

CONSIDERACIONES ACERCA DE UN INTERESANTE
FALLO RECIENTE Y LA RATIFICACION DE UN CAMINO
IRREDUCTIBLE EN MATERIA MEDIO AMBIENTAL

Por Eduardo Pablo Jiménez

"Esto es lo que yo quería decirlos. El porvenir (cuyo nombre mejor es el de esperanza) tira de nuestros corazones"
Jorge Luis Borges (El idioma de los argentinos)

SUMARIO:

I.- NECESARIAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II.- LA ACTUACION DEL PODER MODERADOR ANTES DE OPERADA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. III.- LA CUESTION LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. IV.- EL CASO DEL ACUARIO MARPLATENSE Y LA AUTORIZACION DE CAPTURA DE ORCAS Y DELFINES POR PARTE DEL GOBIERNO PROVINCIAL. V.- ALGUNAS CONCLUSIONES.-

I

NECESARIAS CONSIDERACIONES
PRELIMINARES

Sabido es que luego de operada la reforma constitucional de 1994, el constituyente reformador ha consagrado un concepto totalizador del ambiente, comprensivo de los recursos naturales y culturales que directa o indirectamente conforman el hábitat humano.

Prueba de ello es que si bien la regulación de la materia se desgrana en dos artículos de la Constitución (41 y 43), tales dos normas se integran en una *formulación normativa* que abarca tanto el aspecto de fondo como el procesal referido a la cuestión, al que debe adicionarse la manda que el artículo 75 incisos 17 y 19 del propio texto supremo efectúa al Congreso de la Nación en relación a la tutela ambiental¹.

Ya antes de operada la reforma a la Constitución Nacional, la doctrina deducía de todos modos esta prerrogativa de diversas normas de la Carta Fundamental.

Así, *Cano*² expresaba que el derecho de todo habitante a defender su medio

¹ El primero de los incisos legitima - en lo que nos ocupa - a las comunidades aborígenes para estar en juicio, en defensa del ambiente, obligándolos a involucrarse en su protección. El segundo, al referirse a un crecimiento armónico de la Nación, invita a generar un desarrollo sustentable, coordinando los esfuerzos de la Nación y las Provincias a tal fin.

² CANO, Guillermo "Un hito en la historia del Derecho Ambiental Argentino" LL. t.1983-D, pag.568 y ss.

ambiente es un derecho natural humano protegido por la garantía constitucional del art. 14 "bis" de la Constitución, relativa a la seguridad social integral de cada individuo, enfatizando luego que tal derecho es parte del derecho a la salud y a la protección familiar. Por su parte, *Valls*³ lo reconoce como de "primera generación" propugnando que bien podría haber sido incluido en la nómina del art. 14 de la Constitución Nacional. Reflejando la doctrina mayoritaria anterior a la reforma constitucional, el maestro *Bidart Campos*⁴ nos enseñaba, aún considerándolos como de "tercera generación", que no costaría demasiado esfuerzo aspirar a dar cabida entre los derechos implícitos del art. 33 al derecho al hombre a un ambiente adecuado.

De todos modos, y más aún luego de operada la reforma constitucional de 1994, podemos considerar al derecho al medio ambiente como *el conjunto de condiciones y circunstancias que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad, y que le permiten no solo su supervivencia biológica e individual, sino además, su desempeño normal y su desarrollo integral dentro de su medio social*⁵.

En particular, creemos, sin perjuicio de las críticas que válidamente se han efectuado en referencia a la estructura normativa constitucional sancionada en la materia, que al consagrar en la Constitución textual la protección del medio ambiente, se impone, en primer lugar, un nuevo derecho de los habitantes, pero además, un objetivo programático nacional que establece en definitiva, un imperativo jurídico del cual se pueden derivar efectivas acciones para la tutela de este *bien social*.

Y así lo ha entendido hasta la fecha, la jurisprudencia, en líneas generales, tanto antes como después de operada la reforma constitucional de 1994.

II

LA ACTUACION DEL PODER MODERADOR ANTES DE OPERADA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Debemos reconocer aquí el cauce señero y promisorio que nuestra jurisprudencia ha destacado desde siempre para ponderar el derecho nuevo a partir de los viejos odres constitucionales. Estimamos desde ese punto de partida, que el tema de los derechos medio ambientales y el grado de legitimación para hacerlos valer en juicio, fué lentamente introducido por nuestra jurisprudencia, en un camino que - en nuestro criterio - ya se avizoraba en el legendario caso "Kot"⁶.

