

LAS ACCIONES DE TUTELA AMBIENTAL
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL FEDERAL ARGENTINO

Escribe: Eduardo Pablo Jiménez¹

1

PLAN DE TRABAJO

A fin de abordar la tarea que nos fuera asignada, hemos decidido seguir - en lo que hace a sus puntos esenciales - el más que completo diseño desarrollado en el punto por las ONG's FARN² y AMEAI³, lo que será complementado con aportes expuestos antes de ahora en otros trabajos de nuestra autoría⁴, y los que surgen de la actualidad del tema a desarrollar. Respecto del análisis de la acción derivada del amparo ambiental, solo haremos una somera referencia, atento que este peculiar proceso constitucional ha sido abordado en forma específica y particularizada por otros colaboradores de la obra.-

II

LA CUESTIÓN DE LAS ACCIONES DE RESGUARDO AMBIENTAL
EN LA CONSTITUCIÓN TEXTUAL

Aún en el período anterior a la actuación de la convención santafesina reformadora de la Constitución Nacional, la preocupación por la materia ambiental y las acciones que hacen a su resguardo, ya había tomado cuerpo - así sea en forma embrionaria -en el ordenamiento jurídico argentino.

¹ Eduardo Jiménez es profesor titular ordinario en la asignatura Teoría Constitucional (Facultad de Derecho, UNMDP) y de las asignaturas Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías (Facultad de Derecho, Universidad Atlántida Argentina). Master en Derecho y Gestión Ambiental (Universidad del País Vasco) y doctorando (UNMDP)

² FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES. Organización que a la fecha tiene entre los integrantes de su mesa directiva al prestigioso ambientalista Daniel Sabsay

³ ASOCIACIÓN MARPLATENSE DE ESTUDIOS AMBIENTALES, la que a la fecha integramos en forma honoraria.-

⁴ Como lo son nuestro "Los Derechos Humanos de la Tercera Generación" (EDIAR, 1997) y de nuestra coordinación y coautoría "Derecho Ambiental" (EDIAR, 2004)

Ha de saberse entonces, que en virtud de la estructura federal que nuestra Nación ha establecido en su Carta Fundamental, la potestad en esta materia era - y es ahora también - concurrente entre Nación y Provincias.

Asimismo, creemos conveniente recordar que ya las Provincias habían avanzado sobre la cuestión con anterioridad a la puesta al día de la Carta Fundamental Nacional, en 1994., llegando hasta a admitir la legitimación activa "amplia" del habitante para la conservación del hábitat en que se desenvuelve

En el ámbito constitucional federal, la República Argentina carecía - hasta que se realizó la reforma de la Carta Fundamental - de una norma específica en la materia. Sin embargo, prestigiosos autores nacionales habían recomendado la inclusión, en nuestra constitución textual, de una cláusula que contuviese dichos principios⁵.

Aclarado lo que antecede, cabe señalar ahora que fue la reforma constitucional de 1994 quien introduce la temática ambiental en el artículo 41, ubicándolo en un nuevo capítulo de la parte dogmática, denominado "Nuevos derechos y garantías.-

Allí, se ocupó integral y sistémicamente de esta problemática.

Creemos nosotros que al consagrar como norma constitucional la protección del medio ambiente, el constituyente reformador impuso un nuevo derecho de los habitantes, pero además, un objetivo programático nacional que establece un imperativo jurídico del cual se pueden derivar efectivas acciones para la tutela de este *bien social*.

Básicamente, el adoptado resulta ser un concepto *totalizador o integral* del ambiente, que comprende a 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 (el 41 y el 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 de la Constitución Nacional efectúa al Congreso de la Nación en relación a la tutela ambiental: el primero de tales incisos legitima - en lo que nos ocupa - a las comunidades aborígenes para estar en juicio en defensa del ambiente, obligándolos a

⁵ Germán Bidart Campos propugnaba ya en 1991 la inclusión en una futura reforma constitucional, de una cláusula breve y concisa que, aludiendo al medio ambiente, tuviera el carácter de un reconocimiento expreso a su protección, como a la legitimación para su defensa

involucrarse en su protección y en cuanto al segundo de ellos, al referirse a un crecimiento armónico de la Nación, invita a generar un desarrollo sustentable, coordinando los esfuerzos del gobierno federal y las provincias a tal fin.

