales bases uniformes se va a construir el edificio total normativo de aplicación en todo el territorio nacional, tanto provincial como municipal.

Las normas municipales entonces también quedan sujetas y limitadas por los PMA dictados por la Nación; en tanto base o piso mínimo de protección y cuidado del ambiente que no pueden, los municipios, reducir, disminuir ni morigerar³³.

En esa línea se inscribe³⁴ el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *in re* "Copetro S.A. c/Municipalidad de Ensenada"³⁵, en el que se expresara "Ahora las provincias pueden complementarla como, asimismo según hemos visto los municipios y aun aumentar las condiciones impuestas por la Nación pero nunca deben ser menores ni oponerse a ellos". Además la Corte de la Provincia de Buenos Aires estableció que: "En el campo ambiental, como hemos visto, se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para su protección, las provincias han renunciado así a importantes competencias originarias, en excepción al principio receptado por el artículo 121, reservándose exclusivamente las facultades necesarias para dictar normas complementarias, conservando el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (conforme artículo 124)"³⁶.

Const. Nac.) no puede depender de la sanción de una norma inferior (ordenanza municipal) a la Constitución y a la ley 12.099".

33 En tal sentido puede consultarse ESAIN, José, "Competencias Federales y Federalismo. La complementariedad maximizante ha llegado a la Justicia", Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, Nro. 6, Abril-Junio 2006, p. 197. Allí este autor sostiene que las leyes provinciales y municipales deben complementar, lo que implica que deben ser adecuadas a los presupuestos mínimos ambientales.

34 Como también entiende CAFFERATA, Néstor, "Apostillas de la ley 25.612 de Residuos Industriales" en Revista de Doctrina Judicial, DJ 2002-3-1.

35 Recaído en Acuerdo del 20 de marzo de 2002 BO, DJJ, boletín 26-9-02, año LXI, T 163 Nro. 1304.

36 La misma doctrina se sentó antes en "YPF S.A. c/Municipalidad de Ensenada s.inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95" causa 1982 Acuerdo del 21-10-01.

La eficacia y aplicación de los PMA nacionales no agota su eficacia en el plano provincial, no se reduce al ámbito de la provincia, también involucra a los municipios, donde operan plenamente en cada procedimiento administrativo municipal que contemple cuestiones ambientales³⁷.

A igual conclusión se llega si se parte de la jurisprudencia de la Corte de la Provincia de Buenos Aires. Resulta muy ilustrativo de ello el caso "Copetro S.A. c/Municipalidad de Ensenada" más arriba citado, del que se deriva como conclusión que toda la normativa municipal queda sujeta, como la de la Provincia, a los PMA que irradian toda su fuerza expansiva a las normas administrativas y de procedimientos administrativos municipales que contemplen cuestiones ambientales.

A su vez, como ya se indicó en el Capítulo III las provincias -y por extensión los municipios- pueden legislar tanto ante la falta de legislación federal de presupuestos mínimos como, complementando la misma, en el caso que existan³⁸, podrán ultrapasar el umbral o piso de la legislación nacional de presupuestos mínimos, reforzar sus recaudos, extremar los niveles³⁹ de protección, imponer mayores restricciones a los posibles contaminantes.

En definitiva, las normas de PMA operan directamente dentro del área municipal, son normas de indudable eficacia y validez para todos y cada uno de los municipios, expandiéndose también dentro del área normativa municipal⁴⁰ y, como correlato, los municipios se hallan habilitados para complementar esas normas nacionales.

37 PIGRETTI destaca que la competencia para legislar en materia ambiental esta depositada, de manera prioritaria, en los municipios y provincias. (conf. PIGRETTI, Eduardo, *Derecho Ambiental Profundizado*, La Ley, p. 31, Buenos Aires, 2003). De allí que tanto como para las provincias los presupuestos mínimos nacionales son una norma "umbral" o "básica" también lo han de ser para los municipios; es ésta la única manera de que el sistema cobre coherencia y unidad.

38 Conf. HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 285.

39 Técnicos o jurídicos o ambos a la vez.

40 Así lo sostiene ESAIN en relación a la ley General del Ambiente, pero se ha de extender a todas las demás normas de PMA. Este autor manifiesta que "la Ley General del Ambiente 25.675 esparcirá sus principios sobre un sistema cuádruple: a) primero sobre las normas provinciales generales del ambiente; b) luego sobre las normas sectoriales o específicas provinciales; c) luego en la normas ambientales generales de nivel municipal (en algunos lugares llamadas 'Cartas Municipales'); y finalmente d) en las normas sectoriales municipales" (ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675", J.A., 2004-I-776).

4.3. Normas que establecen competencias ambientales municipales

No son pocas las normas ambientales provinciales que establecen y regulan competencias municipales en esta temática⁴¹. Entre las principales deben enumerarse:

a. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Ya en la Constitución de la Provincia hallamos normas que comienzan a delinear el marco normativo ambiental municipal. En ese sentido la Carta Magna local luego de establecer en el art. 44 que “La Provincia preserva, enriquece y difunde su patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico, y protege sus instituciones”, dentro del Régimen Municipal (Sección Séptima, capítulo único) dispone que la administración de los intereses y servicios locales en cada uno de los Partidos que forman la Provincia, está a cargo de una Municipalidad (art. 190), que la Legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento (art. 191) y, al establecer las atribuciones inherentes al Municipio, pone a cargo del mismo “el ornato y salubridad” (art. 193).

b. La Ley Orgánica de Municipalidades

A su turno, y como derivación y desarrollo del marco constitucional imperante, la Ley Orgánica de Municipalidades de la Prov. de Buenos Aires establece que las Ordenanzas Municipales deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, protección, conservación (art. 25). De acuerdo al artículo 27, es función deliberativa municipal reglamentar: inciso 1: La radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos industriales en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyen competencia a organismos provinciales; inciso 7: Establecer zonas industriales y residenciales del Partido, imponiendo restricciones y límites al dominio para la mejor urbanización; inciso 8: Las condiciones de higiene y salubridad que deben reunir los sitios públicos, los lugares de acceso público y los baldíos; inciso 17: La prevención y eliminación de las molestias que afecten la tranquilidad, el reposo y la comodidad de la población, en especial las de origen sonoro y lumínico, así como trepidaciones, la contami-

41 En tal sentido CAFFERATTA, Néstor A., “Municipio y medio ambiente en la provincia de Buenos Aires”, LLBA 2007 (abril), p. 251 y sgts.

nación ambiental y de los cursos de agua y el aseguramiento de la conservación de los recursos naturales.

c. La ley 5965

La ley 5965 que en su artículo 2° establece “Prohíbese a las reparticiones del Estado, entidades públicas y privadas y a los particulares, el envío de efluentes residuales sólidos, líquidos o gaseosos, de cualquier origen, a la atmósfera, a canalizaciones, acequias, arroyos, riachos, ríos y a toda otra fuente, curso o cuerpo receptor de agua, superficial o subterránea, que signifique una degradación o desmedro del aire o de las aguas de la Provincia, sin previo tratamiento de depuración o neutralización que los convierta en inocuos e inofensivos para la salud de la población o que impida su efecto pernicioso en la atmósfera y la contaminación, perjuicios y obstrucciones en las fuentes, cursos o cuerpos de agua”. Y en el art. 3° decreta que “Queda expresamente prohibido el desagüe de líquidos residuales a la calzada. Solamente se permitirá la evacuación de las aguas de lluvia por los respectivos conductos pluviales”. En los artículos 7 y 9 otorga dos competencias ambientales a los municipios de gran trascendencia.

Así en el artículo 7° determina que “Las municipalidades ejercerán la inspección necesaria para su fiel y estricto cumplimiento, como así también ejecutarán de oficio y por cuenta de los propietarios, cuando éstos se rehusaren a hacerlo, todos los trabajos indispensables para evitar perjuicios o neutralizar la peligrosidad de los efluentes, y procederá, si fuera necesario, a la clausura de los locales o lugares donde éstos se produjeran”, y el artículo 9° que “Las municipalidades tendrán, por virtud de esta ley, la facultad de imponer y percibir las multas establecidas en el artículo anterior, las que se destinarán a reforzar las partidas municipales para obras de saneamiento urbano”.

Conviene aclarar que para poder ejecutar las funciones determinadas en la ley 5965 y su reglamentación, según la propia normativa, las municipalidades deberán acreditar ante el MOySP que se encuentran en condiciones técnicas para fiscalizar el normal funcionamiento de los establecimientos comprendidos en la ley.

d. Ley 11.723

Por su parte la ley marco ambiental 11.723 dispone en su artículo 6° que el Estado Provincial y los Municipios tienen la obligación de fiscali-

zar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al ambiente, siendo responsables de las acciones y de las omisiones en que incurran. Incluso se entiende que esta misma ley modifica el Código de Faltas Municipales para considerar "faltas de especial gravedad", aquellas que atentaren contra las condiciones ambientales y de salubridad (art. 78) ⁴².

Como en el Anexo II enumeró los proyectos de obras y actividades sometidas al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental por la Autoridad Ambiental Provincial, luego hace un listado de aquellos que serán de competencia municipal -en el apartado 2- estableciendo que son los siguientes: a) emplazamiento de nuevos barrios o ampliación de los existentes; b) emplazamiento de centros turísticos, deportivos, campamentos, balnearios; c) cementerios convencionales y cementerios parques; d) intervenciones edilicias, apertura de calles, y remodelaciones viales; e) instalación de establecimientos de primera y segunda categoría de acuerdo a las disposiciones de la ley 11.459.

e. Ley 11.459 y decreto reglamentario 1741

La ley 11.459, que en lo referente a la radicación industrial reglamenta el otorgamiento del denominado Certificado de Aptitud Ambiental (CAA), norma de aplicación para todas las industrias instaladas y/o a instalarse en la Provincia de Buenos Aires, dispone que dicho CAA será otorgado para los establecimientos de tercera categoría -"peligrosas"- por la Provincia en todos los casos (dec. 1741, artículo 28), pero el artículo 3° otorga al Municipio la competencia para la expedición del CAA según la categoría de la industria ⁴³ a la que se le deba otorgar.

En concreto esa norma determina que será competencia municipal el otorgamiento de tal CAA para las industrias de Segunda Categoría ("molestas") y Primera Categoría ("inocuas"); sin embargo el decreto reglamentario 1741, art. 28, por el contrario, condiciona esta facultad municipal, de manera decisiva, en relación a las industrias de segunda categoría.

⁴² En tal sentido CAFFERATTA, Néstor A., "Municipio y medio ambiente en la Provincia de Buenos Aires", cit., p. 251 y sgts.

⁴³ La clasificación de las industrias se realiza en base a una fórmula polinómica de Nivel de Complejidad Ambiental, N.C.A. = Ru + ER + Ri + Di + Lo, atendiendo al rubro de la actividad (Ru), calidad de efluentes y residuos que genere (ER), riesgos potenciales de la actividad, a saber: incendio, explosión, químico, acústico (Ri), dimensión del emprendimiento (Di), localización de la empresa, teniendo en cuenta la zonificación (Lo), en base a un puntaje, hasta 11 para las de primera categoría. Más de 11 y hasta 25 de segunda categoría. Mayor de 25 para los de tercera categoría.

Textualmente la norma dispone: "El Certificado de Aptitud Ambiental de los establecimientos de 1ª Categoría será otorgado por el Municipio correspondiente. El de los establecimientos de 2ª Categoría por el Municipio respectivo, previo convenio con la autoridad de aplicación. El Certificado de Aptitud Ambiental de los establecimientos clasificados en 3ª Categoría será otorgado, en todos los casos, por la Autoridad de Aplicación. Cuando se trate de establecimientos instalados en zonas portuarias será la Autoridad de Aplicación la que otorgue el Certificado de Aptitud Ambiental para las tres categorías" ⁴⁴.

En lo que se refiere entonces a la fiscalización de establecimientos, entendemos que la normativa ha establecido un sistema poco claro, sin definida unidad, laberíntico en lo que hace a la eficaz y armónica articulación de las previsiones de la ley y del decreto reglamentario, y -a su vez- de las de este último entre sí. Tan anómala situación decanta en un entramado normativo disvalioso que atenta contra la correcta y eficaz gestión ambiental por las Autoridades y facilita el daño ambiental de las industrias; intentando una conclusión para el tema CAFFERATTA afirma que "Los Municipios podrán decretar la clausura preventiva respecto de establecimientos industriales cuya fiscalización se les ha delegado (de primera categoría o inocuos) y por excepción, con autorización expresa del Intendente, respecto de los establecimientos cuya fiscalización corresponde a la Autoridad de Aplicación Ambiental (o sea para los de segunda categoría o molestos, y parcialmente, para los de tercera categoría, los que podrán ser delegados al Municipio, una vez acreditada la capacidad operativa del mismo, a cuyo efecto deberá celebrar un convenio con la Provincia), notificándose la medida a la Autoridad de Aplicación de la normativa ambiental, es decir a la Autoridad de Aplicación Ambiental, para su convalidación (conforme artículo 92 del decreto 1741, reglamentario de la ley 11.459)" ⁴⁵.

⁴⁴ Luego de tal análisis CAFFERATTA concluye afirmando que "Por lo expresado, la ley atribuye a los Municipios las tareas de control de los establecimientos de primera categoría. En tanto que para los de segunda y tercera categoría, la Provincia podrá delegar dichas labores de fiscalización en los Municipios por vía de convenio, el que se celebra conforme a la capacidad operativa propia de cada Municipio, pudiendo ser sólo parcial para los de tercera categoría (art. 78, dec. 1741, art. 26, ley 11.459)". CAFFERATTA, Néstor A., "Municipio y medio ambiente en la Provincia de Buenos Aires", cit., p. 251 y sgts.

⁴⁵ CAFFERATTA, Néstor A., ob. y loc. cit.

Por último, se prevé la participación de los municipios, fijada en un 50%, de los fondos que se recauden en caso de faltas legales por vía de sanciones de multa, conforme el artículo 24 de la ley 11.459⁴⁶.

f. *Ley 11.720*

Otra norma que se relaciona con las competencias ambientales municipales es la ley 11.720 de Residuos Especiales.

Ya en el artículo 34 aparece una competencia concurrente entre la Provincia y los municipios toda vez que se decreta que "La Autoridad de Aplicación deberá coordinar con los organismos provinciales y municipales correspondientes, el trazado de rutas de circulación y áreas de transferencias que serán habilitadas al transporte de residuos especiales".

En lo que se refiere al almacenamiento transitorio tal como ha previsto el artículo 49 "Todo Municipio en cuya jurisdicción se encuentren instaladas industrias o se realicen actividades, de cualquier tipo, que generen residuos especiales, en los términos de la presente Ley y no existieren, o no pudieren ser utilizados plantas del tipo definido en el artículo 36°, incisos b) y c), deberán habilitar dentro del plazo de ciento ochenta (180) días, a partir de la publicación de la Reglamentación de la presente, plantas de almacenamiento transitorio de las señaladas en el inciso a) del artículo 36°. Estas plantas podrán ser operadas por el Municipio o por terceros".

Si bien este mismo artículo aclara que los residuos almacenados transitoriamente deberán acondicionarse bajo el control y las medidas de seguridad que disponga la autoridad de aplicación y los mismos serán derivados en un plazo que no podrá ser mayor a seis meses, a los lugares establecidos en el artículo 36° incisos b) y c), termina por establecer que "Los municipios podrán, con intervención de la Autoridad de Aplicación y el Consejo Regional respectivo (Ley 11.469), celebrar acuerdos a fin de establecer plantas de almacenamiento comunes con una compensación económica a favor del Municipio que la tuviere radicada. A tal fin autorizase al Poder Ejecutivo a retener de la coparticipación provincial que pudiera corresponder, las sumas que deberán abonarse al Municipio receptor".

Como cierre de esta competencia provincial el artículo 50 establece que "Los gastos que demande tanto el almacenamiento provisorio, cuanto su tratamiento o disposición definitiva, son a cargo del generador o res-

⁴⁶ Artículo 24°: Cuando se apliquen multas como consecuencias de infracciones verificadas por las autoridades comunales, los respectivos Municipios tendrán una participación del cincuenta (50) por ciento de los fondos que se recauden y percibirán el total si aplicaran las sanciones por delegación de la Autoridad de Aplicación.

ponsable de los residuos especiales, a cuyo efecto la autoridad competente fijará las tasas retributivas pertinentes". Norma que otorga, según el caso, tal competencia a los municipios.

Conforme el artículo 58° inc. c, T.O. ley 13.515 si bien la fiscalización de la generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos especiales, compete a la Autoridad de Aplicación, ésta puede delegar facultades en los municipios.

g. *Dec. ley 8912*

Por su parte el dec. ley 8912 en el artículo 70 establece que la responsabilidad primaria del ordenamiento territorial recae en el nivel municipal. También los arts. 3°, 5°, 7°, 25, 30, 70, 75 y 84 del dec. ley 8912, son de aplicación en la temática ambiental. El art. 7° regula la zona industrial, disponiendo que al decidir la localización se tendrán particularmente en cuenta sus efectos sobre el medio ambiente y que las industrias molestas, nocivas o peligrosas deberán establecerse en zona industrial, circundada por cortinas forestales. El art. 28 dispone que en cada zona se permitirán todos aquellos usos compatibles entre sí, salvo los molestos, nocivos o peligrosos, que serán localizados en zonas especiales, con una separación mínima a determinar según el grado de contaminación del ambiente o peligrosidad o molestias.

En lo que se refiere al urbanismo y espacios verdes el artículo 60 del decreto-ley 8912/77 (TO 13.127) fija una clara norma de aplicación municipal, en tanto establece que "Por ninguna razón podrá modificarse el destino de las áreas verdes y libres públicas, pues constituyen bienes del dominio público del Estado, ni desafectarse para su transferencia a entidades o personas de existencia visible o personas jurídicas públicas o privadas, ni aun para cualquier tipo de edificación, aunque sea de dominio público, que altere su destino. Todo ello salvo el caso de permuta por otros bienes de similares características que permitan satisfacer de mejor forma el destino establecido".

5. Los residuos urbanos. Un caso especial de competencias

Recuerda CAFFERATTA⁴⁷ que en la ley 11.847 modificatoria del dec. ley 8031/73 Código de Faltas de la Prov. de Buenos Aires, aparece una refe-

⁴⁷ CAFFERATTA, Néstor A., "Municipio y medio ambiente en la Provincia de Buenos Aires", cit., p. 251 y sgts.

rencia a “residuos sólidos o líquidos o basura de cualquier origen, domiciliarios o no”. La ley 11.723 de Medio Ambiente de la PBA, en su artículo 65 -vetado-, lo definía por exclusión: todo residuo que no esté incluido en las categorías de residuo especial, patogénico y radiactivo y también recuerda que el art. 66 de la ley 11.723 de Medio Ambiente de la PBA, establece que la gestión municipal, en el manejo de residuos, implementará los mecanismos tendientes a: a) la minimización en su generación; b) la recuperación de materia y/o energía; c) la clasificación en la fuente; d) la evaluación de impacto ambiental, previa localización de sitios de disposición final. A cuyo efecto, el art. 67 de la misma ley, dispone: “Los organismos provinciales competentes y el C.E.A.M.S.E deberán: a) Brindar la asistencia técnica necesaria a los fines de garantizar la efectiva gestión de los residuos. b) Propiciar la celebración de acuerdos regionales sobre las distintas operaciones a efectos de reducir la incidencia de los costos y optimizar los servicios”.

A su turno la ley 13.592, de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos, en adelante RSU, de la Provincia de Buenos Aires, viene a cubrir un vacío en la legislación ambiental complementaria, del principal distrito de la Argentina. A los efectos de la ley, considera RSU a aquellos elementos, objetos o sustancias generados y desechados producto de actividades realizadas en los núcleos urbanos y rurales, comprendiendo aquellos cuyo origen sea doméstico, comercial, institucional, asistencial e industrial no especial asimilable a los residuos domiciliarios. Excluye del régimen de ley, a aquellos residuos que se encuentran regulados por la leyes 11.347 (residuos patogénicos, excepto los residuos tipo “A”), ley 11.720 (residuos especiales) y los residuos radiactivos.

En una primera aproximación a la norma, cabe recordar que, como lo destacó CAFFERATA⁴⁸ la ley de RSU declara directrices que “constituyen principios y conceptos básicos sobre los que se funda la política de gestión integral de residuos sólidos urbanos”, los que se resumen seguidamente:

- 1) principios de precaución, prevención, monitoreo y control ambiental;
- 2) principio de responsabilidad compartida, que engloba los principios de solidaridad, cooperación, congruencia y progresividad;

⁴⁸ Véase CAFFERATA, Néstor A., “Ley 13.592 de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos de la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, Nro. 9, p. 299 y sgts. y, del mismo autor “Municipio y medio ambiente en la Provincia de Buenos Aires”, LLBA 2007 (abril), p. 251 y sgts.

- 3) la consideración de “los residuos como recursos”;
- 4) principio de “responsabilidad del causante” (principio de seguridad);
- 5) principio de minimización, reducción, estableciendo metas progresivas;
- 6) principio de valorización de los RSU, comprende los métodos y procesos de reutilización y reciclaje;
- 7) protección y conservación del ambiente, con el fin de reducir o disminuir posibles impactos negativos;
- 8) promoción del desarrollo sustentable, mediante la protección del ambiente, la preservación de los recursos naturales provinciales de los impactos negativos de las actividades antrópicas y el ahorro y conservación de la energía;
- 9) la compensación a las jurisdicciones receptoras de Polos Ambientales Provinciales;
- 10) el aprovechamiento económico de los residuos, generación del empleo en condiciones óptimas de salubridad, atendiendo la situación de los trabajadores informales de la basura;
- 11) la participación social;
- 12) la recolección y tratamiento de residuos es un servicio esencial para la comunidad, en garantía de la salubridad y la preservación del ambiente.

De los principios y conceptos básicos establecidos por la ley, solamente debemos apuntar que se instituyen ideas como la prevención, precaución, monitoreo, control, solidaridad, cooperación, congruencia y progresividad, que en general, están en la ley 25.675 General del Ambiente (Adla, LXIII-A, 4). Luego nociones esenciales, en materia de gestión integral ambiental de los RSU, como reducción, minimización, valorización, reciclaje, reutilización. Y el carácter de servicio público esencial para la comunidad. Llama la atención el principio de compensación a las jurisdicciones receptoras de Polos Ambientales Provinciales.

En lo que se refiere a la distribución de competencias entre la Provincia y los Municipios debe concluirse que, partiendo del análisis de la norma, corresponde a la Provincia: diseñar la política de instrumentación de la gestión integral de RSU; promover la gestión regional de sistemas de procesamiento, reducción, reutilización, valorización y disposición final RSU; evaluar y aprobar los Proyectos de Gestión Integral de RSU elevados por los Municipios, “los que se instrumentarán por etapas”; extender autorización a los Municipios y operadores públicos o privados para la

implementación de Programas de Gestión integral de RSU, así como también a los Centros de Procesamiento o Disposición Final, y ejercer el control posterior; proveer asesoramiento para la implementación de la gestión integral de RSU; promover la creación, integración y articulación de los circuitos de reciclado; desarrollar sistemas de selección y tratamiento ambientalmente adecuados a los residuos especiales contenidos en los RSU; tender a la prevención y minimización de los impactos ambientales negativos; promover la participación de la comunidad en los planes y programas; establecer un sistema de información ambiental referida a la gestión de los residuos; elaborar un informe anual sobre la gestión integral de RSU; estudiar e implementar en concordancia con los Municipios planes de incentivos, para nuevas tecnologías en tratamiento y recuperación de materiales de RSU; promover, impulsar y sustentar la investigación y desarrollo de la ciencia y tecnología nacional; solicitar la colaboración de autoridades nacionales a los fines ejecutorios de la ley; fijar la proporción mínima de elementos recuperados que debieran ser incorporados en la fabricación de un producto y las condiciones de calidad en la recuperación de los mismos.

Los municipios deben presentar a la Autoridad de Aplicación Provincial un Programa de Gestión Integral de RSU conforma la ley 25.916. Dicho programa debe ser elevado en un lapso no mayor de 6 meses (inclusive los comprendidos por el dec. ley 9111/78 CEAMSE) los que quedan exceptuados de cumplir para la fase de disposición final, presentación que deberá efectuar la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado. En caso que los municipios no cumplan en plazo, la AA Provincial podrá establecer el programa de gestión integral de RSU que corresponda aplicar a tales municipios ⁴⁹.

49 Véase CAFFERATTA, Néstor A., "Ley 13.592 de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos de la Provincia de Buenos Aires" cit., p. 299 y sgts. y del mismo autor "Municipio y medio ambiente en la Provincia de Buenos Aires", cit., p. 251 y sgts. Cabe recordar que Cafferatta allí recuerda que sobre el tema el 17 de junio de 1997, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resolvió la causa "Municipalidad de La Plata, s/declaración de inconstitucionalidad del dec. ley 9111", norma que establece una regulación para la disposición final de residuos que se realice en los Partidos o por las Municipalidades de Vicente López, San Isidro, San Fernando, Tigre, General Sarmiento, General San Martín, Tres de Febrero, Morón, Merlo, Moreno, La Matanza, Esteban Echeverría, Almirante Brown, Lomas de Zamora, Quilmes, Avellaneda, Lanús, Florencio Varela, Berazategui, Berisso, Ensenada y La Plata, sea directamente o por terceros concesionarios, y forma parte de los convenios de creación del CEAMSE. Como síntesis de la decisión, el propio CAFFERATTA concluye que el debate entre la mayoría y la minoría de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia se



patentiza en las posiciones que adoptan unas y otras respecto de las facultades de las municipalidades: el voto de la mayoría se inclinó por afirmar que "los poderes de los Municipios se encuentran sometidos al poder constituyente Provincial, se trata de una autonomía relativa de segundo grado". Conforme con lo que establecen los arts. 5º, 123 de la C.N., el régimen municipal depende de lo que establezca la Constitución de cada Provincia y en su caso, de las leyes orgánicas que dicten las legislaturas provinciales. Las destinatarias originales de todos los poderes y competencias eran las Provincias. Los Municipios en consecuencia son fracciones internas, urbanas dentro de las provincias a quienes éstas reconocen autonomías, pero esa autonomía siempre debe admitir como primer límite el poder Provincial. No es concebible un Municipio sino como referencia a una Provincia. El voto de la minoría en cambio adujo que "a diferencia de otros regímenes municipales, el de la Provincia de Buenos Aires no es una mera dependencia o delegación administrativa del poder provincial, pues tiene una jerarquía institucional netamente demarcada por la Constitución, que le ha conferido las facultades necesarias para que pueda atender eficazmente los intereses o servicios locales".

CAPÍTULO V EL DAÑO AMBIENTAL

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El daño ambiental en la Ley General del Ambiente (LGA).- 3. El daño ambiental como daño diferente, no común.- 4. Características del daño ambiental.- 5. Consecuencias e implicancias. a. Tutela anticipada. b. Se amplían los daños resarcibles y las hipótesis de daños. c. Verosimilitud y no certeza. d. No es imprescindible que exista daño individualizado. e. Indemnización y externalidades. f. Diferente abordaje del nexo causal. g. Alta dificultad de recomponer el daño ambiental. h. La autorización administrativa no exime de responsabilidades. i. Exige “pensar global y actuar local”. j. Justifica restricción y limitación. k. Debilitamiento de las reglas legales frente a las leyes ecológicas.- 6. La incertidumbre en el daño ambiental

1. Introducción

Resulta complicado, y hasta podría pensarse de dudosa utilidad, brindar una definición en abstracto¹, genérica, cerrada y definitiva, de aquello que significa *daño ambiental*.

Para citar algunos ejemplos MOSSET ITURRASPE sólo hace una introducción general al tema para luego dedicarse a describir las “particularidades del daño ambiental”²; BUSTAMENTE ALSINA³, si bien ofrece una definición de daño ambiental, inmediatamente aclara el concepto, sin duda al advertir que el brindado no es capaz de alcanzar todos los supuestos que pueden acaecer dentro de ese fenómeno y lo caracteriza como una expresión “ambivalente”⁴ en tanto incluye el daño al patrimonio ambiental común de una colectividad y el que de rebote (*par ricochet*) ocasiona a una per-

1 Como indica NATALE, “Protección del Medio Ambiente en la reforma constitucional”, LL, 1994-E-1387, quien señala la dificultad para enunciar su concepto en abstracto por los diferentes matices que puede presentar en la realidad.

2 MOSSET ITURRASPE, en *Daño ambiental*, T. I, p. 67 y sgts., en especial p. 72 y sgts.

3 BUSTAMENTE ALSINA, *Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 45.

4 BESALÚ PARKINSON también entiende que la expresión daño ambiental es “ambivalente” pues, según expresa “designa no sólo el daño que recae en patrimonio ambiental que es común a una colectividad sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote -*par ricochet*- a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, sea éste patrimonial o extrapatrimonial” (BESALÚ PARKINSON, *Aurora, Responsabilidad por daño ambiental*, Hammurabi, Bs. As. 2005, p. 101).

sona determinada, aclaración que no quedaba comprendida en el concepto abstracto y genérico que acababa de presentar. Por su parte BESALÚ PARKINSON se circunscribe a indicar que tal daño comprende tanto los daños sufridos por el medio natural como los perjuicios derivados sobre las personas y sus bienes⁵; BIBILONI, en su obra *El proceso ambiental* se ciñe a señalar los “caracteres” del daño ambiental, sin definirlo⁶.

LORENZETTI⁷ indica que el daño ambiental tiene dos aspectos: por un lado implica una modificación del principio organizativo de tal forma que “la acción lesiva comporta una ‘desorganización’ de las leyes de la naturaleza” y, por el otro, que ese primer aspecto “repercute en aquellos presupuestos del desarrollo de la vida” pues “el medio ambiente se relaciona con la vida, en sentido amplio”.

Como se verá en este capítulo, si algo puede afirmarse del daño ambiental es que se trata de un daño no común, diferente, dinámico, en continua re-definición, no-rígido, mutante, donde operará la incertidumbre, con diferentes matices en la realidad; en fin: difícil de determinar con un concepto abstracto, genérico o cerrado y definitivo; bien que tal situación termina por resultar una especie de definición, que se construye por esa vía alternativa de la no-definición; sin embargo, varios autores lo hacen⁸, y normativamente la LGA brinda una definición de base.

⁵ BESALÚ PARKINSON, cit., p. 196.

⁶ BIBILONI, Héctor, *El proceso ambiental*, LexisNexis, p. 85 y sgts., aunque en algún momento intenta una definición en “sentido genérico” como cada vez que un hecho o un acto alteren, de algún modo, el equilibrio del sistema, extremadamente dinámico que, para este autor, es el ambiente (ver página 85.) y luego agrega que el daño ambiental proviene de actividades antrópicas que desequilibran un sistema, y con ello se pierden o disminuyen algunos de los elementos que lo integran (p. 120). PASTORINO, en su libro titulado *El daño al ambiente*, no trata claramente la cuestión, a pesar de las muchas disquisiciones que plantea (PASTORINO, *El daño al ambiente* LexisNexis).

⁷ LORENZETTI, Ricardo, “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, LL, 1998-A-1024.

⁸ Varios autores han intentado definir qué debe entenderse por daño ambiental; así HUTCHINSON entiende que se trata de “todo menoscabo material que sufre el ambiente o sus procesos naturales provocados por una conducta humana antijurídica y que genera efectos negativos actuales o potenciales” y agrega que tal daño puede no repercutir en la esfera patrimonial de un particular determinado pues designa a la lesión que recae en el patrimonio ambiental que es común a la comunidad “sin perjuicio que también de rebote ocasione un daño a una persona determinada” (HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 185. En esta buena descripción se encuentran algunas características básicas del daño ambiental, con otras que no lo son (como “provocados por una conducta antijurídica”, ya que el daño ambiental puede derivar de conductas en teoría “lícitas”, como se verá) y también faltan caracteres que consideramos esenciales.

Pensamos que una definición, por buena que ésta sea, crea más un obstáculo que una posibilidad a la hora de comprender el tema. Cristalizaría un fenómeno dinámico, haría inmutable algo que adquiere matices muy diferentes y cambiantes, transformaría en demasiado concreto algo que se caracteriza por su incertidumbre. Se estaría colocando, en definitiva, un punto final donde se debe comenzar.

Así, fijar un concepto de daño ambiental aparece no sólo complicado; también muestra negativas consecuencias en tanto obstruye, más que permite, la comprensión del fenómeno en toda su extensión, en su dinámica y posible mutación y, como directa derivación práctica, se pone en serio riesgo la efectiva tutela del ambiente.

Claro que esta posición no implica descartar la identificación de cuáles agresiones quedan incluidas dentro del daño ambiental, punto de partida básico para luego analizar las características de este fenómeno, como se hará; tampoco supone obviar las características, particularidades e implicancias de ese daño. Ambos abordajes, a nuestro criterio, permiten formar una idea indirecta del daño ambiental pero, justamente por ello, más completa, menos limitada, más flexible; en definitiva, más acorde con el fenómeno “daño ambiental”, y por ende preferible a la hora de permitir una comprensión cabal de sus particularidades, de su dinámica, de su mutación permanente. Desde ese enfoque, estamos convencidos, se optimiza la adecuada, correcta, tempestiva y eficaz tutela del ambiente, fin último -e ineludible- que todo análisis teórico debe perseguir en esta materia⁹.

Tal conclusión también resulta la más coherente con la realidad del fenómeno, ya que en el daño ambiental confluyen muy diversos tipos de cuestiones, entre otras, y básicamente: características propias de cada compuesto tóxico u otro agente dañino (p. ej. radiaciones de onda corta, radiaciones ionizantes), condiciones naturales y artificiales de cada ambiente concreto, comportamiento de cada compuesto tóxico o agente dañino en distintos ambientes y organismos, todo ello sin dejar de aclarar que puede haber también un daño ambiental grave debido a un compuesto químico que no entra en la catalogación de sustancia tóxica, siendo un

⁹ La propia Corte Federal en *Fallos*, 306:736 “Canseco v. ELMA” ha declarado que los jueces, si bien deben custodiar las formas, deben hacerlo «atendiendo en todo momento al fin último...que no es otro que contribuir a la más efectiva cuanto más eficaz realización del derecho»; esa visión finalista es la que aconseja decidirse por el criterio indicado en pos de contribuir, también desde este enfoque, con la más efectiva tutela del ambiente.

buen ejemplo de esto la contaminación atmosférica de CO₂, que está generando un daño ambiental que ya actúa a escala planetaria y está afectando el clima, la temperatura media, el ciclo hidrológico y la habitabilidad. Recordamos seguidamente algunas de ellas de importancia para comprender las particularidades del daño ambiental¹⁰.

Para concluir esta introducción resulta de sumo interés mencionar que la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el precedente "Almada", entendiendo, con cita de MORELLO, que el ambiente es un atributo fundamental de los individuos (y de allí como derecho de la personalidad) concluye que aun no generando un daño personal y directo a los individuos, las limitaciones y restricciones al pleno desarrollo de las personas derivadas de la contaminación, son por sí mismas causa de la responsabilidad del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales del Derecho de daños¹¹. Antes el Tribunal había destacado, en ese mismo fallo: "el derecho a vivir en un medio ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad humana.

Sucede que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como parte de sí mismo, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio. En fin, en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos".

2. El daño ambiental en la Ley General del Ambiente (LGA)

No puede soslayarse que la LGA brinda un concepto de daño ambiental, lo que merece su tratamiento.

10 José Alberto CAROGGIO, "Impacto ambiental y sus consecuencias" publicado en *Elementos de Política Ambiental*, publicación realizada por el Senado de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1993.

11 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, "Almada c. Copetro", donde se expresa textualmente: "el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre. Máxime en virtud que la categoría de los derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales. Ahora bien, en cuanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivadas de la contaminación ambiental (aun no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de la responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales del derecho de daños".

En el Capítulo IV hemos indicado como una limitación para la legislación nacional de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMA) la temática relativa a la legislación de fondo. De allí que, en opinión que se comparte, se ha destacado que "el daño ambiental resulta un instituto de derecho de fondo y no de presupuesto mínimo"¹².

En su consecuencia las normas de PMA no podrán definir que se entiende por daño ambiental, en tanto se trata de una materia de fondo.

El problema aparece cuando observamos, como se acaba de indicar, que la LGA 25.675, norma de PMA por antonomasia, regula tal extremo.

Debemos entonces concluir que, como tal definición supera la limitación que la Nación tiene en lo que hace a su competencia para legislar sobre PMA, no es un presupuesto mínimo y por ello, mas allá de encontrarse incluida en un ley de PMA, en realidad se trata de una norma de fondo, aunque ubicada en una ley de PMA.

Como resultado de ello, en principio, queda descartada la definición de daño brindada por el precepto del Código Civil y, ante un daño al ambiente, se aplica la norma particular recién indicada.

Esto ha llevado a la más prestigiosa doctrina a comparar la definición de daño ofrecida por el Código Civil y la de daño ambiental de la LGA 25.675.

El artículo 27 de esa ley dispone: "El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

En tal sentido KEMELMAJER DE CARLUCCI en un excelente trabajo doctrinario destaca las diferencias entre la definición del segundo párrafo del art. 27 de la ley 25.675 y el 1068 del CC.

Esa prestigiosa autora, luego de recordar que el art. 1068 define el daño de la siguiente manera: "Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" concluye que "El art. 27 de la ley 25.675 y el 1068 del Código civil no se muestran como textos paralelos. Por un lado, a diferencia de la ley 25.675 y del art. 2618 del mismo código civil, el art. 1068 no contiene referencia expresa a la gravedad del daño.

12 PASTORINO, Leonardo, *El daño al ambiente*, LexisNexis, p. 235.

Por el otro, el daño del art. 1068 es un ataque a cualquier bien del patrimonio de un sujeto, o a la persona, sus derechos o facultades. El daño colectivo ambiental, en cambio, afecta al ambiente, a los recursos naturales o a bienes o valores colectivos¹³.

Se destacan así dos diferencias fundamentales entre uno y otro daño, uno referido a la entidad del daño, extremo entendible porque no cualquier alteración del ambiente es daño ambiental: cortar una hoja de un árbol altera el ambiente, pero no es daño ambiental por su falta de relevancia negativa, y el otro en tanto circunscribe los bienes que pueden ser dañados: el ambiente, los recursos naturales, bienes o valores colectivos.

En este último aspecto la autora citada advierte que "Se critica que el art. 27 reemplace a 'la víctima', por el ambiente, sus recursos, el equilibrio, etc., y consecuentemente, contrarie el art. 30 del CC según el cual, el único ente al que se le puede imputar derechos y obligaciones es la persona. La observación no me convence. Precisamente, el daño ambiental, por afectar el ambiente y con él cosas comunes, exige una formulación distinta, que lo aleja de la noción tradicional de derechos subjetivos, titularizados exclusivamente por la persona en el sentido del art. 30 del código civil. Los principios generales de interpretación establecidos en el art. 4, especialmente el de la equidad intergeneracional (los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras), muestra claramente que el dañado no requiere ser una persona actualmente existente"¹⁴.

Este argumento resulta, sin duda, un agudo y correcto análisis de la cuestión, y si bien lo compartimos es, a nuestro criterio, incompleto, pues parece partir de la idea que separa a los seres humanos del concepto de ambiente, como si el ambiente no fuera modificado por los seres humanos, como si a su vez el ambiente no los modificara, como si entre seres humanos y ambiente no hubiere una interrelación directa, continua y permanente, al extremo que, como ya hemos dicho, los seres humanos son parte del ambiente, no un elemento externo a éste.

Tal advertencia no se encuentra motivada en cuestiones académicas, o meramente doctrinarias, sino que persigue desentrañar la aplicación que el operador jurídico debiera hacer de las normas al momento de enfrentarse con un caso de daño ambiental.

13 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)", Acad. Nac. de Derecho 2006 (julio), I.

14 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit. en nota anterior.

La cuestión merece nuevos y más ajustados análisis pero, si bien debe aceptarse que el artículo 27 es una norma sustantiva que define el daño ambiental y, consecuentemente, ha de ser aplicada directamente por los jueces de todo el país, tal conclusión general y básica no implica que en casos ambientales quede de manera absoluta y rotunda, excluida la aplicación de otra norma de fondo.

Se exige, entonces, al menos una advertencia cuando se trata de un daño ambiental que repercute en la salud, integridad, vida y bienes de las personas.

Ante tal supuesto entendemos que adquiere nuevamente eficacia el artículo 1068 del Código Civil, norma que cobra plena aplicación a un supuesto de daño ambiental ante daños a las personas derivados de un daño ambiental.

Tal conclusión además se compadece con el principio de "optimización de la protección" del Derecho Ambiental, lo que obliga a otorgar preeminencia a la norma -o entramado de normas- que más firme y ampliamente defienda y repare la vida y salud de la población y a las generaciones futuras, protegiendo así el ambiente de la forma más efectiva y justa¹⁵.

Igualmente es la interpretación que a nuestro criterio mejor se compadece con el paradigma ambiental vigente en el país a partir del artículo 41 de la Constitución Nacional.

Otro aporte muy valioso de esa autora aparece cuando, partiendo del art. 27 de la LGA¹⁶ concluye que "se sostiene que la ley admitiría la calificación de *actos jurídicos ilícitos*, siendo que en el código civil los actos jurídicos son siempre *lícitos*. En realidad, leído con buena voluntad, el texto hace mención a que los daños pueden provenir de hechos lícitos o ilícitos, y de actos (simples actos o, incluso, actos jurídicos); en otras palabras, el daño ambiental no sólo puede provenir de hechos ilícitos, como normalmente acontece en la responsabilidad civil extracontractual, sino también de actos jurídicos, como por ej., actos y reglamentos administrativos, contratos de la administración, etc."¹⁷.

15 ESAIN sostiene que el "Principio de optimización de la protección ambiental" es un principio específico de Derecho Ambiental" (ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675", J.A., 2004-I-776).

16 El artículo 27 determina que "El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva".

17 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)", cit.

De tal manera brinda una aclaración de sumo interés en lo que respecta al daño ambiental: que el mismo puede provenir tanto de hechos lícitos como ilícitos, como de actos, incluidos los simples actos y hasta los actos jurídicos del Poder Público.