Allí, el voto de la mayoría preanunciaba que "La Constitución, que es ley de leyes y se halla en el sustento de todo el ordenamiento jurídico positivo, tiene la

³ VALLS, Mario "Primeras reflexiones sobre las cláusulas ambientales y la Constitución" ED. del / 94

⁴ BIDART CAMPOS, Germán "Constitución y Derechos Humanos, su reciprocidad simétrica" Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1991, pag. 279 y ss.

⁵ Ello, teniendo en consideración lo establecido en la denominada "Cumbre de Río" al expresar el principio fundamental de que el hombre posee derecho a una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza

⁶ CSJN Fallos t.241, pag. 291 y ss. En Segundo V. LINARES QUINTANA "La Constitución interpretada" Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960, pag.149 y ss.

virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas *en circunstancias diferentes a las que existían en tiempo de su sanción*".

Esta evocación temprana se complementa con dos pronunciamientos ulteriores, que estimamos pertinentes, a fin de elaborar esta breve reseña⁷, uno a cargo de una voz disidente de un Camarista Platense, quien define por primera vez a los entonces denominados "intereses difusos"⁸. La introducción referida, cierra nuestra pretensión de *amalgama*, con el denominado caso "Quesada"⁹. Allí, el Juez Smith amparó a un ciudadano que reclamó por la tala de árboles pertenecientes a la plaza de Grand Bourg. El magistrado sostuvo que existía un derecho público del demandante a defender un bien público con características con características altamente representativas de carácter simbólicas del sentimiento nacional.

De todos modos, el gran impacto en materia de legitimación en lo referente a la tutela del medio ambiente, lo producen los pronunciamientos firmes del Juez de 1° Instancia Federal Contencioso Administrativo Garzón Funes, dictados el 22 de marzo y el 10 de mayo de 1993 en Autos "*Kattan, Alberto E. y otro c/Gobierno Nacional P.E.N.*"¹⁰. En este caso, el magistrado actuante reconoció legitimación activa a un grupo de ciudadanos que accionó en defensa de una especie de animales silvestres amenazada por permisos de captura concedidos por la autoridad administrativa.

De ellos, se derivaron los siguientes principios, fundamentales en la materia:

- * Cualquier habitante tiene legitimación para obrar en defensa del ambiente, en general.***
- * El otorgamiento de permiso de captura requiere como condición de validez, un previo estudio de impacto ambiental.***
- * La carga de la prueba de que el permiso no causará deterioro, incumbe a la autoridad otorgante.***

Con punto de inicio en tal pronunciamiento, podemos estimar un desarrollo ascendente, en los ulteriores diez años (entre 1983 y 1993), que invitó a viabilizar la legitimación para obrar amplia del ciudadano común, y las asociaciones que defienden sus intereses, en materia de derechos humanos de la tercera generación¹¹

⁷ Siempre dejando aquí sentado, que la nómina de precedentes utilizados no pretende agotar el listado de pronunciamientos en la materia. Sabemos de lo caprichoso y arbitrario que resulta seleccionar y esperamos que el lector tome nota de ello.

⁸ CApel La Plata, 11 de octubre de 1977, voto en disidencia. Ver, para cotejo, JA. del 16 de agosto de 1978

⁹ "Quesada, R. c/MCBA s/Amparo" LL. 1980-D, pag.130

¹⁰ LL. 1983-D-567 y 575. Recomendamos su lectura

¹¹ Ver, por caso, Juzg. Civ. y Com. Morón N°8, en LL. 4/8/87 (revocado en Alzada), CFed. La Plata "Gimenez y otro c/Gobierno Nacional" JA, 1988-III-96/fallo de agosto 8/1988, Sec. 1, L:3, F:140, JA. setiembre 28-1988, ED. del 6/12/1988, CS Salta, JA. 10/10/1990, pag. 41 y ss., Autos Vasina c/Aeropuerto de Mar del Plata s/Amparo", Juzgado Federal N°2, Secretaría N°3, inédito, CNac. Civ. Sala "K", Autos "Cartañá Antonio c/MCBA" en ED.142-666, CNac. Civ. Sala "K", 28/10/91, JA. 1991-11.501, Juzgado Federal N°2 de Mar del Plata, firme Autos "Municipalidad de General Pueyrredón s/Medida Cautelar" ED. del 18 de diciembre de 1991, N°7893, CNac.Civ. Sala I, Autos "Bosch Francisco c/I.G.J s/Amparo" en ED. del 18 de octubre de 1993, CSJN Autos "Ekmekdján c/Sofovich,