Respecto de la tutela de *fondo* ella reviste necesariamente un doble carácter, en tanto es operativo cuando enuncia principios reguladores de la materia, y programático al indicar la necesidad de efectuar tal regulación - mediante legislación nacional y provincial - que no puede dejar de lado las bases que el texto supremo establece.

En relación a la tutela de *forma* o procesal, si bien la entendemos definitivamente operativa, ella ha sido reglamentada e implementada por diversas Leyes a las que luego nos referiremos

Nosotros creemos que la norma habilita prerrogativas jurídicas de los habitantes, como así también determinadas obligaciones que implican además mandatos imperativos para los poderes públicos [indicación obligatoria de realización de determinadas políticas públicas], operativizando finalmente su actuación en juicio por la vía de la acción de amparo que se regula en el artículo 43 del texto fundamental que, desde nuestra óptica, ha de ser amplia y comprensiva del habitante, el afectado y también quien ha recibido algún perjuicio directo y mensurable

Se ha buscado en definitiva, definir un lazo de coordinación entre los conceptos que involucran al ambiente y al desarrollo, con base en una sana utilización de los recursos para satisfacción de *ambas*: las necesidades actuales y las futuras del habitante de la república

Respecto del tipo entorno que se garantiza, bueno es señalar que se enuncia el derecho de todo habitante a un medio ambiente que tenga ciertas características, esto es: que sea sano, que sea equilibrado y que además, admita generar actividades productivas a las generaciones actuales, hasta el punto en que ellas no comprometan la calidad de vida de las generaciones futuras.-

Existe además una importante enunciación al final del artículo, donde se genera una prohibición absoluta al ingreso de los residuos radioactivos, o los actual o potencialmente peligrosos, tanto para el ingreso definitivo, cuanto para el ingreso transitorio de tales residuos.

Es que la idea ha sido aquí la de privilegiar el concepto de que todo residuo de éstas características, debe tratarse y eventualmente tornarse inocuo, en el

lugar en que se lo produjo. Esto, si bien no inhibe la continuidad en la política nuclear del país, nos limita como “reservorio” o “basurero” nuclear de desechos ajenos⁶.-

Por otra parte, nos parece auspiciosa la consagración de un deber-derecho medio ambiental, en cabeza *de todos los habitantes*. También resulta adecuado haber ofrecido mandatos constitucionales a los Poderes Públicos, que especifican sus deberes ineludibles en la materia

Podemos entonces sintetizar que las cuestiones principales contempladas en el Art. 41 de la Constitución Textual, son:

1. Estatuye específicamente el derecho 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)
2. Incluye el deber constitucional de preservación del ambiente
3. Indica las obligaciones que origina el daño ambiental (generalmente recomponer), voz esta última que no posee precedentes en el derecho argentino, y que ha obligado a un esfuerzo interpretativo de los jueces para determinar su realce
4. Ofrece directivas programáticas a las autoridades para proveer a la protección de un ambiente sano, utilización racional de los recursos, preservación del patrimonio cultural y natural y de la diversidad biológica, y a la información ambiental.
5. Determina las competencias Federales y Provinciales en la materia
6. Indica una prohibición constitucional (ingresar al territorio nacional residuos actual o potencialmente peligrosos y los radioactivos)

⁶ Para profundizar ésta cuestión que excede al contenido de éste aporte, sugerimos la lectura del trabajo de nuestra autoría titulado “Necesarias precisiones acerca de la prohibición constitucional de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos” En AAVV y nuestra coordinación “Derecho Ambiental” (EDIAR, 2004, pag455 y ss.).-

III

LA ACCIÓN DE AMPARO AMBIENTAL

El amparo⁷ (art. 43), luego de la reforma constitucional del '94, ha obtenido un nuevo perfil institucional que lleva a una importante ampliación de la figura, la que hoy comprende dos diversas modalidades de actuación de la figura: una de corte individual y otra de corte colectiva.