Cabe destacar que las coordenadas del daño ambiental que ofrece el art. 27 de la LGA no quedan desvinculadas de los caracteres del daño ambiental que ya se anticiparon y que se enumeran más adelante. Efectivamente: tales características serán la base del análisis de los conceptos que contempla la norma en su texto.

Consecuentemente, desde esa matriz normativa, al analizar y decidir si se ha producido una alteración, si ésta es relevante, si modifica negativamente el ambiente, sus recursos, etc., tal abordaje y su conclusión (decisión) no pueden prescindir de las características del daño ambiental que se enumerarán más adelante.

Así, cada término utilizado por la norma requiere una construcción intelectual distinta de la tradicional. Se impone aplicar un diferente principio organizativo del pensamiento -retórico, analítico y protectorio- que exige analizar cada pauta normativa desde la características especiales del daño ambiental y, además, en pos de privilegiar la protección y recomposición, efectivas y tempestivas. Base de análisis y línea de decisión que impone el paradigma ambiental¹⁸.

Brindemos por último algunos ejemplos relativos a la evaluación de uno solo de los términos utilizados por la norma: la *alteración*¹⁹. Entre otros abordajes equivalentes, tal *alteración* se deberá interpretar desde una óptica tanto actual como futura, que exige sopesar tanto los efectos retardatarios y acumulados que pueden existir, como los que ya resultan evidentes. No debe dejar de evaluarse la contaminación de base que puede existir ya en la zona. Tampoco puede omitirse que el daño ambiental carece de límites espaciales y temporales definibles al analizar ese tópico, entre otros aspectos equivalentes que se desarrollan en este capítulo.

3. El daño ambiental como daño diferente, no común

Como ya de alguna manera lo sugeríamos en el primer punto de este capítulo, las particularidades de este daño surgen de sus especiales caracte-

18 Como destaca LORENZETTI: "se puede advertir un paradigma ambiental. Se trata de un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio que se vincula con la interacción, con los enfoques holísticos" (LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, p. 487, Rubinzal-Culzoni, 1995).

19 Pero que puede extenderse a los otros, como a lo "negativo" o "significativo" de esa alteración.

terísticas las que implican, sólo para dar algunos ejemplos, que situaciones que no se creían dañosas luego se advierte que lo son, lugares que no se pensaba que pudieran sufrir impactos los han sufrido, derivaciones en la salud que no se imaginaban, han ocurrido.

Por esto se trata de un daño diferente²⁰, no común, complejo. Así, MOSSET ITURRASPE²¹ entiende que "el daño ambiental no es un daño común" e indica inmediatamente que "liminarmente debemos señalar que las notas características del daño ...cierto, personal y directo, son puestas en grave aprieto" y, recordando un excelente fallo judicial, expresa que en el daño ambiental hay mucho de sutil, de inasible, de cambiante de un momento a otro en relación a los elementos físicos con las personas y las cosas, para limitarnos a una tosca y rutinaria aplicación de los presupuestos jurídicos, sin penetrar, con la perspicacia de un zahorí, la cuestión²².

Ante este daño aparecen, como no podía ser de otra manera, interrogantes que necesariamente surgen de sus especiales características, que también confirman su carácter no común: "¿cuáles son los efectos tóxicos de un compuesto a corto, mediano y largo plazo?, ¿cuáles son los efectos acumulativos de un compuesto aun cuando se detecte en cantidades inferiores a las tóxicas?, ¿el hecho de que una concentración de contaminante aparezca como tolerable garantiza que no produzcan efectos dañosos en el futuro?, ¿cómo responden distintos ambientes u organismos a iguales contaminantes, incluso en iguales concentraciones?, ¿cuál ha sido el foco emisor de una contaminación detectada?, ¿ha habido un solo foco emisor?, ¿en qué medida ha contribuido cada distinto foco emisor de la contaminación?"²³ entre muchos otros.

A estos interrogantes pueden agregarse otros, tan complejos y ríspidos como los anteriores, por ejemplo: ¿cuáles son los efectos de un compuesto tóxico presente en un ambiente previa y concomitantemente contaminado por otros compuestos tóxicos?, ¿cuáles serán los efectos en las generaciones actuales y venideras de concentraciones hoy tenidas como aceptables

20 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, cit., p. 120.

21 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 72/3. En igual sentido GOLDENBERG, Isidoro y CAFFERATTA, Néstor, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, p. 11.

22 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 73, en clara referencia a la histórica sentencia dictada, con el excelente voto del Dr. Rezzónico, por la Cámara de Apelaciones de La Plata en la causa "Pinnini de Pérez c. Copetro", Cámara 1ª CyC, La Plata, sala 2ª, 27-4-993, J.A., 1993-III-368.

23 FALBO, Aníbal, "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", J.A., 1995-IV-976.

pero que mañana se descubran como perniciosas?, ¿qué hacer ante situaciones de riesgo o peligro potencial?, ¿en qué medida se ve disminuida la expectativa de vida y el bienestar de seres humanos afectados por contaminantes?, ¿cómo evaluar los daños potenciales, pero aún no presentes, de un contaminante en los organismos y ambiente?, ¿en qué medida y gravedad afecta la aptitud vital estar expuesto a grados de contaminación por sobre los márgenes aceptados como seguros e, incluso, bajo dichos márgenes o estándares?, ¿existen márgenes aceptables (seguros) para cualquier tipo de organismo (enfermo o sano) y en cualquier circunstancia (niños, jóvenes, ancianos)? entre muchas más.

En una muy buena síntesis del daño ambiental se afirmó: "La agresión medioambiental es desparramada, difusa, traslaticia, nómada, itinerante, viajera, mutante, desconcertante, sin límites geográficos, temporales, ni personales, potencialmente expansiva, muchas veces con efecto retardatorio, progresivo, acumulativo, sinérgico, invisible, silencioso, mortal, altamente riesgoso"²⁴ y por otro lado "capaz de provocar... daños supraindividuales y/o individuales, de afectación patrimonial y extrapatrimonial"²⁵, a lo que se puede agregar como aclaración imprescindible que la contaminación es resultado de la interacción sociedad-naturaleza, pues nadie considera de ese modo, por ejemplo, al episodio en que un animal muere intoxicado por los gases emanados en una erupción volcánica.

Queda así confirmado el carácter no común, especial, muy particular del daño ambiental, determinante de la necesidad de un análisis, repaso y puesta a punto de sus características.

Esta identificación del daño ambiental, como las características que se desarrollaran se encuentran unidas, como ya se advirtió, a que en este fenómeno que es el daño ambiental confluyen muy diversos tipos de cuestiones, entre otras, y básicamente: características del compuesto tóxico en sí mismo, condiciones naturales y artificiales del ambiente concreto, comportamiento de cada compuesto tóxico en distintos ambientes y organismos. Recordamos seguidamente algunas de ellas de importancia para comprender las particularidades del daño ambiental.

Así, deben analizarse²⁶, por una parte, los compuestos en sí mismos en relación a los efectos tóxicos y/o perjudiciales de cada compuesto. A este

24 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental...*, cit., p. 72.

25 GOLDENBERG-CAFFERATTA, ob. y loc. recién citados.

26 El desarrollo de este tema se hace de acuerdo al excelente trabajo del Químico José Alberto CATOGGIO, "Impacto ambiental y sus consecuencias" publicado en "Elementos de Política Ambiental", cit.

primer respecto corresponde aclarar que, para el caso de que exista estudio sobre los poderes "ecotóxicos" de algún compuesto, ellos estarán siempre sujetos a que se descubran nuevos y diversos efectos ecotóxicos o, inclusive, que los detectados sean más graves y perniciosos de los que hasta ahora ha concluido el estudio científico.

A este respecto, tal como lo demuestra el avance de las investigaciones a lo largo de los años, el carácter no tóxico o no peligroso o contaminante de un determinado compuesto en determinadas cantidades o concentraciones es de absoluta provisoriedad -y de mínima- por cuanto al avanzar los estudios científicos los niveles de concentración aceptables o permisibles se han ido haciendo cada vez más y más estrictos.

Además existe otro extremo de gran importancia y es que no existen umbrales seguros de exposición a las sustancias o agentes cancerígenos, ni a los compuestos orgánicos sintéticos. Así se sostiene que, en ciertos casos, una sola molécula sería suficiente para iniciar el proceso de daño en la salud²⁷.

Al análisis de la partícula o compuesto "en sí" debemos sumar las posibilidades -de los contaminantes- de modificarse en orden a sus propiedades, lo que involucra el análisis dirigido a la determinación de: solubilidad, volatilidad, fugacidad, reactividad, estabilidad química y térmica de los compuestos.

Cada una de estas características podrá incidir en las características y formas de actuar de un compuesto tóxico, por ejemplo en relación a su persistencia o su acoplamiento (absorción) a otros compuestos también presentes en el ambiente y de allí la modificación de sus efectos tóxicos que pueden hasta transmutar en sustancias más tóxicas que las originarias²⁸.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la distribución primaria en el aire, en el suelo y en el agua de distintos compuestos ecotóxicos vendrá determinada también por las propiedades de las moléculas de los contami-

27 Así se ha citado el estudio realizado por un grupo internacional de expertos de la Organización Mundial de la Salud: *Principles and methods for Evaluating The Toxicity of Chemicals*, Part. 1, World Health Organization, Genève, 1978. "En realidad no hay umbrales seguros en los agentes cancerígenos (no sólo sustancias, sino también radiaciones), ni en los componentes orgánicos sintéticos. Con los metales, por ejemplo, la situación sería diferente (hay una cierta cantidad de que está presente naturalmente en cada organismo)."

28 Por ejemplo la reactividad de los compuestos en distintos ambientes admite -a su vez- una variedad de manifestaciones las que pueden evidenciarse como consecuencia de efectos térmicos, condiciones meteorológicas (oxidación, hidrólisis, etc.), acciones físico-químicas e incluso biológicas.

nantes. Así, en el agua, aire o suelo su distribución estará determinada no sólo en función de la solubilidad y volatilidad de la molécula contaminante sino también por su hidrofobicidad que será la característica que permitirá la persistencia de los compuestos en la columna de agua o su desaparición.

Pero, incluso en el último caso de aparente "desaparición" de contaminante en última instancia lo que en realidad ocurrirá será, por dar algún ejemplo, su sedimentación en el lecho (nuevo caso de contaminación) o su transformación en especies no iónicas, ya sea por complejación, por secuestro o por formación de pares iónicos que se comporten como moléculas neutras o compuestos no iónicos cuando, en origen, eran sustancias iónicas.

La "desaparición" en realidad nunca es tal: sucede que cambia de lugar o de composición (p. ej. absorbiéndose a material particulado preexistente) o de estado, etc.

Más que desaparecer, los ecotóxicos normalmente contaminarán de diferente forma y manera.

Por otro lado, no resulta difícil ni improbable que un ecotóxico interactúe con otro elemento presente en el ambiente y como resultado se potencien los efectos adversos de ese contaminante en el ambiente. En el aire, por caso, las interacciones suelen ocurrir entre moléculas de gases atmosféricos normales (oxígeno, nitrógeno) con moléculas orgánicas simples (sobre todo hidrocarburos de bajo peso molecular). Como consecuencia tendremos numerosos problemas de salud, sobremedida en niños y ancianos o personas que padezcan algún tipo de afección, por ejemplo bronco-pulmonar.

En la atmósfera existe material particulado en suspensión (tóxico o no) que permite la permanencia de contaminantes en el aire (que se adhieren al material en suspensión por absorción) que de otra manera no podrían permanecer en el aire. Como ejemplo: los metales pesados que pueden estar absorbidos a distintas matrices, naturales -como la tierra- o antrópicas -como las producidas por otras industrias como el sulfato de amonio o las cenizas volantes-.

Estos procesos de transformación se traducen -generalmente- en dos procesos diferentes: por un lado el contaminante originario acorta su ciclo de vida²⁹, pero por otro, a través de innumerables acciones fotoquímicas

29 Ello no quita, en relación a los perjuicios al ambiente y al hombre, la potenciación de sus efectos dañinos en la salud, que puede haber adquirido por permanecer en suspensión al absorberse el material particulado en suspensión y por ello hallarse por más tiempo posible de ser respirado, por ejemplo.

acciones metabólicas, entre otras, las nuevas sustancias podrán resultar ser tanto o más tóxicas que las sustancias originarias o "madre".

En sistemas complejos (entendiendo como tales los impactados por diferentes tipos y/o clases de contaminantes), comúnmente la interacción de sustancias o compuestos tóxicos termina por determinar una potenciación de las características contaminantes de cada compuesto tóxico (acción sinérgica).

Como resultado de la interacción de contaminantes diversos, comúnmente el daño ambiental vuelve entonces a tener límites más graves, pero a la vez más indefinidos o inciertos en orden a su real y final gravedad y grado contaminante, como de sus límites temporales y espaciales.

Todo adquiere otra derivación si se lo analiza a partir de otro proceso interesante que ocurre durante el "ciclo de vida" de un compuesto tóxico; es el de "bioacumulación" y eventuales "bioconcentraciones" e incluso "biomagnificación" en los organismos que en una línea alimentaria se van ingiriendo escalonadamente. Un ejemplo de esto último es el caso de los plaguicidas organoclorados, cuyo factor de bioconcentración desde el agua y plancton hasta el último depredador (aves marinas que se alimentan de peces) puede llegar, según se ha informado, a lo largo de esta cadena trófica a orden de magnitud hasta valores de cincuenta mil en yemas de huevo de las aves marinas depredadoras de peces que a su vez se alimentaron con plancton y agua.

Concretamente, los compuestos solubles o al menos persistentes en el agua pueden ser ingeridos o incorporados por diferentes organismos de complejidad creciente. De esta manera los sucesivos integrantes de una red trófica podrán incorporar compuestos tóxicos y fijarlos, de esa manera, en determinados órganos o tejidos. Finalmente quedan retenidos en los finales depredadores con características de acumulación (bioacumulación) de todas las previas asimilaciones de los organismos que formaron parte de la red trófica³⁰.

Por otro lado las acciones tóxicas de los "ecotóxicos" pueden ser de las más variadas. En algunos casos se afectan los procesos enzimáticos (como el caso de los plaguicidas organofosforados), en otros casos los contaminantes se asocian con determinados sitios activos de las moléculas con lo que bloquean su intervención en procesos biológicos o bien inhibiendo enlaces esenciales o -alternativamente- permitiendo la formación y persistencia de compuestos o radicales libres sumamente agresivos para el metabolismo celular.

30 El famoso caso de Minamata -Japón- fue un típico caso de bioacumulación que perjudicó finalmente al último depredador: el hombre que comió los peces.

Ello impide o altera el desarrollo normal del ciclo biológico de los organismos: o provocando su detención o conduciendo a secuencias anormales que alteran el código genético y se traducen en mutaciones degenerativas (cáncer) o malformaciones o deficiencias en la descendencia (acciones mutagénicas o teratogénicas).

La acción de los contaminantes puede tardar en aparecer -incluso puede aparecer en las próximas generaciones- y sus efectos son así retardados (mediano y largo plazo) y también crónicos.

La importancia central que cobra el análisis "a futuro" en los casos ambientales es, entonces, definitiva, obligada e irrenunciable³¹. El "V Programa Comunitario" de la Unión Europea sobre "Política y actuación en materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible" afirma que³² "la meta final ...es modificar las pautas de crecimiento...para encauzarlo hacia un desarrollo sostenible" lo que quiere decir, entre otras cosas que "el desarrollo económico y social depende de la calidad y protección adecuada del medio natural y sus recursos" que se debe "fomentar y facilitar la reutilización y el reciclado...para evitar el despilfarro y la merma de recursos" y que "los recursos naturales son limitados y que su consumo y uso ...no debe hacerse a expensas de los demás, ni de una generación a expensas de las siguientes".

Tal enfoque "a futuro" no es optativo para el Derecho, pues la Constitución Nacional, con la inclusión de las generaciones futuras en su texto, obliga a analizar desde allí toda cuestión ambiental y exige que la decisión que se tome respete y se adecue a esa exigencia.

31 Como indicara el Banco Mundial "una preocupación básica es que los que en la actualidad se benefician de los frutos del desarrollo económico puedan estar empobreciendo a las generaciones futuras" (Banco Mundial, Informe sobre desarrollo mundial 1992 titulado "Desarrollo y medio ambiente" p.36). Por ello al resolver un caso ambiental se ha de ponderar si la decisión a tomar implica, o no, una "hipoteca al futuro" (ver en tal sentido Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sentencia del 26/12/2004 en la causa "Municipalidad de Luján de Cuyo V. Provincia de Mendoza s/Conflicto de Poderes", Revista de Derecho Ambiental-LexisNexis, Nro. 2, abril-junio 2005 p. 183, voto de la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI al que adhieren los restantes integrantes de la Corte mendocina). BIDART CAMPOS, al analizar la fórmula "generaciones futuras" concluye que "resulta imprescindible que las políticas de desarrollo en y para cada presente, tomen muy en cuenta también el futuro, porque la perturbación o el daño ambientales pueden producirse tardíamente (BIDART CAMPOS, Getmán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 2002, p. 85).

32 Tal como lo indica Luis JIMÉNEZ HERRERO, *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*, Ed. Síntesis, Madrid, 1997, p. 113.

Por otra parte, partiendo de la idea ya aceptada de que en la temática ambiental "se rechazan las aproximaciones convencionales basadas en el análisis coste/beneficio para tener en cuenta el riesgo y la incertidumbre" pues "lo que caracteriza la toma de decisiones ambientales es más la incertidumbre que el riesgo"³³, una característica común del daño ambiental, o de su posibilidad cognitiva, es que muchas veces se cuenta con datos parciales, entrecortados y desperdigados y, a partir de ellos, debe realizarse la evaluación de cuáles serán las consecuencias o efectos "a futuro".

El caso de la explosión de Guadalajara es paradigmático en este aspecto. Días antes del desastre sólo fue detectado -por los vecinos- un olor a combustible: nadie otorgó importancia al dato -casi trivial para los funcionarios que recibieron las quejas- de que los vecinos percibieran "olor a gasolina" pero, sin embargo, ello diagnosticaba la muerte de más de doscientas cincuenta personas mientras cinco mil doscientas setenta y una fueron damnificadas, se destruyeron o fueron seriamente afectadas mil ciento veinticuatro viviendas y cuatrocientos cincuenta comercios y seiscientos vehículos³⁴.

Así, la variedad de las acciones de los contaminantes contribuye a crear una zona indefinida en sus límites y gravedad final, a lo que se agregan los efectos retardados en los seres humanos y ambiente en general y los efectos sinérgicos ya aludidos.

Por último conviene aclarar que el daño ambiental es un daño que proviene de actividades antrópicas³⁵, en el sentido que encuentra su origen en actividades u omisiones generadas por el hombre que, luego, pueden seguir distintos caminos y evolucionar de diferentes formas, tanto en el ambiente natural como en el artificial.

4. Características del daño ambiental

En el desarrollo hecho hasta acá quedaron planteadas, o al menos sugeridas, las características de este daño no común, diferente, especial, con pocos puntos de contacto con la idea tradicional de daño.

33 Luis JIMÉNEZ HERRERO, cit., p. 109.

34 Ver Informe de la Organización Panamericana de la Salud de la Organización Mundial de la Salud OPS/OMS del 22/4/92. Es de difícil respuesta la pregunta ¿cómo podrán interactuar hechos, factores o eventos que, en apariencia, no podrían relacionarse e interactuar? ¿cuáles pueden ser sus efectos a largo plazo?

35 BIBLIONI, Héctor, *El proceso ambiental*, LexisNexis, p. 120.

Seguidamente se intenta una identificación más pormenorizada, y ordenada, de sus características más salientes.

a. Es un daño constitucionalizado, así lo entendió la Corte de la Provincia de Buenos Aires al indicar que “la Constitución Nacional se anticipa y constitucionaliza el llamado daño ambiental y la obligación consecuente, categorizando una nueva categoría de daños que obligan a recomponer lo ocasionado”³⁶.

Como se ha visto el ambiente tutelado constitucionalmente no es cualquier ambiente sino uno específico, cualificado y adjetivado por el propio artículo 41 de la CN; de allí que también, por simple contraste, quedan constitucionalizados el daño ambiental como todas las agresiones al ambiente. La agresión ambiental, incluso todo daño a todas y cada una de las cualidades y adjetivaciones del art. 41 de la CN.

De esa forma dentro del daño ambiental se incluye³⁷ todo lo que perjudica, atenta o agrede al ambiente sano, al ambiente equilibrado, al ambiente apto, a la salud humana, a las generaciones futuras, al ambiente social y laboral, a los ecosistemas, al desarrollo humano, al desarrollo sustentable, a los recursos naturales y a la utilización racional de esos recursos naturales, al patrimonio natural (suelo, agua, aire, fauna, flora, otras formas de vida), a la diversidad biológica, al patrimonio cultural (material e inmaterial), al patrimonio histórico, al paisaje, al urbanismo, al patrimonio artístico de la comunidad, a los espacios culturales, a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas³⁸ como también al modo de vida de los pobladores autóctonos.

A todo esto se agrega la precisión de la LGA que también incluye el equilibrio de los ecosistemas y los bienes y valores colectivos³⁹.

Coherente con lo anterior se ha incluido, con razón, dentro del daño ambiental tanto al daño que origine condiciones adversas a la actividad social o la económica como al que perjudica la salud, la seguridad o el bienestar de la población⁴⁰, a la calidad de vida. Y por ello, desde otro enfoque, imprescindible y complementario, GOLDENBERG y CAFFERATTA indican que “toda agresión ambiental importa una disvaliosa modifica-

36 SCBA, 19-02-2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, J.A., 2002-IV-392.

37 Ver en este sentido la enumeración de los bienes ambientales que hace RODRÍGUEZ, Carlos Anibal, *Ley General del Ambiente de la Republica Argentina*, LexisNexis, pp. 159 y 160.

38 Art. 75 inc. 17 de la CN.

39 Art. 27 LGA.

40 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 79.

ción material del patrimonio, un menoscabo en la potencialidades humanas, un estrechamiento o pérdida de chances o expectativas vitales, una disminución de la aptitud vital genérica...un perjuicio que pone en jaque derechos personalísimos, inherentes a la persona, o atributos de la personalidad...importa un menoscabo al ambiente como bien patrimonial de las personas”⁴¹.

b. Es un daño que puede provenir tanto de hechos lícitos como ilícitos, de actos simples o de actos jurídicos⁴², también en relación a los particulares perjudicados se prescinde de la ilicitud, no pudiendo invocarse como causal exoneratoria de responsabilidad el cumplimiento de normas positivas o la autorización administrativa para funcionar⁴³. Esto también implica que puede provenir de actos administrativos o reglamentarios⁴⁴.

c. Es un daño “ambivalente” en tanto incluye el daño al patrimonio ambiental común de una colectividad y el que de rebote *par ricochet* ocasiona a personas determinadas⁴⁵.

d. Es un daño expansivo, en tanto no es por regla un daño localizable en un único punto espacial. De tal forma se lo califica de extraterritorial en la medida que no reconoce fronteras ni límites espaciales ni políticos⁴⁶. Resulta en este punto evidente que, como el ambiente no se concibe de modo discontinuo, no se lo puede fragmentar a través de las arbitrarias divisiones políticas estatales, “no todos los problemas ambientales son jurisdiccionalmente divisibles, ya que hay interdependencia en el ambiente y hay movilidad de factores nocivos, por lo que si bien un factor degradante puede localizarse, suele irradiar perjuicio difuso y movedido más

41 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, cit., p. 11.

42 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675...”, cit.

43 BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, cit., p. 100 quien además expresa “la responsabilidad puede derivar de una actividad perfectamente lícita en sus orígenes”.

44 Ver *supra*, nota 17.

45 BUSTAMENTE ALSINA, *Derecho Ambiental*, cit., p. 45. MOSSET ITURRASPE indica que el daño ambiental “puede irradiar sobre la persona y su patrimonio”, en *Daño ambiental*, cit., T. I, p. 78. También lo considera ambivalente, en el sentido aludido, entre otros BIBILONI, Héctor. J., *El proceso ambiental*, p. 97, quien también lo denomina “bifronte” aunque si bien parece usar también este término para determinar su carácter, a la vez, patrimonial y extrapatrimonial también lo utiliza para recordar que la más moderna doctrina así lo define porque “con una cara mira hacia la persona humana y la otra enfrenta al resto de los seres vivos y a los que vendrán”, p. 107.

46 BIBILONI, Héctor. J., *El proceso ambiental*, p. 92.

allá del lugar de origen”⁴⁷ “los fenómenos de degradación ambiental son de un carácter tan extenso que no resultan fáciles de determinar ni en el tiempo ni en el espacio”⁴⁸.

Entonces, por regla, es un daño expansivo (vis expansiva), no localizable, ni en un espacio ni tiempo determinados, incluso de tal carácter expansivo puede derivar en catastrófico⁴⁹. “Las fronteras son creaciones humanas que involucran una convención del hombre que los ecosistemas en la mayor parte de las veces no tienen en consideración”⁵⁰ lo que como consecuencia deriva en un daño esencialmente difuso⁵¹.

Unido a ello suele provocar un número elevado de víctimas, un barrio, una región, un país⁵². Ese número elevado no es sólo de víctimas humanas⁵³.

Aunque de gran importancia, sobretodo para quien lo padece, analizado desde una visión panorámica, el daño individual generado a cada sujeto, en relación con la masa general de perjuicios irrogados a la comunidad, resulta ínfimo⁵⁴.

De tal manera debe concluirse que el daño ambiental genera tanto daños individuales como colectivos pues el daño al ambiente “es capaz de provocar... daños supraindividuales y/o individuales, de afectación patrimonial y extrapatrimonial”⁵⁵.

Más allá de la afectación individual, el daño al ambiente es un daño a la comunidad, como tuvo oportunidad de establecer también la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el precedente “Ancore”⁵⁶.

47 BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 89.

48 HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I, p. 186.

49 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, pp. 86 y 91, BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 200.

50 ESAIN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675”, J.A., 2004-I-776.

51 STIGLITZ, “Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente”, L.L., 1983-A-786, en tanto corresponde a un conjunto impreciso de personas, carentes de base asociativa, como lo entiende BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 202.

52 GOLDENBERG-CAFFERATA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, p. 11.

53 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, p. 87.

54 CONF. BESALÚ PARKINSON, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 204.

55 GOLDENBERG-CAFFERATA, ob. cit., p. 72.

56 SCBA, 19-02-2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, J.A., 2002-IV-392.

Otras características del daño ambiental tanto confirman como potencian la vis expansiva; esto ocurre apenas se recuerda que en el daño ambiental resaltan las notas de comunicabilidad e indivisibilidad⁵⁷ y que es veloz, por la velocidad con la que se propagan sus consecuencias⁵⁸. Como consecuencia de todo esto aparece otra característica: quien causa daño al ambiente también puede ser su víctima⁵⁹, tanto en su persona, bienes, o descendientes.

Como sostiene la Corte de la Provincia de Buenos Aires “el perjuicio al ambiente no suele detenerse localmente, porque es movedizo, más allá del lugar de origen; la interdependencia del ambiente es, entonces, un parámetro que sirve de guía”⁶⁰; en otro precedente, sin dejar de reconocer tal característica, incluso por virtud de ella, advirtió que igualmente hay problemas ambientales que son jurisdiccionalmente divisibles destacando que “Además, hay problemas ecológicos que se agotan dentro de las fronteras locales -y que por su naturaleza guardan una conexidad estrecha con la identidad y diversidad cultural de los municipios-, y por lo tanto es a la autoridad municipal a la que le corresponde de manera prioritaria su regulación para preservar su patrimonio ecológico”⁶¹.

De ordinario -aunque no siempre- es un daño producto de un proceso dilatado de tiempo, tanto por tratarse de daños continuados (sucesión de actos); daños que continúan en el tiempo (los efectos permanecen aunque sean causados por un único acto localizable en un único punto temporal) por lo que son daños que tienen permanencia; daños progresivos, es decir producidos por una serie de actos sucesivos (de una misma persona o de personas diferentes) cuya conjunción provoca un daño mayor⁶², daños entonces acumulativos, o donde opera la bioacumulación, la bioconcentración, los efectos sinérgicos, entre otros.

El efecto acumulativo ha sido dividido por algunos en dos tipos: permanente o progresivo, los primeros, también llamados continuados, son los que perduran (más allá de que el daño haya provenido de un hecho único o de hechos periódicos) y por tanto suelen provocar un daño cada vez mayor; en cambio los progresivos son una sucesión de actos que da

57 Que derivan de tales cualidades del ambiente, que se corresponden con su daño, CONF. GOLDENBERG-CAFFERATA, ob. cit., p. 23.

58 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, p. 85.

59 BESALÚ PARKINSON, cit., p. 204.

60 SCBA, 20-3-2002, “Copetro S.A. c. Municipalidad de Ensenada s/ inconstitucionalidad Ordenanza 1887/95”.

61 SCBA, 20-3-2002, “Copetro”, cit..

62 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 82.

como resultado un daño más nocivo o lesivo que la simple suma de cada uno en particular ⁶³.

e. Se trata, como ya se ha visto, de un daño de efectos retardados, pues los efectos nocivos y perjudiciales se suelen manifestar un tiempo después del hecho generador ⁶⁴. Es atemporal, pues sus efectos se prolongan indefinidamente o por un largo período de tiempo ⁶⁵.

También, entonces, desde este análisis temporal, puede presentarse como daño futuro, histórico u originado en el pasado ⁶⁶.

A esto se suma y agrega que un hecho generador de daño ambiental implica siempre la posibilidad de otro daño mañana ⁶⁷.

f. Es un daño intergeneracional. Ciertamente las víctimas pueden no corresponder a las generaciones actuales, por lo que la Corte de la Provincia de Buenos Aires destacó que “En esto no sólo va comprometida la salud y el bienestar de quienes sufren actualmente la ofensa, sino también de las generaciones futuras a las que no puede de ningún modo conculcárseles sus posibilidades vitales” ⁶⁸.

g. Se trata muchas veces de un daño silencioso, invisible y muchas otras sutil, insalvable y cambiante ⁶⁹.

h. Acaece, por lo general, dentro de un contexto de superioridad del agente del daño sobre la víctima. Esta última se halla en una situación de inferioridad, en comparación con aquel que produce el daño. Tal disfunción, que agrava también los derechos humanos, debe ser revertida por el Derecho.

El español MARTIN MATEO subraya la “situación especialmente desfavorecida” de los particulares como demandantes en defensa del am-

63 Conf. BESALÚ PARKINSON, ob. cit., p. 206.

64 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, p. 96.

65 BIBILONI, Héctor J., ob. cit., p. 91.

66 BESALÚ PARKINSON, *Responsabilidad por daño ambiental*, pp. 204-5.

67 BIBILONI, Héctor J., ob. cit., p. 87.

68 SCBA, 19-02-2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, J.A., 2002-IV-392.

69 Estas últimas tres características del daño ambiental se extraen de la excelente sentencia de la Cámara 1ra CyC, La Plata, sala 2da., “Pinini de Pérez c. Copetro S.A.”, J.A., 1993-III-368, voto del Dr. Juan Carlos REZZÓNICO, donde se expresa que en el daño ambiental hay mucho de sutil, de cambiante, de insalvable, como también reconoce HUTCHINSON en *Daño ambiental*, Tomo II, p. 198-7.

biente mientras las empresas tienen “medios técnicos y económicos singularmente poderosos” ⁷⁰.

Además el daño ambiental suele ser el resultado de actividades especializadas que utilizan técnicas específicas, desconocidas por las víctimas ⁷¹, razón por la cual POSTIGLIONE afirma que la tecnología no tiene libertad, en tanto se halla limitada por la exigencia de preservar los recursos naturales ⁷².

Relacionado, a nuestro criterio, con todo esto, la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el precedente “Ancore” -a través del elogiado voto del Dr. NEGRI- utilizó el artículo 902 del Código Civil como pauta normativa al decidir un caso ambiental y afirmó que “Los recurrentes, en su presentación, señalan una serie de circunstancias dañosas, supuestamente acontecidas en virtud de la exigüidad del plazo otorgado para el desmantelamiento del feed lot, pero no sólo no las fundan en constancias objetivas que las acrediten (ver a este respecto los puntos b y c de la sentencia de primera instancia), sino que dejan de ver -como ya se ha expresado más arriba- que dichas circunstancias, de ser ciertas, no pueden adjudicarse sino a la propia falta de diligencia, exigible en personas dedicadas a la citada actividad, y que, por tal motivo, debieron saber de antemano las molestias que ocasionarían con el emprendimiento, máxime cuando la cantidad de vacunos excedía el número admitido por sus límites (ver pericia de fs. 286 vta., punto e y 287, punto 1 de 440 a 900, fs. 354 vta. punto 5 párr. 2º). Si la testigo Alicia Nieto -evaluada por el fallo de origen, fs. 355 vta., punto 6-, simplemente vecina del lugar, señaló que ‘sabiendo más o menos lo que es un feed lot, no cree que pudiera estar en el lugar en donde lo pusieron’ (fs. 313), cuánto más debieron saber los actores, personas dedicadas a este tipo de explotación, conocedoras de sus consecuencias (art. 902 CCiv.)” ⁷³.

i. si bien es un daño que no distingue razas, edades, estamentos sociales, algunos lo padecen más duramente y en mayor medida: y éstos son los

70 MARTIN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 1991, Vol. 1, p. 178, citado por BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 302.

71 GOLDENBERG-CAFFERATA, *Daño ambiental...*, cit., p. 11.

72 POSTIGLIONE, Amadeo, *Manuale dell' Ambiente*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986, p. 20.

73 SCBA, 19-02-2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, J.A., 2002-IV-392.

pobres, porque no tienen una cobertura razonable y suelen estar en la primera línea de fuego, de donde además no pueden irse ⁷⁴.

j. También puede ser el resultado de la actividad de varios agentes ⁷⁵. Suele suceder que el agente contaminante pretenda esconderse en el anonimato, o inculpar a otros del daño que él produce.

Así los daños ambientales son en muchas ocasiones despersonalizados o anónimos, con graves dificultades para la determinación del agente ⁷⁶, quien además de negar su participación, suele atribuirlo a una puesta a punto, a una falla, a un accidente, o argumentos por el estilo. Las puestas a punto, las fallas, los accidentes, los imponderables, etc. son responsabilidad del agente del daño, y no lo pueden eximir de ésta, por el contrario, la confirman ⁷⁷.

De ese tema tuvo oportunidad de ocuparse la Corte de la Provincia de Buenos Aires, al menos de manera inicial, y entendió que "la existencia de otras posibles fuentes de contaminación no legalizan ni autorizan la subsistencia de ellas, como en el caso" ⁷⁸.

Normalmente quienes dañan al ambiente son importantes sujetos económicos que lo hacen para minimizar costos y maximizar ganancias, a costa de la salud y ambiente de los débiles.

Es común que "muchas empresas no soportan todos los costos de su propia actividad y lo reenvían al territorio circundante y, de esa manera, a la colectividad...el costo es soportado por la colectividad" ⁷⁹, esto se ha

74 Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 75.

75 BESALÚ PARKINSON, Aurota, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 206.

76 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental...*, p. 11.

77 Incluso los cuidados que pueda tomar o haber tomado el agente que ha producido el daño ambiental son irrelevantes si, en definitiva, el daño se produce. En tal sentido REY y RINESSE, "Daño ambiental, factor de atribución", *La Ley*, 7-8-96, p. 2.

78 El Tribunal Provincial sostuvo que: "Por otro lado, conforme al estudio de las pruebas, rechazó la alzada la pretendida discriminación pues 'si bien cabe inferir que había otros establecimientos causantes de molestias, éstas no se igualan con la gravedad de las provocadas por el feed lot de Ancore S.A.' (fs. 400 vta.). Frente a este argumento, los recurrentes denuncian la infracción a la igualdad ante la ley pero no aportan más que meras afirmaciones en el sentido de que existen otros establecimientos en iguales o peores circunstancias que el feed lot y sólo a éste se le prohíbe funcionar, las que por sí solas resultan insuficientes para desvirtuar la tarea axiológica del juzgador, toda vez que la existencia de otras posibles fuentes de contaminación no legalizan ni autorizan la subsistencia de ellas, como en el caso, el feed lot", SCBA, 19-02-2002 "Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux", J.A., 2002-IV-392.

79 POSTIGLIONE, Amadeo, *Manuale dell' Ambiente*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986, p. 22.

dado en llamar deseconomías externas o externalidades, razón por la cual "la nueva cultura ecológica pone en discusión poderosos intereses económicos" ⁸⁰.

k. Es inmensurable, por la incapacidad de medirlo de cualquier modo. ⁸¹ Esto no significa que la medición de un posible daño ambiental no pueda hacerse en absoluto, de hecho es una práctica común, sólo que como en el mismo operan infinidad de factores, muchos de ellos desconocidos, sumado al de por sí limitado avance científico de los procesos ambientales por contaminación en lo que se refiere a sus reales consecuencias, el conocimiento técnico siempre será parcial, toda medición del daño ambiental será incompleta, sólo un primer atisbo que iluminará una parte pero dejará otra en la oscuridad, dependiendo la relación entre esa luz y esa sombra del caso concreto, de la gravedad y consecuencias actuales y sobre todo futuras (y cuando se habla de futuras se piensa en centurias, no sólo en décadas), que pueden derivarse, muchas imposibles de conocer.

Por eso, asimismo, se trata de un daño difícil de conocer cabalmente y comprender plenamente; de allí que se ha afirmado que "Los efectos dañosos no son suficientemente conocidos, ni bajo un perfil cuantitativo, ni bajo el perfil de su distribución geográfica, ni sobremanera en relación a sus cualidades: la precisa incidencia actual y sus efectos retardatarios" ⁸².

En parte derivado de esto y en otra por las características ya analizadas, el daño ambiental no admite, como regla, márgenes de tolerancia, pues enrola en la categoría de daño intolerable ⁸³. "La degradación del medio se enrola en la categoría de daño intolerable, por ello el límite de la normal tolerancia según la fórmula del art. 2618 del CCiv. no es aplicable en los casos de degradación del medio ambiente susceptible de afectar la salud" ⁸⁴.

l. Es un daño irreversible en la mayoría de los casos ⁸⁵. El ambiente una vez dañado difícilmente pueda volver a su estado natural, además

80 POSTIGLIONE, Amadeo, ob. cit., p. 20.

81 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, p. 98.

82 POSTIGLIONE, Amadeo, cit., p. 22.

83 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 80; esto se ha expresado en lo relativo al punto de debate atinente a la magnitud, importancia o relevancia del daño. En igual sentido se expresa BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, p. 102.

84 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, cit., p. 12.

85 BESALÚ PARKINSON, *Responsabilidad por daño ambiental*, cit., p. 203; BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, p. 96.

muchos de los efectos dañosos en personas y bienes ya se habrán consumado.

La Corte de la Provincia de Buenos Aires entendió que “la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable. En otros términos, el bien ambiental es, a diferencia de otros bienes, esencialmente limitado, y su consumo irreparable en cuanto cada vez con mayor nitidez se advierte la imposibilidad de un reiterado, continuo e inmediato reemplazo, al punto de preverse en muchos casos -de persistir una utilización irracional- su agotamiento inminente, con la consecuente repercusión directa y obviamente negativa que ello conlleva respecto de la calidad de vida humana”⁸⁶.

II. Es un daño que activa una doble estructura: preventiva y reparadora⁸⁷. Aceptando esa doble característica la Corte de la Provincia de Buenos Aires recordó que debe buscarse “prevenir más que curar”⁸⁸ y que se obliga a recomponer lo ocasionado⁸⁹. También entendió que “Cualquier actividad susceptible de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de cualquier persona o comunidad debe ser en primer lugar prevenida o disuadida. Si ya hubiere comenzado a generar el daño, habrá de cesar, sin perjuicio de la reparación integral del agravio irrogado, de acuerdo al principio de que quien perjudica el medio ambiente debe resarcir, pero quien resarce no por ello puede seguir produciendo el perjuicio”⁹⁰.

5. Consecuencias e implicancias

Necesariamente las especiales características del daño ambiental provocan consecuencias y traen asociadas implicancias. Se hace imprescindible, y útil a la vez, efectuar una enumeración, desde ya parcial e incompleta, de tales derivaciones para, así, comprender mejor el fenómeno de

86 SCBA, 19-02-2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, J.A., 2002-IV-392.

87 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 74.

88 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, “Almada c. Copetro”.

89 SCBA, 19-02-2002 “Ancore”, citado.

90 SCBA, 19-02-2002 “Ancore”, citado.

daño ambiental como una unidad, donde causas, efectos, resultados y consecuencias forman un todo único e indivisible.

Precisamente, el ambiente, el Derecho Ambiental, la problemática ambiental y, por ende, el daño ambiental, tienen consecuencias e implicancias también en el mundo jurídico de gran trascendencia⁹¹; algunas se desarrollan seguidamente.

a. Tutela anticipada

La posibilidad, el riesgo o el peligro de contaminación de daño ambiental son suficientes para activar mecanismos legales de tutela temprana; aparece así la necesidad de una tutela de anticipación, considerando la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles cuya secuelas pueden propagarse en el espacio o través del tiempo⁹².

b. Se amplian los daños resarcibles y las hipótesis de daños

GOLDENBERG y CAFFERATTA⁹³ afirman que “en materia de daño ambiental se advierte claramente una ampliación de los daños resarcibles y de las hipótesis de daños” y naturalmente se amplía la nomina de daños indemnizables⁹⁴.

c. Verosimilitud y no certeza

La certeza o certidumbre sobre su existencia se reemplaza por la verosimilitud. La afirmación de que el daño debe ser cierto, pierde su carácter rotundo y absoluto⁹⁵.

El daño cierto ambiental supone tanto una existencia real y actual como también una probabilidad futura en grado de verosimilitud donde ya no puede aludirse a una seguridad de existencia futura; basta una posibilidad de ocurrencia⁹⁶. Por ello se afirma que se desdibuja, flexibiliza y matiza

91 Como fuera advertido ya hace tiempo por la Corte de la Provincia de Buenos Aires en SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, “Almada c. Copetro”, utilizando justamente la frase “nuevas implicancias”.