III

LA CUESTION LUEGO DE OPERADA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Si bien fué importante y prolífica la labor de la jurisprudencia luego de reformada la Constitución Nacional, en 1994¹², estimamos que es en el caso denominado "Schroeder, Juan c/Estado Nacional (Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/Amparo"¹³, en que se comenzó a definir un perfil nítido respecto de la interpretación de la norma contenida en el artículo 43 de la Constitución Nacional, referida a la acción de amparo en materia ambiental, especificando la interpretación judicial, qué debe entenderse por "afectado" a los fines de la legitimación activa en esta materia.

En tales obrados, la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, Sala III reconoció legitimación para obrar en materia ambiental a un vecino de Martín Coronado para requerir amparo, solicitando la nulidad de un concurso público convocado para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos. Asimismo, se confirmó el fallo de 1° Instancia por el que se había nulificado tal concurso.

Fundó la Alzada su decisorio, particularmente en la obligación que todo habitante tiene de preservar al ambiente, y la habilitación de la acción de amparo a tal fin. Básicamente, la Cámara merituó una interpretación de la condición de *afectado*, indicando que un vecino del lugar, por tal razón, puede titularizar tal condición, máxime cuando su pretensión era *exclusivamente anulatoria*.

Desde nuestra posición, entendemos que el artículo 43 de la Constitución Nacional, habilita tres niveles posibles de legitimación, luego de consagrados los derechos humanos de la tercera generación, con fundamento en los dos modos de perjuicio posible : individual (postura clásica) y social (a partir del avenimiento de esta nueva generación de derechos), a saber:

**** El habitante: tiene derecho para actuar en defensa de la legalidad y el patrimonio social (pretensión anulatoria)***

**** El afectado: posee derecho para actuar en defensa de la legalidad y una habilitación específica, dada la actuación concreta del elemento que lesiona el derecho de la tercera generación, aunque ella no le produzca un daño personal mensurable (pretensión reparatoria)***

**** El afectado a quien además se le produce un daño personal (pretensión resarcitoria), cuya generación deberá acreditar***

Gerardo y otros" E-64-XXIII. LL del 7 de agosto de 1992, ED. 148-338

¹² Podemos destacar para cotejo, los promisorios fallos "Vaggione, Rafael c/Superior Gobierno de Córdoba s/Acción de Amparo", ED. del 7 de octubre de 1994, N°8598 y "Moro, Carlos Emilio y otros c/Municipalidad de Paraná s/Acción de Amparo", del 23 de junio de 1995, ED. del 16 de abril de 1996

¹³ Publicado en LL. t.1994-E, pag.449

en juicio, en la forma convencional (este habitante titulariza un derecho subjetivo, en los términos de la primera generación, cuya operatividad se resuelve recurriendo a las reglas históricas de actuación en juicio, sobre la base del interés jurídicamente protegido.

Creemos que en el caso de Autos, el accionante Schroeder instó la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y el patrimonio social.

Sin que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se haya expedido hasta la fecha sobre el punto¹⁴, rescatamos este precedente, que define una postura de interpretación garantizadora, de la norma en cuestión.

IV

EL CASO DEL ACUARIO MARPLATENSE Y LA AUTORIZACION DE CAPTURA DE ORCAS Y DELFINES POR PARTE DEL GOBIERNO PROVINCIAL

Siguiendo la línea garantista antes enunciada, la justicia federal marplatense de 1º instancia tuvo una primera oportunidad de expedirse, interpretando la norma constitucional de tutela al medio ambiente, y la que habilita el denominado "amparo ambiental" (arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional).

El caso, fallado el 5 de agosto de 1996¹⁵ se genera en una acción de amparo promovida por el Sr. Antonio Lorenzani, en su calidad de Presidente de la Asociación Fauna Argentina, quien solicitó la nulidad de la Resolución N°94/92 del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires.