La segunda modalidad constituye “per se” uno de los aspectos más innovadores de la labor del constituyente. En efecto, las características de los derechos cuya protección se persigue con su interposición, como así también las consecuencias que ello provoca en materia de acceso a la justicia, llevan a modificar las concepciones tradicionales en la materia.

La consagración del amparo colectivo ha sido un paso importante en la protección del ambiente, y la experiencia de estos años, a través del desarrollo jurisprudencial afín en la materia, nos señala la importancia que tiene el sistema judicial como instancia de control de la gestión ambiental y de aplicación de la normativa ambiental. En esta misma línea se ha ubicado la Ley General del Ambiente en cuanto al acceso a la justicia por daño ambiental colectivo, normativa ésta a la que se hará luego una referencia específica.

IV

ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA AMBIENTAL

En principio, creemos necesario resaltar aquí que el moderno derecho procesal constitucional ofrece a la ciudadanía, toda una “batería” de instituciones y herramientas a fin de garantizar la vigencia de sus derechos, pero **también para adquirir certeza** acerca del alcance de los mismos.-

⁷ Recordamos al lector que haremos aquí una somera referencia a las características de éste proceso constitucional, el que es abordado en forma integral y sistémica por los profesores Sabsay y Manili, en otra parte de ésta obra, y a cuyo exhaustivo análisis remitimos

En tal contexto es que se enmarca la acción declarativa de certeza constitucional, que fue aceptada en su existencia por nuestra Alta Corte de justicia⁸, aunque encorsetada en los estrictos moldes de la acción declarativa de certeza regulada por el art. 332 CPCN)⁹.---

En consecuencia, un reclamo que pretenda una declaración de certeza constitucional deberá aducir un estado de incertidumbre acerca de la existencia, alcances y modalidad de una relación jurídica concreta; su peticionante deberá además detentar interés suficiente en develar tal estado de incertidumbre constitucional [en el sentido de que la aludida falta de certeza le pudiese llegar a generar un perjuicio actual], y debe acreditarse además una justificación específica en el uso de ésta vía.---

En este contexto, la acción declarativa de inconstitucionalidad resulta ser una modalidad de acción procesal que tiene por objeto esencial preservar la legalidad constitucional¹⁰ y en consecuencia, su finalidad, aun cuando el derecho argentino, acepta diversas modalidades de la misma¹¹, se agota en todos los casos en la declaración de existencia o inexistencia de un derecho, validez o no de una norma legal y esencialmente en la eliminación de una inseguridad o incertidumbre en el marco de las relaciones jurídicas (Cfr. Morello, Augusto "Constitución y Proceso" Edit. Abeledo-Perrot, 1998, pag. 250).-

Derivo entonces que de ésta vía de tutela no puede seguirse la ejecución forzada¹², aunque obtenida la "certeza" pudiese ella eventualmente concitar una condena concertada¹³.--

Como vemos, la característica preventiva de La figura ha sido claramente receptada por la jurisprudencia nacional que ha bien entendido que en ellas declaran derecho - como todas las resoluciones judiciales - pero precediendo a la lesión concreta.

⁸ Cfr. CSJN Autos "Gomer c/ Pcia de Córdoba" del 3/2/87, "Santiago del Estero c/ Estado Nacional CSJN S-291-XX, "Lorenzo c/ Estado Nacional" CSJN comp. 515-XX entre otras

⁹ Nuestra personal postura, discrepante con la detentada por la Alta Corte de justicia de la Nación, ha sido expresada en "Derecho Constitucional Argentino" EDIAR, 2000, T ° II, pag.628". A ella remitimos

¹⁰ Cfr. Gil Domínguez, Andrés "Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires" Capítulo VII, pag. 119, Edit. La Ley, pag.119.-

¹¹ Ver para cotejo, de Maximiliano Toricelli "Los legitimados pasivos en las acciones de inconstitucionalidad", en "LL" del 14/2/2004, pag. 4 y ss.