92 Conf. BENJAMÍN, Antonio E., “Derechos de la naturaleza”, p. 31 y ss. en la obra colectiva *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, 2001, Abeledo-Perrot.

93 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental...*, p. 10.

94 BESALÚ PARKINSON, Aurota, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 101.

95 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 78.

96 MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. y loc. cit.

la exigencia clásica de contar con un daño cierto, requisito que aparece, en "lo ambiental", debilitado por un lado y redefinido por el otro.

Incluso, des otro enfoque, esperar certeza tiene un riesgo que no puede aceptarse: el de llegar siempre tarde ⁹⁷.

GOLDENBERG y CAFFERATTA ven positivamente la aplicación a temas ambientales en lo que hace a la causalidad, de la teoría anglosajona de *more probable than not* o de la "probabilidad" de la jurisprudencia norteamericana, "constituye un plus de protección y responde a la idea de una tutela diferenciada y privilegiada, dada la relevancia del derecho ambiental" ⁹⁸.

De allí que se deberá trabajar, ante una situación que pueda implicar un daño al ambiente, con grados de probabilidad, no con certezas definitivas. "Este tipo de prueba tiene capital importancia en nuestra materia ambiental, porque el único modo de acreditar la existencia del riesgo que hace posible prever y prevenir el daño, no es esperar la certeza del hecho acaecido, sino inferir la probabilidad de que éste acontezca. Ello no puede lograrse sin una operación intelectual del juez, basada en indicios y cuya conclusión será siempre de probabilidades." ⁹⁹

d. No es imprescindible que exista daño individualizado

Por un lado puede existir un daño ambiental con absoluta prescindencia de que existan daños individualizados, como por ejemplo daños a la salud en los seres humanos.

En lo que se refiere a la responsabilidad civil, no se exige daño individualizado, en efecto "el reclamo de responsabilidad no precisa que haya existido una lesión a los derechos subjetivos del accionante; tratándose de daños ambientales resulta frecuentemente imposible, o sumamente difícil, justificar lesiones individualizadas, sobre todo de carácter económico. De allí que se diluya un requisito inherente a esta institución (responsabilidad civil): el daño individualizado, debiendo bastar con acredi-

97 MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 75.

98 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental...*, cit., p. 33.

99 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, cit., p. 340. Todo esto obliga también a tomar resoluciones, durante el proceso judicial, que acorten el tiempo que consuma la producción de pruebas, buscando presunciones, indicios, sucedáneos, probabilidades, no certezas definitivas, racionalizando la faena probatoria pues un proceso largo ambiental no es un proceso justo.

tar un perjuicio actual o potencial al medio ambiente como bien de disfrute colectivo" ¹⁰⁰. Dicho de la manera más simple, su daño es indemnizable, aun cuando se agote en el ambiente en sí mismo, sin eco demostrable sobre la persona o su patrimonio. Se vuelve indemnizable para los miembros de la comunidad, como bien que les pertenece, bien colectivo ¹⁰¹.

e. Indemnización y externalidades

Las indemnizaciones deben re-calcularse en función del parámetro que brindan las externalidades o deseconomías externas pues "en el caso ambiental, el impacto de las externalidades es más que obvio" ¹⁰².

Recuérdese que ya hace más de 20 años el autor italiano POSTIGLIONE ¹⁰³ destacaba las primeras nociones que permitieron, embrionariamente, un abordaje de las deseconomías externas, o externalidades; a saber: a. los bienes naturales carecen de adecuada valoración económica, b. las actividades buscan la mayor conveniencia inmediata, c. una actividad por ser fuente de progreso, ventaja provecho, ganancia o beneficio, no está socialmente justificada ni es legítima, d. debe existir control público adecuado del modo de producir, e. Se deben utilizar nuevos procesos productivos que reduzcan al mínimo el uso del ambiente.

Así no utilizar los procesos productivos apropiados, y por ello generar daño al ambiente, debe ser una de las pautas para fijar el *quantum* indemnizatorio en los daños personales, caso contrario se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa a favor del contaminante y en perjuicio del habitante ¹⁰⁴.

100 BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 101.

101 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 79, quien cita como antecedentes de esa posición dos trabajos aparecidos en J.A. del 16 y 23 de diciembre de 1998, Derecho Ambiental (números especiales): CAMPS, Carlos, "Particularidades del Proceso Civil por daño ambiental" y GALDÓS, "Derecho ambiental y daño moral colectivo".

102 IANNELO, Pablo A., "Regulación ambiental. Responsabilidad ambiental y economía", Revista de Derecho Ambiental, Nro. 5, LexisNexis, Enero/Marzo 2006, p. 160 y sgts.

103 POSTIGLIONE, Amadeo, *Manuale dell' Ambiente*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986, p. 22.

104 El Poder Público debe asegurar la internalización de los costos ambientales como afirma VON MOLTKE, "Consideraciones Financieras para la protección ambiental" en la publicación de la Fundación del Banco de Boston "Diálogos 1990 con Líderes Mundiales de la Política Ambiental" cuaderno Nro. 5. Y el Poder Judicial queda incluido dentro de esa categoría de Poder Público.

Así el Derecho puede evitar, y compensar, la "externalidad negativa" colocando a la "recomposición del equilibrio perdido o atacado" como el opuesto a la "externalización" de costos¹⁰⁵.

En esta temática, refiriéndose a la LGA, KEMELMAJER DE CARLUCCI sostiene que "Tampoco es ajena a la ley la idea de la 'internalización de los costos' o sea 'la internalización de las externalidades negativas', en el lenguaje de la interpretación económica del derecho"¹⁰⁶.

f. Diferente abordaje del nexa causal

GOLDENBERG afirma que "El carácter difuso del daño ambiental crea un marco de suma complejidad respecto de la individualización del nexa causal. De allí la insuficiencia y disfuncionalidad de la normativa legal vigente en la protección del entorno...para superar ese defasaje entre el ritmo de lo social y lo jurídico, en esa vital área jurídica se deberán *aggiornare* los conceptos, las ideas e introducir redefiniciones conceptuales"¹⁰⁷.

Ante el daño ambiental en los casos ambientales, tal como indican GOLDENBERG y CAFFERATTA, frente a la complejidad que ellos representan se trabaja, en lo referido a la relación de causalidad, en el "paradigma de la complejidad" donde todos los elementos "interactúan" desorganizando y reorganizando el sistema al mismo tiempo por lo que "desaparece la certidumbre en una causalidad lineal y es reemplazado por una causalidad circular, en la que tanto la causa precede al efecto como el efecto a la causa... retroalimentan a su misma causalidad" y por ello "las mismas causas pueden conducir a efectos diferentes y/o divergentes" o también "causas diferentes pueden conducir a los mismos efectos" o bien "pequeñas causas pueden acarrear efectos muy grandes" o también "algunas causas son seguidas de efectos contrarios (causalidad invertida)" e incluso puede ocurrir que "los efectos de causas antagónicas son inciertos",

105 Conf. REY y RINESSE, "Daño Ambiental, factor de atribución", La Ley, 7-8-96, p. 2).

106 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)", Acad. Nac. de Derecho 2006 (julio), 1, con cita de CAFFERATTA, Néstor, "El principio de prevención en el derecho ambiental", Rev. de D. Ambiental, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, N° 0, 2004, p. 46.

107 GOLDENBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2da. ed. ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2000, citado en GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental...*, cit., p. 7.

como derivación de esta "relativización y complejización de la relación causal (se) relativizan y complejizan todos los determinismos"¹⁰⁸.

También estos autores, luego de recordar que nuestro Código define las "consecuencias inmediatas" conforme a un "criterio de probabilidad", que son aquellas que acostumbra a suceder -según el curso natural y ordinario de las cosas- reiteran que, por tal motivo, "no es necesario que sobrevengan ineludible y forzosamente" pues éste, de adoptarse, sería un "criterio de necesidad", y no de probabilidad como el establecido legalmente y concluyen que "la relación de causa a efecto que el Derecho aprehende, no es aquella que exige una certidumbre total, una seguridad absoluta: se trata de acreditar una posibilidad cierta, una probabilidad en grado de razonabilidad". Seguidamente agregan que "será, en ocasiones, una probabilidad próxima a la certeza, o bastará, en otros casos, la alta probabilidad" razón por la cual el demandante "no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica" pues será suficiente para el juez una "probabilidad determinante" para terminar elogiando como "valioso" el principio *more probable than not* de la jurisprudencia anglosajona y agregan que así, la Justicia norteamericana ha fallado en el sentido de que "si la propia ciencia es incierta, un tribunal no puede resolver el conflicto y hacer la cuestión cierta. El tribunal debe fijarse en probabilidades, y no en la posibilidad"¹⁰⁹.

En este orden de ideas la tradicional estructura y el establecido proceso cognitivo resultan insuficientes para analizar el nexa causal de un daño ambiental lo que naturalmente "conduce a un concepto flexible de causa"¹¹⁰.

Por último, en los supuestos de daño ambiental, al analizar el nexa de causalidad debe hacerse a partir de la idea de una tutela diferenciada y privilegiada, en pos de un plus de protección¹¹¹.

Nuevamente, y también en esta materia, los conceptos se afinan para ampliar la tutela, para poder lograr que sea más abarcadora y comprensiva¹¹².

g. Alta dificultad de recomponer el daño ambiental

Otra consecuencia es la alta dificultad de restablecer la situación anterior al daño; en la mayoría de los casos el equilibrio no se restablece, o

108 GOLDENBERG-CAFFERATTA, ob. cit., pp. 49/50.

109 GOLDENBERG-CAFFERATTA, ob. cit., pp. 31-33.

110 Como afirman GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental...*, p. 41.

111 Conf. GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental...*, p. 33.

112 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 78.

puede ocurrir en ciclo de tiempo extremadamente largos¹¹³ con lo que se refuerza aun más la necesidad de una tutela temprana, cuanto antes, ante riesgos y peligros de daño ambiental.

h. La autorización administrativa no exime de responsabilidades

La responsabilidad ambiental “no puede dispensarla ninguna autorización administrativa, ya que ésta siempre se acuerda sin perjuicio de terceros (arts. 2611 y 2618 párr. 2 CCiv)”¹¹⁴.

Lo mismo cabe afirmar si se enfoca el tema desde el Derecho Privado. Nuestro Código Civil, en el artículo 2618 (molestias intolerables), dispone que no importa la autorización administrativa, para eximir de responsabilidad al sujeto que hubiera causado por su actividad colindante/contigua (en inmuebles vecinos), ruidos, olores, humo, vibraciones, calor, luminosidad, u otros daños similares, “que excedan el límite de la normal tolerancia”, teniendo en cuenta pautas de apreciación judicial tales como el respeto debido al uso, las condiciones del lugar, las exigencias de la producción, las circunstancias del caso¹¹⁵.

Así el Tribunal Supremo Español ha decretado claramente que “El acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquéllas contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo en todo caso el resarcimiento del daño”¹¹⁶.

Coincidentemente la obligación de recomponer, la de indemnizar y la de hacer cesar, se le imponen al causante del perjuicio ambiental, aun cuando su acción u omisión hubieren sido lícitas¹¹⁷, criterio sostenido ya en 1887 por la Corte Suprema de la Nación en el caso “Saladeristas”, *Fallos*, 31:273.

¹¹³ BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, p. 91.

¹¹⁴ CLAUDIA VALLS, “La Responsabilidad por daños y perjuicios ambientales”, publicado en Número Especial “Derecho Ambiental”, 2005-IV de Jurisprudencia Argentina-LexisNexis, p. 30.

¹¹⁵ Véase ANDORNO, Luis O., “Las molestias de la vecindad (artículo 2618 CC). La responsabilidad por daño ambiental”, J.A., 1999-IV-1074.

¹¹⁶ Tribunal Supremo español, en su sentencia del 16/1189, caso “ENSIDESA”, citado por MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 1991 p.164, BESALÚ PARKINSON, ANFOYA, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 94.

¹¹⁷ En ese sentido puede consultarse QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 302.

Relativo al tema la Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el precedente “Ancore”¹¹⁸, luego de sostener que “he de desestimar la afirmación referida a que fue la ordenanza municipal la que tornó en ilícita la actividad hasta entonces lícita, toda vez que los aquí recurrentes iniciaron su actividad de feed lot sin contar con una autorización previa para su instalación (ver fs. 72 vta., razón por la cual se les denegó la vía contencioso administrativa), sin que la alegada ausencia de una reglamentación específica -atento lo novedoso del emprendimiento- coadyuve, por sí sola, a la licitud de la actividad, máxime si de su ejercicio surge claro el incumplimiento del deber básico y elemental de no dañar a otro. Es más, aun cuando se hallare reglamentada, no podría nunca admitirse un ejercicio irregular que la convirtiera en ilícita”, concluye que: “Va de suyo, entonces, que deviene inatendible la pretendida afirmación de la transformación de la actividad de lícita a ilícita, ordenanza mediante, toda vez que, en el caso, dicha ilicitud no depende de la citada medida sino del ejercicio irregular de la actividad. Si la actividad emprendida provoca daños a terceros debe cesar, aun cuando no encontrara obstáculo legislativo o no estuviere reglamentada, y no puede ser amparada por la ley (art. 502 CCiv.) pues ésta protege el ejercicio regular de los derechos (art. 1071 y 2315 CCiv.)”.

LORENZETTI también aborda la cuestión (a partir del artículo 41 de la Constitución Nacional) recordando que la autorización previa para la instalación de empresas, se vinculó tradicionalmente a aspectos societarios, y de ofrecimiento de garantías para terceros para inmediatamente destacar que ahora, ante la irrupción de la temática ambiental, se requiere que la empresa pruebe “que su actividad no dañará al medio ambiente, invirtiéndose el régimen de la ilicitud: ésta se presume hasta que se pruebe lo contrario”¹¹⁹.

Por último cabe mencionar que el cumplimiento de límites o estándares administrativos no convierte necesariamente a una actividad en lícita si se ha dañado el ambiente. La jurisprudencia alemana ha sostenido que, en un caso de contaminación de aguas, no importaba si el contaminador (planta química) había cumplido o no con los estándares para descarga, siendo suficiente un deterioro en la calidad del agua. BGHZ 103, 129 (21-1-1998).

¹¹⁸ SCBA, 19-02-2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, J. A., 2002-IV-392.

¹¹⁹ LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, *La Ley*, 1997-E, 1463.

i. Exige "pensar global y actuar local"

Se erige como principio ambiental el de "pensar global y actuar local". Este enfoque se entiende incluido dentro del artículo 41 de la Constitución Nacional¹²⁰, como consecuencia de que el medio ambiente no se concibe de modo discontinuo.

j. Justifica restricción y limitación

Tanto para evitar como para recomponer el daño al ambiente queda justificada la imposición por el Estado de limitaciones y restricciones a la propiedad privada fundadas tanto en la defensa preventiva como en la recomposición del ambiente. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE.) -en el asunto C-240/83 (35)- entendió que "la protección del medio ambiente justificaba las restricciones a la libre circulación de bienes y libertad de comercio,... (que) no pueden nunca ser discriminatorias ni exceder las restricciones inevitables justificadas por la protección del ambiente"¹²¹.

k. Debilitamiento de las reglas legales frente a las leyes ecológicas

Como ha sido destacado por la Corte de la Provincia de Buenos Aires cuando entendió que: "Las leyes ecológicas, ni se promulgan ni se derogan, simplemente se descubren y se acatan. Ello coloca necesariamente al Derecho -a todos los derechos, dada la universalidad del fenómeno- en una posición de dependencia respecto de la ecología"¹²².

6. La incertidumbre en el daño ambiental

Como ya ha quedado delineado, la cuestión ambiental se halla particularmente rodeada por la incertidumbre, siempre encierra un grado de in-

120 En la medida que "el sistema normativo previsto en el art. 41 se corresponde con el principio ambiental "pensar global y actuar local", como manifiesta ESAIN, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675", J.A., 2004-I-776.

121 Tal como indica ESAIN, José A., "El federalismo ambiental...", cit.

122 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, "Almada c. Copetro". Así se afirmó con cita del autor español LUIS DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Revista de la Administración Pública, N° 94; enero-abril, 1981, Madrid, "Actividades clasificadas y protección del medio ambiente", p. 93.

certidumbre¹²³. Por ejemplo "la falta de certeza científica acerca de la etiología de determinados procesos medioambientales y de los alcances de muchas relaciones ecológicas básicas contribuye a acentuar las dudas"¹²⁴.

Si bien cabe reconocer desde ya que diferentes podrán ser sus grados e intensidades, la especial propensión de la temática ambiental hacia la falta de certeza no puede ser negada, al punto que "si no existe algo de incertidumbre no estamos ante un verdadero caso ambiental... debemos contentarnos muchas veces con la verosimilitud antes que con la certeza"¹²⁵.

Consecuentemente en los supuestos de daño ambiental la incertidumbre siempre estará presente. Podrá ser mayor o menor, podrá reducirse, pero difícilmente desaparezca. Cada caso tendrá un nivel, un grado, una intensidad de incertidumbre propios, particulares, diferentes a los de otros. Esto no hace más que confirmar que la incertidumbre se hallará unida, inescindiblemente, a la propia idea de daño ambiental: será parte de su definición¹²⁶, en tanto es "inherente a los problemas ambientales"¹²⁷. De allí que, como ya se ha afirmado, la certeza o certidumbre sobre su existencia se reemplaza por la verosimilitud. La afirmación de que el daño debe ser cierto, pierde su carácter rotundo y absoluto¹²⁸.

En definitiva, esa falta de certeza, en diferentes grados, intensidades y niveles: ínfima o mínima, importante o grave, será una característica difícilmente ausente en supuestos de daño ambiental.

En sentido análogo se entiende que "no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura"¹²⁹.

Tal característica fue claramente advertida hace tiempo por los tribunales de Estado Unidos de Norte América que en su jurisprudencia han

123 Conf. GOLDENBERG-CAFFERATA, *Daño ambiental...*, p. 72.

124 BENJAMÍN, Antonio E., "Derechos de la naturaleza", p. 31 y ss. en la obra colectiva *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, 2001, Abeledo-Perrot.

125 GOLDENBERG-CAFFERATA, *Daño ambiental...*, p. 48.

126 Así lo hemos sostenido desde hace tiempo en FALBO, Anibal, "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", J.A., 1995-IV-976, y ha sido receptado por la doctrina; en tal sentido MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 73.

127 Banco Mundial, Informe sobre desarrollo mundial 1992 titulado "Desarrollo y medio ambiente" pp. 40/41.

128 MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 78.

129 HIGHTON, Elena, "Reparación y prevención del daño al ambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", p. 807, en obra colectiva *Derecho de daños*, parte 2da. La Rocca, Buenos Aires, 1993.

opinado que las cuestiones que envuelven al ambiente están particularmente inclinadas por su natural tendencia a la incertidumbre.

Así se entendió que ante la posibilidad de error habrá de preferir los riesgos de equivocarse a favor de la prevención y recuperación de los daños ambientales pero jamás -ante la incertidumbre- por la no prevención o la remediación pues, “esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente para reaccionar y no para una regulación preventiva” tal como declara la Jurisprudencia Americana (“Ethyl Corp. vs. EPA”, 541 F.2d. 1 (D.C. Cir. 1976).

También la Jurisprudencia de Estados Unidos de Norte América¹³⁰ dictaminó que “El Congreso recientemente ha reconocido que lo más común es que los ‘márgenes de seguridad’ que se incorporan al estándar de calidad ambiental se transforman y terminan siendo demasiado modestos e incluso inexistentes cada vez que nuevas informaciones revelan efectos en la salud adversos a los niveles de contaminación que al inicio se tenían como no generadores de daño ambiental” (“Lead Industries Association Inc. v. EPA”, 647 F.2d. 1130 (D.C. Cir. 1980).

Ese caso judicial versó -justamente- sobre los “márgenes de seguridad” que EPA (Environmental Protection Agency) impone por encima de los parámetros considerados “seguros” por estudios científicos a los fines de hacerlos más estrictos y seguros. En su consecuencia, el planteo de las industrias se fundó en que la EPA, al fijar esos “márgenes de seguridad” (que hacían más gravoso el cumplimiento de los parámetros por parte de las industrias), no había hecho consideraciones de los costos que ello representaba para las empresas y agregaron que (en la medida que se trataba de “un margen” por sobre lo aconsejado por la ciencia y estudios) la evidencia de daño al ambiente y la salud no estaba clara. La Corte fue estricta y sostuvo que factibilidades y costos eran irrelevantes como defensas y que EPA había actuado correctamente imponiendo el “margen de seguridad” en orden de proteger y prevenir daños a la salud.

Otro interesante precedente surgió cuando la EPA incluyó un análisis de la “factibilidad técnica” de las industrias para cumplir con el parámetro permisible a la hora de fijar el “amplio margen de seguridad” que prescribe la Clear Air Act Secc. 112 para los contaminantes peligrosos.

Para fijar esos parámetros permisibles de contaminantes en el ambiente EPA analizó si las industrias se hallaban en condiciones “técnicas” de cumplir con ese parámetro permisible de emisión de efluente.

¹³⁰ Véase FALBO, Aníbal, “El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales”, J.A., 1995-IV-976.

En esa oportunidad la Justicia rechazó de plano este análisis de “factibilidad técnica industrial” argumentado que el Administrador, con dicho análisis, sustituyó incorrectamente la salud de la población por la “factibilidad técnica industrial”, lo que se consideró inadmisibles (“NRDC v. United States EPA”, 824 F.2d 1146 D.C.Cir. 1987).

En síntesis ante la incertidumbre presente en la temática ambiental se propugna que se deberá estar a favor del ambiente, de su protección: *in dubio pro ambiente, in dubio pro salud*¹³¹.

A tal conclusión se arriba también desde otro enfoque intentado con base en la Jurisprudencia de la Corte Federal.

El Máximo Tribunal ha entendido que “tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”¹³². Esa *justitia socialis* se halla asociada claramente a las cuestiones ambientales conforme el concepto de ambiente que incluye el ambiente social, cultural e histórico, definición que, a su vez, sostuvo la Corte Federal en el precedente “Mendoza”¹³³ cuando afirma que “el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual”.

Por último cabe recordar que sobre este tema tuvo oportunidad de expedirse la Cámara Federal de La Plata en el caso “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ENRE-EDESUR s/cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”¹³⁴ donde se sostuvo que “si bien las investigaciones realizadas hasta el momento han indicado que las exposiciones a niveles inferiores a los límites recomendados en las directrices sobre campos electromagnéticos de fre-

¹³¹ Puede consultarse FALBO, Aníbal, “El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales”, cit. En igual sentido se ha manifestado con posterioridad MOSSET ITURRASPE, Jorge, en *Daño ambiental*, T. I, p. 75, entre otros.

¹³² Fallos, 289:430, 436; asimismo: Fallos, 293:26, 27, considerando 3º; el mismo criterio sostiene la Corte Federal en “Madorrán, Marta C. c. Administración Nac. de Aduanas, Corte Suprema de Justicia de la Nación” 03-05-2007, La Ley, 8-5-07.

¹³³ CS, 20-6-06 *in re* “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza”.

¹³⁴ Cám. Fed. La Plata, sala II, 8-7-2003, ED, Serie Especial Ambiental del 22-4-2004, Año XLII, anotado por COSSARI, “Electropolución y daño ambiental”.

ciencia extremadamente baja de la INCIRP (1998) no producen, en principio, ningún efecto perjudicial para la salud, existe en la actualidad incertidumbre en el conocimiento científico respecto de los efectos en la salud cuando la exposición aun a estos niveles resulta prolongada en el tiempo, lo cual es objeto de modernas y continuas evaluaciones cuyos resultados no estarán disponibles, según lo advierte la propia Organización Mundial de la Salud, hasta dentro de unos años. Por tanto, esta falta de certeza respecto en una cuestión de la que, además ya existen indicios importantes sobre sus efectos negativos -según lo expuesto en el considerando 12) que antecede-, no puede obstar a la adopción de medidas preventivas”¹³⁵.

135 El considerando 12 afirma que “Si bien las corrientes electromagnéticas inducidas por las líneas de transmisión de electricidad de alta tensión son, en principio, muy pequeñas comparadas con los umbrales para la producción de sacudidas eléctricas u otros efectos eléctricos, se están efectuando activamente nuevas investigaciones frente a la posibilidad de que existan efectos nocivos sobre la salud por la exposición a largo plazo a niveles inferiores a los límites permitidos. En efecto, la Hoja Informativa n° 263 del Proyecto Internacional CEM, publicada en el mes de octubre del 2001, da cuenta de una reciente investigación llevada a cabo por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) -una agencia de la OMS especializada en la investigación de esa enfermedad- que concluyó el primer paso sobre el proceso de evaluación del riesgo a la salud de los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, clasificando dichos campos con respecto a la fuerza de la evidencia como que podrían causar cáncer en humanos. En ese sentido, han sido clasificados como *posiblemente carcinogénicos a los seres humanos*, lo cual denota un agente para el cual hay limitada evidencias de carcinogenicidad en humanos considerada como creíbles pero que por otras explicaciones no pueden ser excluidas. Tales conclusiones ratifican y actualizan los hallazgos de recientes revisiones sobre los efectos en la salud de los campos eléctricos y magnéticos estáticos de frecuencia extremadamente baja conducidos durante el año 2001 por la IARC, por el Consejo de Salud de los Países Bajos y por un experto Grupo de Consejeros del Consejo Nacional de Protección Radiológica del Reino Unido. Precisamente, este último organismo concluyó que “mientras la evidencia no es actualmente suficiente para justificar una firme conclusión de que los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja causan leucemia en los niños, se mantiene la posibilidad de que las exposiciones intensas y prolongadas a los campos magnéticos puedan aumentar el riesgo de la leucemia en niños”. Cabe destacar que, lógicamente, estos ensayos científicos son posteriores a las recomendaciones internacionales desarrolladas por la Comisión Internacional de Protección contra la Radiación No Ionizante (ICNIRP) y que fueron adoptadas por nuestra legislación local -vgr. la Resolución 77/98 de la SE- para los límites de exposición aguda y a corto plazo de todos los campos electromagnéticos a fin de prevenir los posibles efectos en la salud. El considerando 13 comienza afirmando “En conclusión, valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 del CPCCN) las constancias de la causa y los informes oficiales de los organismos internacionales especializados a los que se



hizo referencia -cuya reputación y calidad científica son públicamente reconocidas-, resulta probado, con el grado de certeza requerido en esta etapa procesal, los daños en el medio ambiente y, principalmente, en la salud y calidad de vida de los habitantes de la ciudad de Ezpeleta, Partido de Quilmes, generados por la exposición continua y prolongada a los campos electromagnéticos que produce la subestación Sobral y el cableado de alta tensión dispuesto, con un grado de peligro tal que reclama una urgente solución (conf. art. 230 del CPCCN)”.

CAPÍTULO VI EL PROCESO AMBIENTAL. PARTE GENERAL

SUMARIO: 1. Concepto de proceso ambiental. a. Hacia una definición del proceso ambiental. b. Pautas para calificar a un proceso como ambiental.- 2. Proceso ambiental colectivo, individual y mixto.- 3. Elementos que justifican su carácter diferenciado. a. El bien protegido: el ambiente. b. El daño ambiental. c. El Derecho Ambiental. d. El bloque normativo ambiental. e. Litigio complejo, arduo y engorroso. f. Débiles y poderosos. La desigualdad entre las partes.- 4. Características generales del proceso ambiental. a. La importancia de un marco general para el proceso ambiental. b. Descripción del marco general del proceso ambiental

1. Concepto de proceso ambiental

a. Hacia una definición del proceso ambiental

Como primera idea, puede afirmarse que un proceso ambiental es un proceso colectivo, habida cuenta de que la pretensión articulada persigue la tutela de un bien colectivo como es el ambiente. Dentro de esa pretensión pueden alojarse diferentes peticiones, como las que persiguen el cese de un daño ambiental, obtener información ambiental o, para dar sólo dos ejemplos más, una declaración de certeza o de inconstitucionalidad relativa a las temáticas ambientales.

Pero allí no se agota aquello que queda incluido dentro del concepto *proceso ambiental*. Se suman los procesos judiciales en los que se articule un reclamo de reparación individual por daños causados como consecuencia del daño ambiental colectivo. Tales procesos merecen, también, ser definidos como un sub tipo de procesos ambientales.

Tal planteo deriva de una idea básica, a saber: la agresión medioambiental “es capaz de provocar... daños supraindividuales y/o individuales, de afectación patrimonial y extrapatrimonial”¹. De esa forma los procesos articulados sólo por daños particularizados generados a partir de un daño al ambiente no pueden quedar desvinculados de la noción de proceso ambiental, bien que algunas de las características particulares de

¹ GOLDENBERG, ISÍDORO y CAFFERATTA, Néstor, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, p. 72.

este proceso deberán adecuarse y ajustarse en este sub-tipo de proceso ambiental.

Lo que sucede es que el daño ambiental provoca, además de daños que exceden a un individuo, otros que se traducen en agresiones individuales, exclusivas (aunque no sean excluyentes). Son los daños *de rebote* o "par ricochet" como ha dado en llamarlos la doctrina², entendiéndose ese término como los daños individualizados -o individualizables- que sujetos particularizados padecen y sufren como resultado o consecuencia de un daño ambiental. Por tal razón se entiende que esos daños particulares se sufren *de rebote*, "par ricochet".

De hecho, la vinculación entre el daño al ambiente y el que como consecuencia de éste se genera a los seres humanos -que habitan en él- es evidente. Se trata de dos daños que se muestran inescindibles, son partes de un solo fenómeno.

Un ejemplo claro es cuando una industria contamina el aire circundante y ello impacta en todo su entorno, dañando, de rebote, a los habitantes de la zona en que ese daño tiene influencia.

En síntesis, quienes allí habitan padecerán, además del daño colectivo al ambiente, otros daños individuales, como -por ejemplo- a su salud o propiedad.

La unidad entre ambos, la relación directa, permite concluir que ambos son dos partes de un mismo fenómeno, por ello el proceso que se inicie para lograr una indemnización no se halla, en absoluto, desvinculado del daño ambiental, sino todo lo contrario.

Deriva de todo esto que también el proceso que persigue una reparación individualizada por tales sucesos no puede resultar ajeno a aquello que se denomina proceso ambiental.

Por otro lado los seres humanos, desde una visión ecocéntrica -en nada ajena a nuestro orden jurídico- son una parte del ambiente. Consecuentemente el daño individual de una persona concreta ante la agresión medioambiental es también parte del daño ambiental: el ser humano es parte del ambiente, por ende el daño al ambiente perjudica al aire, a los animales, al hombre, a las plantas, al agua, al suelo, etc.

Por todo esto carece de sentido fraccionar tal visión y desunir el daño al ser humano del daño al ambiente, del mismo modo que no podría analizarse el daño al agua o al aire como algo diferente del daño al ambiente.

² En ese sentido BUSTAMENTE ALSINA, *Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 45.

Esto refuerza la conclusión ya expresada en el sentido de que han de quedar incluidos, dentro de los procesos ambientales, aquellos donde se reclama una indemnización individual por los perjuicios sufridos como consecuencia de un daño ambiental, aun cuando ese fuere el único objeto del proceso³.

Para terminar esta primera aproximación al proceso ambiental consideramos apropiado, y como síntesis, citar la definición que brinda CAMPS, quien en una fórmula sencilla lo describe como "aquel por el que se canalizan pretensiones derivadas de la violación de derechos ambientales"⁴. Se trata de un concepto lo suficientemente amplio y abarcativo que incluye la tutela del bien colectivo sin dejar fuera los daños individuales padecidos "par ricochet" en la medida que estos últimos derivan de la violación de los derechos al ambiente sano, equilibrado y apto.

b. Pautas para calificar a un proceso como ambiental

Trataremos, ahora, de identificar los elementos que nos permitan determinar si nos hallamos, o no, ante un proceso ambiental.

A tal fin, entendemos, existen dos pautas a considerar. Estas son: 1. cuál es el daño fuente u origen del conflicto y, 2. cuál ha sido la pretensión articulada.

De tal forma, existirá un proceso ambiental tanto si los hechos que originan el conflicto judicial responden a un daño ambiental como, también, si la pretensión articulada se vincula directamente con un objeto de ese tipo.

Verificado, en el caso concreto, que se configura al menos una de estas condiciones, habrá de concluirse que estamos en presencia de un proceso del tipo ambiental. Una sola es suficiente a tal fin.

Ya se ha desarrollado en un capítulo anterior lo relativo al daño ambiental (donde se remite), razón por la cual aquí sólo resta analizar lo atinente a la pretensión procesal en tanto pauta, igualmente idónea, que permite determinar la existencia de un proceso ambiental.

³ Así, BRUNO DE FAVOT, con un enfoque compatible afirma que "en doctrina se diferencian dos categorías de daños ambientales: a) daños personales que atañen a la salud y a la integridad de las personas, a sus bienes y al ejercicio de sus actividades económicas... y b) daños ecológicos..." (BRUNO DE FAVOT, Adriana, "El derecho de daños en el nuevo milenio", *Revista de Derecho Ambiental*, N° 11, LexisNexis, p. 69.

⁴ CAMPS, "Caducidad de instancia y proceso ambiental", *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, Nro. 9, Enero-Marzo 2007, p. 165.

En ese tema CAMPS ofrece, en un enfoque que se comparte, una interesante y completa clasificación de las pretensiones a las que denomina "ambientales". Las divide en "protectorias del ambiente común" (las que buscan evitar el daño al bien colectivo o, si ya se está desarrollando, persiguen evitar el agravamiento), "reparatorias de daños ambientales" (donde hay una doble vertiente, según se pueda volver o no las cosas al estado originario, generándose las que buscan la recomposición o, si ello no es posible, la indemnización) y, por último, "pretensiones indemnizatorias" (de daños colectivos o individuales) ⁵.

Como síntesis de lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que, enfocando la cuestión desde la pretensión procesal, un proceso ambiental será aquel que persiga alguno -o varios- de estos objetos: evitar, mitigar, hacer cesar o recomponer un daño ambiental, sin que quede excluida la indemnización económica ante la imposibilidad de recomponerse el daño ambiental.

También quedan incluidos aquellos procesos en los que se pretenda obtener información ambiental o lograr la efectiva participación pública ambiental, o una declaración de certeza relativa a una temática ambiental y hasta un pedido de inconstitucionalidad, entre otros.

Se puede observar fácilmente que todas estas pretensiones son colectivas, en tanto defienden, protegen o tutelan el bien ambiente.

Pero además como ya se adelantó, se suman a las pretensiones que dan origen a un proceso ambiental aquellas por las que se reclaman indemnizaciones individuales originadas en un daño ambiental.

Así se coincide con CAMPS quien, como se acaba de ver, subsume estas pretensiones también dentro del proceso ambiental ⁶. Este tema se halla íntimamente ligado al desarrollo que se acomete en el punto siguiente.

Para finalizar conviene aclarar que se han abordado las pautas que determinan la existencia de un proceso colectivo ambiental desde otros enfoques. GALDÓS, por ejemplo, indica que emerge un proceso colectivo en cualquiera de estos supuestos: varios sujetos habilitados para requerir

⁵ CAMPS, "Caducidad de instancia y proceso ambiental", cit., p. 165, quien a renglón seguido organiza esta clasificación de esta manera: A. Pretensiones Protectorias del ambiente común: 1. Pretensiones que buscan evitar el daño colectivo, 2. Pretensiones que buscan evitar el agravamiento del daño colectivo. B. Pretensiones reparatorias de daños ambientales: 1. Pretensiones que buscan la recomposición del ambiente, 2. Pretensiones que buscan la indemnización de los daños, y entre estas últimas, discrimina entre las que buscan indemnizar los daños colectivos de las que buscan indemnizar los daños particulares.

⁶ CAMPS, "Caducidad de instancia y proceso ambiental", cit.

protección jurisdiccional; cuando el bien jurídico tutelado es colectivo, porque es de todos "pero nadie tiene su titularidad exclusiva y excluyente"; cuando los sujetos damnificados, real o potencialmente, se hallan vinculados por idéntica o análoga situación fáctica ⁷.

Este enfoque no se comparte plenamente por cuanto se halla volcado al concepto de legitimación procesal y titularidad, pautas que no son definitivas a la hora de concluir si un proceso determinado es un proceso "ambiental".

2. Proceso ambiental colectivo, individual y mixto

Básicamente existen dos clases de proceso ambiental: uno colectivo o "propio" ⁸ y otro individual o "impropio". Claro que también, al amalgamarse, pueden generar un tercer supuesto: el proceso ambiental "mixto".

Cuando la pretensión quede incluida (y circunscripta) a la tutela del bien ambiente, en cualquiera de sus modalidades (evitar, hacer cesar, mitigar, recomponer) nos hallaremos dentro del que denominamos proceso ambiental colectivo o "propio".

A diferencia de ello, si el objeto del proceso se ciñe al reclamo individual de daños (obviamente los padecidos por causa de un daño al ambiente), el proceso ambiental será individual o "impropio".

Con relación a esta última categoría cabe desde ya advertir que en nada se modifica por el hecho de que los actores sean más de uno (pueden ser muchos, incluso todo un barrio, o todos los habitantes de una zona) ya que cada actor enarbola y persigue una reparación individual. Se trata de un planteo que se circunscribe a los daños padecidos individualmente, aunque tales perjuicios sean iguales o equivalentes a los sufridos por el resto de los miembros de toda una colectividad.

De tal forma el proceso ambiental "propio" será un proceso colectivo ya que tiende a tutelar un bien de ese tipo (ante un daño, o riesgo de daño,

⁷ GALDÓS, Jorge, "Proceso colectivo y daño ambiental", J.A., 1999-IV-1148. Este autor no descarta que en el proceso colectivo puedan sumarse, a las pretensiones coparticipadas por una pluralidad de sujetos, pretensiones individuales diferenciadas.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI denomina "Daño de incidencia colectiva, o ambiental propiamente dicho" al que padece el ambiente para diferenciarlo del individual que padecen sujetos diferenciados (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente [LGA]", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales -Año LI, 2ª Época- Nº 44, p. 6, La Ley, julio 2006).

al ambiente en tanto bien colectivo), mientras que el "impropio" sólo persigue la reparación individualizada que, de rebote, padecen sujetos particulares.

Naturalmente, todo deriva del significado de la expresión "daño ambiental" entendida como fenómeno "ambivalente" como lo consigna BESALÚ PARKINSON quien, seguidamente, explica que tal denominación se debe a que "designa no sólo el daño que recae en patrimonio ambiental que es común a una colectividad sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote *-par ricochet-* a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, sea éste patrimonial o extrapatrimonial"⁹. Con esta posición la autora retoma las enseñanzas de BUSTAMANTE ALSINA quien, como ya se explicó, considera que el daño ambiental tanto incluye el daño al patrimonio ambiental común de una colectividad y el que de rebote (*"par ricochet"*) ocasiona a una persona determinada¹⁰.

Lo interesante de ello es que, a partir de tal idea, el proceso de daños y perjuicios donde se reclama por eso daños padecidos "de rebote" exorbita el tradicional del Derecho Civil pues, al hallarse inescindiblemente unido al daño ambiental. Por tal razón sobre él se expanden las adecuaciones y las redefiniciones del proceso ambiental.

Tal criterio diferenciador entre reclamo colectivo e individual también ha sido receptado por la Corte Federal, que en su sentencia del 20-6-2006 recaída *in re* "Mendoza B y otros c. Pen y otros" ha reservado su jurisdicción¹¹ para los daños estrictamente colectivos, disponiendo que los individuales sean resueltos en las instancias inferiores.

Un típico caso de proceso ambiental colectivo o propio fue "Asociación Civil Ambiente Sur" donde la Corte provincial destacó que "La pretensión no reposa en la afectación de situaciones subjetivas individuales,

⁹ BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 101.

¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, *Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Bs. As. p. 45. MOSSET ITURRASPE indica que el daño ambiental "puede irradiar sobre la persona y su patrimonio", en *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 78. También lo considera ambivalente, en el sentido aludido, entre otros BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, LexisNexis, Bs. As., 2005, p. 97, quien también lo denomina "bifronte" aunque si bien parece usar también este término para determinar su carácter, a la vez, patrimonial y extrapatrimonial también lo utiliza para recordar que la más moderna doctrina así lo define porque "con una cara mira hacia la persona humana y la otra enfrenta al resto de los seres vivos y a los que vendrán", p. 107.

¹¹ Competencia originaria.

sino en el derecho a un ambiente sano (arts. 28 y 20 inc. 2 Const. prov.) que el cuestionado emprendimiento de la demandada conculcaría ilegítimamente"¹².

Pero más allá de todo eso en el proceso colectivo ambiental aparece la unidad en la diferencia ya que no es extraño que lo individual opere como motor de lo colectivo, en tanto "más allá del interés individual que muchas veces impulsa el proceso colectivo, que puede que tenga cierto grado de singularidad o diferenciación que el resto, no debemos olvidarnos de que se funda inescindiblemente, de manera indivisible, a un derecho de incidencia colectiva o *compartido con otros o igual al de otros*"¹³.

Donde tal unidad se advierte claramente es en la tercera categoría ya anticipada, denominada "mixta". Ella aparece cuando a la pretensión de protección ambiental (colectiva) se suma, en el mismo proceso, el reclamo individual de daños sufridos por cada actor como consecuencia del daño ambiental cuyo cese, mitigación o recomposición¹⁴ se persigue en la misma acción¹⁵.

Como claro ejemplo de ello se puede recordar el caso "Almada c. Copetro" donde la pretensión era doble: cese del daño ambiental y reparación de los daños individuales sufridos por los actores.

Y allí la Corte provincial entendió que "la categoría de los derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno

¹² SCBA "Asociación Civil Ambiente Sur v. Municipalidad de Avellaneda", 19-03-2003, SJA 5-5-2004.