Tal pieza normativa, autorizaba, *por vía de excepción* a la empresa Acuario del Faro S.A., a la captura de *cuatro ejemplares de Orcinus Orca (Orca) y de doce ejemplares de Turciops Geophyreus (Delfin)* en aguas de la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires. En contraposición a ello, insistía el impugnante que la autoridad mencionada carecía de facultad de otorgar permisos de captura a las especies mencionadas.

Centrándose en la teoría del acto administrativo, intenta desentrañar el Juez de grado si el impugnado adolece de algún vicio que merite su tacha.

Referente a nuestra cuestión, destaca el Magistrado las serias deficiencias de la resolución impugnada, ya que comprometía una autorización para *reponer* especies sin un *previo estudio del impacto ambiental que aquella captura supondría* y por otra parte, observa agudamente, que en realidad no se trataba de una reposición,

¹⁴ Sin perjuicio de recomendar tomar nota de la doctrina del voto disidente emitido por los Ministros FAYT, LOPEZ y LEVENE (h) en Autos "Louzán, Carlos A. c/Estado Nacional- Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos" CSJN Noviembre 17-1994, DJ del 20/12/1995, N°51 (10.048)

¹⁵ En Autos "Fundación Fauna Marina c/Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires s/Amparo" Expediente N°41.809, Juzgado federal N°2, Secretaría N°1 de Mar del Plata. Reg. N°22,712. Se hace notar que la resolución no se encuentra firme a la fecha del comentario

sino de una *lisa y llana autorización a capturar*, pues el acuario en cuestión no poseía ejemplares de Orca.

Es importante destacar que - sin efectuar cita expresa - la sentencia recrea la doctrina "Kattan" antes mencionada, al enfatizar que *para el otorgamiento de un permiso de captura de una especie zoológica, es requisito imprescindible, como condición de validez, un estudio preliminar del impacto que causaría al ecosistema marítimo argentino, condición sine qua non que - de estar ausente - conduce a la declaración judicial de inconstitucionalidad.*

Resulta interesante rescatar el criterio del Magistrado actuante quien reivindica al derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, como un viejo derecho que emerge con nuevos contenidos, erigiéndose como una nueva disciplina jurídica entre los clásicos derechos fundamentales. Reivindica también, a su modo, el concepto de "obligación ambiental", cuando enfatiza que esta realidad nos impone el impostergable deber de conservar, con celo firme el ámbito en el cual nos compete la tarea de vivir.

Con sano criterio, asume su responsabilidad en el rol de tutela, al aclarar que si bien todos los habitantes tienen el deber de preservar el ambiente, *las autoridades, primero que nadie, y entre ellas, los jueces, quienes deberán reconocer en el Estado Ecológico de Derecho, la clave de bóveda del nuevo sistema constitucional.*

No se limita a argumentar el Magistrado marplatense. Asumiendo su rol en materia ambiental hace lugar a la acción de amparo incoada por la Fundación Fauna Marina en contra del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires, declarando nula de nulidad absoluta a la mentada resolución.

Ha entendido claramente el Juez interviniente la función de la norma constitucional de tutela ambiental. Y la aplicado sin detenerse a retacear legitimación, y enfatizando las obligaciones que los Poderes Públicos poseen en la materia.

V

ALGUNAS CONCLUSIONES

Es claro que pese a lo que surge de la reseña intentada, el camino hacia una legitimación amplia en materia medio ambiental se encuentra expedito. Tomamos nota asimismo, de que aún la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha ofrecido su voz final al respecto, aunque - sin perjuicio de los vaivenes políticos de momento y la situación de anomia institucional por la que pasa la Nación - hemos de confiar en que la traza de los tribunales inferiores sea de utilidad al requerirse la voz final de la Corte Suprema en materia de interpretación, respecto de lo normado en los artículos 41 y 43 del texto fundamental.

En relación ahora al fallo marplatense que merituó nuestro comentario, sabemos que aún falta la eventual revisión de la cuestión por parte de la Alzada.

Quizá la justicia federal marplatense nos sorprenda con una monolítica coherencia al momento de interpretar la norma constitucional de tutela ambiental.

O quizá, simplemente nos sorprenda el eventual estudio de la apelación, en algún otro sentido, no deseado por nosotros, aunque jurídicamente posible.

Baste para muestra de activismo judicial, esta sobria resolución de primera instancia, que no merece menos que un elogioso comentario.

Eduardo Pablo Jiménez