¹² Cfr. Chioyenda, Giuseppe "Acción de declaración de mera certeza" en: ensayos de Derecho Procesal Civil, trad. Sentís Melendo, T.1, pag.175, N° 1

¹³ Cfr. voto disidente del Juez Vázquez en CSJN "Income, S.A. c/ Ortega, Raquel" 19/5/97.-

Señala Joaquín Alí Salgado, que mientras las demás resoluciones se deben complementar con otros atributos como la condena, que tiende a que se otorgue la efectiva prestación, o las constitutivas, que suponen la modificación de un estado jurídico, en estos casos el objeto de las mismas es solo la declaración de derecho.¹⁴

En este tipo de pretensiones el objeto está constituido por una relación jurídica, caracterizada por evidenciar el peticionante un estado de incertidumbre sobre la existencia, modalidad o alcance de ella, la que debe pervivir al momento de la sentencia.

Desde la reforma constitucional de 1994 y la introducción del artículo 41 y el derecho a vivir en un ambiente sano, creemos que ésta modalidad de proceso constitucional se ha constituido en modalidad idónea para desentrañar tales incertidumbres.

Conforme lo enseña *Augusto Mario Morello*¹⁵ los requisitos para la procedencia de la acción son tres: *Incertidumbre*, la que debe centrarse sobre la existencia modalidad o alcance de una relación jurídica, entendiéndose por tal aquella que es concreta y pervive al momento de la sentencia. *Interés jurídico en el promoviente*, en el sentido de que la aludida falta de certeza pudiere producir un perjuicio o lesión actual al actor. Finalmente, se requiere *que no se disponga de otro medio legal para ponerle término inmediatamente al estado de incertidumbre*.

Este recaudo de procedencia, es el que llevó a la doctrina más calificada a confirmar el carácter eminentemente preventivo del instituto ya que si la lesión se hubiera producido el actor dispondría de las vías ordinarias, y normales, tendientes a lograr una sentencia de condena.¹⁶

Desde el dictado del precedente "*Baeza c Estado Nacional*"¹⁷ del 28 de agosto de 1984, la CSJN comenzó a entender a la acción declarativa como un medio eficaz para declarar la inconstitucionalidad de las normas y actos de la Administración Pública. Esta doctrina se ratifica entonces, con el pronunciamiento del 20 de agosto de 1985, dictado en autos "*Provincia de Santiago del Estero c Gobierno Nacional y/u otro*".¹⁸ A

¹⁴ CNCiv., sala D, 7/7/70, ED, 34-281; SCBA, 14.9.71, ED 39-412, citadas por Alí Joaquín Salgado en *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Ed. Astrea, BsAs, 1987, p. 203.

¹⁵ Augusto Mario Morello, *constitución y proceso*, cap. XIV, 1998, Ed. Platense.

¹⁶ Alí Joaquín Salgado en *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Ed. Astrea, BsAs, 1987, p. 214.

¹⁷ Cfr. CSJN Fallos 306:1125 "JA" 1984-IV-84.-

¹⁸ JA 1985-IV-255, Fallos 307:1379. Nota al fallo favorable de Morello titulada "La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de constitucionalidad" en JA 1985-IV-257. Aquí la Corte por primera vez entendió a la acción declarativa como medio idóneo para el planteo y la solución de cuestiones de inconstitucionalidad

ese caso le siguieron otros no menos importantes, como “*Constantino Lorenzo c Gobierno Nacional*” del 12 de diciembre de 1985.¹⁹

Como queda de manifiesto en los precedentes antes referidos, el proceso reglado por el artículo 322 CPCCN, ha sido sindicado por la jurisprudencia como la vía idónea para solicitar la declaración de certeza referida específicamente a cuestiones constitucionales.

Respecto de la tutela del ambiente, se encuentran comprendidos como sujetos legitimados para interponer pretensiones declarativas de certeza tanto el afectado, las asociaciones de defensa ambiental, y el defensor del pueblo, en relación a normas inferiores que podrían entrar en colisión con el derecho reglado en el artículo 41 CN.