¹³ MORELLO AUGUSTO y CAFFERATTA, Néstor, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 103, quienes seguidamente afirman "es que los derechos difusos, pluriindividuales, impersonales, transindividuales, colectivos, supraindividuales...de incidencia colectiva, poseen un alma pública y un cuerpo privado...que extiende el campo de la protección pública".

¹⁴ Sobre recomposición ambiental puede consultarse el fallo de la Cámara Nacional Civil Sala H en la causa "Subterráneos de Buenos Aires SE c/Shell y otros", J.A., 1999-IV-309. También Cám. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3-10-03, "Barragán José c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Autopistas Urbanas SA"; véase el artículo relativo a este fallo de ESAIN, José, "Ruidos molestos generados por el tránsito en una autopista. Ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva", LL ejemplar del 19-5-2004, también CAFFERATTA, Néstor, "Contaminación ambiental por ruido excesivo en autopistas", en DJ año XX Nro. 21, 2004-2-250.

¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI expresa "creo posible que en el mismo expediente se resuelva la indemnización del daño particular, cuyo destinatario es el afectado-actor, y la recomposición del daño colectivo" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente [LGA]", cit.).

nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales. Ahora bien, en cuanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivadas de la contaminación ambiental (aun no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de la responsabilidad civil del agente, en cuanto confluían los presupuestos generales del derecho de daños”¹⁶.

Entonces, el daño individual no se halla, a criterio de la Corte provincial, escindido de la categoría del daño ambiental que lo origina. Por el contrario, daño ambiental colectivo y su daño individual derivado forman una unidad, son parte de un mismo fenómeno¹⁷.

En los procesos ambientales “mixtos” se conjugan dos características: primero, la causa-fuente del proceso es un daño ambiental y segundo, la pretensión articulada es doble: por un lado la tutela del ambiente, en cualquiera de sus variantes, y por otro el reclamo de daños y perjuicios individuales de cada actor particular. Situación nada extraña en la práctica ya que “estos procesos albergan con frecuencia dos pretensiones en juego: 1) la supraindividual, difusa, colectiva, grupal; 2) la individual diferenciada, personal”¹⁸.

Como se analizará seguidamente, pero es preciso desde ya anticipar, “los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico-tradicional del proceso de dos partes”¹⁹.

La intensidad de tal acomodamiento procesal será diversa según la clase de proceso ambiental. Sin duda se hallará morigerada en un proceso ambiental “impropio” o individual mientras que operará con toda su fuerza en el “propio” o colectivo.

16 SCBA, Ac. 60.094, 19-5-98, “Almada c. Copetro”.

17 GALDÓS, al comentar la jurisprudencia de la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso recién indicado, destaca “la postura que reconoce que un mismo hecho lesivo puede generar, simultánea y concurrentemente, daños individuales y colectivos, conculcando no sólo intereses patrimoniales o materiales sino también extrapatrimoniales o morales” y agrega “Los daños colectivos -sea que afecten un bien público o común, o intereses coparticipados, insusceptibles de apropiación o ejercicio individual o exclusivo- tienen aptitud generadora de las dos clases de perjuicios: material o moral” (GALDÓS, Jorge Mario, “Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copetro”, La Ley 1999-C, 1129).

18 MORELLO Augusto y CAFFERATTA, Néstor, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., p. 102.

19 MORELLO Augusto y CAFFERATTA, Néstor, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., p. 91.

Como cuando la pretensión se circunscribe a reclamar daños y perjuicios que tengan como causa un daño al ambiente nos hallamos ante un proceso ambiental impropio, las particularidades del proceso ambiental habrán de operar mientras sean compatibles con lo más limitado de la pretensión.

Esta cuestión adquiere algo más de complejidad cuando se contrasta el proceso ambiental “mixto” con la categoría de proceso colectivo “propio”, pues aquí se suma a una pretensión colectiva otra individual, en el mismo proceso.

Por la regla de que lo accesorio sigue a lo principal sin duda la preeminencia de la tutela del bien colectivo arrastra al reclamo individual y acerca éste a un proceso ambiental propio, al punto de prácticamente equipararlo.

Como consecuencia el reclamo individual se verá procesalmente redefinido con mayor intensidad si se lo compara con el del proceso ambiental “impropio”, pues la pretensión colectiva irradiará sus modificaciones, ajustes e innovaciones al pedido individual.

KEMELMAJER DE CARLUCCI²⁰ también plantea la diferencia entre los daños colectivos o de incidencia colectiva de los individuales y, a partir de tal distinción aborda otra cuestión de importancia que merece ser tratada en este punto.

Para la autora “Esta delimitación es muy importante porque: Si el daño es de la primera categoría y el restablecimiento no es posible, la indemnización sustitutiva se destina al Fondo de Compensación Ambiental, cuyo objetivo final es garantizar la calidad ambiental (art. 34). En cambio, si es de la segunda, esa indemnización tiene por destino final el patrimonio de cada uno de los dañados, quienes pueden usar esa indemnización sin afectación alguna. La legitimación para reclamar no sería la misma en ambos tipos de daños”.

Llegados a este punto aparece un interrogante de crucial importancia: ¿Se aplica la LGA a los daños individuales? y de responder afirmativamente, ¿en qué medida?

20 Aunque realiza una diferencia entre lo que denomina el “daño de rebote o repercusión (par ricochet)” y el que llama “típicamente individual” lo cierto es que acepta una lesión a sujetos o titulares perfectamente delimitados que provienen de un daño al ambiente. KEMELMAJER DE CARLUCCI denomina “Daño de incidencia colectiva, o ambiental propiamente dicho” al que padece el ambiente para diferenciarlo del individual que padecen sujetos diferenciados (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente [LGA]”, cit.).

A nuestro juicio, y como entiende una parte minoritaria de la doctrina la respuesta ha de ser afirmativa, aún cuando se interprete que la aplicación de la LGA a supuestos de daños individuales derivados de daño al ambiente deba ser hecha con matices²¹. Otra parte de la doctrina no acepta este criterio²². La postura de KEMELMAJER DE CARLUCCI no parece quedar definitivamente ubicada en ninguna de estas posiciones doctrinarias.

Esta autora luego de expresar que "Para la mayoría de la doctrina, el daño individual, el que se liquida a favor de la persona dañada, se rige, en principio, por los arts. 2618 y 1113 del código civil", agrega: "Lo expuesto no significa que estos daños individuales, especialmente si afectan la salud humana, no estén sustancialmente 'contaminados' por los nuevos principios que informan el derecho ambiental"²³.

Aunque consideremos que no sólo los principios ambientales se expanden de la LGA a los supuestos de daños individuales, la posición de esta prestigiosa autora, al igual que la de los que aceptan la aplicación de la LGA, permite concluir que, cuanto menos, no existe identidad entre el proceso civil tradicional y el proceso ambiental "impropio", sino una diferencia cualitativa importante, es decir: circunscrito a daños individuales sufridos por un daño ambiental. Así este último también recibirá el impacto del ambientalismo que se describe más adelante.

De hecho como expresa TARUFFO "no es casualidad que los sistemas tradicionales del proceso civil entren en crisis, o al menos encuentren notables dificultades de funcionamiento, cuando la situación controvertida es multipolar en lugar de bipolar o bien cuando el número de los sujetos

21 En esta posición que se comparte, CAFFERATTA sostiene que la Ley General del Ambiente debe aplicarse con "criterio flexible...en todo aquello que se adapte a la individualidad del daño, o guarde analogía de situación, mas cuando el hecho tiene causa común" (CAFFERATTA, Néstor, "La Ley 25.675 es aplicable a todos los casos de daño ambiental", LexisNexis Buenos Aires, Nº 6, diciembre 2006, p. 689); por su parte LAGO discrimina los artículos que no podrían, según su criterio, tener aplicación al daño individual derivado del daño ambiental, como el artículo 30, y concluye que "es necesario matizar la adhesión a la aplicación de la LGA al daño individual" (LAGO, Daniel, "La aplicación de la ley 25.675 a los juicios por daños individuales derivados de la contaminación", RDAMB LexisNexis, Nro. 8, oct-dic 2006, p. 119 y sgts.).

22 PASTORINO, Leonardo F., *El daño al ambiente*, p. 154, LexisNexis, 2005. Ídem, "El daño ambiental en la Ley 25675", J.A., 2004-II, fsc. 11, p. 10.- VALLS, Mario F., "La ley 25.675, una miscelánea de medidas protectoras del ambiente", J.A., 2003-III-1294.- BESALÚ PARKINSON, AUTORA V., *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 174, Hammurabí, 2005.

23 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo...", artículo ya citado.

interesados supera las pocas unidades"²⁴. Como éste es el supuesto que genera un daño ambiental que impacta "*par ricochet*", la crisis a la que hace referencia TARUFFO puede ser superada con la aplicación, para los casos ambientales, de las normas de la LGA.

Por otra parte, resulta claro que en lo que respecta a los procesos ambientales propios o colectivos que se articulen en función de un daño al bien colectivo ambiente éstos quedan regidos por la ley general del ambiente 25.675. En efecto, el art. 27 primera parte de ese ordenamiento dispone: "El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen *daño ambiental de incidencia colectiva*"²⁵.

Ciertamente esto no significa que otras normas no puedan operar en este tipo de daños colectivos, si ello fuera necesario. Lo que ocurre es que tales preceptos habrán de ser re-interpretados, *aggiornados* y aplicados con una dinámica, y dentro de una ponderación diferente, como se explicará, pues los derechos en juego (a la salud, a la vida, derechos humanos y derecho de incidencia colectiva), que deben primar por sobre los derechos subjetivos individuales²⁶, y el proceso judicial no es ajeno a esa exigencia.

3. Elementos que justifican su carácter diferenciado

Además de la LGA, varios elementos son los que fundamentan que el proceso ambiental sea tratado como un proceso cualitativamente diferente, que rebasa y rompe los parámetros tradicionales del proceso y exige una reingeniería procesal²⁷ permanente.

Entre tales elementos que poseen tal virtualidad se destacan: la particularidad del bien protegido y del Derecho Ambiental, la operatividad de los PMA, la especialidad del daño. Se suman el carácter "complejo" o "engorroso" del proceso ambiental y las tensiones de fuerzas muy diferentes que lo habitan.

El resultado será un proceso nuevo y distinto que, tanto como plantea la transformación del tradicional exige que se ajusten sus métodos, institutos y formas.

24 TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2005, p. 150.

25 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo..." cit.

26 Ver en este sentido VÁZQUEZ VILLAR, "Medidas Cautelares en Procesos Ambientales" Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, nro. 8, p. 17.

27 El término se toma de Sosa, Toribio Enrique, *Reingeniería procesal*, Platense, 2005.

Un rápido análisis de los elementos recién enumerados sucintamente, permitirá diseñar la base del desarrollo ulterior que persigue definir las pautas generales que rigen este proceso.

a. El bien protegido: el ambiente

El ambiente reviste características peculiares, está formado por componentes naturales y sociales, tanto por cosas y bienes como por relaciones e interrelaciones, generalmente los efectos son causas y las causas efectos, pertenece a todos y a nadie, incluye al hombre pero éste, a su vez, lo modifica. El conocimiento que de él tenemos es limitado y en continuo cambio, en incesante evolución: existe una fuerte limitación para conocer los efectos a mediano y largo plazo, la mayoría se desconocen, muchos son impensables en la actualidad, hasta son difíciles de determinar los efectos a corto plazo; la incertidumbre forma parte de su comprensión y su degradación suele ser grave e irreversible. Tales características obligan a una adecuación del proceso judicial.

En sentido análogo, en este expediente viene al caso recordar que “el medio ambiente sano no es un fruto del desarrollo social sino un prius para su existencia, es un derecho vinculado a la propia vida humana.... El ambiente sano precede, lógicamente, al propio derecho: sin medio ambiente adecuado no hay hombre, ni sociedad, ni derecho. Por tanto, cuando se jurídicamente su protección se produce en dos sentidos. Por un lado, se le reconoce como derecho humano fundamental sin perder el carácter de principio o standard; y, por otro lado, se le encomienda a los poderes públicos -y agregamos, a los particulares-, parte de cuyos instrumentos son las leyes, su conservación y tutela. El derecho al ambiente es un derecho humano, que engloba además la técnica jurídica legisferante para su reconocimiento y reactualización constante en cada caso”²⁸.

Paralelamente la Corte provincial en la causa “Ancore” entendió que “Las leyes ecológicas, ni se promulgan ni se derogan, simplemente se descubren y se acatan. Ello coloca necesariamente al Derecho -a todos los Derechos, dada la universalidad del fenómeno- en una posición de dependencia respecto de la Ecología”²⁹.

28 LLORET, Juan S., “Hasta y desde un derecho humano al ambiente sano”, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, abril/junio 2006, pp. 149-150.

29 Sup. Corte Bs. As., 19-02-2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, voto del Dr. HITTERS, J.A., 2002-IV-392, citando al autor español Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA “Actividades clasificadas y protección del medio ambiente”, enero-abril 1981, Revista de la Administración Pública, n. 94, Madrid, p. 93.

Se infiere que la tutela procesal de un bien con tales características implicará una mutación profunda del proceso clásico.

b. El daño ambiental

Como ya se trató en el Capítulo V este daño es no común, diferente. Se trata de un daño sin límites temporales ni espaciales -expansivo-, con efectos colectivos e individuales, donde quienes no han nacido cuentan tanto como las generaciones actuales, sólo para indicar algunas de sus notas diferenciadoras.

En síntesis: “es fácil darse cuenta de la incapacidad de nuestra técnica actual para resolver temas como los ambientales”³⁰.

Esto trae aparejado una obligada reestructuración del proceso judicial que lo tiene en su centro por resultar indiscutible “la incidencia que las peculiaridades del daño al ambiente ejercen sobre los principios y las normas de derecho procesal”³¹.

c. El Derecho Ambiental

Como punto de partida conviene recordar que el derecho al ambiente es un derecho humano y “la verdadera garantía de los derechos humanos consiste precisamente en su protección procesal a los fines de hacerlos efectivos”³².

Además, a lo hasta aquí expuesto, se agrega que el Derecho Ambiental, como novísima disciplina jurídica, es un desafío para sus operadores, porque cambia las hipótesis de trabajo, y por lo tanto, es herético, mutante, descodificante³³, contestatario³⁴, en síntesis “el derecho ambiental opera

30 HUTCHINSON, Tomás, “Breve análisis de la responsabilidad concurrente de las distintas administraciones en cuestiones ambientales” Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, nro. 8, p. 115.

31 CAMPS, Carlos, “Particularidades del proceso civil por daño ambiental”, J.A., 1998-IV-959.

32 LORENZETTI, Ricardo L., “La tutela civil inhibitoria”, La Ley, 1995-C, 1217.

33 LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, p. 483, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995. También véase GOLDENBERG, Isidoro H.-CAFFERATA, Néstor A., *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, p. 25, 2001.

34 BENJAMÍN, Antonio H., “¿Derechos de la naturaleza?”, p. 32, en obra colectiva *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, homenaje al profesor doctor Roberto M. LÓPEZ CABANA, Abeledo-Perrot, 2001. MORELLO-CAFFERATA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 22.

en su plenitud, con reglas propias, principios propios, y hasta métodos propios”³⁵, y “va muchas veces a contrapelo de las reglas clásicas”³⁶; reglas clásicas que, por todo ello, se resquebrajan, se muestran obsoletas. Por eso BIBILONI expresa que “el derecho ambiental ha producido una fuerte conmoción cuasi-revolucionaria en la dogmática jurídica”³⁷.

Agréguese que “los nuevos derechos (como el ambiental) no son sólo un complemento a una lista incompleta de derechos humanos. Implican una concepción diferente y una manera diferente de resolver problemas”³⁸.

Paralelamente, se arriba a igual conclusión apenas se recuerda que se trata de un Derecho “transversal”³⁹, es decir: penetra las mas variadas

35 CAFFERATTA, “Los derechos de incidencia colectiva”, Suplemento La Ley-Administrativo, del 16 de febrero de 2005, p. 9.

36 CAFFERATTA, Néstor, “La defensa del patrimonio histórico-cultural. El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente”, J.A., 2004-III-306.

37 BIBILONI, Homero, *Ambiente y política*, RAP, 2008, p. 123.

38 Como sostiene FELGUERAS, *Derechos humanos y medio ambiente*, Ad-Hoc Bs. As., 1996, p. 44.

39 CAFFERATTA define la temática del medio ambiente como “transversal, se solapa y penetra en todas las disciplinas” (“Adecuación de la legislación ambiental de la Provincia de Buenos Aires a las leyes de presupuestos mínimos ambientales” RAP-Provincia de Buenos Aires, Diciembre de 2003, Año I, Nro. 9). GOLDENBERG-CAFFERATTA definen al Derecho Ambiental como “horizontal” en el sentido “que atraviesa y penetra en diversas ramas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado” (véase su libro *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, p. 21). Por su parte Ricardo LORENZETTI define el Derecho Ambiental como “herético” y “descodificante” (en su obra *Las normas fundamentales del derecho privado*, p. 483) afirmando seguidamente que convoca a todas las ciencias “exigiéndoles un vestido nuevo” y luego remarca que “esta convocatoria en el ámbito del derecho es “amplia” pues “abarca lo público y lo privado, lo penal, lo civil, lo administrativo y lo procesal...con la condición que se adopten nuevas características”, por su parte Rafael VALENZUELA FUENZALIDE en su artículo “Hacia un concepto de Derecho Ambiental” (Publicado en AyRN, Vol. III, N° 2, p. 119, Abril- Junio 1986), destaca que la doctrina europea considera el Derecho Ambiental como un Derecho horizontal, que penetra y solapa todas las disciplinas clásicas del Derecho. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, en su *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot, 1995, p. 51, lo define como Derecho de “carácter horizontal” y agrega que “Es así que esta nueva rama del Derecho alcanza las diferentes ramas clásicas del derecho público internacional y del derecho público interno” para terminar agregando que “el derecho privado está también comprometido” de esta manera nos parece que dicho autor denomina “horizontal” lo que nosotros hemos preferido llamar “transversal”; Martín R. MATEO, en su obra *Derecho Ambiental*, 1997, p. 88, afirma que “el carácter fundamentalmente público del Derecho Ambiental no excluye, sin embargo, el concurso del ordenamiento privado”; Carlos BOTASSI, en su libro *Derecho Administrativo Ambiental*, p. 92, Platense, 1998, destaca que “El Derecho Ambiental aspira a regular la problemática ambiental

cuestiones del Derecho, tanto público como privado y que, por otro lado -tal vez como contrapartida-, carece de autonomía, es decir, no ha alcanzado a conformar una rama autónoma del Derecho pero, “dada la vis expansiva que esta disciplina posee por imperio del principio de integración, llega a otras disciplinas que tienen relación con él, y, a partir de ello, modifica varias de las realidades que en esos órdenes jurídicos se daban como paradigmas. En consecuencia, hoy nos encontramos con una modificación de los parámetros clásicos en diferentes disciplinas jurídicas”⁴⁰.

A su vez, se trata de un Derecho que, como bien destaca LORENZETTI, convoca a todas las ciencias “a una nueva fiesta, exigiéndole un nuevo vestido”⁴¹. Un Derecho “ eminentemente evolutivo que nos permite crear e imaginar”⁴² es “algo que estamos creando, algo que se está desarrollando, es una cosa en permanente mutación”⁴³. Consecuentemente se trata de una disciplina jurídica, también en lo procesal, en “pleno desarrollo y evolución”⁴⁴.

Dicho de la manera más simple: las características del Derecho Ambiental imponen una profunda mutación del derecho procesal como de práctica judicial para alinear los procedimientos judiciales con este nuevo y diferente Derecho.

en su totalidad, en forma sistemática y comprensiva de todos los elementos que componen el ecosistema humano. Este enfoque pretende incidir en la conducta de los Estados y de los individuos en defensa del hábitat en general prescindiendo de las consideraciones aisladas de sus elementos”.

40 José ESAÏN, “El Derecho Agrario Ambiental aplicado a la cuestión de los feed lots”, J.A., 2002-IV-407. Como aclara el autor, este principio de integración implica “en Derecho Ambiental reconocer que muchas de las demás políticas sectoriales tienen también repercusiones ambientales, y constituyen sin duda un factor retardatario de ésta. Por ello se debe pensar, cuando se habla de Derecho Ambiental, en una disciplina que se esparce e integra en todas las demás ramas específicas. Para ubicar el principio de integración dentro de nuestra Constitución Nacional, debemos atender al segundo párrafo del art. 41”.

41 LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, p. 483.

42 ASTORGA-VALENZUELA, *Memoria del Seminario Nacional de Derecho Ambiental*, CEPAL-Fundación Ebert, 1993, citado por JULIA, Marta S., “Algunas Estrategias en la construcción de un nuevo esquema jurídico ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, nro. 8, p. 26.

43 ASTORGA-VALENZUELA, *Memoria citada*.

44 ANDORNO, “Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico”, J.A., 2001-I-1068.

d. *El bloque normativo ambiental*

Íntimamente relacionado con lo anterior aparece el bloque normativo ambiental que tiene, en las normas constitucionales nacionales (art. 41 y 43) y provinciales, las previsiones legales de mayor jerarquía⁴⁵.

Esas normas adquieren en el tema una importancia particular apenas se recuerda que hoy se acepta la existencia de un Derecho Procesal Constitucional⁴⁶, que incide con intensidad acentuada en los procesos que involucran al ambiente.

Tal enfoque se inscribe en lo que el autor español Joan i JUNOY define como la "constitucionalización de las garantías procesales" que "ha venido a asegurar -por vía de los textos constitucionales- un mínimo de garantías a favor de las partes" con el fin de "evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías"⁴⁷.

Como resultado, el Derecho Procesal Ambiental presenta un perfil propio al receptor las "particularidades de las pretensiones de fondo del derecho ambiental, moldeadas básicamente por el derecho constitucional y, a partir de esos textos supraleales, por las demás fuentes formales del derecho: leyes, decretos, doctrina, y jurisprudencia específica"⁴⁸.

El fundamento de esto es doble: 1. por un lado el Proceso ambiental se diseña y conforma con las normas de la Constitución Nacional y local; 2. por el otro, todo su desarrollo debe responder a una finalidad: el logro de los objetivos de ese marco constitucional⁴⁹.

45 Complementadas por la vía del otorgamiento de "jerarquía constitucional" a varios instrumentos internacionales (art. 75 inc. 22 párr. 2 de la Constitución Nacional).

46 En ese sentido GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; SAGÜÉS, Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, 1991. Así se pone de relieve, entre otros aspectos, este fenómeno de jerarquización en las fuentes del Derecho Procesal.

47 Joan i JUNOY "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado" en Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación, Nro. 4 Enero-Febrero 2007, ERREPART, p. 503.

48 CAMPS, Carlos, "Derecho Procesal Ambiental: eficacia de la sentencia y cuestiones novedosas relativas a la legitimación", *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, nro. 8, p. 261.

49 Como ya se recordara, LORENZETTI señala que "En el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el art. 41 y consta de los siguientes elementos: el derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras. Además, se indica que las autoridades proveerán a la protección del derecho al ambiente sano, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educa-

Es concretar lo que señala LORENZETTI al analizar el artículo 41 de la Constitución Nacional, cuando afirma que esa norma se halla conformada por "datos normativos" que conforman un "núcleo duro de normas" que establecen "un objetivo ambientalista" que "permiten la subjetivización en materia de acciones"⁵⁰.

En ese sentido proponemos recordar que el artículo 41 de la Constitución Nacional "trata de establecer un contenido permanente e invariable, ajeno a los vaivenes legislativos"⁵¹ al punto que, como destacan QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA: "estos derechos ambientales operan como matriz para todos los demás derechos fundamentales debiendo orientar todas las formas de actuación de los poderes públicos y de los particulares"⁵².

Incluso cabe recordar que el artículo 41 de la Constitución Nacional no es una fórmula meramente declarativa, carente de efectos en el plano de la realidad jurídica pues "su eficacia opera y se proyecta desde diversos ángulos al centro de la problemática jurídica en cuanto: a) Informa el ordenamiento jurídico al cual penetra como factor determinante en materia interpretativa respecto de la legislación, reglamentos y actos administrativos; b) su violación habilita la impugnación de aquellas leyes o actos de la Administración (de contenido general o individual) que cercenen el derecho al ambiente sano, equilibrado, etcétera";⁵³ de tal forma que esa norma constitucional "se convierte en verdadera pauta interpretativa de indudable jerarquía constitucional para desentrañar el sentido de la propia Constitución en cualquiera de sus partes como su proyección sobre todo el derecho infraconstitucional"⁵⁴. Así el artículo 41 de la CN irradia su fuerza expansiva al Derecho Procesal estructurando un proceso ambiental.

Nos hallamos, entonces, ante un proceso definido por normas constitucionales. Al punto que este Derecho supra-legal no sólo fundamenta acciones, sino que también delinea sus contornos, activa sus particularida-

ción ambientales. Estos datos normativos conforman un núcleo duro de normas que establecen un objetivo ambientalista y límites a la actuación social y a la producción jurídica" y concluye afirmando que "Ellos constituyen normas jurídicas, que tienen funciones delimitadoras y que permiten la subjetivización en materia de acciones" (LORENZETTI, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", *La Ley* 1997-E, 1463).

50 LORENZETTI, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", cit.

51 GAMBIER, Beltrán y LAGO, Daniel, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", ED 163-727.

52 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, p. 298.

53 CASSAGNE, Juan C., "El daño ambiental colectivo", *La Ley*, 14-09-2004, 1.

54 QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, ob. y loc. cit.

des, opera las diferencias con los restantes procesos y trastoca el abordaje de los institutos y de las circunstancias en juego. Todo en pos del logro tempestivo, efectivo y correcto de los fines que establece el bloque de constitucionalidad ambiental.

En sentido análogo otras normas infra constitucionales también forman este bloque normativo ambiental, como las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y demás leyes ambientales, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal.

Cabe desde ya advertir que la LGA en varios de sus artículos colabora fuertemente en el diseño del proceso ambiental, circunstancia que se mencionará, puntualmente, en el próximo capítulo, donde se hace referencia a supuestos concretos.

Así, en esa confluencia de normas supra legales e infra-constitucionales, se forma (se une y amalgama) aquello que termina resultando el *bloque normativo ambiental*.

Transitar estos caminos nos lleva a situarnos, necesariamente, en el paradigma ambiental.

LORENZETTI⁵⁵ explica que “se puede advertir un paradigma ambiental. Se trata de un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio que se vincula con la interacción, con los enfoques holísticos”.

El paradigma ambiental surge del bloque normativo ambiental pero lo supera, en tanto resulta ser una forma de pensamiento, análisis, enfoque y decisión con finalidad protectoria. Una articulación, interpretación y abordaje con un fin: optimizar la tutela real y efectiva del ambiente. Esto también conduce y refuerza la modificación del proceso judicial clásico.

A su vez el paradigma ambiental (tanto como el bloque normativo ambiental) incluye la idea del desarrollo sustentable como la finalidad de proteger a las generaciones futuras en sus derechos ambientales.

En este sentido cabe recordar que la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la conferencia de las Naciones Unidas, mas conocida como ECO-92 en su principio 3 determinó “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

Expresa BIDART CAMPOS⁵⁶ que el desarrollo sostenible o sustentable “configura un tipo o modelo de desarrollo duradero que haga posible la

55 LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, p. 487.

56 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, p. 85, Ediar, 2002.

Ver nota 57 en pág. sig.

vida de los seres humanos, de la fauna, y de la flora en nuestro planeta Tierra, todo ello enmarcado en el entorno ambiental que hace las veces de un hábitat. Para que así sea resulta imprescindible que las políticas de desarrollo en y para cada presente tomen muy en cuenta también el futuro, porque la perturbación o el daño ambientales no siempre son inmediatos, sino que pueden producirse tardíamente si ya, desde ahora, no se adoptan las precauciones necesarias”.

Llegamos así al otro punto de contacto con el proceso judicial en la medida que la exigencia de incluir la tutela de las generaciones futuras decanta en “una nueva filosofía ante nuevos daños...porfía por tutelar el interés general asegurado, no sólo para nosotros sino para las generaciones futuras”⁵⁸.

Se concluye, necesariamente, en el doble rol que cumple la tutela del ambiente de las generaciones futuras, por un lado juega como concreta y particular protección de los derechos de “los que vendrán” pero también, por el otro opera como parámetro de análisis para definir el concepto del derecho al ambiente, de la necesidad de su efectiva tutela y, consecuentemente, en lo que respecta al tema del proceso ambiental, incidirá decididamente en el alcance, forma y mecánica procesal de esa tutela.

¿Esta decisión afectará o podrá afectar a las generaciones futuras con prescindencia de las actuales? es la pregunta obligada ante cada decisión en un proceso ambiental y, según cuál sea la respuesta, podrá determinarse si las formas, las prácticas, las estrategias, y las mecánicas procedimentales son o no las correctas; si las decisiones son justas o no lo son.

En concreto: el bloque ambiental y el paradigma ambiental tendrán un peso fundamental a la hora de definir la impronta que adquiera el proceso, no sólo al momento de decidir el contenido de las resoluciones que se adopten sino también al interpretar, aplicar y articular los institutos y normas procesales en cada uno de los pasos y trámites del proceso. De otra manera apenas será una especie de hinchado y grandilocuente inútil, sin esencia, pura forma, gesto e ilusión. Porque el proceso ambiental si no es efectivo y eficaz no es un proceso ambiental, es un entretenimiento jurídico, meramente simbólico.

57 Quien considera que el art. 41 es, en algunos de sus aspectos, equiparable a la formula con que la Comisión Mundial sobre medio Ambiente y Desarrollo ha definido al desarrollo sustentable, que hemos referido, op. cit., p. 85.

58 MORELLO, Augusto, “Los daños al ambiente y el derecho procesal”, J.A., 1997-I-281.

e. *Litigio complejo, arduo y engorroso*

El proceso ambiental es arduo, engorroso⁵⁹ y complejo. Por esto necesita ser abordado de otra manera, sutil y vigorosa a la vez, donde la perspicacia y sagacidad del juzgador juegan un papel imprescindible⁶⁰.

Y en los procesos denominados "complejos" se impone, como explica MORELLO "su adecuación y el afinamiento de cargas, deberes y poderes específicos...(una) adaptación del continente a las peculiaridades del objeto a dilucidar" y agrega que el proceso complejo "no puede alojarse ni ser abastecido con comodidad funcional dentro de los parámetros estereotipados que diagraman los procesos simples, seriados, reiterativos"⁶¹. Esto define también al proceso ambiental y nos lleva a recordar que SABSAY destaca que la materia ambiental merece ser estudiada "muchas veces dejando de lado para la elaboración de reglas, a las del derecho clásico"⁶².

La complejidad, lo arduo y engorroso que todo proceso ambiental conlleva impone, así, la necesidad de rediseñar el proceso clásico.

f. *Débiles y poderosos. La desigualdad entre las partes*

Otra característica que normalmente acaece en todo proceso ambiental es el desequilibrio entre las partes en conflicto: débiles por un lado y poderosos por el otro. Así se da en casi todos los casos ambientales.

Esta característica de las contiendas ambientales han llevado al tratadista MARTÍN MATEO a subrayar la "situación especialmente desfavorecida" en que se encuentran las partes como demandantes "en cuanto les resulta

59 GOLDENBERG y CAFFERATTA sostienen que los ambientales son "litigios engorrosos" (*Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal*, cit., pp. 74 y 75).

60 Como afirma CAFFERATTA estos casos (de derechos de incidencia colectiva -entre los que incluye los derechos ambientales-): "exigen, demandan, flexibilizar normas procesales, y realizar un trabajo de interpretación, valoración, aplicación de la norma, muy fino, profundo, sensible, sutil, sagaz", tal como lo ha entendido la jurisprudencia (CAFFERATTA, "Los derechos de incidencia colectiva", Suplemento La Ley-Administrativo, del 16 de febrero de 2005, p. 11, quien cita como jurisprudencia el memorable y excelente fallo de la Cámara Civil y Comercial de La Plata, Sala 2ª, 27/04/93, *in re* "Pinini de Pérez c/Copetro SA", J.A., 1993-III-368, con notas aprobatorias de MORELLO, Augusto M. y GHERSI, Carlos).

61 MORELLO, Augusto Mario, *Dificultades de la prueba en procesos complejos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2004, p. 48.

62 SABSAY, Daniel, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo", LL, 2006-D-283.

técnicamente muy difícil y económicamente muy costoso el poder llevar adelante una demanda sobre la base de la defensa del ambiente" mientras "ya se trate de la Administración o de las empresas, los demandados tienen a su alcance medios técnicos y económicos singularmente poderosos"⁶³.

Son débiles, o desfavorecidos, los simples habitantes que pretenden la tutela del ambiente o la indemnización de los daños sufridos "*par ricochet*" del daño ambiental colectivo; carecen de conocimientos técnicos, de medios económicos, de infraestructura, no tienen generalmente la debida información⁶⁴ (o la capacidad para comprenderla cabalmente), ni los recursos económicos suficientes para llevar adelante la defensa del bien colectivo.

En las antípodas, por lo general, la otra parte será fuerte o poderosa, provocándose una tensión desigual de fuerzas. Normalmente el daño ambiental lo provocan sujetos con poderío económico, muchas empresas transnacionales, con recursos humanos y equipos técnicos, infraestructura, personal a sueldo (abogados, empleados, técnicos, etc.), sin olvidar la posibilidad de *lobby* o los *contactos*, entre muchas otras ventajas.

Por eso se entiende que "En materia ambiental...en casi todos los casos la relación procesal que se entabla es asimétrica desde el comienzo, con una parte actora económicamente débil y de escasos recursos, titularizada comúnmente por uno o más afectados, o alguna organización intermedia, que suelen ser entidades de bajos recursos porque no llevan fines de lucro. El enfrentamiento será con una parte demandada mucho más poderosa"⁶⁵.

Tal asimetría es, por lo normal, grosera, enorme, en muchos casos hasta brutal: piénsese solamente en que muchos casos ambientales que se comentan en este capítulo, como en otros, enfrentan a jubilados, maestras, empleados contra empresas transnacionales.

Por otro lado resulta indudable que "El proceso, debe ser relacionando con la situación contextual, y si no la modifica, se distorsiona el resultado definitivo perseguido", como sostiene LORENZETTI quien agrega que tales cambios necesarios "no serían posibles sin una enorme mutación del derecho procesal"⁶⁶.

63 MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 1991, Vol I, p. 178, citado por BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, cit., p. 302.

64 El logro de información muchas veces obliga a los simples vecinos a planteos judiciales contra grandes empresas. Un ejemplo de ello puede encontrarse en un muy elogiado fallo de la Cámara Federal de La Plata. Cám Fed. Sala III de La Plata, "Mazzeo C. YPF SA s/incidente de medida cautelar", J.A., 24-9-2003, III fascículo, nro. 13.

65 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, cit., p. 336.

66 LORENZETTI, Ricardo L., "La tutela civil inhibitoria", La Ley, 1995-C, 1217.

Derivado de ello cabe concluir que “la existencia de poderosos por un lado y de débiles por el otro debe ser captada por el Derecho que tendrá como misión borrar las desigualdades entre los hombres”⁶⁷, faena que en la temática procesal adquiere una importancia impostergable. Así se hace necesario que el Derecho proteja a los más débiles⁶⁸, también procesalmente.

Juega además en el proceso ambiental el principio *favor debilis*, que adquiere en las causas ambientales una importancia especial en la medida que se concreta, y refuerza, con otro principio: *in dubio pro ambiente o pro salus*⁶⁹.

Por último, mencionamos que por tal contexto en que se da el proceso ambiental normalmente, cabe incluir como mecánica a los incentivos económicos para demandar, que buena parte de la doctrina aconseja como una mecánica más para equiparar las fuerzas de partes tan desiguales⁷⁰.

4. Características generales del proceso ambiental

Como acabamos de ver el proceso ambiental, por razón del bien protegido, los derechos en juego, la particularidad del daño, el contexto y las tensiones que lo habitan, entre otros elementos, exige que el proceso judicial tradicional se modifique, sufra continuos e innumerables ajustes y se redefina desde nuevos enfoques y en pos de nuevos fines.

Aparecen, así, un cúmulo las características generales del Proceso Ambiental que corresponde describir. Son las pautas básicas que ordenarán ese proceso.

67 FERREYRA, “Del ‘favor debitoris’ al favor del más débil”, E.D., 116-848.

68 Conf. GALDÓS, Jorge Mario, “El principio ‘favor debilis’ en materia contractual. Algunas aproximaciones”, publicado en Diario de “La Ley” del 28-7-97 y FERREYRA, “Del ‘favor debitoris’ al favor del más débil”, cit. En esa línea MAURINO, NINO y SIGAL bajo el título “Asimetrías de recursos entre actores y demandados en acciones colectivas” confirman este enfoque ya que los actores, como ello afirman, padezca una mayor escasez de medios (MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las acciones colectivas*, LexisNexis, 2005, p. 225).

69 Conf. GALDÓS, Jorge Mario, “El principio ‘favor debilis’ en materia contractual. Algunas aproximaciones”, cit., y FALBO, Aníbal, “La incertidumbre científica en los casos ambientales”, J.A., 1995-IV-976.

70 MAURINO, NINO y SIGAL afirman: “Más allá de ello, y retomando el argumento que considera beneficiosa la generación de incentivos para accionar colectivamente, expresamos nuestra coincidencia con dicha necesidad. Aceptamos, por otra parte, que además de los incentivos propios de quienes trabajan por una determinada causa de interés público, y que mueven a las organizaciones y activistas en general, se requieren incentivos económicos que permitan ‘profesionalizar’ la práctica de litigar casos colectivos” (ob. cit., p. 318).

Corresponde, entonces, a esta altura intentar una síntesis dirigida e señalar cuales serán las características salientes y definitorias del Proceso Ambiental, que describen su marco general.

Se trata de las bases que permitirán construir el edificio específico del Proceso Ambiental. Brindarán las claves generales para diseñar y hacer operativo, en cada caso particular, ese específico proceso.

a. La importancia de un marco general para el Proceso Ambiental

Este enfoque -panorámico- resulta de insustituible utilidad a la hora de contar con pautas necesarias que tanto permitan interpretarlo como abordarlo correctamente. Efectivamente, brindan los lineamientos útiles que encaucen la estrategia procesal, las prácticas procedimentales, el abordaje de las pautas clásicas y la decisión puntual en temáticas procesales en los casos ambientales.

Por eso se trata de un enfoque que, aunque panorámico no deja de ser decididamente concreto y altamente operativo para todo caso ambiental, que llegará, con fuerza, a cada rincón del proceso; una nueva visión, que lo teñirá todo, para que el proceso cobre un sentido coherente con el derecho al ambiente, con el fin de adecuar lo procesal a las particularidades del daño ambiental, a los derechos en juego, al contexto en que ocurre y a los fines de la protección del entorno que impone el orden legal.

Un claro ejemplo jurisprudencial de ello ha sido la sentencia de la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso “Almada” ya citado que GALDÓS, luego de identificar como *leading case* describe impecablemente al afirmar que “mediante enjundiosos votos de los jueces HITTERS y PETTIGIANI expande la legitimación activa en defensa del medio ambiente, reivindica la competencia local en esa materia, resalta la operatividad de nuevas cláusulas constitucionales nacional y local (arts. 41 y 43, Constitución Nacional y 20 inc. 2º y 28, Constitución de la Provincia de Buenos Aires), enfatiza el quehacer oficioso y activo de la jurisdicción relativizando el principio de congruencia frente al mayor valor axiológico de lo ‘colectivo’, consagra los efectos expansivos de la cosa juzgada a otros sujetos que no participaron en el proceso. Reconoce los derechos de pertenencia difusa, el daño ambiental y la tutela de prevención y de resarcimiento que, también, se efectiviza mediante la recomposición del ‘statu quo’ (art. 1083, Cód. Civil). De este modo se amalgaman -en fecunda y provechosa simbiosis- principios, directrices y criterios valorativos, procesales y sustanciales, superadores (en su esencia profunda) de algunos de los propios y anteriores precedentes que conforman una doctrina legal

de la Suprema Corte de Buenos Aires, progresista y fructífera, destinada a trascender”⁷¹.

b. Descripción del marco general del proceso ambiental

La idea básica para describir el marco general del Proceso Ambiental se explica así: “al emerger la cuestión ambiental, el instrumental tradicional se muestra insuficiente, disfuncional: es necesario reformular, redefinir, adaptar, recrear... *aggiornar* instituciones, herramientas que nos ofrece el viejo derecho”⁷².

El ambientalismo impacta fuerte y sostenidamente en el proceso judicial y obliga, entonces, a una verdadera reingeniería procesal donde “no es necesario siempre cumplir rutinariamente el itinerario regular de los actos procesales siendo muy conveniente su simplificación en tanto y en cuanto ello conduzca a una mayor eficacia”⁷³.

El resultado será un Proceso Ambiental donde serán cruciales e intensas las adaptaciones y redefiniciones del proceso judicial clásico, de manera tal que se haga sentir el impacto del ambientalismo en cada una de las mecánicas del proceso judicial, en todas sus formas, en el abordaje y decisión de cada una de sus secuencias y etapas.

Al emerger la cuestión ambiental el proceso debe dar satisfacción a nuevas necesidades sociales, que presionan en la búsqueda de soluciones adecuadas. Es imprescindible un “cambio de tornas”, mudanzas, corrimientos⁷⁴, adoptando nuevos paradigmas, ideales, nuevas utopías⁷⁵ con el consecuente desplazamiento y mudanzas de institutos de forma y fondo⁷⁶.

71 GALDÓS, Jorge Mario, “Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires-Apertura procesales y sustanciales-A propósito del caso Copetro”, La Ley 1999-C, 1129.

72 CAFFERATA, Néstor, “La defensa del patrimonio histórico-cultural. El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente”, J.A., 2004-III-306.

73 SOSA, Toribio Enrique, *Reingeniería procesal*, Platense, 2005, p. 114.

74 MORELLO, Augusto M., *La tutela de los intereses difusos en el Derecho argentino*, Platense, 1998, p. 17.

75 LORENZETTI, Ricardo L., “El problema del agua potable- Aspectos sobre propiedad y uso”, su disertación en “Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental”, 22 y 23 de abril de 2004, El Calafate, Provincia de Santa Cruz, Patagonia, Argentina, organizado por el Tribunal Superior de la Provincia de Santa Cruz, Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia, Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas, Instituto O direito por um Planeta Verde, Foro de Derecho Privado Latinoamericano, International Academy of Environmental Law.

76 Conf. GOLDENBERG-CAFFERATA, *Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal*, pp. 74 y 75.

La pretensión procesal ambiental, al vehiculizarse en un proceso específico “aporta ciertas innovaciones en determinados aspectos del trámite donde sea necesario efectuar correcciones o adaptaciones para que el carril adjetivo abastezca con mayor eficacia la finalidad protectoria del derecho de fondo”⁷⁷: así se derrumban obstáculos; se maximizan institutos (o se minimizan); re-interpreta -o interpreta de manera alternativa- normas procesales.

Supone adaptar los procesos cognitivos e interpretativos, pues se sabe que la cuestión ambiental “impone una transformación de la lógica jurídica basada en supuestos de certeza, al avanzar, inexorablemente, hacia el ámbito de la duda científica, de la incertidumbre”⁷⁸.

Naturalmente todo ello exige y requiere, imprescindiblemente, además de osadía e inteligencia, una cuota de imaginación y de creatividad. Sólo tales cualidades permitirán, en definitiva, abandonar los moldes clásicos inadecuados, equilibrar diferencias económicas -y de posición- de las partes en conflicto, hacer realmente operativo y eficaz el derecho al ambiente y los derechos asociados a la salud, vida y cuidado de las generaciones futuras. Todo ello impone, además, seleccionar el material normativo más adecuado para optimizar la tutela del ambiente⁷⁹.

Específicamente, los fines y objetivos de esa norma constitucional evidencian que muchas normas procesales y mecánicas tradicionales utilizadas en el proceso judicial aparecen ahora como inaplicables, descontextualizadas, desajustadas. Esos fines y objetivos resultan determinantes para justificar e imponer la ineludible mutación y reformulación referidas del proceso judicial clásico frente la temática ambiental.

Como entiende la Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa “Almada”⁸⁰ “ante el nuevo sustrato fáctico y jurídico actual, es inevitable

77 CAMPS, Carlos “Derecho Procesal Ambiental: eficacia de la sentencia y cuestiones novedosas relativas a la legitimación”, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, nro. 8, p. 263.

78 VÁZQUEZ VILLAR, “Medidas cautelares en procesos ambientales” Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, nro. 8, p. 18. En igual sentido CAFFERATA, Néstor, “Principio precautorio y Derecho Ambiental”, LL, 2004-A-1202.

79 Ver en este sentido JULIA, Marta S., “Algunas estrategias en la construcción de un nuevo esquema jurídico ambiental”, 31. Esta autora indica acertadamente que este abordaje “propio” que exige una “mirada distinta”, una “nueva perspectiva”, una “mirada mas amplia” se debe tener en cuenta la ubicación del problema o la situación, su contexto, las unidades ambientales mayores en que se encuentra involucrado -área, zona, cuenca, región-, “que va a permitir observar la situación en un marco de análisis mayor...y facilite la selección del material normativo más adecuado”.

80 Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires “Almada v. Copetro”, J.A., 1999-I-259, LLBA, 1998-943.

la flexibilización de las disposiciones procesales, en tanto y en cuanto no se conculque la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso". Y agrega: "Al respecto opina MORELLO que 'Acaso lo preventivo de la protección y lo efectivo de la tutela que debe dispensar la jurisdicción sean las notas que en la década actual profundice la evolución de los principios y nuevas fronteras, impulsadas, en la mitad del siglo, por las señeras lecciones de COUTURE y CALAMANDREI, primero y, más tarde, intensificadas por el pensamiento de CAPPELLETTI y TROCKER. El Movimiento del Acceso a la Justicia confirma el vigor de esa tendencia que se estampa en el art. 15 de la Constitución de Buenos Aires, reformada en 1994: 'La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva' e 'Interna y externamente contamos con nuevas garantías y, además, que es lo que en verdad significa, que son más efectivas y llevan a cabo -respecto de los ciudadanos- una estimulante tarea docente que contribuye a repensar el derecho, y a un cambio de mentalidad acorde con el panorama de nuestro tiempo' ('Las garantías del proceso justo y el amparo en relación a la efectividad de la tutela judicial', La Ley, 1996-A, 1476)".

Se trata entonces de un proceso que además de otorgar prioridad a la efectividad y al resultado valioso por sobre las formas, debe tender sistemáticamente al acortamiento de los plazos por sobre la excesiva meticulosidad procesal. En tal sentido MORELLO destaca (con cita del catedrático TARUFFO) la consideración especial y preferente que hoy se acuerda a la efectividad de los resultados concretos de la jurisdicción⁸¹. Así se entiende que en los procesos ambientales "adquieren especial utilidad los mecanismos, procesos o procedimientos anticipatorios (MORELLO), cautelares (CAMPS), autosatisfactivos (PEYRANO), de tutela sustancial o civil inhibitoria (ZAVALA DE GONZÁLEZ, LORENZETTI) y procesos urgentes no cautelares (ANDORNO)"⁸².

Efectivamente el logro de resultados concretos no es suficiente si no se consiguen de manera temprana, cuanto antes⁸³, optimizando la protección. Esa impronta vuelve a imponer una decidida reinterpretación y fuerte adecuación de las pautas, los institutos y las normas, exige una aplicación diferente, donde se redefine cada mecánica y pauta procesal, en pos

81 MORELLO, Augusto Mario, *Dificultades de la prueba en procesos complejos*, cit., p. 18.

82 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental*, cit., p. 17.

83 Ya que existe una "exigencia de fundar la acción de tutela ambiental sobre los principios de acción preventiva y de precaución" (Marcelo CECCHETTI, *Principii costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè Editores, Milano 2000, p. 230).

de la mejor, más anticipada, severa y rápida protección y recomposición del ambiente, concertando la justicia ambiental cuanto antes, único objetivo plausible de un Proceso Ambiental.

El Proceso Ambiental deberá responder a las recreaciones, mudanzas, corrimientos, adaptaciones, innovaciones y reformulaciones aludidas. Todas las pautas, prácticas, institutos y reglas procesales, una a una, seguirán el camino de la reformulación, el corrimiento, la adaptación, el desplazamiento, la reinterpretación e, incluso, la innovación y la recreación, donde la creatividad y la imaginación jugarán, también, un papel importante, para lograr que lo viejo se adecue a lo nuevo.

Como ocurre siempre con las nuevas ideas éstas se ven forzadas a habitar antiguos espacios, viejas instituciones, por carecer (todavía) de otro lugar donde descansar, de otro espacio donde desarrollarse. Hasta que su fuerza lentamente se imponga definitivamente. Mientras tanto se requiere la reformulación, se acentúa la recreación e innovación.

En esta etapa se halla el Derecho Ambiental en relación al proceso clásico, lo que justifica una fase marcada por el reacomodamiento, la redefinición y fuerte recreación y la decidida reinterpretación de las normas clásicas y de las metodologías tradicionales.

Se han de ajustar no sólo los ritmos, también el conocimiento, en pos de lograr decisiones compatibles con las finalidades del Derecho Ambiental, que optimicen la tutela del ambiente, que protejan tempestiva y efectivamente los derechos en juego.

Consecuentemente el Proceso Ambiental exige una mirada distinta, una nueva perspectiva y un renovado proceso de cognición, un cambio de tornas adecuando, fuerte y decididamente, ese material a tal finalidad, sin las rígidas limitaciones del derecho procesal, suprimiendo las prácticas tradicionales que no se adapten a la temática.

Así adquiere el Proceso Ambiental su necesario perfil propio⁸⁴, que Carnota sintetiza en la idea de un "debido proceso ambiental" donde "los parámetros civilistas de responsabilidad... y la judicialización de las controversias, sufrirán el impacto del ambientalismo"⁸⁵. Donde para hacer operativo el derecho ambiental se impone "la obligación de

84 En los procesos ambientales las reglas de la causalidad, el juego de las presunciones, la carga de la prueba, la atribución y distribución de responsabilidades y los alcances de los recursos deberán ser revisadas y re-ordenarse dentro de una nueva visión del proceso, del rol del Derecho y de la Justicia (como claramente propugnan FINDLEY-FARBER en su obra *Environmental Law*, West Publishing Co. 1993, pág. 167),

85 CARNOTA, "El debido proceso ambiental", ED, 161-364.

encontrar nuevas normas, nuevos principios y, ¿por qué no?, nuevas técnicas jurídicas”⁸⁶.

La transformación impactará de diferente manera sobre cada norma, práctica pauta, formalidad, instituto y principio: algunos pocos permanecen ineluctables; otros habrán de redefinirse; habrá los que se tornan inaplicables, y deban ir diluyéndose, otros deberán adecuarse o reordenarse.

Dentro de esta mutación queda comprendida toda decisión judicial, desde la más microscópica, a la de mayor entidad. Simétricamente como sucede en el ambiente: donde lo ínfimo, lo imperceptible tiene tanto valor como lo más evidente, lo de mayor envergadura; donde lo mínimo puede modificar lo máximo, incluso de manera irremediable. Un proceso ambiental no puede estar centrado sólo en la sentencia sino muy especialmente en las resoluciones de mero trámite, incidentales. Ninguna decisión dentro de este proceso ambiental podrá prescindir de tal reformulación, transformación e innovación.

Sucede que el proceso ambiental se construye, en mayor grado que los procesos tradicionales, con todas y cada una de las pequeñas resoluciones (muchas de sólo dos o tres renglones) a las que se acaba de denominar “microscópicas”. Mínimas decisiones que, una a una, como pequeños ladrillos, permitirán construir un proceso que proteja efectivamente el ambiente o formarán un muro que obstruya tal logro.

CAPÍTULO VII

EL PROCESO AMBIENTAL. PARTE ESPECIAL

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El marco normativo.- 3. Constitucionalidad de las regulaciones procesales de las leyes de PMPA.- 4. Enumeración de supuestos especiales. a. No se admite ninguna restricción a la jurisdicción ambiental. b. Rol del juez. c. La legitimación. d. El beneficio de litigar sin gastos. e. La prueba. f. La relación de causalidad. g. Caducidad de instancia. h. No puede exigirse ni reclamo administrativo previo ni agotamiento de la vía administrativa.- 5. Hacia una teoría de la decisión judicial ambiental justa. Enseñanzas de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Mendoza”

I. Introducción

De manera panorámica, en el capítulo anterior se delineó y definió el marco general del proceso ambiental. Corresponde ahora abocarse a un estudio más particularizado, donde aquellas pautas se muestren claramente operativas. De forma que el marco general rebase lo meramente teórico, para concretarse en supuestos donde se redefinen institutos, se renuevan mecánicas y se recrean pautas y reglas procesales, dentro de un proceso que viene a adquirir un carácter marcadamente inquisitivo¹.

Este desarrollo, cabe desde ya advertirlo, no persigue erigirse en definitivo ni completo. Antes bien los ejemplos que se brindan permiten advertir que lo más importante está en la construcción y el desarrollo que se hará en el futuro.

Así se observa el doble propósito al que apunta este capítulo: descriptivo y programático. Si bien se analizan supuestos concretos donde el Derecho clásico comienza a ajustarse a *lo ambiental*, esa enunciación excede lo descriptivo e intenta servir como guía, transformando a cada uno de los supuestos analizados en hitos y demarcaciones que señalen el camino hacia las nuevas mutaciones y reinterpretaciones del Derecho Procesal para que éste se adecue a *lo ambiental*. A la finalidad descriptiva se suma, así, una propedéutica.

Aparece entonces un nuevo objetivo que trasciende la explicación y enumeración: comenzar a trazar, con esos ejemplos, una senda concreta y

⁸⁶ MADDALENA, Paolo, “Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales”, en Rev. del Derecho Industrial titulada “Derecho ambiental”, año 14, mayo-agosto 1992, n. 41.

¹ Así lo expresa BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, Hammurabi, Bs. As. 2005, p. 303.

aglutinar una fuerza de cambio que opere en lo futuro. La finalidad es permitir guiar al operador jurídico, en lo sucesivo —y ante las indefinidas situaciones que se puedan ir presentando—, para que pueda descubrir, crear y diseñar otras adecuaciones, nuevos ajustes, diferentes reinterpretaciones y redefiniciones, equivalentes, e incluso mejores *aggiornamenti* y, por esa senda, profundizar, dinamizar y fortalecer el impacto de *lo ambiental* en el proceso judicial.

Siempre bajo la necesidad de encauzar la tramitación mediante un proceso útil y eficiente que no frustre ni distorsione los ingentes intereses comprometidos².

2. El marco normativo

Antes de ingresar de lleno en el análisis propuesto cabe responder a una pregunta introductoria ¿existe algún marco normativo procesal de base que regule, al menos en parte, al proceso ambiental?

Y la respuesta no puede ser otra que afirmativa pues se aplicarán en todo el país los presupuestos mínimos de protección ambiental (PMA) que dicte la Nación y que regulen cuestiones atinentes a la materia procesal, además de las normas procesales que en cada jurisdicción local puedan regular supuestos ambientales.

Se destaca en esta temática la Ley General del Ambiente (LGA) 25.675 que modifica profundamente el régimen procesal³. La Nación ha dictado normas procesales en esa ley que son de aplicación en todo el territorio del país, y forman así un marco normativo, en materia procesal ambiental, de suma importancia.

Al respecto MAQUEDA, luego de analizar el artículo 41 de la CN y concluir en primer lugar que “la cláusula ambiental es el faro que guía la interpretación de las normas que la reglamentan al tiempo de darle sentido en su ejecución y al ser aplicadas en casos concretos”, afirma enseguida que “en relación con esta conclusión fundamental es que hay que comprender la segunda de ellas: del análisis de las normas que componen la

2 Como lo sostiene la CSJN en su resolución del 22-8-07 de la causa “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros” publicada en La Ley Online y que luce en el Anexo de Jurisprudencia de la obra de LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, 2008, pp. 259/60.

3 CAFFERATA, Néstor, *Introducción al Derecho Ambiental*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, PNUMA, México, 2004, p. 109.

Ley General del Ambiente surge un plexo flexible y operativo, propio del proceso ambiental, inspirado en los principios rectores del derecho ambiental”⁴.

En concreto todas las normas que regulan aspectos procesales, instrumentales, de rito, de trámite, de PMA, son preceptos de directa aplicación en los procesos judiciales locales. Tales normas modificarán toda otra que tenga incidencia sobre el proceso judicial ambiental de cada jurisdicción. Por ello las normas procesales de la LGA “son *presupuestos mínimos de derecho procesal ambiental de fondo en virtud de la facultad y deber impuesto al Estado Nacional en el dictado de los presupuestos mínimos. Estas normas mínimas modifican las normas provinciales, en todo cuanto haga al acceso a la jurisdicción y procedimientos de derecho ambiental respecto de los derechos de incidencia colectiva*”⁵.

Como consecuencia “los presupuestos mínimos procesales ambientales... tienen como efecto la adecuación inmediata de las legislaciones procesales específicas o aplicables a las cuestiones ambientales”⁶.

Ciertamente tales regulaciones procesales de PMA habrán de conjugarse con las leyes que regulan diferentes tipos de procesos clásicos, y con las que, de existir en cada jurisdicción, regulen procesos ambientales.

En síntesis, el marco normativo procesal ambiental se halla formado por dos tipos de normas: nacionales y provinciales.

Las primeras son las leyes nacionales de PMA que regulan cuestiones procesales y, las otras, leyes procesales locales. Dentro de estas últimas existen dos sub-tipos de normas: por un lado aquellas que reglan diferentes procesos sin referencia a cuestiones ambientales y, por el otro, las normas procesales que regulan específicamente materias ambientales. Esto último dependerá de cada provincia, por ejemplo en la de Buenos Aires la ley 11.723⁷ contiene regulaciones procesales concretas para la temática ambiental.

4 MAQUEDA, Juan Carlos, “Derecho Ambiental Constitucional”, *Revista de Derecho Ambiental*, Nro. 11, LexisNexis, p. 22

5 ALLENDE RUBINO, Horacio L., “Presupuestos mínimos del derecho procesal ambiental”, *La Ley Sup. Amb.* 23-09-2005, 6.

6 ALLENDE RUBINO, Horacio L., “Presupuestos mínimos del derecho procesal ambiental”, cit.

7 El capítulo V de esa ley regula lo que denomina la “Defensa Jurisdiccional” en varios artículos, a saber:

Artículo 34°: Cuando a consecuencia de acciones del Estado se produzcan daños o pudiera derivarse una situación de peligro al ambiente y/o recursos naturales ubicados en territorio provincial, cualquier habitante de la Provincia podrá acudir ante la depen-

Por tratarse las leyes de PMA de normas especiales para la temática ambiental, en principio su aplicación tendrá prioridad por sobre las normas procesales locales, a menos que estas últimas permitan proteger y tutelar mejor el ambiente de lo que podría lograrlo el precepto nacional.

El fundamento de ello ya ha sido tratado en el capítulo III donde se explica que la de los PMA es una legislación base para todo el país, piso mínimo inderogable de protección ambiental, que solo permite la legislación local por sobre ese piso o umbral nacional.

Como conclusión, la ley procesal local se aplicará en tanto optimice la protección ambiental en comparación con la ley de PMA.

Como se sabe las leyes de PMA que regulan temáticas procesales son disposiciones normativas e institutos básicos comunes para todo el territorio nacional y, por esa razón, plenamente operativos, vigentes y eficaces en cada provincia del país, a excepción que exista en la provincia una regulación procesal que regule mejor, más ampliamente, con mayor eficacia, más rigurosamente o en mayor grado e intensidad a la tutela del ambiente y los derechos asociados, optimizándolos ⁸.

dencia que hubiere actuado u omitido actuar, a fin de solicitar se deje sin efecto el acto y/o activar los mecanismos fiscalizadores pertinentes.

Artículo 35°: Cuando la decisión administrativa definitiva resulte contraria a lo peticionado el afectado, el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a la protección del ambiente, quedarán habilitados para acudir ante la justicia con competencia en lo contencioso administrativo que dictaminará sobre la legalidad de la acción u omisión cuestionada.

Artículo 36°: En los casos en que el daño o la situación de peligro sea consecuencia de acciones u omisiones de particulares, el afectado, el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a la protección del ambiente podrán acudir directamente ante los tribunales ordinarios competentes ejercitando:

a) Acción de protección a los fines de la prevención de los efectos degradantes que pudieran producirse;

b) Acción de reparación tendiente a restaurar o recomponer el ambiente y/o los recursos naturales ubicados en territorio provincial, que hubieren sufrido daños como consecuencia de la intervención del hombre.

Artículo 37°: El trámite que se imprimirá a las actuaciones será el correspondiente al juicio sumarísimo.

El accionante podrá instrumentar toda la prueba que asista a sus derechos, solicitar medidas cautelares,

e interponer todos los recursos correspondientes.

Artículo 38°: Las sentencias que dicten los tribunales en virtud de lo preceptuado por este Capítulo, no harán cosa juzgada en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta de prueba.

⁸ Pues la Constitución Nacional hace primar el presupuesto de protección mayor que pudiere regir en una provincia, por encima del requerimiento de protección mini-

Ya existen precedentes de la Corte de la Provincia de Buenos Aires que deciden en tal sentido, corroborando la aplicación local de los PMA procesales en casos que tramitan ante la jurisdicción local ⁹.

De una manera muy general cabe aclarar que también las leyes procesales locales serán seleccionadas conforme la acción que se intente o el trámite por el que opte la judicatura, valorando qué procedimiento optimiza la protección ambiental. Como ejemplo de ello, la Cámara Federal de La Plata, ante una medida autosatisfactiva decidió, luego de bilateralizarla, imponer el trámite sumarísimo, amparándose a tal fin en las atribuciones que dimanaban del artículo 32 de la LGA 25.674 ¹⁰.

Será entonces diferente el abanico normativo básico para tramitar el caso si, por ejemplo, el proceso queda encauzado por la vía de una acción de amparo ambiental o si se transita un proceso de recomposición ambiental que no pueda articularse por esa vía; tampoco será el mismo, y para dar otro supuesto, el procedimiento ante una medida cautelar anticipada contra el Estado o frente a un proceso de daños y perjuicios padecidos *de rebote* de un daño ambiental.

Pero mas allá de tales diferencias, existe un marco procesal normativo de importancia primordial para todos los procesos ambientales: las leyes nacionales de PMA. Esas leyes se habrán de articular, en cada proceso ambiental de que se trate, con los preceptos procesales locales, aplicando siempre las que más amplia y eficazmente tutelen el ambiente.

Por último se aclara que la cuestión no se reduce a normas procesales locales y PMA; de hecho, como claramente afirma GALDÓS, "en lo tocante a las vías procesales de protección ambiental, existe consenso en que se destacan por su importancia: a) la acción de amparo (art. 43, Constitución Nacional), b) la acción de daño temido (art. 2499, Cód. Civil); c) la acción negatoria (art. 2800 y sigtes. Cód. Civil); d) las derivadas del art.

ma que emane de la autoridad nacional. En ese sentido HUTCHINSON, Tomás, en *Daño ambiental*, T. I p. 284, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

⁹ Como ejemplo puede citarse SCBA 2-11-2005, "Granda Aníbal y otros v. Edelap", publicado en Revista de Derecho Ambiental-LexisNexis, Nro. 12, p. 31.

¹⁰ Así lo indica COSSARI, Nelson, en su trabajo "Responsabilidad Civil en la Ley General del Ambiente 25.675" publicado en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho Ambiental*, El Derecho, setiembre de 2007, p. 99, refiriéndose a la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, 8 de julio de 2003, "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c. ENRE-EDESUR s/cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora", publicado en ElDial.com año VI-Nro. 1.330 en www.eldial.com.

2618, e) el proceso urgente no cautelador orientado a reclamar la cesación de una acción dañosa. Más allá de las vías locales específicas”¹¹.

Así en la identificación del marco normativo procesal que debe analizarse frente a un caso ambiental, también pueden operar normas del Código Civil.

3. Constitucionalidad de las regulaciones procesales de las leyes de PMA

Naturalmente, y unido a lo tratado, cabe aclarar que las regulaciones procesales incluidas en leyes nacionales como PMA son constitucionales. Entendemos que el desarrollo llevado a cabo en el Capítulo III fundamenta debidamente la constitucionalidad de las normas procesales aludidas.

Así lo entiende también PEYRANO quien afirma que “la Constitución bajo el nombre de presupuesto mínimo está hablando de legislación básica” y agrega “desde siempre en las legislaciones básicas puede el legislador nacional adosarle normas procesales que contribuyan a su eficacia, a su efectivización y lo ha hecho en múltiples oportunidades: y la Corte Federal lo ha declarado constitucional. Así por ejemplo el Código Civil en el artículo 3962, establece la oportunidad para interponer la defensa de prescripción: tema procesal, declarado constitucional centenares de veces...el art. 375 en materia de alimentos, del Código Civil, establece el juicio sumario”¹² y concluye “cuando el legislador nacional ambiental

11 GALDÓS, Jorge Mario, “Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires-Apertura procesales y sustanciales-A propósito del caso Copetro”, La Ley, 1999-C, 1129, quien cita como ejemplo los artículos 22, 23, 24, 25, 26, ley 12.008 de la Prov. de Buenos Aires; a continuación este autor en el valiosísimo trabajo al que se viene haciendo referencia menciona que “Otra integración de la Casación de Buenos Aires y en lo relativo a la prevención del daño por las molestias entre vecinos -es decir en el marco del conflicto bilateral- sentó la doctrina que, en Copetro, se reafirma: ‘los jueces pueden, según las circunstancias, disponer la cesación de las molestias y la indemnización de los daños, o adoptar solamente una de tales medidas. El art. 2618 del Cód. Civil en su segundo apartado confiere al juez amplias facultades para reparar el daño pretérito e impedir que se siga produciendo’. Ésta, además, parece ser la postura actual de la Corte Federal cuando entendió en un caso de ruidos molestos producido por los equipos de aire acondicionado colocados en una sede diplomática que excedían el nivel de decibeles permitidos” y citando ese caso CS, 10/2/98 “Piaggi, Ana I. c. Embajada de la República Islámica de Irán”, La Ley, 1998-C, 487 recuerda que decidió: “de conformidad con las amplias facultades otorgadas a los jueces por el art. 2618 del Cód. Civil se debe optar, según las circunstancias del caso, entre la reparación de los daños ocasionados o la cesación de las molestias”.

12 PEYRANO, Jorge, “Comentarios procesales sobre la ley 25.675”, publicado en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho Ambiental*, El Derecho, Setiembre de 2007,

(que) es el legislador especializado, habla de presupuesto mínimo, habla de algo más que de nivel mínimo de contaminación, habla también de legislación básica, que puede y debe tener un desarrollo procesal”¹³.

Cabe concluir afirmando, con CAFFERATA, que “las normas de presupuestos mínimos, para ser congruentes con el Derecho Ambiental son horizontales, hacen un corte transversal en todas las disciplinas clásicas. Es decir, estas normas de presupuestos mínimos pueden ser de Derecho...procesal”¹⁴.

4. Enumeración de supuestos especiales

Corresponde ahora abocarnos a la enumeración, descripción y análisis de algunos de los rasgos más salientes del proceso ambiental. Esto nos permite observar, con ejemplos puntuales, como *lo ambiental* provoca una clara -y definida- mutación del proceso clásico.

Los supuestos desarrollados tanto ilustran sobre la aplicación concreta de los caracteres generales del proceso ambiental como, a la vez, muestran la operatividad de los PMA procesales en distintas temáticas y cuestiones. Por otra parte, mientras algunos surgen de regulaciones legales, otros son el resultado de decisiones judiciales; por último se incluyen algunos más que derivan, según entendemos, de la propia esencia y finalidad de *lo ambiental*.

Esta temática se halla en una etapa de formación y desarrollo; por tal motivo, este punto persigue también, conviene repetirlo, un objetivo trascendente: intenta abrir el camino y demarcar algunos hitos que permitan avanzar en pos de un completo y pleno desarrollo del proceso ambiental.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha dado muestras claras de ello en varias decisiones adoptadas en la causa “Mendoza”, donde resalta aquella en que se dispuso que los traslados de la demanda se efectuarán en audiencia en cuyo marco cada emplazado contará con un plazo breve de 15 minutos para exponer una síntesis de sus defensas y de las pruebas de que intente valerse, acompañando por escrito y en soporte

p. 122. Agrega también que “aparte de los códigos de fondo, la jurisprudencia es pródiga en ejemplos de sostener que el legislador nacional puede adosar normas procesales razonables para desarrollar la legislación básica aunque no sea una ley de fondo”.

13 PEYRANO, Jorge, “Comentarios procesales sobre la ley 25.675”, cit., p. 123.

14 CAFFERATA, Néstor, “Panorama actual del Derecho Ambiental”, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho Ambiental*, cit., p. 22.

magnético su contestación. Asimismo impuso que cada escrito de contestación sea precedido, bajo apercibimiento de no ser considerado, de una exposición sinóptica no mayor de 4 páginas, y determinó que no se admitirán excepciones ni ningún tipo de planteo previo, por lo que toda defensa deberá ser introducida en la contestación de la demanda. También dispuso que las notificaciones deberán practicarse por notificaciones a diligenciarse en el día¹⁵.

a. *No se admite ninguna restricción a la jurisdicción ambiental*

La defensa del ambiente no debe sufrir cortapisas formales de ningún tipo. En ese sentido el artículo 32 de la LGA 25.675 determina "... El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie".

De tal forma estas acciones, en todas las jurisdicciones del país, deberán quedar exentas de tasas, contribuciones, depósitos para recurrir, como de toda otra imposición económica que pueda obstruir el avance del pleito, la consecución de una sentencia definitiva y su correcto cumplimiento¹⁶.

A tal fin cabe citar el valioso precedente de la Corte de la Provincia de Buenos Aires "Granda"¹⁷ que, aplicando el artículo 32 de la LGA, dispuso no solicitar el depósito previo que se exige en caso de interponerse un recurso extraordinario ante la Corte de la Provincia. De esa manera tratándose de la tutela jurisdiccional frente a un posible daño ambiental, no es exigible el depósito previo del artículo 280 del CPCC local.

En lo relativo a la contracautela¹⁸, se entiende que no podrá ser exigida cuando la medida cautelar dictada persiga tutelar el ambiente¹⁹, ya sea

15 Así se decidió en la resolución del 22-8-07 de la causa "Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros" publicada en La Ley Online y que luce en el Anexo de Jurisprudencia de la obra de LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, cit., pp. 259/60.

16 En sentido coincidente FAGGI sostiene como una de las características del proceso ambiental la exención de la tasa de justicia, y agrega la exigencia de una contracautela juratoria, eximición o reducción de las costas (FAGGI, Emilio, "El medio ambiente en la justicia", *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial de Derecho Ambiental, 2005-I, p. 77).

17 SCBA 2-11-2005, "Granda Aníbal y otros v. Edelp", publicado en Revista de Derecho Ambiental-LexisNexis, Nro. 12, p. 31, con nota elogiosa de Rodrigo Ezequiel BIONDA y José Alberto ESAIN.

18 En tal sentido CAFFERATA, Néstor, "Panorama actual del Derecho Ambiental" en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho Ambiental*, cit., p. 24.

19 FAGGI sostiene, como se acaba de recordar, que la contracautela exigible es la "juratoria" (FAGGI, Emilio, "El medio ambiente en la justicia", ob. y loc. cit.).

preventivamente, ante daños aún no consumados o que ya hubieren tenido inicio de ejecución, o bien para impedir que un daño acaecido se siga propagando (o genere otros efectos), cuando ya haya cesado.

BESALÚ PARKINSON²⁰ opina en igual sentido cuando, partiendo del artículo 32 de la LGA y destacando la falta de igualdad de las partes en el litigio ambiental (parte desfavorecida por un lado y poderosos por la otra), expresa "De allí que los autores admitan la necesidad de recurrir a garantías procesales de orden económico, como... la no exigencia de contracautela, a fin de eliminar los obstáculos que puedan impedir el libre ejercicio del derecho a la jurisdicción".

Por nuestra parte, en este tema, sostenemos que ninguna contracautela debe requerirse al actor en un caso de daño ambiental colectivo, como entendió la Cámara Federal de Bahía Blanca²¹. De tal manera no coincidimos con quienes apenas la reducen a una de tipo "juratorio"; si bien tal posición representa un avance en comparación con la posibilidad de exigir una contracautela patrimonial, propugnamos que tal exigencia no resulta un requisito exigible en un caso ambiental, debiendo quedar ambas excluidas, tanto las de tipo patrimonial como las juratorias, por tratarse de un supuesto que justifica la exención de contracautela.

El carácter indisponible²² del ambiente, también viene a reforzar la posición que sostenemos.

b. *Rol del juez*

Uno de los "Principios de Johannesburgo" establecidos en el Simposio Mundial de Jueces de 2002 indica: "El frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el Poder Judicial en calidad de custodio del imperio de la ley, aplique con decisión y sin temor las normas internacionales y locales pertinentes que contribuyan en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible... asegurando a la generación presente una buena calidad de vida, no comprometiendo los derechos de las generaciones futuras"²³.

20 BESALÚ PARKINSON, ALFORA, *Responsabilidad por daño ambiental*, cit., p. 302.

21 Cámara Federal de Bahía Blanca, Sala 2, 17-3-99, "Breti Miguel y otros v. Ente Nacional de Regulación de la Electricidad", J.A. del 28-7-99 p. 18 y sgts. con nota laudatoria de Augusto Mario MORELLO. En esa sentencia se entendió que no corresponde fijar contracautela cuando se persigue prevenir daños al ambiente.

22 Ver Capítulo I.

23 Citado por VÁZQUEZ VILLAR, "Medidas cautelares en procesos ambientales", *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, nro. 8, p. 17.

De tal forma en los casos ambientales "los jueces deben ejercitar en forma dinámica todos los mecanismos que las leyes les confieran...abriendo el camino a una nueva tendencia colectiva de tipo preventiva y represiva, donde prevalezca la paralización de los efectos dañosos"²⁴.

Así, se habla de un juez pro-activo²⁵, un juez que, como entienden MORELLO-CAFFERATA, adquiere protagonismo, es director inmediato del proceso (no mediato), superando así la figura del juez de "acompañamiento" por la de "protector", con un dinamismo acentuado²⁶.

En este orden de ideas surge un juez de rol más activo, de imaginación vanguardista, comprometido socialmente²⁷. Por ello La Corte de la Provincia de Buenos Aires, ante un planteo relativo a una supuesta violación del principio de congruencia, sostuvo que la temática ambiental "requiere justamente de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos" y agregó "que en el nuevo marco procesal es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa con miras a la prevención del daño ambiental, donde debe buscarse 'prevenir más que curar' (CAPPELLETTI, 'La protección de los intereses colectivos y de grupos...', texto de la conferencia pronunciada en ocasión de la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, publicada en Revista de la Facultad de Derecho, México, N° 105-106, enero-junio, 1971, p. 76)"²⁸.

Incluso el juez en estos casos no puede ser imparcial ya que él también integra el ambiente²⁹. Si la biosfera es un todo, si el ambiente es una unidad, si los daños al ambiente impactan en una comunidad e incluso en las generaciones futuras, ¿cómo puede pensarse en un juez ajeno a la contienda? Esa exigencia implicaría un magistrado que viviera fuera de la

24 VÁZQUEZ VILLAR, artículo citado, p. 19.

25 En tal sentido, entre muchos MORELLO, Augusto y CAFFERATA, Néstor, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 202, bajo la denominación "juez activo". RODRÍGUEZ, Carlos A., *Ley General del Ambiente de la República Argentina*, LexisNexis, p. 203.

26 MORELLO-CAFFERATA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., p. 201.

27 En ese sentido, entre otros GOLDENBERG, Isidoro y CAFFERATA, Néstor, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, pp. 74 y 75.

28 Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Almada v. Copetro" J.A., 1999-I-259, LLBA, 1998-943.

29 BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 204.

biosfera, que no habitara en el ambiente, que no formara parte de la comunidad, que no respirara el aire contaminado, que no tuviera descendencia, que no bebiera agua.

La LGA establece, a su turno, ciertas características de este rol activo del juez. Así el artículo 32 prescribe, en lo que aquí interesa: "*El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida preparatoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas sin petición de parte*".

Antes, el artículo 31 de esa norma también otorgó renovados poderes-deberes al juez cuando, en los supuestos de daño ambiental colectivo en que hubieren participado dos o más personas, y no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, establece que "todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable". Esa norma agrega: "En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas, la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación".

Cabe concluir que los jueces, además de la potestad, se hallan sujetos al deber, y a la irrenunciable obligación de concretar la efectiva, tempestiva y rigurosa tutela del ambiente, optimizando su protección, cuidado o recomposición. Cabe citar como ejemplo de esto último el fallo de la Cámara Nacional Civil Sala H en la causa "Subterráneos de Buenos Aires SE c/ Shell y otros"³⁰ donde se decide ordenar a Shell la recomposición de un área del suelo y napas dañada con hidrocarburos por una estación de servicio de la firma multinacional.

Naturalmente todo ese rol activo del juez, encuentra sustento de la mayor jerarquía en el art. 41 CN, en la medida que el deber de proteger y tutelar el ambiente establecido por esa norma es una obligación que pesa sobre los tres poderes del Estado³¹.

30 J.A., 1999-IV-309.

31 La tutela del ambiente establecida en el artículo 41 de la CN es un deber jurídico que pesa sobre el Estado pues, como sostiene BIDART CAMPOS, ese "artículo involucra

Como ya se dijo, tal impronta no se reduce a la decisión final del proceso, sino a todas las decisiones y al ritmo que se le imponga. De hecho cuando el magistrado decide, por ejemplo, que todas las notificaciones deben hacerse con carácter urgente (o como sostiene SOSA³² decida notificar por vía telefónica, por fax o por Internet, en tanto mecánicas de anoticiamiento que deberían imponerse en un proceso ambiental); cuando impide -con certeras y oportunas decisiones- que el sujeto demandado por dañar al ambiente obstruya el avance de la causa o confunda, para complicar el caso, está protegiendo tanto el derecho al ambiente sano como cuando dicta una sentencia ordenando, por caso, el cese del daño ambiental.

Se exigirá osadía, creatividad e innovación al juez para acometer la reingeniería de todas las mecánicas y diligencias, en pos de la eficacia, sencillez y economía, ampliando así las vías y estrategias procesales para optimizar y maximizar la defensa del ambiente.

Un claro ejemplo del ejercicio de esas facultades especiales que tiene la Justicia en los casos ambientales lo encontramos en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Mendoza"³³ donde, entre otras cosas, decidió: 1. Requerir informes a las empresas demandadas³⁴; 2. Requerir³⁵ al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires y al Cofema que presenten un plan integrado³⁶

a las autoridades con una cobertura amplísima que abarca desde los titulares de los tres departamentos del gobierno federal y de los gobiernos provinciales y municipales jurídicamente exigible, y a todos los jueces, también a los que no son más que órganos de tribunales administrativos, como los de faltas" y agrega "Cuando la norma constitucional dice que estas autoridades proveerán a la protección de este derecho a un ambiente sano, apunta no sólo a una obligación por omisión para no dañarlo, sino a prestaciones positivas para lograr cuanto hace falta en orden a preservarlo, a evitar que otros lo alteren o destruyan, a recomponerlo, etc." (BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, p. 86).

32 Sosa, Toribio Enrique, *Reingeniería procesal*, Platense, 2005, p. 103. Este autor sólo exige para habilitar esas formas de notificación por el Juzgado tres pasos: 1. resolución del juez que la dispone, 2. el envío de la notificación por ese medio por el juzgado y 3. constancia en el expediente de ese envío por funcionario fedatario como el Secretario del Juzgado, y termina preguntándose, a este último respecto "¿Por qué merecerá más fe la diligencia extendida por el oficial notificador que la constancia de envío de un fax por el secretario del juzgado?"

33 CS, 20-6-06 *in re* "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)".

Ver notas 34, 35 y 36 en pág. sig.

3. Convocar a una audiencia pública, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior.

c. La legitimación

La legitimación procesal para interponer una pretensión ambiental es un tema con varias aristas, que ya ha sido tratado por la doctrina profusamente³⁷.

34 Relativo a 1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción. 2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos; 3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675. (art. 22: Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación).

35 Con fundamento en la LGA art. 5, que establece "Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades provisiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley" y también basándose en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal.

36 Exigiendo la CSJN que dicho plan deberá contemplar:

1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10).
2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) «teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable».

3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.

4. Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población).

5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada.

37 Puede consultarse, entre muchos, MORELLO-CAFFERATTA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., capítulo IV, punto B. Y CAFFERATTA, Néstor, *Introducción al Derecho Ambiental*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, PNUMA, México, 2004, p. 110 y sgts.

Cifándonos a los fines propuestos en este punto (destacar ciertas peculiaridades del proceso ambiental), nada mejor que citar al autor italiano Paolo MADDALENA quien afirma que "el sujeto individual, en el momento de actuar como miembro de la colectividad, ejerce un derecho propio y defiende un interés propio y, al mismo tiempo, de todos los otros asociados...(esto) hace que la acción de uno redunde en beneficio de todos"³⁸.

GALDÓS³⁹, al comentar el precedente de la Corte Provincial que denomina "Copetro"⁴⁰, principia por indicar que, ente los argumentos esenciales que sustentan la ahora doctrina legal de la Casación bonaerense se halla el de que "la titularidad personal de un derecho o un interés legítimo no desaparece cuando el derecho o el interés son compartidos con y por otros, o con y por todos los demás que se hallan en igual situación" para luego recordar que "La Casación bonaerense en lo atinente a la legitimación retoma ahora el criterio que en su momento anticipó el juez VIVANCO -en minoría, junto al doctor NEGRI-, reconociendo legitimación en la acción de amparo a algunos vecinos, consagrando los derechos difusos de los ciudadanos para requerir preventivamente que una municipalidad paralice la ejecución de un complejo habitacional (ejecutado por terceros: la Provincia de Buenos Aires), ante la omisión comunal en el ejercicio del poder de policía edilicio de prever los servicios de agua potable y desagües cloacales y de hacer cumplir el código urbano de edificación. Afirmó el juez preopinante que «el llamado derecho ambiental o 'eubiótico o ecológico' es un derecho a la vida, pues sirve para proteger la integridad física de la persona y es inherente también a la libertad y garantías del pueblo y de la forma republicana de gobierno"⁴¹.

38 MADDALENA, Paolo, "Las Transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental", en el ejemplar "Derecho Ambiental" de la Revista del Derecho Industrial, Año 14, Mayo-Agosto 1992, Nro. 41, p. 370.

39 GALDÓS, Jorge Mario, "Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires-Apertura procesales y sustanciales-A propósito del caso Copetro", cit.

40 Se trata del precedente ya citado "Almada c. Copetro" y otras causas acumuladas.

41 Citando a tal fin: SC Buenos Aires, B 53.635, 2/4/91, "Rovere, Alejandra y otra v. Municip. de Vicente López", J.A., 1991-III-217, con nota crítica de MORELLO, Augusto Mario, "La Suprema Corte de Buenos Aires y el acceso a la Justicia (La desorientación del letrado)"; SC Buenos Aires, Ac. 49.992, 14-6-94, "Rovere, Alejandra y otra c. Municipalidad de Vicente López. amparo", voto de la minoría de los doctores VIVANCO y NEGRI (la mayoría desestimó el recurso extraordinario por cuestiones formales sosteniendo que no son definitivas y por ende inapelables, las decisiones en materia de amparo), J.A., 1994-IV-31 y A. y S., 1994-II-374; Ver: WALLS, Mario F., "Legitimación ambiental (la jurisprudencia ante la reforma constitucional de 1994)" en "Derecho Ambiental" (Segunda parte), Suplemento coordinado por Néstor A. CAFFERATTA,

Habida cuenta de que en tal proceso accionaron sólo tres vecinos resulta ilustrativo de la temática la conclusión de GALDÓS: "En definitiva, la Corte de Buenos Aires consolida la protección ambiental y, correlativa y simétricamente, ensancha el catálogo de habilitados para el resarcimiento de intereses difusos o colectivos o derechos de incidencia colectiva"⁴².

En lo relativo a la legitimación de sujetos individuales para tutelar el ambiente la Corte Federal en "Mendoza" sostuvo que "La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente. En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30 de la ley 25.675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes"⁴³.

Paralelamente, en varios precedentes jurisprudenciales la Corte Provincial ha aceptado la legitimación de individuos en pretensiones que persiguen una protección pluri-individual (afectación producida a un grupo indefinido o indeterminado de personas, o a una categoría de ellas) o entidades u organizaciones, actores diferentes de las personas que aparecerían como agraviadas, para remediar una afectación de intereses o derechos colectivos o susceptibles de calificarse como de incidencia colectiva en general⁴⁴.

en J.A., 23-12-98, p. 67. Seguidamente este autor agrega que: "Esta tendencia se reitera cuando, también por mayoría, se resolvió que el Intendente Municipal ostenta un interés legítimo para plantear la acción originaria de inconstitucionalidad en defensa de los intereses comunales, cuestionando los decretos-leyes provinciales de creación del Cinturón Ecológico-Área Metropolitana, resolviéndose, al reivindicar la competencia provincial en materia de residuos urbanos, y desestimar la demanda que "el art. 28 de la Constitución provincial establece el deber público e irrenunciable a cargo del Estado provincial de preservar el medio ambiente. Asimismo, y con finalidad preventiva, el de asegurar políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica" y cita: SC Buenos Aires, Ac. I 1305, 17-6-97, "Municipalidad de La Plata. Inconstitucionalidad del decreto-ley 9111. Tercero: C.E.A.M.S.E.", DJJ, t. 153, p. 132, J.A., 1998-I-280 y LLBA, 1998-32.

42 GALDÓS, Jorge Mario, "Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires-Apertura procesales y sustanciales-A propósito del caso Copetro", cit.

43 CS, 20-6-06 *in re* "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)".

44 En tal sentido puede consultarse SCBA causas: B. 64.464, "Dougherty", res. de 13-11-02; B. 65.269, "Asociación Civil Ambiente Sur", res. de 19-11-03.

La Corte de la Provincia de Buenos Aires en "Spagnolo"⁴⁵ trata la legitimación de un vecino para evitar la contaminación de un río. Con un desarrollo que principia con una cita de BIDART CAMPOS se indica, en ese precedente, el sentido que debe darse al término afectado. Así la Corte Provincial, en ese pronunciamiento, luego de anticipar la desestimación del planteo "en relación a la falta de legitimación activa del señor Spagnolo", seguidamente sostiene que "Tal conclusión se impone no bien se examine el alcance de la legitimación otorgado por el art. 43 de la Constitución Nacional al 'afectado', y la interpretación que de dicho vocablo cabe realizar. En efecto, se ha dicho en tal sentido que 'si el afectado es quien padece un daño diferenciado y exclusivamente propio -como alguna doctrina egoísta viene postulando- estamos restringiendo el sentido del párrafo segundo, y colocando la situación que en él se regula en paridad con lo que entendemos que significa el primero: el afectado sería solamente la persona que, de modo singular, y sólo ella, titulariza un derecho agredido ... Cuando se encasilla al amparo en el molde rígido de una vía que solamente legitima al titular de los clásicos derechos subjetivos, se está desvirtuando lo que el párrafo segundo alberga con dimensión mucho mas holgada en su alusión a los derechos protegidos y al afectado por agresión a ellos. El daño personal, directo, diferenciado, como recayendo exclusivamente sobre un sujeto determinado y nada más que sobre él, enturbia la noción y amplitud que surgen del vocablo 'el afectado', porque entiende que el derecho o interés tutelables por vía de amparo tiene como único dueño a aquel sujeto. Cuando el interés es común, o colectivo, o de pertenencia difusa, y cosas semejantes, ya esa propiedad exclusiva y subjetivizada en un único dueño desaparece, con el pernicioso resultado de que el amparo se bloquea' (conf. Bidart Campos, Germán, en Gozaini, Osvaldo, 'La legitimación en el proceso civil', Ed. Ediar, Bs. As. 1996, págs. 50/51)" para, luego de mencionar otra doctrina en la misma línea⁴⁶,

45 SCBA, "Spagnolo, César Antonio V. Municipalidad de Mercedes", 19 de marzo de 2008. Ac. 2078.

46 Así se recuerda en el fallo, entre otros desarrollos doctrinarios, que "se ha expresado que '... a los daños clásicos, personales o individuales, sufridos por una persona dada, en sí misma o en sus bienes, se oponen ahora los perjuicios 'suprapersonales' o colectivos, padecidos por muchas personas, por un grupo o por una comunidad. De ahí que al lado de las acciones individuales aparezcan las 'acciones colectivas' y junto al 'interés subjetivo determinado', el 'interés difuso', puesto que su objeto es indivisible, siendo que los titulares son indeterminables o ligados por circunstancias de hecho. Estamos convencidos, lo decimos desde ahora, de que el interés difuso ha sido receptado en la reforma constitucional y que el 'daño ambiental' es uno de sus ámbitos propios...' (conf. Mosset Iturraspe, 'La Tutela ambiental', en 'Daño ambiental', Ed. Rubinzal-

termina afirmando que "Consecuentemente con todo lo que se expone *supra*, le asiste plena legitimación al actor, en su calidad de vecino de la localidad de Mercedes, para articular su pretensión de evitar la actividad contaminante en las aguas del río Luján, toda vez que resulta innegable que resulta particularmente afectado por la degradación del ambiente en el que mora".

Retomando el concepto vertido al inicio, del autor italiano Paolo MADDALENA, podemos ahora afirmar que todo deriva de una idea básica, que aunque puede parecer una contradicción, define la raíz del tema: que el ambiente es de todos pero no es de nadie⁴⁷. Así LORENZETTI⁴⁸, luego de calificar al medio ambiente "como bien público de uso común" enseguida

Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 82/83)" y que "Toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental causa un daño social por afectar los llamados 'intereses difusos' que son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tiene por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. El daño así ocasionado es llamado por algunos autores 'daño ecológico' pero en realidad es más apropiado llamarlo 'daño ambiental' por ser más abarcativo y comprensivo del ecológico reservando aquella expresión para el daño que ataca los elementos bióticos y abióticos de la biosfera", y seguidamente menciona que "daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*) a los intereses legítimos de una persona determinada (Bustamante Alsina, 'Responsabilidad civil por daño ambiental', 'La Ley', 1994-C, 1052)". Sin dejar de mencionar que "Parte de la doctrina menciona entonces la existencia de una 'legitimación extraordinaria'. Ella se produciría como parte del ensanchamiento de la franja de derechos tutelados que diseña todo orden jurídico".

47 Cabe también recordar que, en un valioso precedente judicial, la Cámara Civil y Comercial de Tucumán, sala 1ª, sentencia dictada en "Fundación Planeta v. Transportes 9 de Julio S.A.", sentencia del 8 de febrero de 2005, en RDAM LexisNexis Newsletter, sostuvo que "En la cuestión que nos ocupa Fundación Planeta, si bien estuvo legitimada constitucionalmente para poner en movimiento el proceso judicial tendiente al restablecimiento de la legalidad y del medio ambiente, carece de personería para transar, ya que ejerce la protección de un derecho que no le pertenece. Por ello, con razón ha sostenido Morello que en los derechos de incidencia colectiva éstos no tienen un legitimado directo, porque el interés se difumina al conjunto por tener cada uno una parte de cierto daño ('Régimen procesal del amparo', Ed. Platense, p. 211). Por otra parte, habida cuenta los altos intereses tutelados y su raigambre constitucional directa es precisamente el Estado, en sentido lato, el primer obligado a su protección. Siendo su competencia irrenunciable, por consiguiente tampoco está sujeta a convenio o transacción".

48 LORENZETTI, Ricardo, "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", LL 1998-A-1024.

brinda dos de sus características: "La indivisibilidad de los beneficios: puesto que el bien no es divisible entre quienes lo utilizan. Eso trae como consecuencia la prohibición de la apropiación privada individual y el carácter difuso de la titularidad (y) el principio de la no exclusión de beneficiarios: puesto que todos los individuos tienen derecho al medio ambiente, aun las generaciones futuras. Es de todos y no es de nadie, lo cual plantea problemas de acción colectiva, puesto que de tal modo nadie se preocupa en cuidarlo en la creencia que otros lo harán y uno disfrutará igualmente. Ese efecto 'free rider', requiere de incentivos a la acción protectoria".

Resulta pertinente recordar el invalorable aporte doctrinario que ha hecho CAFFERATTA al analizar la legitimación de sujetos individuales para reclamar por un bien colectivo como el ambiente. A partir de la figura de lo que denomina "el emergente" quien, para este autor, es el portavoz del grupo, "aquel que en un grupo, en un determinado momento dice algo, enuncia algo, y ese algo es el signo de un proceso grupal que hasta ese momento ha permanecido latente o implícito, como escondido dentro de la totalidad del grupo. A veces no hay un emergente sino varios, cuyas palabras y acciones proporcionan elementos para descifrar, para armar un rompecabezas de ese momento del acontecer grupal subyacente y que no tiene posibilidades de emerger de otra manera... El emergente denuncia su problemática, pero puede denunciarla porque es en cierta medida y en ese momento, quien vive, siente en mayor grado, con mayor intensidad, esta problemática que los otros integrantes del grupo"⁴⁹.

Incluso, para brindar otro enfoque del tema desde ese faro que en lo ambiental es la C.N., resulta útil recordar, como expresara LORENZETTI, que de acuerdo con los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional: "En relación al macrobien, que es el medio ambiente en general, y tratándose de un bien público de uso común, existe un interés difuso, que permite acciones. Esas acciones legitiman a cualquier individuo afectado, las asociaciones representativas y al defensor del pueblo, en tanto demuestren que existe una lesión de tal interés"⁵⁰.

49 CAFFERATTA, Néstor "La legitimación para obrar y los intereses de grupo. El emergente como legitimado para obrar en causas ambientales", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año II Nro IV. Julio-Agosto de 2000, pág. 56 y sgts., quien remite a PICHON-RIVIÈRE, Enrique *El proceso grupal*, Edición ampliada. Nueva Visión, en capítulo "El concepto de Portavoz" p. 221, y en capítulo "Estructura de una escuela destinada a la formación de psicólogos sociales", p. 158; en capítulo "Tratamiento de grupos familiares. Psicoterapia colectiva", p. 60.

50 LORENZETTI, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", La Ley, 1997-E, 1463.

De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos, del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario⁵¹.

Cabe reiterar que, además de los sujetos individuales, las Asociaciones también se hallan legitimadas para la defensa del bien de incidencia colectiva, como lo decidió la Corte provincial en "Asociación Civil Ambiente Sur" al entender que "La pretensión no reposa en la afectación de situaciones subjetivas individuales, sino en el derecho a un ambiente sano (arts. 28 y 20 inc. 2 Const. prov.) que el cuestionado emprendimiento de la demandada conculcaría ilegítimamente. Derecho a la incidencia colectiva cuya defensa en el ámbito territorial de Avellaneda justifica la asociación actora entre los objetivos de la institución, conforme a su estatuto social"⁵².

Por último no puede omitirse una referencia al artículo 30 de la LGA que dispone "...deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados no podrán interponerlos los restantes lo que no obsta a su derecho a intervenir como tercero". Habida cuenta de que en las legislaciones provinciales se admiten el tercero demandante, litisconsorte, adherente o adhesivo⁵³, la pregunta que podría ser hecha es ¿qué tipo de terceros? La respuesta a este interrogante es amplia y abarcativa: cualquier tercero queda incluido en la previsión legal⁵⁴.

51 Sobre este tema: Cám. Apel. Azul, "Municipalidad de Tandil c/ T.A. La Estrella SA y otro", fallado el 22/10/96, publicado en ED, 171-378.

52 SCBA "Asociación Civil Ambiente Sur v. Municipalidad de Avellaneda", 19-03-2003, SJA 5-5-2004.

53 MORELLO y CAFFERATTA, luego de desatacar que en este tema la "preferencia temporal en la promoción de una acción de esta clase, impide a los restantes ser parte en el proceso, aunque no obsta el derecho de intervenir como terceros" para enseguida recordar que "la intervención de terceros puede asumir dos modalidades: a) la voluntaria, b) la obligada. La primera comprende dos situaciones posibles: la intervención adhesiva simple y la intervención adhesiva litisconsorcial", explican que mientras la intervención adhesiva simple (o coadyuvante) responde a un interés jurídico coincidente con el argüido por cualquiera de las partes litigantes, es decir obra en mérito de ser titular de un derecho conexo o dependiente de las pretensiones planteadas en la litis y participa con el objeto de colaborar, por lo que su actuación se halla limitada a la del litigante principal, no puede alegar ni probar lo que a éste le estuviere prohibido. Por otra parte la intervención adhesiva litisconsorcial es aquella en que se hace valer un derecho propio frente a algunas de las partes originarias; se trata de quien hubiere estado legitimado para demandar o ser demandado, tendrá las mismas facultades que la parte principal (MORELLO-CAFFERATTA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., pp. 186/7.

54 CAFFERATTA, Néstor, "Panorama actual del Derecho Ambiental", en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho Ambiental*, cit., p. 23.

Por último no puede dejar de destacarse que, en lo que se refiere a la legitimación pasiva, puede suceder que los sujetos causantes de daño sean varios.

Allí aparece un "supuesto de responsabilidad colectiva, al desconocerse cuál de los varios integrantes del *grupo sospechoso* es el que ha actuado en realidad como fuente del daño...o de legitimación grupal si la autoría corresponde al grupo como tal. Se considera que, en estos supuestos todos los integrantes del grupo están obligados a su reparación"⁵⁵.

d. El beneficio de litigar sin gastos

Para analizar este tema corresponde, inicialmente, recordar que la LGA, en su artículo 32, dispone que el acceso a la jurisdicción ambiental no admitirá restricciones de ningún tipo o especie, y que esta regla va a incidir en otros institutos clásicos del Derecho, como lo es el beneficio de litigar sin gastos⁵⁶.

Dentro de ese marco, plantear adecuadamente lo relativo al beneficio de litigar sin gastos en un proceso ambiental exige partir de tres premisas⁵⁷: a) por regla son muy costosos los estudios y análisis periciales que exige el daño ambiental⁵⁸; b) generalmente, como ya expresamos, existe una gran diferencia económica entre el que demanda por daño ambiental y el que lo produce (o probablemente lo produce)⁵⁹; c) el actor suele accionar por un interés que lo excede.

55 BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, cit., p. 102.

56 Como sostiene CAFFERATA, Néstor, "Panorama actual del Derecho Ambiental" cit., p. 24. Opina igual BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, p. 302, quien luego de referir el artículo 32 de la LGA y destacar la falta de igualdad de las partes en el litigio ambiental expresa "De allí que los autores admitan la necesidad de recurrir a garantías procesales de orden económico, como son el beneficio de litigar sin gastos...a fin de eliminar los obstáculos que puedan impedir el libre ejercicio del derecho a la jurisdicción".

57 Como ya lo hemos planteado con anterioridad (FALBO, Aníbal, "El beneficio de litigar sin gastos en el proceso ambiental", J.A., 2001-I-1134).

58 Se suma que en muchas ocasiones esos costos periciales se suelen ver considerablemente aumentados por las estrategias obstruccionistas y contrarias a facilitar el proceso articuladas por el demandado por daño ambiental. Esto último potencia los costos que, si los demandados actuaran regidos por el deber de colaboración y buena fe procesal, se verían evitados; es decir que son los propios demandados los que -con su conducta procesal- suelen hacer crecer (muchas veces desmedidamente) los costos periciales.

59 En tal sentido, entre otros BIBLONI, Héctor. J., *El Proceso Ambiental*, LexisNexis, Bs. As., 2005, p. 336.

En relación a la primera debe recordarse que la "carencia de recursos" debe interpretarse en términos "relativos" y no "absolutos". "En efecto, la cuestión no debe detenerse en acreditar la insuficiencia de medios económicos (interpretación absoluta) sino más bien que... (el interesado)... no se encuentra en condiciones de afrontar el pago de gastos que necesariamente implica la sustanciación, no de cualquier proceso (abstracto) sino de 'ese' proceso (interpretación relativa)"⁶⁰.

Entonces llegamos a una primera conclusión: en el proceso ambiental la "carencia de recursos" que permite la concesión del beneficio de litigar sin gastos, sólo puede considerarse no corroborada si el actor posee un patrimonio muy importante.

La segunda premisa, como ya se trató en el Capítulo 6 bajo el título "f. Débiles y poderosos. La desigualdad entre las partes", plantea que (generalmente) por un lado accionan en defensa del ambiente habitantes comunes, muchos de ellos pobres o desaventajados, y se enfrentan -por lo común- a importantes sujetos económicos -incluso grandes grupos económicos (transnacionales)- que utilizan el ambiente (tanto como la salud) de los habitantes como variable económica de ahorro por desinversión o maximización de ganancias, al «externalizar» sus costos. Por esto debe concluirse entonces que en el proceso ambiental la «carencia de recursos» (que justifica la concesión del beneficio) sólo puede considerarse no corroborada si el peticionante posee un patrimonio que se encuentra en igual orden de magnitudes con el del demandado/(posible) contaminador.

Incluso esta conclusión tiene su fundamento en la garantía constitucional de igualdad ante la ley que es la fuente del beneficio de litigar sin gastos⁶¹.

Por último, siguiendo el orden de las premisas, no puede dejar de evaluarse que el actor que litiga en defensa del ambiente acciona no sólo en su interés (personal, individual, directo) sino que expande (lo sepa o no; lo desee o no) su accionar a un número indeterminado de sujetos (incluidas las generaciones futuras) pues "el derecho de incidencia colectiva muestra que originariamente responde a un individualismo (es la idea de fraccionamiento o cuota de interés)"⁶² y dentro de tal contexto resultaría claramente reprochable que la Justicia obstruya su accionar por razones de índole económica.

60 Conf. DÍAZ SOLIMINE, Omar, *Beneficio de litigar sin gastos*, Astrea, p. 70.

61 Conf. PODETTI, *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales*, 1955, Ed. Bs. As., pp. 496/502.

62 MORELLO-CAFFERATA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., p. 103.

Entonces el individuo o grupo que, con altruismo, acciona por un derecho que lo excede en tanto importa a toda una comunidad y a las generaciones futuras no puede ni pagar los gastos por tal accionar ni correr con los riesgos económicos de una futura sentencia contraria.

Al respecto resulta apropiado recordar a PODETTI, quien hace tiempo al tratar el beneficio de litigar sin gastos, exigía al juez un abordaje coincidente con nuestro planteo cuando expresaba: "tiene que considerar, en alguna medida, la naturaleza y objeto del pleito y la necesidad de deducirlo o intervenir en él del solicitante"⁶³.

Actualizada tal afirmación a la problemática actual del proceso ambiental cobra aun más fuerza y entidad, en la medida que, como entiende SABSAY "las consecuencias nefastas que acarrea la contaminación del ambiente para el futuro de la existencia humana en el planeta, nutren de contenido a los caracteres tan particulares del derecho a un ambiente sano"⁶⁴.

Como sumatoria de todas las conclusiones y dentro del marco legal indicado, todo conduce a esta síntesis final: la regla será la concesión del beneficio de litigar sin gastos al actor. Sólo podrá negársele si se suman tres condiciones: que el actor tenga un importante patrimonio, que el actor y el demandado se hallen dentro de un equiparable situación económica o patrimonial, que el actor accione por un interés que no se expande a otros miembros de la comunidad ni a las generaciones futuras.

e. La prueba

Como se ha visto, el daño al ambiente es un daño diferente, no común. Esto tiene directas consecuencias a la hora de analizar lo atinente a la materia probatoria que, entonces, ha de mostrar un "particular tratamiento por cuanto la naturaleza de la agresión no se compadece con los sistemas habituales de probanzas"⁶⁵.

Incluso se suma otra característica saliente: los procesos ambientales son casos de prueba difícil⁶⁶ (*difficilitoris probationes*)⁶⁷, por razón del

63 PODETTI, *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales*, cit., p. 510.

64 SABSAY, "El desarrollo sustentable en un fallo de la Justicia Federal", ED, 174-449.

65 GOLDENBERG-CAFFERATA, *Daño ambiental*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, p. 30.

66 Sobre las dificultades de la prueba *vid.*: "Responsabilidad de los Generadores de Residuos Peligrosos por su disposición", por BIRD, Ian, en Revista "Ambiente y Recursos Naturales", Edit. La Ley, FARN, N° 4, Vol. I, octubre-diciembre de 1984, p. 59.

Ver nota 67 en pág. sig.

complejo entramado de elementos que los condicionan. GOLDENBERG y CAFFERATA⁶⁸ sostienen que los ambientales son "litigios engorrosos" lo que deja "asomar vectores de decisiva influencia a la hora de ameritar la prueba".

Como consecuencia necesaria "nos encontramos en estos casos, ante situaciones donde es particularmente revelador la necesidad de adoptar mitigaciones o paliativos al régimen estricto de la carga de la prueba"⁶⁹.

Se acepta entonces la inversión de la carga de la prueba en esta materia, no sólo porque la máxima *Onus probandi incumbit actori* es "una fórmula abandonada"⁷⁰, sino porque además, en los casos ambientales, debe articularse una "oportuna inversión de la carga de la prueba"⁷¹;

Además remitimos a los trabajos de LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 483; "La protección jurídica del ambiente", en LL, 1997-E-1463; "La adjudicación del riesgo probatorio", en Revista de Derecho de Daños, N° 5, "La prueba del daño", Tomo II, Rubinzal-Culzoni, 1999; "Carga de la prueba en los procesos de daños", LL, 1991-A-Sec., doctrina, p. 995; "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LL, 1996-D-1062; "El juez y las sentencias difíciles. Colisión, derechos, principios y valores", LL 1998-A-1024; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños (elementos)*, cap. XI: "La relación de causalidad", pp. 219 y sig. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX", LL, 1997-C-1029. AGOGLIA, María-BORAGINA Juan-MEZA, Jorge, "El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", J.A., 1993-IV-808 y de los mismos autores, "La lesión a los intereses difusos -categoría de daño jurídicamente protegible-", en J.A., 1993-V-887. TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil por daño ambiental", J.A., 1999-IV-1180; "La defensa del ambiente en la Provincia de Buenos Aires", J.A., 1998-IV-1948; *Id.* del mismo autor "Responsabilidad civil por daño al ambiente", anticipo de Anales año XLIII, segunda época-número 36, Bs. As., 1998, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

67 MORELLO, Augusto M., nota a fallo: "El peso de los indicios y la valoración de la prueba de presunciones en el delito de violación", de la causa "Vera Rojas, Rolando", CSJN, julio 15-997, publicado por L.L., suplemento de Jurisprudencia Penal.

68 GOLDENBERG-CAFFERATA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, cit., pp. 74 y 75.

69 CAFFERATA, Néstor A., "La prueba del daño ambiental", publicado en número especial "Derecho Ambiental", 2005-IV de Jurisprudencia Argentina-LexisNexis, p. 24, citando a DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica (en una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Superior Español)", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año 1, N° 2, marzo-abril 1999, pp. 1 a 19 y aclarando que se recogen los principales conceptos del artículo, adaptándolos a la especial naturaleza de las causas ambientales.

70 ALTERINI, Atilio Aníbal-LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Carga de la prueba en las obligaciones de medios", La Ley, 1989-B, 942.

71 MORELLO, Augusto Mario, "Los daños al ambiente y el derecho procesal", J.A., del 5-3-97.

MORELLO propugna, asimismo, las cargas dinámicas dentro de una posición estricta de colaboración del causante de la alteración del ambiente a los resultados útiles de la tarea jurisdiccional⁷².

Sobre la base de que “los aforismos tradicionales y las construcciones de la doctrina relativas al *onus probandi*, no tienen otro valor que el de meras indicaciones, que no excluyen en cada tipo de relaciones jurídicas soluciones particulares”⁷³, en este tipo de procesos “se debe partir de dos premisas esenciales, cuales son el deber de colaboración de las partes en el proceso y la obligación de probar de aquel que se encuentra en mejor posición para hacerlo”⁷⁴.

BIBILONI aporta también otro enfoque del tema al afirmar que “En las normas ambientales es común la imposición de cargas o condiciones, cuya inobservancia invierte la carga de probar en caso de litigio. En especial en los casos de atribución de responsabilidad o de incumplimiento de obligaciones administrativas (inscripción en registros, autorizaciones, manifiestos, inscripciones de procedimientos, permisos, evaluaciones de impacto ambiental, etc.)”⁷⁵ y recuerda que “Se deben utilizar expresamente los indicios para crear presunciones como elemento probatorio. Las dificultades para la obtención y producción de las pruebas en materia ambiental son evidentes, y además la superioridad técnica que generalmente ostentan los demandados hace presumir también una superioridad jurídica, por lo que la judicatura ha revalorizado a las presunciones como elemento apto para formar convicción, con los únicos requisitos de gravedad, precisión y concordancia”⁷⁶.

En otro orden, y partiendo de lo afirmado por LORENZETTI en el sentido de que “Es conocida la regla que beneficia a la parte económicamente débil por sus dificultades de acceso a la prueba”⁷⁷, cabe concluir con CAMPS que “En los casos que sea necesaria una pericia compleja y costosa, con un costo que no puede ser sufragado por el actor que la requiera y siempre que el juez considere que resulta procedente para la dilucidación

72 MORELLO, A. M., “La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del ambiente”, J.A., 1993-III-382.

73 ALTERINI, Atilio Aníbal-LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Carga de la prueba en las obligaciones de medios”, cit.

74 CAMPS, Carlos, “Particularidades del proceso civil por daño ambiental”, J.A. revista del 16-12-98, p. 39.

75 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, cit., p. 333.

76 BIBILONI, Héctor J., *El proceso ambiental*, cit., p. 340.

77 LORENZETTI, Ricardo L., “Carga de la prueba en los procesos de daños”, La Ley, 1991-A, 995 y sgts.

del pleito, los gastos que ella insuma deben ser soportados por el accionado”⁷⁸.

f. La relación de causalidad

La problemática ambiental encierra un grado de incertidumbre al punto que “si no existe algo de incertidumbre no estamos ante un verdadero caso ambiental”⁷⁹. A esto se suman las particularidades que presenta el daño ambiental, como -por ejemplo- su carácter retardatario, entre otros ya tratados.

En este orden de ideas, GOLDENBERG y CAFFERATTA⁸⁰ ven positivamente la aplicación a temas ambientales de la teoría anglosajona de *more probable than not* o de la “probabilidad” de la jurisprudencia norteamericana que “constituye un plus de protección y responde a la idea de una tutela diferenciada y privilegiada, dada la relevancia del derecho ambiental”⁸¹.

Tales premisas básicas son la única forma de dar coherencia y unidad al sistema y hacer operativo y eficaz el bloque de legalidad ambiental y los principios ambientales de prevención, precaución, intergeneracionalidad y optimización de la tutela.

A su vez GOLDENBERG afirma que “El carácter difuso del daño ambiental crea un marco de suma complejidad respecto de la individualización del nexo causal. De allí la insuficiencia y disfuncionalidad de la normativa legal vigente en la protección del entorno...para superar ese desfase entre el ritmo de lo social y lo jurídico, en esa vital área jurídica se deberán aggiornar los conceptos, las ideas e introducir redefiniciones conceptuales”⁸².

Además en los casos ambientales, y ante las dificultades que ellos traen aparejada, se trabaja dentro del “paradigma de la complejidad” donde todos los elementos “interactúan” (desorganizando y reorganizando el sistema al mismo tiempo) por lo que “desaparece la certidumbre en una

78 CAMPS, Carlos, “Particularidades del proceso civil por daño ambiental”, cit.

79 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, p. 48.

80 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, p. 33.

81 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, p. 33.

82 GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, p. 7, citando a GOLDENBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2da. ed. ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2000.

causalidad lineal y es reemplazado por una causalidad circular, en la que tanto la causa precede al efecto como el efecto a la causa”⁸³. Es decir retroalimentan a su misma causalidad y por ello “las mismas causas pueden conducir a efectos diferentes y/o divergentes” o también “causas diferentes pueden conducir a los mismos efectos” o bien “pequeñas causas pueden acarrear efectos muy grandes” incluso “algunas causas son seguidas de efectos contrarios (causalidad invertida)”.

Por ello GOLDENBERG y CAFFERATTA concluyen afirmando la “relativización y complejización de la relación causal (que) relativizan y complejizan todos los determinismos”⁸⁴.

Vuelve a quedar confirmado desde este otro enfoque el diferente y renovado abordaje del nexo causal que la temática ambiental impone a fin de privilegiar la tutela del ambiente, la salud y la vida humana y de los *por-venir*.

g. Caducidad de instancia

Como principio cabe afirmar que no resulta de aplicación la caducidad de instancia en estos procesos. Tal posición ya cuenta con un precedente jurisprudencial de gran trascendencia donde se ha decidido, con sólidos argumentos, que tal instituto no es aplicable en procesos ambientales en que se persigue la tutela del bien colectivo. Se trata de la causa “Di Dio Cardalana, Edgardo y otros v. Aguas Argentinas SA” de la Cámara Federal de La Plata⁸⁵.

Los argumentos del fallo se sustentan básicamente en: 1. el tipo de pretensión, 2. la ampliación de facultades que por la LGA se ha otorgado a los jueces, 3. el deber de la Justicia de evitar la paralización de estos procesos. Con base en tales razones se concluye que no rige el instituto de la caducidad de instancia⁸⁶.

83 En ese sentido GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, cit., p. 49.

84 Conf. GOLDENBERG-CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, pp. 49/50.

85 Cám. Fed. La Plata, Sala 2, sentencia del 26-10-2004.

86 Posición que se comparte. En igual sentido CAMPS, “Caducidad de instancia y proceso ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, Nro. 9, Enero-Marzo 2007, p. 177 quien expresa “no compartimos las críticas que se han dirigido contra la posición mayoritaria del caso. Por el contrario, rescatamos el valioso aporte de la doctrina de este fallo en pos de dotar al proceso de una eficacia adecuada a la naturaleza de la pretensión ventilada suprimiendo el instituto de la caducidad en estos particulares contextos”.

CAMPS sostiene al comentar el fallo que “a los fundamentos vertidos...podría agregarse un argumento clásico en esta materia, cual es la interpretación restrictiva de la perención por la cual, ante la duda, se debe estar por la vigencia de la pretensión y la continuidad del debate”⁸⁷; luego también destaca: “tratándose de pretensiones basadas en derechos no disponibles, el impulso procesal no puede quedar solo en manos de los sujetos litigantes”⁸⁸, argumentos que refuerzan la posición del Tribunal en la decisión tomada.

Aparece así otra reformulación de institutos derivada de la irrupción del proceso ambiental en el Derecho Procesal.

Lo mismo puede afirmarse de otros institutos de efectos semejantes, como el del desistimiento de la acción o del derecho, por tratarse el ambiente de un bien indisponible.

h. No puede exigirse ni reclamo administrativo previo ni agotamiento de la vía administrativa

Pocos mecanismos procesales como el reclamo administrativo previo y el agotamiento de la vía administrativa previa aparecen tan desajustados de los principios ambientales, de las normas ambientales y de la efectiva tutela del derecho al ambiente; la contradicción, el desajuste, la incompatibilidad es de tal envergadura y de tan nefastas consecuencias que si se exigen los primeros, difícilmente podrán operar debidamente los segundos. La contradicción llega, prácticamente, a la exclusión⁸⁹.

Tal contradicción surge, no porque se habilite normativamente una vía administrativa donde el habitante -no mero administrado- plantee un reclamo administrativo previo o agote la instancia administrativa, sino por exigir ello como requisito de admisibilidad de la pretensión⁹⁰.

La contradicción se evidencia a poco de analizar la propia esencia del derecho al ambiente y contrastarla con las obvias consecuencias del recla-

87 CAMPS, “Caducidad de instancia y proceso ambiental”, cit., p. 178.

88 CAMPS, “Caducidad de instancia y proceso ambiental”, cit., p. 181.

89 Véase FALBO, Aníbal, “Incompatibilidades del proceso ambiental con el reclamo administrativo previo y con el agotamiento de la vía administrativa previa”, publicado en la *Revista de Derecho Ambiental* de LexisNexis, Nro. 10, Abril/Junio de 2007, p. 197.

90 Conf. PERRINO, Pablo, “El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, en obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 2000, p. 253.

mo administrativo previo y del agotamiento de la vía administrativa: tutela efectiva por un lado, dilación y espera (“retardo seguro”) por el otro.

Resulta entonces muy promisorio el rumbo en que se orienta la jurisprudencia en cuanto a la vigencia del principio denominado “exceso ritual manifiesto”, aplicable en punto a la llamada “habilitación de la instancia judicial”⁹¹, donde la jurisprudencia, en el orden nacional, ha hecho subsistir supuestos derogados que eximían del reclamo administrativo previo como requisito de admisibilidad de la pretensión⁹².

Nadie discute; menos aun desde que nuestra Corte Federal, en la causa “Mendoza”⁹³, concedió una “prioridad absoluta a la prevención del daño futuro”; que la tutela preventiva (en grado prioritario) del ambiente es uno de los elementos definitorios del derecho ambiental⁹⁴ y que ello “presupone que cualquier demora puede resultar a la larga más perjudicial que la acción temprana intempestiva”⁹⁵: se debe actuar cuanto antes, adoptando estrategias previsoras en etapas precoces del proceso dañoso⁹⁶.

Enunciar estas características y contrarrestarlas con las exigencias del reclamo administrativo previo o el agotamiento de la instancia administrativa, aconseja rechazarlas como requisito de admisibilidad de la demanda en un proceso ambiental.

91 Véase VOCOS CONESA, Juan Martín, “La doctrina del ‘exceso ritual manifiesto’, ¿seguirá vigente a pesar de la ley 25.344?”, La Ley, 2002-F, 974-Sup. Adm. 2002 (noviembre), 30.

92 “El ritualismo inútil traduce un principio jurídico que subsiste como tal no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 (art. 12) introdujo al art. 32, inc. e) de la ley 19.549”, CNApel. Cont. Adm. Fed., sala I, *in re*: “Young, Silvia Norma y otros c. E.N. (Entel Residual) y otro”, del 15-03-2001, tal como lo recuerda VOCOS CONESA, Juan Martín, “La doctrina del ‘exceso ritual manifiesto’, ¿seguirá vigente a pesar de la ley 25.344?”, cit.

93 CS 20-6-2006, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, nro. 7 p. 185. En este precedente la Corte Federal hizo uso de las facultades ordenatorias e instructorias que le confiere el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675.

94 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho ambiental: fundamentación y normativa*, p. 48, Abeledo-Perrot 1995; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium Editorial, 1991, p. 92; LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, LL, 1997-E, 1463, afirma que en el Derecho Ambiental se le asigna a las empresas una función de agente de prevención, toda vez que en materia de contaminación, se le imponen deberes preventivos, como los de seguridad en el proceso de producción y evitación de daños ambientales a terceros.

95 WALSH, Juan Rodrigo, “El ambiente y el paradigma de sustentabilidad”, cap. I, pp. 1/63, en obra colectiva *Ambiente, Derecho y sustentabilidad*, La Ley, 2000.

96 Véase MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, p. 93; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental en el derecho privado” p. 21, en *Daño ambiental*, T° I, cit., entre muchos más.

Naturalmente la aplicación del principio preventivo tanto como del precautorio, impuestos normativamente por la LGA⁹⁷, también descarta la aplicación de tales requisitos de admisibilidad.

A igual conclusión se llega por aplicación de la norma del artículo 32 de la LGA en tanto dispone: “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”; como la obligación de agotar la vía administrativa previa al juicio implica una restricción al acceso a la Jurisdicción ambiental, no puede ser admitida en estos procesos.

i. Efecto erga omnes de la sentencia

Las categorías procesales clásicas no permiten entender los efectos de las sentencias en procesos colectivos⁹⁸ como el ambiental. Ésta es la premisa básica de la que debe partirse para analizar los efectos de la sentencia en procesos ambientales. De esa forma la sentencia en procesos colectivos no puede ser correctamente abordada si permanecemos apegados a los conceptos tradicionales y a sus definiciones clásicas.

Ya hace varios años MORELLO, BERIZONCE, HITTERS y NOGUEIRA, con agudeza anticipaban que “Los alcances de la cosa juzgada o la oponibilidad de la condena, deben tener la potencia expansiva suficiente a tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional, sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma acción...cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente”⁹⁹.

Ahora, en línea con aquella visión anticipatoria la LGA en su artículo 33 establece que “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto ‘erga omnes’, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”¹⁰⁰, confirmando que ante la irrupción de la defensa jurisdiccional del ambiente como bien colectivo, resulta adecuado otorgar efecto *erga omnes* a la sentencia que se dicte si resuelve favorablemente la pretensión de tutela ambiental.

97 Ley General del Ambiente 25.675.

98 Como sostiene GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, 3era. ed., Buenos Aires, 2006, p. 495.

99 MORELLO, Augusto; BERIZONCE, Roberto; HITTERS, Juan C. y NOGUEIRA Carlos, *La Justicia entre dos épocas*, Platense, La Plata, 1983, p. 233.

100 La Provincia de Buenos Aires tiene una norma semejante en la ley 11.723; en efecto el artículo 38 de esa ley establece que “las sentencias que dicten los tribunales en virtud de lo preceptuado por este capítulo, no harán cosa juzgada en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta de prueba”.

Por consiguiente “la eficacia *erga omnes* lo es para beneficiar (si tuvo éxito)”¹⁰¹ y se adopta -para los límites subjetivos de la sentencia- la opción *secundum eventum litis*, de manera que alcanza a quienes no hubieren intervenido como parte en el proceso¹⁰².

Al igual trastoca y muta el concepto clásico de cosa juzgada, permitiendo la reapertura del proceso y un nuevo juzgamiento de lo ya sentenciado y pasado en autoridad de cosa juzgada, cuando la sentencia ha sido desestimatoria, total o parcialmente, por cuestiones probatorias.

Se ha interpretado que la fórmula utilizada en la norma establece “cosa juzgada *erga omnes*” y que ello debe interpretarse como “cosa juzgada colectiva, oponible a los sujetos comprendidos objetivamente en la controversia litigada, de acuerdo a los elementos de la pretensión”¹⁰³, aunque también se interpreta¹⁰⁴ que la ley no declara ni establece la cosa juzgada con efecto *erga omnes* destacándose que “aunque parezca una sutileza, de una lectura cuidadosa de la ley 25.675, advertimos que se atribuye efecto *erga omnes* a la sentencia y no a la cosa juzgada”¹⁰⁵.

Más allá de ello, como afirma CAFFERATTA, “Tratándose de procesos colectivos, se busca que terceros ajenos al juicio pero instalados en la misma situación jurídica de la que lo protagonizaron, sean cubiertos por la resolución recaída en éste, de manera que el grupo, categoría o liga colectiva del que forman parte, se vea cubierto con la misma eficacia jurídica de los que se estructuró entre partes determinadas”.

En síntesis, se puede observar que en el proceso ambiental se debilita y cae la regla según la cual lo que haya sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a terceros¹⁰⁶ adquiriendo la sentencia efecto *erga omnes*, abarcativa de aquellos que, aunque no fueron parte, podrían igualmente quedar comprendidos bajo su eficacia concreta¹⁰⁷.

101 CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, Platense, 2008, p. 243.

102 Conf. CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, ob. y loc. cit.

103 MAURINO Gustavo, NINO Ezequiel, SIGAL Martín, *La acciones colectivas*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 299.

104 En esta posición CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, p. 244.

105 CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, p. 245.

106 Se trata de la regla *res inter alios iudicata aliis nec nocere potest*.

107 Puede consultarse sobre el efecto *erga omnes* el artículo de PRIERI BELMONTE titulado “Los efectos *erga omnes* de la sentencia en la acción de amparo ambiental”, J.A., ejemplar del 17-9-2003. MORALES LAMBERTI ha manifestado que “no hay otra op-

De lo que no puede dudarse es que la fórmula normativa “conlleva a la relativización de la rigurosa inmodificación de la cosa juzgada”¹⁰⁸.

Otra cuestión de interés es el criterio a seguir ante una sentencia que recepta la pretensión ambiental sólo parcialmente.

En concreto, a partir del propio texto de la ley, en todo aquello que la sentencia decida acogiendo la pretensión ambiental, tal acto jurisdiccional tendrá efecto *erga omnes*; en contraste con esto, la sentencia que rechaza la pretensión ambiental (aunque ello sea parcialmente), además de carecer de tal efecto tampoco tendrá la aptitud para constituirse en cosa juzgada, siempre que ese rechazo se hubiere debido a cuestiones de tipo probatorio. Tal derivación, cuando el rechazo sea parcial, quedará ceñida a la parte de la sentencia que denegó algo de la pretensión.

La norma condiciona la eficacia genérica de la sentencia al éxito de la pretensión ambiental, quitando ese efecto si el fracaso de la acción se ha debido, al menos parcialmente, a un déficit probatorio. A este supuesto de falencia probatoria es aconsejable asimilar las causas *non sanctas* que puedan ser presumidas del contexto general del caso¹⁰⁹.

De esa forma si la sentencia hubiere desestimado la acción, al menos parcialmente, por falta o deficiencia de prueba, ello no impedirá que se inicie un nuevo pleito, con igual objeto y causa, y que la sentencia en este proceso sea favorable, acogiendo la pretensión ambiental.

Pero, si la sentencia ha sido favorable, tendrá efectos *erga omnes*, en todo aquello que hubiere receptado positivamente la pretensión por la que se accionara y “deberá ser acatada por todos los particulares y el Estado; tiene efectos expansivos, pues alcanza a todos los que estén en la misma situación pero no han participado en el juicio”¹¹⁰, sin que se descarte de plano las diferenciaciones que puedan existir ni un control judicial último¹¹¹.

ción razonable que el efecto *erga omnes* de la sentencia” (MORALES LAMBERTI, Alicia, *Derecho Ambiental*, Ediciones Alvaroni, Córdoba, 1999, p. 160).

108 CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, p. 244.

109 MAURINO, NINO y SIGAL hacen referencia a la “evitación de fraudes resultantes de demandas “armadas” en colusión con los demandados” (MAURINO Gustavo, NINO Ezequiel, SIGAL Martín, *La acciones colectivas*, p. 287). A su turno parecen incluir este supuesto MORELLO-CAFFERATTA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., p. 191.

110 RODRIGUEZ, Carlos A., *Ley General del Ambiente de la Republica Argentina*, LexisNexis, p. 208.

111 Como sostiene MORELLO-CAFFERATTA en “Procesos colectivos en la ley general del ambiente 25.675” DJ, 2005-2-1265.

MAURINO, NINO y SIGAL refieren “la protección de los afectados cuando ha mediado una defensa negligente o falta de adecuada actividad probatoria” indicando que ellas “son las razones fundamentales que se invocan para defender la limitación de la oponibilidad de la cosa juzgada y dejar abierta la posibilidad de re-litigación del caso cuando la demanda colectiva sea rechazada”¹¹².

Cabe aclarar que el principio *in dubio pro ambiente* ante la duda de si el rechazo se ha debido a cuestiones probatorias o no, se deberá decidir que efectivamente atendió esa causa, permitiendo una nueva acción sobre iguales hechos, causas y con idéntico o semejante objeto.

Por otro lado, las cuestiones probatorias no se reducen a la prueba del daño ambiental, sino que se relacionan con todo aquello que, según el caso, deba ser corroborado en un proceso ambiental.

Todo ello constituye una derivación directa y necesaria de los principios ambientales, de los fines del Derecho Ambiental, de la titularidad colectiva e intergeneracional del ambiente. Por esto el instituto de la cosa juzgada debe adaptarse y elastizarse a fin de relativizar posiciones absolutas, incompatibles con el perfil de estos derechos¹¹³.

De tal forma no existe cosa juzgada en cuestiones ambientales si se conjugan estos requisitos: 1. sentencia desestimatoria de la pretensión ambiental y 2. que tal acto jurisdiccional se haya debido, al menos en parte, a cuestiones de prueba.

Un importante precedente sobre el efecto de las sentencias en casos ambientales ha sido la sentencia de la Cámara Federal de La Plata “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c/Aguas Argentinas SA y otros s/ Amparo”¹¹⁴, donde se extendió la sentencia a todos los involucrados por el ascenso continuo del nivel de napas freáticas, tanto en su faz activa como pasiva.

112 MAURINO GUSTAVO, NINO Ezequiel, SIGAL Martín, *Las acciones colectivas*, p. 287

113 Conf. MORELLO-CAFFERATA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., p. 190.

114 Cám. Fed de La Plata Sala II, 8-7-2003, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, Nro. 0 Noviembre de 2004, p. 194. En ese precedente el Tribunal expresó “Asimismo, de conformidad con lo establecido en el art. 33, segundo párrafo, de la reciente ley 25.675, la resolución que se dicta debe extenderse en sus efectos a todos los involucrados en la cuestión debatida en autos, ya sea en la faz activa o pasiva de la relación jurídica; es decir, sobre los restantes Partidos del Conurbano Bonaerense afectados y el Estado Nacional, este último en su carácter de concedente del servicio público de agua potable y red cloacal (art. 1° del decreto 787/93) y de autoridad de control del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (art.7° de la ley 25.688)... Por otro lado, tampoco se afecta el derecho de defensa de aquellos que no han sido parte, pues al decidir se ha tenido en cuenta la prueba producida por el demandado que ocupa un puesto igual y suficientemente representativo de aquéllos”.

También cabe mencionar que la Cámara de Apelaciones de La Plata, con el voto del Dr. RONCORONI decretó que “sería vana y absurda una sentencia que amparada en el carácter individual de las acciones y tras comprobar los efectos contaminantes denunciados pretendiera limitar los alcances de su mandato, a la relación jurídico procesal bilateral nacida en cada proceso individual y mandara que los efectos cesaran tan sólo -cual si fuera posible- para los accionantes mas no para el resto de la comunidad afectada, es obvio que dicha sentencia ha de tener efectos *erga omnes*”¹¹⁵.

Se ha objetado¹¹⁶, no sin razón, que la norma no ha previsto, paralelamente a sus efectos *erga omnes*, una instancia de difusión pública, que, sin duda, podría devenir necesaria en algunos casos. La solución es, sin embargo, simple: el juez, en su rol pro-activo, puede disponer tal difusión, con lo que se zanja la cuestión y se evita todo cuestionamiento.

Antes de finalizar corresponde abordar la cuestión en lo que respecta a la indemnización individual por daños padecidos *par ricochet* de un daño ambiental colectivo.

Reiterando lo hasta aquí tratado, la validez y la eficacia de la sentencia genérica será *secundum eventum litis*¹¹⁷ (según el resultado del proceso) y tal decisión judicial de tipo colectiva se limitará a reconocer la existencia del daño colectivo, como a imponer la condena a tal fin.

El interrogante aparece en lo relativo a los daños personales de sujetos individuales que sufrieron daños personales como consecuencia del daño ambiental.

Como ya se analizó, tales daños no quedan desvinculados del daño colectivo, sino todo lo contrario. Resultaría, por tanto, irrazonable y carente de toda lógica que esos reclamos individuales no tengan, con la sentencia colectiva, una ligazón fuerte y una relación directa¹¹⁸.

115 Cám. 1° Apel. Cív. y Com. La Plata, Sala III, “Sagarduy, Alberto”, fallado el 15/11/94, publicado en LLBA, 1995-937.

116 MAURINO GUSTAVO, NINO Ezequiel, SIGAL Martín, *Las acciones colectivas*, p. 299.

117 Cabe mencionar que se ha expresado que “no es tan fácil determinar si el artículo establece una forma atenuada de cosa juzgada *secundum eventum litis*”, entendiéndose el término “atenuada” en el sentido que en ciertos casos la sentencia adversa a la pretensión colectiva hará cosa juzgada respecto de los afectados, aunque no hayan participado, “o una cosa juzgada colectiva cualquiera sea el resultado del pleito, con una forma facilitada de revisión judicial de sentencia” (MAURINO GUSTAVO, NINO Ezequiel, SIGAL Martín, *Las acciones colectivas*, pp. 298/9).

118 MORALES LAMBERTI sostiene que “En definitiva, entre las consecuencias sustanciales que derivan de la legitimación colectiva para obrar, además de la expansión *erga omnes* de los efectos de la cosa juzgada, se deriva la posibilidad del reconocimiento del resarcimiento global del daño ambiental generado sobre bienes comunes y

Aquí, el efecto *erga omnes* muestra otra derivación, pues también puede alcanzar a otros procesos, originados en el mismo daño ambiental, siempre que la sentencia dictada hubiere sido favorable ¹¹⁹.

Y allí ingresan los supuestos de reclamos de indemnizaciones individuales por el daño ambiental ya declarado judicialmente en una sentencia con efectos *erga omnes*.

Aquí la sentencia colectiva muestra otro perfil de su efecto *erga omnes*: se expande a todos los sujetos damnificados, acreditando el daño padecido por ellos como miembros de la comunidad.

Como consecuencia, cada miembro de la colectividad que ha padecido el daño puede demandar su indemnización, que sólo queda sujeta a un proceso reducido, básicamente de cuantificación y liquidación.

La sentencia, en tanto reconoce el daño ambiental colectivo, tiene efectos directos para todos los sujetos individuales que reclamen una reparación pecuniaria sufrida *par ricochet* de ese agravio colectivo.

Esto no significa que exista un derecho a una indemnización automática; significa que cada actor debe acometer una faena corroboratoria reducida, simplificada y rápida. Para algunos daños bastará acreditar que ha padecido el daño ambiental (básicamente por habitar o permanecer en la zona de influencia de ese daño), para otros se podrán exigir algunas corroboraciones puntuales, concretas, dirigidas a la cuantificación y liquidación personal e individual del daño padecido por cada actor individual ¹²⁰.

respecto a la colectividad perjudicada" (MORALES LAMBERTI, Alicia, *Derecho Ambiental*, cit., p. 151).

119 GORDILLO afirma que "El derecho de incidencia colectiva que tutelan el amparo y otras vías en similares situaciones servirán entonces, si triunfa el actor, tanto para anular el acto *erga omnes* ('Monges', 'Blas' y 'Barsanti'), como para ordenar una conducta positiva ('Labaton' y 'Viceconti'), o canalizar una condena reparatoria en el caso de pretensiones de devolución de los usuarios de las tarifas cobradas en exceso" (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2 p. III-7, 2da ed. 1998, editado por Fundación de Derecho Administrativo).

120 Relativo a este tema, y en sentido coincidente, Néstor CAFFERRATA recuerda la causa "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Bs. As. C. EDESUR", tramitada por el conocido apagón de 1998. Así lo hace en su trabajo titulado "Panorama actual del Derecho Ambiental" en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho Ambiental*, cit., p. 24. Allí expresa: "La Justicia declaró la responsabilidad de EDESUR y estableció que después el daño diferenciado o individual sea iniciado por vía de ejecución o de incidente, que se pruebe en cada caso" y agrega "lo mismo que sucede con la sentencia penal, existe una especie de prejuzgamiento" para terminar indicando que "la sentencia de daño ambiental colectivo tiene efectos expansivos por esa naturaleza bifronte del derecho ambiental, inescindiblemente bifronte. ¿Cómo hacemos para separar el

j. Efecto devolutivo de los recursos

También el efecto de los recursos judiciales han de sufrir un reacomodamiento en tanto "los problemas que se plantean como consecuencia de los graves daños que produce a la naturaleza la desordenada actividad humana en el planeta, impone a la ciencia jurídica la necesidad de revisar algunas instituciones fundamentales, que han sido consideradas, aun en el presente, principios jurídicos convenientes" ¹²¹.

La preeminencia que dentro del Derecho Ambiental se concede a la prevención y a la precomposición, como el principio de optimización de la tutela del ambiente, llevan a concluir que el efecto de los recursos judiciales ha de ser devolutivo.

Así se ha entendido que además de "rápido y expedito", el proceso ambiental impone la concesión de recursos con efecto devolutivo ¹²² ya que es el que mejor se adecua a la especial naturaleza de estas causas.

Cabe recordar la resolución del 8-7-93 de la Cámara de Apelaciones de La Plata en la causa "Almada c. Copetro": en concreto la disidencia del Dr. RONCORONI quien entendió, correctamente y con excelentes argumentos, que el recurso referido a la petición de cese de daño ambiental debía tener efecto devolutivo ¹²³.

daño ambiental colectivo y el daño ambiental?". Más adelante, recordando a MORELLO indica, ya en la página 23, que la sentencia ambiental tiene efectos de "surtidor", por eso "tiene efectos *erga omnes* en la medida que prospere...se propaga...es inescindible del daño civil clásico: del daño individual. Dice Morello con razón que el daño ambiental es una avenida de doble mano, por un carril va el daño colectivo y el carril de vuelta tiene el daño individual".

121 Tal como se expresa en la Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Buenos Aires titulada «Ambiente, Energía y Derecho», año 1992, p. 44.

122 FAGGI, Emilio, "El medio ambiente en la justicia", *Jurisprudencia Argentina*, Numero Especial de Derecho Ambiental, 2005-I, p. 77.

123 C. 1° Civ. y Com. La Plata, sala 3°, 8/7/93 "Almada, Hugo v. Copetro S.A.", J.A., 1995-IV. En dicha resolución se trató el efecto con que debían concederse los recursos contra la sentencia definitiva. En esa oportunidad, el voto en soledad del Dr. RONCORONI justificaba debidamente el efecto devolutivo en lo que se refiere al cese del daño ambiental. En concreto afirmaba "Cierto es, tal como se señala en el voto precedente, que el recurso de apelación contra la sentencia definitiva en el proceso ordinario (aquel sobre cuya estructura se desplegó esta contienda alumbrada por una pretensión de defensa del medio ambiente agredido por las emanaciones de la eliminación de coque de petróleo que realiza la demandada y a la cual se le acumulan sucesivamente diversas pretensiones resarcitorias individuales) se concederá siempre en efecto suspensivo, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo (art. 243 párr. 3).

Tal disidencia recibe, poco tiempo después, con la sentencia definitiva de esa causa, un renovado desarrollo, que genera el espacio para interro-

Cierto también que no es la mera analogía sino la voluntad de dicha ley la que puede mudar los efectos normalmente suspensivos de la apelación.

Más si no se olvida que el derecho procesal, el proceso en sí mismo, las formas y modos rituales en que el mismo se vertebra, no tienen otro fin que actuar como instrumentos para el debate y reconocimiento de los derechos sustanciales y el resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio, fácil será advertir que sólo el cúmulo de pretensiones individuales a la complejidad del trámite determinó en este procedimiento la adopción de la estructura del proceso ordinario, desde que dentro de la tríloga de procesos de conocimiento que el legislador de 1968 puso al servicio del debate y defensa de aquellos derechos sustanciales, sólo la arquitectura del proceso sumarísimo es idónea para albergar una pretensión (colectiva o individual) que persiga el cese inmediato del daño ambiental provocado a la comunidad o a un sector de la comunidad, por el acto u omisión de un particular al que se atribuye la lesión actual del derecho a la vida o a la salubridad de los pobladores de aquella comunidad (art. 321 CPr.).

Quiero con esto significar que sin el cúmulo de pretensiones indemnizatorias o sin el ejercicio por el juzgador del principio de instrumentalidad de las formas a que lo facultaba el mismo art. 321 párrafo final CPr., la pretensión de cese del daño ambiental debió ser alojada, sustanciada y desarrollada dentro del marco del proceso sumarísimo. Es que el objeto litigioso de estas pretensiones de defensa ambiental e inocultables razones de *urgentia necessitatis* que de él dimanar y sin cuya debida atención y satisfacción mal puede el servicio de justicia lograr una verdadera y efectiva defensa de los trascendentes intereses y derechos sustanciales en juego, exigen, para dirimir estas cuestiones, la adopción de la estructura del plenario excepcionalmente abreviado (o sumarísimo), con los recortes de forma y tiempo que en tal estructura sufren diversas etapas del proceso y con la concesión del recurso de apelación contra la sentencia definitiva al solo efecto devolutivo (art. 321, 496 CPr.).

Repárese en que el mismo núcleo del pedir que trae a estos estrados la pretensión defensiva del medio ambiente, el objeto inmediato de la misma que se expresa como la búsqueda de un pronunciamiento que ordene el cese inmediato de la polución contaminante que se atribuye a la demandada, como modo de evitar el daño (supra individual o colectivo) que ello provoca en la comunidad aledaña, traslucen una naturaleza sustancialmente cautelar y asegurativa tanto del medio ambiente cuyo equilibrio y razonable pureza se trata de preservar, como de la salud de la población que se procura proteger. Y es harto obvio que la sentencia acogedora de dicha pretensión y dimanadora de la tutela jurisdiccional (estatal) de una comunidad expuesta al riesgo actual del daño y deterioro de la salud de sus pobladores, gozosa de la presunción de verdad y justicia que encierra todo fallo de primer grado (conf. Costa, Agustín, 'El recurso ordinario de apelación en el proceso civil', Bs. As., Ed. Asociación de Abogados, 1950, parág. 44, p. 67), no puede quedar mediatizada por los efectos suspensivos del recurso de apelación que se levante contra la misma.

Baste pensar en los tiempos normales que dentro de la estructura de nuestro proceso civil demanda la atención de los recursos ordinarios, con más los que consumen los

gar si acaso el Tribunal no se acerca a la posición del Dr. RONCORONI. En efecto, en el voto de ese magistrado en la sentencia definitiva, al que adhiere el otro integrante del Tribunal el Dr. PÉREZ CROCCO, puede leerse: "con motivo de determinar los efectos en que habrían de ser concedidos

recursos extraordinarios, en la esfera provincial y federal para comprender el porqué del recurso de apelación contra las sentencias que dirimen toda y cualquier cuestión de las que dan su materia al proceso sumarísimo -hinchidos de urgencia y grávidas de riesgos-, no se concede en ambos efectos, habiéndolo privado el legislador de su efecto suspensivo, para permitir la ejecución provisional, sin perjuicio de lo que las ulteriores instancias resuelvan en definitiva. Es que el 'efecto suspensivo en estos casos es -tal como señalara Couture- de consecuencias casi siempre irreparables' ('Fundamentos de Derecho Procesal Civil', 3ª ed., Ed. Depalma, 1969, p. 371). De allí que 'confrontados los perjuicios de la demora y los de la ejecución provisional, se estiman mayores los primeros, lo que da lugar al cumplimiento provisorio' (Costa, ob. cit., p. cit.).

Pues bien, si esto es así; si la pura pretensión de cese del daño ambiental provocado por el acto u omisión de un particular que en forma actual provoca aquel daño debe sustanciarse por el procedimiento propio del juicio sumarísimo; si sólo el cúmulo de otras pretensiones y el ejercicio del principio de la instrumentalidad de las formas para dar respuesta a tal cúmulo o a otras complejidades determina la adopción del proceso ordinario, es forzoso entender que nuevamente, el sano ejercicio de aquel principio -en resguardo de la efectividad de los derechos e intereses en juego y no de las meras formas- ha de devolvernos a las normas del juicio sumarísimo tras el dictado de la sentencia de 1ª instancia y estrictamente en lo que hace a los efectos del recurso de apelación contra la sentencia que ordena a la empresa demandada el cese de la libranza al exterior de elementos contaminantes.

De lo contrario el principio referido, el de la adecuación o elasticidad de las formas, en vez de ponerse al servicio de la defensa efectiva de los derechos e intereses sustanciales para lo cual se instrumenta el proceso civil (como que ello marca su norte) lo ahogaría, en una suerte de encadenamiento a las formas mismas, de las cuales el rito vano impediría despegarlos, frustrando así un adecuado servicio de justicia.

Por ende y sin que esto se confunda como una recurrencia a la analogía, el juez con pie en la misma ley que en el origen del proceso -aunque no lo explicitara- le permitió abandonar para el debate el estrecho marco del proceso sumarísimo, debe reactivar sus facultades moldeadoras de las formas procesales y readaptar el recurso de apelación a la naturaleza, objeto y urgencia de la pretensión de defensa del medio ambiente y a la finalidad esencialmente cautelar de la salud de la población de la sentencia que acoge aquella pretensión (arts. 34 inc. 5, 321 in fine, 496 inc. 4 CPr.).

Por ende, propicio hacer lugar a lo solicitado a fs. 2205/6 y, con exclusiva referencia al mandato de cese de la contaminación ambiental que contiene la sentencia de fs. 2143/2184, modificar la providencia de f. 2201 y ordenar que el recurso contra dicho mandato se confiere al solo efecto devolutivo (arts. 271 y 496 inc. 4 CPr.), haciendo saber de la reanudación del plazo para expresar agravios (arts. 34 inc. 5, 135 y 254 CPr.)."

los recursos hoy en estudio, sostuve, aunque en soledad, que los mismos habrían de serlo al solo efecto devolutivo, tal como corresponde con los llamados juicios sumarísimos o de amparo contra acto de particulares, pues 'dentro de la trilogía de procesos de conocimiento que el legislador de 1968 puso al servicio del debate y defensa de los derechos sustanciales, sólo la arquitectura del proceso sumarísimo es idónea para albergar una pretensión (colectiva o individual) que persiga el cese inmediato del daño ambiental provocado a la comunidad o a un sector de la comunidad, por el acto o lesión actual del derecho a la vida o a la salubridad de los pobladores de aquella comunidad (art. 321 CPr.)'" ¹²⁴.

5. Hacia una teoría de la decisión judicial ambiental justa. Enseñanzas de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mendoza"

Como cierre de este capítulo haremos referencia a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Mendoza" ¹²⁵, tanto porque sienta pautas y plantea postulados de gran importancia para el tema del proceso ambiental, como por cuanto realiza aportes básicos y fundamentales para desde allí comenzar a esbozar lo que vamos a denominar una teoría de la decisión judicial ambiental justa.

a. Un proceso judicial acorde con lo ambiental

Hasta el dictado de la sentencia la Corte diseña y pone en práctica un proceso judicial donde se reformulan las pautas clásicas, de acuerdo con postulados innovadores centrados en la simplificación y la celeridad, para lograr un proceso eficaz y compatible con la tutela efectiva y tempestiva del ambiente.

Esto se puede observar con toda claridad en la propia síntesis que el fallo efectúa de las decisiones que se fueron dictando a lo largo del proceso.

A su vez se confirma con la sentencia dictada el 8 de julio de 2008.

En ese fallo divide el proceso ¹²⁶ y decide de manera definitiva una parte de las pretensiones, las relativas a la prevención y a la recomposi-

ción ambiental, estableciendo que estas pretensiones ambientales han tramitado por un particular, al que denomina "proceso urgente y autónomo" (considerando 5) y posponiendo la decisión sobre las cuestiones relativas a las responsabilidades patrimoniales, en tanto no se refieren al futuro (como la prevención y la recomposición), las que seguirán tramitando por ante la Corte.

Dicta, entonces, sentencia definitiva en lo que se refiere a un parte de las pretensiones, las que se orientan, según la propia sentencia, "hacia el futuro": recomposición y prevención del daño ambiental; y dispone que seguirán tramitando ante el Superior Tribunal las cuestiones referidas a "atribución de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas adoptadas en el pasado", sobre las que, se entiende, dictará sentencia más adelante. En tal sentido, el fallo resuelve "Mantener la tramitación de la causa ante esta Corte en lo atinente a la reparación del daño colectivo"

Con las insuficientes herramientas procesales con que cuenta, la Corte diseña e implementa un proceso ambiental "urgente y autónomo". Como resalta CAFFERATTA: "el enorme desafío que deben resolver los Siete Jueces del Tribunal, es cómo adecuar un proceso que no está pensado para dar curso a conflictos colectivos, supraindividuales" para seguidamente indicar: "¿Cuál es entonces el herramienta procesal con que se maneja semejante litigio colectivo? El Tribunal sólo cuenta como soporte ritual, formal o procedimental, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y las normas procesales que contiene la Ley 25675 General del Ambiente, que establece una estructura básica o incipiente de la clase de procesos colectivos ambientales. Aunque esta última Ley Marco, acorde con ideales de la Justicia de Acompañamiento, modifica el rol, perfil o papel del Magistrado, para transformarlo en un Juez de compromiso social, de protección de hogar, en defensa del interés general en juego. La Corte sabe perfectamente esto último, participando activamente en el desarrollo del Proceso. No es pasiva espectadora del juego procesal. Por el contrario, desde un principio puso en práctica facultades de instrucción. Y sostuvo la necesidad desde la primera resolución dictada en este proceso, de una enérgica actuación del pretor en defensa del bien jurídico tutelado ambiente, con ropaje constitucional privilegiado" ¹²⁷.

La Corte así pone en práctica aquellos postulados que indican que al emerger la cuestión ambiental, el instrumental tradicional se muestra insuficiente, disfuncional: es necesario lo que hemos manifestado en este

¹²⁴ C. 1º Civ. y Com. La Plata, sala 3º, 8-7-93 "Almada, Hugo v. Copetro S.A. y otro y sus acumuladas", J.A., 1995-IV, p. 187 y sgts.

¹²⁵ CSJN, causa M 1569. XL. "Mendoza, Beatriz Silvia y otros v. Estado Nacional y otros". Sentencia del 8-julio-2008.

¹²⁶ Como lo expresa CAFFERATTA, Néstor, "Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo", J.A., Fascículo 8, 2008-III, p. 68, Buenos Aires, 20-08-08.

¹²⁷ CAFFERATTA, Néstor, "Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo", artículo citado.

capítulo: reformular, redefinir, adaptar, recrear y *aggiornare* los institutos y las herramientas que nos ofrece el viejo Derecho, y refuerza la noción básica de que en estos procesos no es necesario siempre cumplir rutinariamente el itinerario regular de los actos procesales siendo muy conveniente su simplificación en tanto y en cuanto ello conduzca a la optimización de la tutela del ambiente.

La sentencia no deja dudas de cómo la pretensión procesal ambiental, al vehiculizarse en un proceso específico, aporta ciertas innovaciones en determinados aspectos del trámite donde sea necesario efectuar correcciones o adaptaciones para que se abastezca con la mayor eficacia y tempestividad la finalidad protectora del Derecho Ambiental.

Además, en esa línea de nociones y enfoques procesales acordes con lo ambiental se observa en el fallo:

A. La ponderación anticipada de diversas circunstancias que podrán presentarse a raíz de la ejecución de los mandatos que forman la sentencia.

B. La imposición de plazos estrictos para los mandatos, acciones, medidas, órdenes, etc., y multas por incumplimiento,

C. La facultad del juez para la imposición de las multas “con la suficiente entidad como para que tengan valor disuasivo”.

D. Que el juez podrá ordenar la investigación de delitos que deriven del incumplimiento de la sentencia.

E. En relación a las industrias se habilita disponer las medidas de clausura definitiva o provisoria o bien el traslado.

También en relación a las industrias se habilita disponer el cese de los vertidos, emisión o disposición.

Concentra en el juez a quien traslada la ejecución de la sentencia de todas las competencias relativas al tema que se decide ¹²⁸.

128 En efecto: dispone concentrar todas las competencias relativas al tema en el mismo juez a quien se le ha encomendado llevar adelante la ejecución de la decisión; ello se hace patente en el considerando 21 del fallo cuando se establece que: “además de la ejecución puntualizada, dicho tribunal tomará intervención en la revisión judicial que se promueva impugnando las decisiones de la Autoridad de Cuenca (arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional), competencia que será de carácter exclusivo pues de este modo se procura asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las cuestiones que se susciten, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de decisiones de distintos jueces de primera instancia, frustrando así la más conveniente ejecución de la sentencia y estimulando una mayor litigiosidad que podría paralizar la actuación de la agencia administrativa interviniente. En efecto, frente a las ingentes atribuciones que a dicha agencia le reconocen los textos

F. Instala definitivamente a la información ambiental y a la publicidad como dos elementos necesarios en todo caso ambiental ¹²⁹ y una amplia participación en el control de efectivo cumplimiento de la sentencia ¹³⁰.

b. Aportes para una teoría de la decisión judicial ambiental

b.1. Principios

El fallo sienta un principio básico de la decisión judicial ambiental cuando establece: “la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces”.

Tal postulado se establece como “principio”, ya que seguidamente la propia sentencia expresa “De acuerdo con este principio...”.

Corresponde entonces analizar los elementos de este principio (obligación, urgente, definitiva y eficaz) para comenzar a diseñar las pautas básicas de una decisión judicial ambiental.

En primer lugar la sentencia establece que existe una “obligación” para la Justicia, que ante el daño ambiental se halla ante el deber de dictar decisiones que hagan a la prevención y la recomposición de ese daño.

Naturalmente esto se encuentra unido a dos ideas básicas: la que brindó la propia Corte en la primera resolución del caso (del 20 de junio de 2006) cuando negó naturaleza discrecional a la tutela del ambiente, y la que fue claramente expuesta por BIDART CAMPOS cuando, refiriéndose al artículo 41 de la Constitución Nacional expresó que ese artículo involucra a las autoridades con una cobertura amplísima que abarca a todos los jueces y que ello apunta a prestaciones positivas para lograr cuanto hace

normativos en vigencia y este pronunciamiento, es conveniente concentrar en un único tribunal la competencia para llevar a cabo, agotada dicha instancia administrativa, la revisión judicial amplia y suficiente que corresponde por mandato superior en un estado constitucional de derecho...”. Incluso resuelve, en el punto 8: “Disponer la acumulación de procesos y prevenir acerca de la situación de litispendencia existente, con arreglo a lo decidido en el considerando 22”.

129 Esto ya quedaba establecido con claridad en resoluciones antecedentes de la causa como la resolución del 22 de agosto de 2007, referenciada en el fallo en el considerando 12.

130 Así surge de los puntos 5 y 6 de la parte resolutive del fallo: “5. Habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente”, y “6. Encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en esta causa en condición de terceros interesados”.

falta para tutelar el ambiente preservándolo, evitando que otros lo alteren o destruyan o haciendo que se recomponga¹³¹.

Se trata -en definitiva- de una obligación constitucional para el Poder Judicial.

Pero en lo que sería la construcción de los principios de una teoría de la decisión judicial ambiental la Corte avanza aun más y define las características básicas que ésta debe abastecer.

Los tres atributos que, como principio, exige la Corte a la decisión judicial ambiental son que ésta: 1. debe ser urgente, 2. debe ser definitiva y, 3. debe ser eficaz.

La decisión ha de ser urgente porque, como destaca LORENZETTI, "En conflictos ambientales, la espera *consume* el bien jurídico protegido, de modo tal que mantener la situación es fallar cuando ya no existe interés por extinción natural o injusta del conflicto"¹³².

También lo urgente responde a una exigencia que imponen las propias características del daño ambiental, que ya tratamos en el Capítulo V¹³³.

En definitiva, la urgencia que como elemento de la decisión judicial ambiental establece la Corte como principio se halla por demás justificada¹³⁴.

131 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 2002, p. 86).

132 LORENZETTI, Ricardo, L., *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, 2008, p. 149.

133 Nos referimos básicamente a que se trata de un daño irreversible en la mayoría de los casos, donde también resaltan las notas de comunicabilidad e indivisibilidad, que es además un daño veloz, por la velocidad con la que se propagan sus consecuencias, a lo que se agrega, entre otras características, que un hecho generador de daño ambiental implica siempre la posibilidad de otro daño mañana.

134 La urgencia enfocada desde otro cuadrante también la hallamos en el considerando 21 del fallo cuando, luego de haber determinado el Juez de Primera Instancia a quien la Corte atribuye la competencia para ejecutarla, se decide que también tomará intervención en lo que se refiere a la revisión judicial de las decisiones administrativas de la Autoridad de Cuenca cuando sean estas impugnadas y se establece que "el señor juez federal interviniente deberá realizar, como se señaló en los precedentes de Fallos, 305:129; 310:2159; 311:334, un escrutinio verdaderamente suficiente, permitiendo una revisión plena de las cuestiones controvertidas en el marco de un trámite bilateral, que concilie aquel estándar constitucional con la rigurosa celeridad que debe imperar en la resolución de estos conflictos", y enfocada la misma exigencia de celeridad o urgencia desde otro tópico seguidamente se afirma: "Por otra parte y a fin de poner en claro las reglas procesales, corresponde declinar la intervención de toda otra sede, de manera que las decisiones finales que tomare el magistrado cuya intervención se ha ordenado serán consideradas como dictadas por el superior tribunal de la causa a fin de permitir su impugnación por ante esta Corte, de verificarse todos los otros recaudos que condicionan su admisibilidad, en la instancia del art. 14 de la ley 48, sustrayendo así de toda actuación a cualquier tribunal intermedio".

A que la decisión sea "definitiva", además del significado clásico que cabe asignar al término cuando a una sentencia judicial se refiere, proponemos que también puede serle anexada otra perspectiva que brota de algo indiscutible: el proceso judicial ambiental es complejo y arduo, no sólo porque es difícil de probar, también por cuanto es muy complejo de ejecutar correctamente luego de haber sido decidido.

Desde esa idea, pensamos que la noción de decisión definitiva tiene también este otro significado dentro de un caso ambiental, a saber: que la decisión debe establecer objetivos finales y mandatos concretos de cumplimiento obligatorio que permitan, aseguren y contemplen la solución completa y definitiva del daño ambiental, aun cuando se establezcan etapas, resultados o metas parciales y el modo o procedimiento quede, en algún aspecto, al arbitrio de la Administración.

Esta noción del término definitivo que proponemos sumar a la tradicional, en lo que respecta a la decisión judicial ambiental, lo acerca al otro elemento que resta analizar: la eficacia.

Pero ello, antes que una objeción es un buen ejemplo de cómo los componentes del principio se refuerzan mutuamente para optimizar la decisión en uno de sus puntos críticos, a saber: remover todo obstáculo que retarde o impida la correcta y tempestiva protección del ambiente, anticipar todo aquello que pueda poner en peligro el logro de lo decidido.

Entonces, para ser definitiva pero también para ser eficaz, una decisión ambiental no puede dejar espacio a las conjeturas ni a las indefiniciones en lo que respecta a los objetivos de recomponer y prevenir el daño ambiental.

La eficacia de lo que se decida resulta ser una de las preocupaciones más importantes a la hora de resolver un conflicto ambiental, por esa razón, éste es un elemento clave de la decisión judicial ambiental.

Consecuentemente la pregunta obligada que ha de hacerse el Juzgador es: ¿se logrará el cumplimiento efectivo de esta sentencia conforme ha quedado redactada? Si la respuesta es afirmativa, entonces ha dictado una decisión judicial ambiental justa; de lo contrario, no lo ha hecho.

Tanta importancia brinda la Corte a este elemento que, más adelante en la sentencia, vuelve sobre lo que allí denomina "eficacia en la implementación" y desarrolla precisiones muy concretas con la forma de un programa integral que fija comportamientos definidos con precisión técnica, determina la existencia de índices objetivos, sistemas internacionales de medición, controles y sanciones; por ello también establece que la condena que se dicta consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio y que el programa aludido persigue tres objetivos simultáneos, expresa y

claramente establecidos: mejora de la calidad de vida de los habitantes, recomposición y prevención.

Por otro lado, como el cumplimiento efectivo también lleva implícito el cumplimiento tempestivo, la Corte ha impuesto plazos, etapas y sanciones. Nada más adecuado.

Todo ello bajo un amplio y concreto control.

En este último aspecto cabe mencionar que la sentencia coloca en primer plano el control del cumplimiento de la sentencia, a lo que le otorga un rol preponderante, un papel fundamental y crucial para un caso ambiental. El control de cumplimiento de sentencia corresponde a tres esferas distintas: la administrativa, la judicial y la ciudadana ¹³⁵.

Todo esto se encuentra unido a la eficacia de la decisión, por eso CATALANO, con precisión destaca sobre el tema: "La sentencia es, además, *sagaz*. Refuerza los sistemas de control del cumplimiento de los cursos de acción (Plan Integral de Saneamiento y Programa, que son dos cosas distintas) por dos vías concretas y trascendentes: la participación ciudadana en ambos, que tiene que ser organizada por el Defensor del Pueblo de la Nación, quien fuera admitido en el proceso como tercero interesado. El otro medio de revisión apunta al manejo y asignación de fondos que demande la puesta en marcha del Plan Integral de Saneamiento, a cargo de la Auditoría General de la Nación, aunque este Organismo nunca fuera parte ni tercero en el proceso" ¹³⁶.

Consecuentemente, otorga un papel crucial al sistema de multas por incumplimientos de las etapas y resultados dispuestos.

Además determina la responsabilidad personal del funcionario. Así, en varias oportunidades dispone que "El incumplimiento de cualquiera de los

¹³⁵ Así CAFFERATTA indica que "De la sentencia resulta que la Corte estableció un mecanismo abierto, participativo, celoso, con garantías de transparencia y fiscalización efectiva, de control de gestión de la ACUMAR, consistente en controles cruzados de la Auditoría General de la Nación, Juzgado Federal, y Defensor del Pueblo, más la participación ciudadana, y el cuerpo colegiado integrado por las ONGs obrantes como terceros en la causa judicial" (CAFFERATTA, Néstor, "Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo" fascículo citado).

¹³⁶ CATALANO, Mariana, "El fallo Mendoza", La Ley 20-8-08, 11. Esta autora agrega seguidamente otro enfoque interesante cuando expresa: "Nada dice el fallo respecto del control de ejecución financiera del programa, quizás porque esto quedará a cargo del Fondo de Compensación Ambiental y para evitar un cruce de incumbencias. Si ésa fue la intención detrás de la omisión, es válida; de lo contrario, debió extenderse allí también las potestades de la Auditoría".

plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca" ¹³⁷.

b.2. Elementos de la decisión judicial ambiental

Como se desprende de lo que acabamos de expresar, las nociones que componen el principio analizado operan, a la vez, como elementos indispensables de la decisión judicial ambiental.

Pero más allá de ello, seguidamente el fallo brinda especificaciones concretas que permiten una más pormenorizada y detallada sistematización de los elementos de la decisión ambiental urgente, definitiva y eficaz.

La Corte, en su fallo, enseña y señala los siguientes:

1) Los objetivos ambientales concretos.

La decisión ambiental debe contener la determinación de objetivos concretos. Éstos se especifican en: resultados a obtener, mandatos a cumplir (de cumplimiento obligatorio), índices objetivos, un programa que fije comportamientos definidos con precisión técnica ¹³⁸.

Como recién se indicó la sentencia fija objetivos básicos (calidad de vida, recomposición y prevención) y luego, en todo el considerando 17, objetivos, comportamientos, mandatos, resultados y metas, más específicas, que refuerzan el eficaz logro de esos objetivos básicos.

2) Los sistemas internacionales de medición ¹³⁹.

La decisión ambiental debe imponer sistemas internacionales de medición a fin de medir el nivel de cumplimiento de los objetivos.

3) Los plazos.

La decisión ambiental exige imponer concretos y estrictos plazos para cumplir etapas, metas, resultados, objetivos ¹⁴⁰.

4) El control.

La decisión ambiental debe establecer el control periódico de resultados ¹⁴¹.

¹³⁷ DRUCAROFF AGUIAR expresa que "la sentencia responsabiliza en forma personal a los altos funcionarios a cargo de cumplir lo decidido" y agrega que "lo resuelto dista de ser una formalidad o una prevención admonitoria pero sin efecto real. El Tribunal expresa claramente su fundada voluntad de garantizar la puesta en práctica de la decisión jurisdiccional" (DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, "La responsabilidad civil de los funcionarios públicos en la jurisprudencia de la CSJN", La Ley 23-7-2008, 7).

¹³⁸ Considerandos 15 y 17 punto I.

¹³⁹ Considerando 17 punto I.

¹⁴⁰ En especial así se establece en el considerando 17.

¹⁴¹ Considerando 15.

Debe prever y fortalecerse la amplia participación ciudadana en ese control¹⁴².

Permite conformar cuerpos colegiados para el Control¹⁴³.

Puede tener previstas audiencias públicas¹⁴⁴.

El control se debe expandir a los temas económicos unidos al cumplimiento de los objetivos y metas, así se establece el control de fondos¹⁴⁵ utilizados. Por ello también la información pública debe dar a conocer los costos actualizados¹⁴⁶.

5) El sujeto responsable.

Se ha de determinar el sujeto obligado al cumplimiento y su responsabilidad ante la demora o incumplimiento¹⁴⁷.

6) Las sanciones.

La decisión ambiental debe establecer sanciones por demora o incumplimiento¹⁴⁸. Las multas deben tener valor disuasorio¹⁴⁹.

142 En el punto 5 de la parte resolutoria se dispone "Habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente". Y en el siguiente "Encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en esta causa en condición de terceros interesados". En el considerando 19 se establece que "es igualmente relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del programa descrito".

143 Considerando 19.

144 Considerando 18.

145 En el considerando 18 se expresa: "este Tribunal considera de la mayor trascendencia en orden al alto significado institucional que importa la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública, sindicar una autoridad responsable de esa importante misión y -en ese trance- establecer que la Auditoría General de la Nación llevará un control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan. Para facilitar el control público de los fondos, la Autoridad de Cuenca deberá asignar un código de identificación de las partidas presupuestarias que tengan relación con la ejecución del programa. Sin perjuicio de lo expresado, el juez encargado de la ejecución, podrá presentar todos los cuestionamientos relativos al control presupuestario y a su ejecución, que deberán ser detallados y circunstanciadamente respondidos por la Autoridad de Cuenca en un plazo de 10 (diez) días hábiles. Asimismo, si alguno de los sujetos legitimados para observar dicha información hiciere uso de esa facultad, la Autoridad de Cuenca deberá citarlo a una audiencia pública que se celebrará en su sede dentro de los 10 (diez) días hábiles subsiguientes, en la que ofrecerá las explicaciones concernientes a la disconformidad formulada.

146 Considerando 17, punto II.

147 Considerando 15.

148 Considerandos 17 y 18.

149 Considerando 21.

7) La información ambiental y pública.

Se debe ordenar la articulación de un sistema de información ambiental y público, actualizado trimestralmente¹⁵⁰, detallado y fundado¹⁵¹.

Asimismo organizar un sistema de información digital vía internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible, contenga todos los datos, informes, listados, cronogramas, costos, actualizados¹⁵².

c. La sentencia ambiental justa

Para este tema es fundamental recordar a Michele TARUFFO que, en el capítulo titulado "Ideas para una Teoría de la Decisión Judicial Justa"¹⁵³, estudia el problema que trae aparejado determinar si una decisión judicial es "justa" o no lo es.

En primer lugar entiende que no es satisfactoria la idea que entiende como justa a una decisión judicial si se corresponde o coincide con la ley (legalidad o legitimidad de la decisión) puesto que reduce la justicia a la ley, y el Derecho al Derecho positivo vigente. Además la considera una posición "simplista y menguada"; básicamente porque la legalidad no es la única condición suficiente para la justicia. En definitiva, si bien le concede cierta importancia entiende que, por sí sola, no es una idea satisfactoria para el análisis intentado¹⁵⁴.

Seguidamente¹⁵⁵ hace referencia a la posición que interpreta que se halla "en el proceso" la condición necesaria y suficiente para la justicia de la decisión, por lo que algunos proponen la noción de "justicia procesal" y que "así será justa la decisión que deriva de un proceso justo". El autor no descarta de manera absoluta esta posición, acepta que esta dimensión de análisis es importante, pero también limitada, pues "implica la renuncia a evaluar si una decisión es o no justa por sus contenidos o por sus efectos".

En lo concerniente a determinar qué es una decisión judicial justa, plantea que el problema se reduce a escoger la "mejor" decisión en la medida que "siempre la decisión judicial implica la escogencia entre varias hipótesis alternativas de decisión"¹⁵⁶.

150 Considerando 17 punto III.

151 Considerando 17 puntos III, VII y VIII.

152 Considerando 17 punto II.

153 De su obra *Sobre las fronteras -escritos sobre la justicia civil-*, Temis, 2006, p. 199 y sgts.

154 Michele TARUFFO, cit., p. 200.

155 Michele TARUFFO, cit., pp. 200/201.

156 Michele TARUFFO, cit., pp. 202/3. El autor explica que siempre está la posibilidad de que al menos existan dos hipótesis ante el Juez que debe decidir, y aclara que

A partir de allí plantea cuáles son los criterios de justicia para la decisión. Recuerda que no existe un solo y único criterio que por sí solo sea suficiente, que únicamente de la combinación de tales criterios puede brotar un esquema que permita determinar si la decisión es justa ¹⁵⁷.

Por eso el autor hace referencia a que “la justicia de la decisión asume la forma de un algoritmo que comprende y vincula tres órdenes de valores...(que)...son los siguientes: a) corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso, b) comprobación confiable de los hechos importantes del caso, c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión” ¹⁵⁸.

Para justificar que la decisión judicial justa brota de la combinación de los tres órdenes de valores indicados, vuelve sobre la insuficiencia de cada elemento por sí solo y afirma, entre otras cosas, que:

–“una decisión que se fundamenta en la correcta decisión de la *quaestio iuris* puede ser errónea, y por tanto injusta”.

–“una reconstrucción confiable de los hechos no es por sí sola suficiente para hacer justa la decisión: en efecto puede ser injusta por otras distintas razones, por ejemplo porque el juez interpreta mal la norma que aplica a los hechos”.

–“la corrección del procedimiento no es de por sí suficiente para asegurar ella sola la justicia de la decisión” ¹⁵⁹.

Claro que en lo relativo al último de estos valores, y por la importancia que éste tiene en el caso “Mendoza”, merece mencionarse que el autor citado expresa que para lograr una decisión justa “también es necesario el empleo válido de un procedimiento justo, puesto que es a través del procedimiento como se forma la decisión final, y un ‘buen’ procedimiento es lo que se necesita para preparar de la mejor manera tal decisión” ¹⁶⁰.

El caso “Mendoza” ha sido un dechado de tales virtudes, sobremanera por la rapidez que otorgó a la tramitación y por cómo simplificó la complejidad de la prueba a rendir en lo que hace al daño colectivo al ambiente.

generalmente son más de dos, y que lo mismo sucede en lo que se refiere a determinar cuál es la norma aplicable para seguidamente destacar que a esto se suma que las distintas hipótesis de hecho y de derecho pueden combinarse entre sí de distintas maneras.

157 Michele TARUFFO, cit., pp. 203/4.

158 Michele TARUFFO, cit., p. 203.

159 Michele TARUFFO, cit., p. 204.

160 Michele TARUFFO, cit., p. 204.

TARUFFO seguidamente ¹⁶¹ reconoce que cada uno de los criterios recién apuntados “es bastante vago: se trata de estándares generales más que de requisitos específicos, de principios más que de reglas particulares”, básicamente porque son todos relativos a “contextos” específicos ¹⁶² y remiten a nociones “de grado” ¹⁶³. Situación que observa no como un problema de la idea propuesta sino como una posibilidad para descubrir cuál es la “mejor” decisión dentro de las hipótesis ante las que se encuentra el juzgador.

Podemos así concluir que la sentencia en comentario reviste todas las cualidades de una decisión judicial ambiental justa, aplica el artículo 41 de la Constitución Nacional y leyes relacionadas, interpretadas dentro de un paradigma ambiental, ha logrado una comprobación confiable -y rápida- de los hechos y ha tramitado el caso dentro de un proceso ambiental justo como al que hemos hecho referencia a todo lo largo de este trabajo y como ya se ha destacado con toda claridad ¹⁶⁴.

Por último, y para unir la idea de proceso judicial con decisión judicial, recordemos que ya hemos distinguido entre casos judiciales complejos -o difíciles- y simples. Ya hemos afirmando que los procesos ambientales son, por definición, complejos o difíciles.

TARUFFO en la obra citada ¹⁶⁵ los denomina como *hard case* o *easy case*, según su grado de dificultad, y explica que “un caso es *easy* si los hechos son simples y no es difícil establecer cuál norma se aplica, y es *hard* si los hechos son complejos o es problemática e incierta la determinación del criterio para la decisión en derecho”.

La dificultad del caso “Mendoza” ha sido superlativa.

161 Michele TARUFFO, cit., pp. 205/6.

162 Y pone como ejemplos de ese contexto el ordenamiento jurídico y las reglas de hermenéutica reconocidas en ese ordenamiento, o si nos referimos al procedimiento tendrá que ver, por caso, con las teorías procesales, por las garantías procesales, por la regulación del proceso (Michele TARUFFO, cit., pp. 205/6).

163 Y explica que no determinan una alternativa rigurosa del tipo si/no, justo/injusto, sino más bien remiten a términos como “más o menos justo” en una escala determinada en un extremo por la injusticia y en el otro por el grado máximo de justicia. Seguidamente pone como metáfora un espectro de colores, con todos los pasos graduales entre los extremos (Michele TARUFFO, cit., p. 206).

164 Nos referimos a los excelentes trabajos ya citados de CATALANO y de CAFFERATTA: CATALANO, Mariana, “El fallo Mendoza”, La Ley 20-8-08, 11; CAFFERATTA, Néstor, “Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo”, J.A., Fascículo 8, 2008-III, p. 68, Buenos Aires, 20-08-08.

165 Michele TARUFFO, cit., p. 202.

Sin embargo la Corte, a lo largo de todo el proceso y con la sentencia dictada, aceptó el desafío y logró simplificar, con fina inteligencia y audaz abordaje, el alto grado de complejidad de la causa.

Nos enseñó que una nueva mirada, más atenta a las soluciones que a los problemas, fuertemente direccionada hacia la eficacia de la Justicia, no puede ser alcanzada por la telaraña de las rutinas del pensamiento.

En definitiva, con la causa "Mendoza" la Corte nos enseña que la prudencia no es un límite para el coraje ni para la osadía, y que si a ello se suma inteligencia y creatividad, se logra diluir lo arduo y se consigue simplificar lo complejo.

Puede así afirmarse que una decisión judicial ambiental justa es, también, la que logra simplificar lo complejo, diluir lo arduo, en pos de la tutela efectiva y tempestiva del ambiente como del bienestar y prosperidad de las generaciones presentes y futuras.

CAPÍTULO VIII EL AMPARO AMBIENTAL

SUMARIO: 1. El amparo ambiental: la superación del amparo clásico.- 2. Dos diferentes acciones de amparo ambiental. 2.1. El amparo ambiental constitucional. 2.2. El amparo ambiental popular.- 3. La identidad básica de ambas vías.- 4. Idoneidad de la acción de amparo ambiental para tutelar el ambiente. Su carácter indiscutible.- 5. El necesario enfoque superador de la Justicia

1. El amparo ambiental: la superación del amparo clásico

El proceso ambiental modifica al proceso judicial clásico. Así ha quedado expuesto en los capítulos anteriores, donde además se describieron las características específicas que lo diferencian y la manera cómo esas particularidades provocan un proceso judicial decididamente renovado y marcadamente superador. La enorme importancia jurídica de esas mutaciones y ajustes decanta en sustanciales cambios concretos que conllevan, en la práctica, cambios y redefiniciones de gran trascendencia; tanto en lo que se refiere a los abordajes como a las formas y la manera de interpretar y decidir cada una de las cuestiones que se susciten a lo largo del proceso¹.

La finalidad que todo ello persigue es adecuar la forma a aquello que supone, implica y exige *lo ambiental*.

El amparo ambiental es un indiscutible proceso ambiental. Por ese motivo el amparo clásico (o genérico) deberá sufrir todas las adecuaciones, *aggiornamenti* y reformulaciones que, como recién recordamos, se imponen, en la materia, a todo proceso judicial. De esa forma las reglas, las pautas, las formas procesales y las mecánicas rituales del amparo, irán siendo desplazadas, redefinidas o modificadas. Al punto de provocar el corrimiento del amparo clásico a un lugar periférico, accesorio, subsidiario y secundario.

Por esto MORELLO y VALLEFÍN², analizando el artículo 43 de la Constitución Nacional, arriban a trascendentes conclusiones, entre ellas que nin-

¹ LORENZETTI explica cómo el ambientalismo tanto brindó un nuevo sentido a los valores existentes como introdujo nuevos valores (LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental, La Ley*, 2008, pp. 20/21).

² MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Platense, 5ª edición, p. 288.

guna ley puede limitar el impulso propio que esa norma constitucional impone; en caso de duda la interpretación debe ser flexible en miras a alcanzar la tutela jurisdiccional más amplia.

Para comprender el amparo ambiental debe además partirse de la noción de que “el bien a regular es el que debe definir los instrumentos regulatorios y no a la inversa”³ y abordar el tema dentro de lo que LORENZETTI denomina “paradigma ambiental”⁴ que, en lo que aquí importa, representa un cambio en el modo de ver los problemas y las soluciones, y que convoca a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo⁵. Por ello entre otras cosas el paradigma ambiental es un modelo decisorio, de carácter anterior a la regla, que condiciona las decisiones⁶ que otorgan preeminencia al contexto sobre las normas⁷.

Como resultado concreto de aplicar ese paradigma ambiental y las renovaciones que el proceso ambiental provoca⁸, podemos ya indicar que las reglas, mecánicas y formas clásicas de la acción de amparo sólo serán aplicables cuando: a. No obstruyan ni obstaculicen los fines del amparo ambiental; b. no dificulten ni compliquen el acceso a la Justicia; c. permitan una respuesta rápida, expedita y eficaz del Poder Judicial; y, d. no restrinjan ni limiten la tutela amplia, eficaz y urgente -*cuanto antes*- del ambiente.

En la problemática atinente al Derecho Ambiental, como destaca LORENZETTI, opera “la regla de precedencia que da prioridad a las normas de tutela ambiental”⁹, lo que en este tema significa que asistimos a un indudable desplazamiento de las pautas tradicionales y clásicas del amparo¹⁰, tanto legales como jurisprudenciales.

3 LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, cit., p. 52.

4 LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., capítulo 1.

5 LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 2.

6 LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 6.

7 LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 7, quien explica que por ello se entiende el subsumir un término legal en un contexto que le da sentido.

8 Remitimos a los capítulos 6 y 7.

9 LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 27.

10 ESAIN, en una posición compatible, al comentar la causa “Oikos” (Sup. Corte de Justicia de Mendoza, “Asociación Oikos Red Ambiental v. Provincia de Mendoza” del 15-3-05, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, Nro. 3, Jul/Set 2005, p. 215 y sgts.) después de sostener que el proceso de amparo reglado en el artículo 43 de la C.N. se dirige a la protección del ambiente y debe recibir influencia del artículo 41 y de todo su sistema normativo relacional, y aunque acepta la aplicación de los conteni-

Por ello, sólo serán inmunes a tal corrimiento las reglas que, como se dijo, además de no imponer cortapisas ni limitaciones a la tutela del ambiente, se muestren decididamente idóneas para lograr la finalidad de proteger el ambiente de manera rápida, urgente, tempestiva y eficaz. Naturalmente la reingeniería procesal de la clásica acción de amparo tendrá que ser permanente y, a la vez, profunda. Continuamente será necesario efectuar correcciones y adaptaciones para que el carril adjetivo abastezca con la mayor eficacia la finalidad protectora propia de ese instituto.

Todo lo hasta aquí expuesto, como el desarrollo que se hace en los puntos siguientes es también el resultado de que la legislación ambiental es, como explica LORENZETTI¹¹, “ambiciosa...pretende modificar la totalidad del sistema legal para hacerlo compatible con el sistema ecológico”, “desea resultados”, “no se engaña con la fase meramente declarativa, ya que pretende ser una regulación continua que incluya la fase de implementación” y “no se conforma siendo una especialidad del derecho, sino que pretende influir sobre todas las disciplinas”.

Se derrumban así, uno a uno, todos los obstáculos formales y las pautas rígidas que, tradicionalmente, han condicionado la admisibilidad y procedencia del amparo¹².

dos ordinarios de la figura del amparo, también opina que simultáneamente éstos deberán “ilustrarse desde las columnas precisas del derecho ambiental propugnando que los parámetros tradicionales se sumen a los elementos específicos ambientales generando una nueva topología: el amparo ambiental”; y concluye que con la sentencia dictada por la Corte de Mendoza “ha quedado claro que era necesario interpretar el amparo desde esta nueva modalidad” destacando que se ha fundado la decisión sobre el principio de prevención y precaución pues “al haber una serie de indicios que claramente abonan el denominado presupuesto de incertidumbre, estamos obligados a no postergar las medidas de detención del daño ambiental por falta de certeza” (ESAIN, José, “El principio de conservación de la integridad del sistema ecológico y de la protección de la biodiversidad en cuanto al desarrollo sostenible en las áreas naturales”, Revista de Derecho Ambiental, LexisNexis, Nro. 3, Jul/Set 2005, pp. 244/5. El autor desarrolla este análisis bajo el acápite IV de su trabajo al que denomina: “El amparo ‘por las dudas’: la prevención y la precaución ambiental”).

11 LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 49.

12 BIBILONI expresa que el tratamiento normativo de la acción de amparo en la Constitución de 1994 y luego en su recepción normativa “le ha quitado al instituto el carácter de remedio excepcional y de interpretación restrictiva que tenía, transformándolo en un instrumento formidable al servicio de la comunidad...el resultado es un instituto procesal remodelado, acorde con las exigencias de estos nuevos tiempos” (BIBILONI, Héctor Jorge, *El proceso ambiental*, LexisNexis, p. 397).

Mal podría aceptarse otra posición cuando se trata de una acción que persigue proteger un bien colectivo e intergeneracional, que además tiende a tutelar derechos humanos, a la vida, salud y bienestar y hasta la suerte de la Humanidad. Menos todavía si recordamos que el daño ambiental es, por definición, irreversible o de muy difícil recomposición.

2. Dos diferentes acciones de amparo ambiental

Toda la reformulación, remodelación, *aggiornamento* y adecuación del amparo clásico a la temática ambiental, que simétricamente lo desplaza, esfuma y desdibuja, se asienta, a su vez, sobre dos diferentes tipos de normas: una de jerarquía constitucional y la otra legal.

Cada una de éstas regula un tipo diferente de amparo ambiental. Se trata de dos acciones donde las innegables semejanzas no descartan las evidentes diferencias.

Nos estamos refiriendo a las acciones de amparo ambiental previstas tanto en el artículo 43 de la Constitución Nacional como a la regulada en el artículo 30 de la LGA; para diferenciarlas denominaremos "acción de amparo ambiental constitucional" a la que dimana del artículo 43 de la Constitución Nacional y como "acción de amparo ambiental popular" a la que se halla prevista en la LGA en su artículo 30¹³.

El artículo 43 de la Constitución Nacional luego de establecer que "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva", determina que "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colecti-

13 CAFFERATTA expresa: "De nuestro régimen constitucional surge claro el instituto del amparo, en su doble versión: a) amparo individual, b) amparo colectivo", e inmediatamente agrega: "Pero, en armonía con lo dispuesto, y a la luz del artículo 30 *in fine* de la ley 25.675, ¿existe un subtipo específico de amparo ambiental?" (CAFFERATTA Néstor, "Proceso colectivo ambiental", en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, cit., p. 246). Como se aprecia en el desarrollo del tema opinamos que tal pregunta debe tener una respuesta afirmativa.

va en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Al analizar esta norma María Angélica GELLI¹⁴ expresa que la Constitución Nacional de 1994 incorporó el amparo colectivo, que reconoce jurídicamente los derechos de pertenencia colectiva o difusa.

A su turno el art. 30 *in fine* de la LGA dispone "...toda persona podrá solicitar, mediante *acción de amparo*, la *cesación de actividades* generadoras de daño ambiental colectivo".

En síntesis el amparo ambiental no tiene en el artículo 43 de la Constitución Nacional la única norma que lo ha previsto, de hecho el artículo 30 de la LGA también establece una acción semejante.

Resulta ilustrativo de la existencia de estas dos vías, como de sus diferencias, la explicación que brinda SAGÜÉS, quien dentro de su enfoque sostiene que el amparo ambiental del artículo 30 LGA, a diferencia del previsto en el art. 43 de la C. N., no podría plantearse ante una amenaza, sino ante hechos en vías de ejecución. Criterio que, como se verá, compartimos.

Así este autor, luego de indicar que el amparo ambiental de la LGA parece atender a hacer cesar lesiones al ambiente en vías de concreción (puesto que el art. 30 propone "la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo"), concluye: "claro está que si media una amenaza cierta de daño al ambiente, el amparo resultaría viable, pero no a título del art. 30 *in fine* de la ley 25.675, sino extraído directamente del art. 43 de la Constitución Nacional, dado que la defensa del ambiente hace sin dudas a un derecho de incidencia colectiva de los contemplados por el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución"¹⁵.

También, y paralelamente, cabe concluir que la acción de amparo ambiental popular regulado por la LGA no reduce ni limita al amparo ambiental constitucional; si el amparo reglado por la LGA no abarca alguno de los supuestos previstos por el artículo 43 de la Constitución Nacional, opera directamente esta norma fundamental¹⁶.

Se trata de dos vías complementarias.

Además, tanto una como la otra serán de aplicación en todo el territorio del país, con operatividad en cada jurisdicción local.

14 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, 3ª. ed., Buenos Aires, 2006, p. 490.

15 SAGÜÉS, Néstor P., "El amparo ambiental (ley 25.675)", La Ley, 2004-D, 1194.

16 Igual conclusión se deduce del planteo de SAGÜÉS ("El amparo ambiental [ley 25.675]", cit.).

Como ya puede observarse existen tanto diferencias como semejanzas entre ambos

tipos de amparo. No son dos vías idénticas pero ambas resultan idóneas para la tutela del ambiente, aunque su marco de operatividad no es equivalente.

2.1. El amparo ambiental constitucional

El amparo ambiental constitucional es, como se dijo, un amparo colectivo, que se halla regulado en el artículo 43 de la Constitución Nacional. En lo que hace a la legitimación activa, se enuncia al afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, aunque cabe observar que ese artículo, en su 2do párrafo, tal como expresa BIDART CAMPOS “no dice que ‘sólo’ tienen legitimación los que allí enuncia” y por ello ese autor entiende que no puede limitarse esa legitimación a otros no enumerados en la norma con la sola referencia al texto de ese artículo¹⁷.

María Angélica GELLI destaca que con la incorporación de este amparo colectivo la dicotomía de derecho subjetivo-interés legítimo resulta insuficiente como categoría para reconocer legitimación activa y seguidamente aclara que el concepto de “afectado” por un lado no exige padecer un daño concreto, pues es aquel “tocado, interesado, concernido, vinculado por los efectos del acto u omisión” y que, por otro, está legitimado a título individual pero con muchos otros¹⁸.

Resulta un enfoque apropiado que, entendemos, puede cómodamente quedar incluido en lo que se ha denominando como “corriente amplia” a la hora de analizar las distintas interpretaciones del término “afectado”.

Efectivamente en lo que hace a la interpretación de esa expresión del artículo 43, en tanto legitimado para interponer tal acción de amparo colectiva, se han sistematizado las posiciones de la doctrina en tres categorías: 1. Corriente amplísima, interpretando que afectado es sinónimo de habitante, 2. Corriente amplia para quienes para ser afectado basta con

¹⁷ BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Cautelar en un amparo ambiental y legitimación para accionar”, La Ley, 1999-D, 120, al comentar el fallo dictado, en un amparo ambiental: Cám. Fed de Apel de Bahía Blanca, Sala I, 1994-02-24, en autos “Don Benjamín SA c ENRE”.

¹⁸ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, p. 491.

acreditar un mínimo interés razonable y suficiente y 3. Corriente restringida que asimila el afectado con el titular de un derecho subjetivo¹⁹.

Sin duda debemos desechar esta última corriente restrictiva y encolumnarnos dentro de la corriente denominada amplia, sin que esto signifique que quitamos todo valor al enfoque “amplísimo”; al contrario, es hacia allí a donde debe tender la interpretación judicial en pos de optimizar la tutela del ambiente. LORENZETTI señala, con razón, que en el Derecho Ambiental “la protección efectiva se basa en la teoría de la implementación”²⁰. Por lo tanto no nos parece razonable que esa eficaz implementación -que persigue optimizar la tutela del bien colectivo- quede impedida o resulte cercenada por disquisiciones relativas a la legitimación activa.

Recordemos, finalmente, que bajo el título “Retirada de las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo” MORELLO y VALLEFÍN²¹ destacan

¹⁹ Esa clasificación la hacen MORELLO-CAFFERATA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., pp. 170/174; textualmente afirman “Corriente amplísima: JIMÉNEZ, ZANNONI, BOTASSI, MOSSET ITURRASPE, sostiene una postura amplísima, relativa a la cuestión. Interpretan que el afectado, es sinónimo de habitante. Corriente amplia: BIDART CAMPOS, RODRIGO WALSH, MORELLO, GELLI, ZAVALA DE GONZÁLEZ, GOZAINI, ERMEKDJIAN, BUSTAMANTE ALSINA, QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, SABSAY, ANDORNO, GORDILLO... que sostiene que con la palabra ‘afectados’ se cubre la legitimación para amparar ‘intereses difusos’. Basta con acreditar un mínimo interés razonable y suficiente... Para ello, valen las enseñanzas de BIDART CAMPOS, que sostiene lo siguiente: ‘Que los intereses de pertenencia difusa son propios, no son de ‘cualquiera’ sino de uno que ‘coparticipa’. El afectado es quien conjuntamente como muchos otros padece un perjuicio compartido. Es el co-titular de un interés común, siendo portador de una cuota parte o porción subjetiva del mismo. La indivisibilidad de lo que es común a muchos no riñe con la fragmentación en situaciones jurídicas subjetivas que, sin ser exclusivas de cada uno, sí son ‘propias’ de cada uno en cuanto cada uno tiene su parte en lo que interesa a varios; por otro lado, el ‘afectado’ no pierde la calidad de tal por el hecho de que ‘otros’ o ‘muchos’ como él también lo sean; la ‘afectación’ personal no necesita identificarse con un daño o perjuicio que solamente recaiga sobre el ‘afectado’, porque tal afectación no deja de ser personal, directa o concreta por el hecho de que resulte igual o similar a la de otros o muchos’ ...Corriente restringida: CASSAGNE, BARRA, Beltrán GAMBIER-Daniel LAGO ... que asimila ‘afectado’ con el titular de un derecho subjetivo y que por lo tanto persigue la satisfacción de un interés legítimo. Así, en materia de legitimación, afectado es de acuerdo a esta corriente doctrinaria, el agraviado concreto en un derecho o interés propio. Para quienes adhieren a esta postura, la necesidad para que intervenga la justicia, que se plantee un caso, controversia, *standing*, contiene la exigencia de otro requisito: la existencia de un daño diferenciado, que titulariza el accionante”.

²⁰ LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, cit., p. 27.

²¹ MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN Carlos A., *El amparo*, cit., pp. 269/70.

que se asiste a una disolución o superación de esas dos nociones y concluyen que “alargar la protección del administrado, y mejor aun del ciudadano, del habitante, es un propósito consustanciado con el moderno Estado de Derecho”²².

Para puntualizar algunas de las notas salientes de esta Acción de Amparo Ambiental Constitucional debe indicarse que:

Su objeto es amplio e irrestricto, ninguna pretensión ambiental queda fuera de su objeto. Procede ante la mera amenaza de daños ambientales o cuando el daño ya se ha consumado y también habilita la acción expedita cuando lo perseguido sea la cesación de actividades que estuvieran provocando daños al ambiente.

Naturalmente no queda reducido a tales pretensiones pues cabe incluir toda otra que tenga por finalidad proteger, tutelar o defender el ambiente, ya sea preventivamente o *a posteriori*, como así también aquella que tiende a obtener información ambiental.

Como se acaba de explicar, la legitimación es amplia, pero no es irrestricta, aunque debe tenderse a extenderla antes que a limitarla. No tendría por qué tener plazo de caducidad para ser intentado ya que ninguna de las normas los prevé. No resulta pertinente exigir recaudos de procedencia²³ ni la inexistencia de una vía más idónea, como en el amparo clásico. Esto significa que opera en forma directa. Así se zanja la profunda discusión que ha existido desde siempre respecto del carácter directo o subsidiario del amparo constitucional, reproducida en la doctrina constitucionalista aun después de la reforma de 1994 al art. 43 C.N.²⁴

Rigen, en lo que resulte útil y pertinente, los presupuestos mínimos de protección ambiental impuestos por normas nacionales, siempre que mejoren y agilicen la respuesta jurisdiccional prevista por esta vía, de tal manera el juez puede dictar de oficio medidas cautelares, y no sólo a pedido de parte²⁵.

22 MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN Carlos A., ob. cit., p. 271.

23 MORELLO y VALLEFÍN recuerdan que con la reforma constitucional se abandona la exigencia de las vías previas, esto es, el agotamiento de la vía administrativa (MORELLO-VALLEFÍN, *El amparo*, cit., p. 372).

24 Como expresara Mariana CATALANO en su disertación brindada en el Seminario “Responsabilidad Civil Ambiental” dirigido por el Dr. Ricardo LORENZETTI, que se realizara durante los días 6 y 7 de diciembre de 2007 y fuera organizado por Editorial La Ley.

25 Esto se afirma por virtud del artículo 32 de la LGA que prescribe: “.... En cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida preparatoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aún sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas sin petición de parte”.

La sentencia a dictarse tendrá efecto *erga omnes*²⁶, excepto en el supuesto de rechazo por déficit probatorio, ante supuestos de fraude procesal y frente a un defecto en la defensa. En el lugar de cita, GELLI indica que estos dos últimos son supuestos que limitan los efectos de la sentencia a toda la colectividad, como se desarrollará más adelante.

MORELLO-VALLEFÍN²⁷ aclaran que, con los resguardos que correspondan, los efectos subjetivos de la sentencia se comunicarán sin escollos adicionales a la totalidad de los miembros de ese grupo o categoría.

2.2. El amparo ambiental popular

Como ya se anticipara, el artículo 30 de la LGA ha previsto un tipo especial de amparo ambiental al que optamos por denominar amparo ambiental popular.

Básicamente, tal denominación se justifica por razón de la legitimación irrestricta que ha previsto la norma. De hecho ese artículo no limita, en absoluto, ese tópico. Concretamente, permite que “toda persona” accione por esa vía. Esta particularidad ha llevado a considerarlo como una acción muy cercana con la acción popular²⁸.

Efectivamente, a partir de la amplísima legitimación activa que plantea -irrestricta- se la ha denominado, con acierto, como “acción popular de amparo ambiental”²⁹ o como la “acción popular del art. 30 de la LGA”³⁰, entendiéndose que en realidad el art. 30 *in fine*, de manera muy enfática, está confiriendo en lo que hace a este amparo, índole de acción popular³¹,

26 GELLI expresa que la sentencia debe tener efectos para todos los particulares afectados (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, p. 495, donde también aclara que no es posible entender los efectos de las sentencias en que se discuten derechos colectivos con las categorías procesales clásicas).

27 *El amparo. Régimen procesal*, cit., p. 284.

28 Por acción popular cabe interpretar, como enseñara MARIENHOFF, aquella que ampara el derecho propio del pueblo (MARIENHOFF, Miguel, “La acción popular”, LL del 11-8-93).

29 SAGÜÉS, Néstor P., “El amparo ambiental (ley 25.675)”, artículo citado. GELLI en cambio la denomina como una acción de clases (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, p. 493).

30 SBDAR, Claudia, “Legitimados para promover la tutela jurisdiccional de los derechos que protegen al ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, Nro. 9, p. 29.

31 Conf. SAGÜÉS, Néstor P., “El amparo ambiental (ley 25.675)”, cit., quien entiende que tendrá entonces legitimación activa cualquier sujeto, natural, jurídico incluso

o se ha afirmado que ese artículo de la LGA ha creado un subtipo de amparo muy cercano a la acción popular³².

Esto lo diferencia del que denominamos Amparo Ambiental Constitucional previsto en la Constitución Nacional.

Con respecto al artículo 30 LGA, y como consecuencia de lo desarrollado en el Capítulo III, cabe sostener que se trata de una norma que rige en todo el territorio del país (y sus preceptos son de orden público y directamente operativos). De hecho ese artículo opera como PMPA de manera tal que ninguna norma local podrá restringirla ni limitarla, y si lo hiciera se aplicará la norma nacional aludida³³.

De tal manera si una ley local plantea una exigencia mayor en lo que se refiere a la legitimación, o limita la del artículo 30 LGA, se aplica esta última en tanto piso mínimo de protección del ambiente que no puede modificarse, *in peius*, por las provincias.

El artículo 30 de la LGA posee importantes diferencias³⁴ con la acción de amparo clásica que, como ya se explicó, se ha diluido y desdibujado ante la irrupción de estos nuevos tipos de amparo ambiental.

CATALANO³⁵ explica el fenómeno con toda claridad:

1. Se establece una legitimación irrestricta (mientras el amparo clásico la limita).

2. Tiene un objeto específico: la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo; mientras el amparo ambiental constitucional previsto en el artículo 43 de la C.N. tiene un objeto amplio, lo que permite mayor versatilidad en la pretensión³⁶.

(así lo entendemos), nacional, extranjero (hasta alguien no residente y ni siquiera visitante en el país, pareciera), alternativa que ampliaría el espectro legitimatorio hasta a organizaciones no gubernamentales ubicadas en el exterior, o a Estados extranjeros. Hay quienes entienden que en la LGA se hallan regladas dos acciones populares, la de cese y la de recomposición (en tal sentido ALLENDE RUBINO, Horacio L., Presupuestos mínimos del Derecho Procesal Ambiental, La Ley Sup. Amb. 23-09-2005, 6,

32 MORELLO-CAFFERATTA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., pp. 165/6. CAFFERATTA, Néstor, "Proceso colectivo ambiental", en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, cit., p. 250.

33 En igual sentido SAGÜÉS, Néstor P., "El amparo ambiental (ley 25.675)", cit.

34 CAFFERATTA afirma que "advertimos la novedosa presencia de un amparo acción popular por cesación de las actividades dañosas, de características propias, intensamente diferenciadas" ("Proceso colectivo ambiental", en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, cit., p. 252).

35 CATALANO, Mariana, disertación citada *supra* en nuestra nota 13.

36 De manera coincidente SAGÜÉS aclara que "no cabría excluir un posible amparo para objetivos de recomposición del daño. Pero éste no sería el previsto por el mentado

3. En concordancia con lo anterior procede ante un daño ambiental en curso, en tanto se persigue "hacer cesar" (mientras la acción de amparo incluye las situaciones de peligro o amenaza). Su misión no se presenta, entonces, como un instrumento para atender amenazas, sino para reprimir actos lesivos en curso de ejecución.

4. No tiene plazo de caducidad para ser intentada (como sí lo tiene la acción de amparo, de acuerdo al art. 2 de ley 16.986).

5. Las medidas cautelares pueden dictarse también de oficio³⁷ (y no sólo a pedido de parte), lo que da la pauta del rol protagónico que el legislador ha querido atribuir al juez en la LGA.

6. No se pueden exigir recaudos de procedencia³⁸ ni que no exista una vía más idónea.

7. El efecto de la sentencia es *erga omnes*³⁹ (no *inter partes*), salvo rechazo por falta de pruebas, es decir que se trata de un efecto expansivo *secundum eventum litis*.

3. La identidad básica de ambas vías

Podemos concluir que, si bien varias son las diferencias entre una y otra vía, los puntos de contacto y equivalencias no les van a la zaga. Y tal unidad está en su propio origen en la medida que ambas son un desarrollo del artículo 41 de la C.N. cuya alusión al derecho al ambiente sano como "derecho de todos los habitantes" implica que "se lo personaliza subjetivamente en cada uno...(y) no cabe duda que la Constitución ha perfilado claramente en el nuevo art. 41 una situación jurídica subjetiva"⁴⁰. Y que ello en la norma del artículo 43 C.N. ha asumido una dimensión colectiva⁴¹ y ha tenido en la norma del artículo 30 de la LGA otro desarrollo muy interesante.

art. 30 *in fine* de la ley 25.675, sino el emergente, en su caso, del art. 43 de la Constitución Nacional" ("El amparo ambiental [ley 25.675]", cit.).

37 Art. 32 LGA.

38 El artículo 32 prescribe: "... El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie".

39 El artículo 33 prescribe: "...La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto 'erga omnes', a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

40 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 2002, p. 84.

41 Como afirma BIDART CAMPOS en su citada obra, p. 84.

Por esto CAFFERATTA al referirse al amparo previsto por el artículo 30 de la LGA indica respecto a “este novísimo instituto del Derecho procesal ambiental (amparo por cesación de actividades dañosas)...aloja los denominados por la Constitución Nacional ‘derechos de incidencia colectiva’ o intereses difusos”⁴².

De esa forma ambos quedan incluidos dentro de los amparos colectivos por cuanto el bien que tutela tiene ese carácter. Se crean así nuevas especies de acción de amparo que, comparadas con la acción de amparo clásica, adquieren una especificidad propia y una nueva proyección como en lo que se refiere a la legitimación, los efectos de la sentencia y al rol del juez⁴³.

De hecho se trata de un “amparo que goza a la vez de una doble naturaleza jurídica: como acción que por su propia dinámica excede toda forma instrumental, y como derecho constitucional subjetivo innegable. Asimismo se acentúa que definen su impronta singular, los principios ambientales...que surgen del carácter intergeneracional del derecho”⁴⁴.

4. Idoneidad de la acción de amparo ambiental para tutelar el ambiente. Su carácter indiscutible

La acción de amparo ambiental, en tanto vía judicial rápida, expedita, urgente; aparece -en principio- como una de las vías más idóneas para resolver con eficacia conflictos de tipo ambiental.

Sin duda los procesos urgentes son los que mejor se adecuan a la respuesta rápida, urgente, temprana y sin dilaciones que exige la presencia o la amenaza de un daño ambiental y, entre ellos, la acción de amparo ambiental emerge, en principio, como la más importante -y con renovados bríos-, en concordancia con su carácter expedito y urgente.

Esta vía, como remedio judicial eficaz y expedito para proteger al ambiente ha sido confirmada por la jurisprudencia de todo el país⁴⁵. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Comuni-

42 CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, p. 251.

43 Conf. QUIROGA LAVIÉ-BENEDETTI-CENICACELAYA, *Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Rubinzal-Culzoni 2001, p. 603.

44 CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, pp. 247/8.

45 PRIERI BELMONTE ofrecía ya en el año 2002 una pormenorizada enunciación y descripción de casos ambientales que tramitaron por la vía del amparo ambiental (PRIERI BELMONTE, Daniel A., *El medio ambiente y la acción de amparo*, J.A., 2002-III-1035).

dad Indígena Wichi Hoktek T’Oi c/Secretaría Ambiente y Desarrollo Sustentable”⁴⁶, enfatizó la eficacia del amparo como medio tuitivo de defensa ambiental a la vez que destacó la importancia de la evaluación de impacto ambiental previa⁴⁷.

En la misma línea, jueces y tribunales locales, incluida la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, han aceptado la Acción de Amparo como vía idónea para defender el ambiente⁴⁸.

Esa particular idoneidad se justifica por sus plazos exigüos y su limitado debate; motivo más que suficiente para sostener que compatibiliza perfectamente con la protección “cuanto antes” que *lo ambiental exige*.

Sin embargo, la idoneidad de la acción de amparo para dar respuesta jurisdiccional a conflictos de tipo ambiental no es absoluta. Muchos planteos jurisdiccionales ambientales se canalizarán de manera más eficaz por otras vías. Justamente el marco más estrecho de debate y las consecuentes limitaciones corroboratorias pueden llegar a atentar contra la eficacia de esta vía que puede mostrar una idoneidad discutible cuando algún debate más amplio o una más profusa corroboración probatoria se exigen.

Si el juez así lo entendiera, deberá reencauzar el procedimiento por la vía procesal que, según él entienda, mejor garantice la tutela del ambiente. Queda descartado entonces su rechazo *in limine*. Todos, y cada uno, de los principios ambientales imponen esta conclusión.

Por último sostenemos que el amparo ambiental permite vehiculizar, entre otras, las pretensiones que tengan por objeto impedir posibles daños

46 CS 11-julio-2002 publicado en LLNOA 2002-1294. Allí la Corte Federal tilda de “exceso de rigor formal” el sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, “a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad”.

47 Como sostienen MORELLO-CAFFERATTA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, cit., p. 59. También puede observarse una nueva valorización del amparo como vía idónea para defender el ambiente el fallo de Corte Federal *in re* “Villivar, Silvana Noemi c. Provincia del Chubut y otros s/Amparo” (CS, 17-04-2007, publicado en La Ley, 27-04-2007).

48 En tal sentido deben citarse valiosos precedentes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, tribunal señero en esta materia: “Dougherty” (causa B.64.464 “Dougherty c.Municipalidad de La Plata s. amparo”, res. de 13-11-02) “Cariló” (Ac. 73.996, “Sociedad de Fomento Cariló contra Municipalidad de Pinamar. Amparo” res. del 29-mayo-02) y “Asociación Civil Ambiente Sur” (causa B. 65.269, “Asociación Civil Ambiente Sur c. Municipalidad de Avellaneda s. Amparo”).

al ambiente, paralizar tareas u obras que no garanticen la protección del ambiente, prohibir actividades o emprendimientos perjudiciales para el ambiente -ya instalados o meramente proyectados-, o que carecen de los actos administrativos habilitantes en materia ambiental (como en algunas legislaciones la Declaración de Impacto Ambiental) o sin haber cumplido cabalmente con los procedimientos ambientales previos (como la Evaluación de Impacto Ambiental) o que no se han adecuados a la normativa ambiental dictada con posterioridad al inicio de su instalación o actividad ⁴⁹.

Igualmente resulta ser una vía idónea para requerir información ambiental o para lograr la participación pública de los habitantes en cuestiones que involucren a la temática.

5. El necesario enfoque superador de la Justicia

Naturalmente en el amparo ambiental se impone un enfoque judicial necesariamente superador comparado con el que dicta el amparo tradicional o clásico ⁵⁰. Sin esa redefinición, reformulación o fuerte innovación en lo que respecta al abordaje y decisión de la Justicia esta vía procesal no podrá cumplir su cometido ⁵¹.

Como recuerda CAFFERATTA en los casos colectivos ambientales -como el amparo ambiental- la Cámara Federal de La Plata ⁵² señaló que “se pretende, decisivamente, modificar el perfil del juez de la legislación civil. Aparece un juez casi inquisitivo, con mayores poderes deberes; para disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los

49 Sobre este tema, vale decir, en lo que respecta a la obligación de ir adecuando los establecimientos en actividad o instalados a las nuevas exigencias normativas ambientales, resulta pertinente recordar distintas decisiones de la Corte de la Provincia de Buenos Aires, como SCBA, “Yane Salvador c. Municipalidad de General Alvarado”, sentencia del 14-11-2007, LLBA 2008 (marzo), 143, con nota de Néstor CAFFERATTA y SCBA, 19-02-2002, “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux”, J.A., 2002-IV-392.

50 Por ello MORELLO y VALLEFIN destacan que el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional libera al amparo de antiguas ataduras, de manera que las reglas de procedimientos deben plegarse al mismo como adosamiento instrumental, en la medida que sirvan o expresen su funcionalidad (Augusto M. MORELLO y Carlos A. VALLEFIN, *El amparo. Régimen procesal*, 5ª ed., 2004, Platense, p. 399).

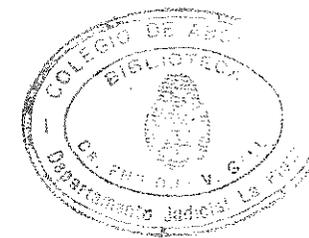
51 Puede consultarse BIBILONI, Héctor Jorge, *El proceso ambiental*, LexisNexis, pp. 391/2.

52 Cámara Federal de La Plata, *in re* “Asociación de Coordinadora de Usuarios, Consumidores y contribuyentes c. ENRE s. Cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora” resolución del 8-7-2003.

hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general” ⁵³ y recuerda que “en las cuestiones ambientales el juez es siempre un juez interesado, dado que tiene el interés ambiental humano que es insito a su condición” ⁵⁴.

En esa línea, BIDART CAMPOS ⁵⁵, al comentar un importante fallo proambiente, dictado en una acción de amparo ambiental y claro ejemplo de esa visión superadora, destaca que se “volvieron a contraponer una concepción rígida, estrecha y egoísta con una concepción elástica, amplia, generosa, y tributaria de un sano activismo judicial” para, inmediatamente suscribir a la postura del fallo, claramente enrolado dentro de la segunda de las dos posiciones; y agrega que “en parte de la doctrina y de la jurisprudencia hay una malsana propensión hacia interpretaciones constitucionales que estrangulan el acceso a la justicia y el consiguiente derecho a la tutela judicial eficaz. Parecen buscar siempre el argumento para decir ‘no’ en vez de esmerarse en encontrar el que permitiría decir ‘sí’. ¿Sí a qué? A cuanto las nuevas normas surgidas de la reforma de 1994 habilitan para variar, modificar, conferir holgura a las herencias provenientes de leyes o de jurisprudencia anteriores. Seguir diciendo -por ej.- que el primer párrafo del art. 43 no ha introducido innovaciones a muchas disposiciones de la ley 16.986 equivale a sostener que, en ese punto, la reforma constitucional no ha servido para nada”.

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO



53 CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, p. 233.

54 CAFFERATTA, Néstor, “Proceso colectivo ambiental”, en AA.VV., *Derecho Público para administrativistas*, p. 236, citando a PIGRETTI Eduardo, *Derecho Ambiental Profundizado*, p. 45, La Ley, 2003. *

55 BIDART CAMPOS, Germán, “Cautelar en un amparo ambiental y legitimación para accionar”, La Ley, 1999-D, 120, al comentar el fallo dictado, en un amparo ambiental: Cám. Fed. de Apel. de Bahía Blanca, Sala I, 1994-02-24, en autos “Don Benjamín SA c. ENRE”.