La cuestión queda firme respecto a la legitimación de las asociaciones cuando la propia CSJN legitimó a las ONG’s para reclamar en éste sentido, con el dictado de su precedente en “*Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUERRA) c/Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa de certeza*”²⁰ .-

Es que como bien lo señala Agustín Gordillo, avalando la legitimación de las ONG’s para impetrar acciones declarativas, en nuestro derecho “*no existe obligación de interponer una acción de amparo, solo derecho de hacerlo. Quien no quiere utilizar la acción de amparo puede prescindir de ella y utilizar entonces las demás vías que el ordenamiento procesal en cada caso le otorga. Imponer la obligatoriedad del amparo para el resguardo del derecho constitucional previsto en el art. 42 CN u otros, implicaría quitarle toda acción cuando su derecho no fuera afectado en forma manifiesta, lo que resulta jurídicamente inaceptable...*” .-

Ello resulta directamente aplicable a la materia ambiental. La novedad es que dicha acción, dado el bien jurídico protegido que es el ambiente, podrá ser iniciada no sólo por las personas directamente afectadas sino también por otros sujetos, tales como el habitante del lugar (*afectado*), las asociaciones dedicadas a la defensa del ambiente (*asociaciones que propendan a estos fines*), y el defensor del pueblo.-

¹⁹ Fallos 307:2384 (JA 1986-IV-651).

²⁰ Fallo publicado en JA 1998-I-309 y LL, SJDA, 29-V-97, esta última con nota de Agustín Gordillo. Concretamente allí la Corte accede a una pretensión para interponer acciones declarativas de certeza constitucional en defensa de derechos de incidencia colectiva, resolviendo otorgar la legitimación a una asociación que defendía derechos de tercera generación, en el ámbito específico de una pretensión

V

LAS ACCIONES VINCULADAS AL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO INDICADAS EN LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE

La LGA²¹ se refiere al daño ambiental de incidencia colectiva, en su artículo 27, in fin. Allí se define al daño ambiental como “(...) *toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos*”. Esta Interpretación se encuentra en línea con el alcance amplio otorgado al ambiente, por el Art. 41CN.²²

Va de suyo que los bienes que pertenecen al ambiente pueden ser – tal así lo expone José Esain²³ “(...) tanto de dominio privado, como públicos, como *res nullius*. El aire por ejemplo es *res nullius*, el agua es de dominio público, pero por otra parte ambos forman parte del ambiente. Los elementos pueden pertenecer a ambas categorías, tanto a los bienes de dominio público como a los bienes sin dueño, y por lo tanto, siempre estamos ante una realidad que supera esta clasificación”

Se puede constatar entonces, consecuencia de lo antes expuesto, que dentro de la definición antes referida, se incluye el *daño al ambiente propiamente dicho* o *daño al ambiente per se*, al que se lo denomina daño ambiental de incidencia colectiva.-

Esta modalidad de generación de daño ambiental es tratada prioritariamente por la LGA., pero existe también la posibilidad de generación de daño a los individuos a través del ambiente, denominado *daño por* contaminación.

Sostiene Walter Pelle en éste punto, que la reciente ley 25675, al conceptualizar en su art. 27 al daño ambiental de incidencia colectiva, en realidad se refiere al daño ambiental en su clase más pura o apropiada, reconociendo el derecho al ambiente a la comunidad toda, más allá del interés individual de cada sujeto. Se trata –

²¹ No podemos aquí dejar de recomendar al lector, el cotejo del muy profundo análisis efectuado por Gabriela García Minilla a la Ley General del ambiente en la obra colectiva y de nuestra coordinación “Derecho Ambiental” Edit. EDIAR, 2004, Capítulo I, pag. 19 y ss.

²² Que incluye: a) los recursos naturales abióticos como bióticos, es decir el agua, el aire, el suelo, la flora, la fauna y la interacción entre estos factores; b) Los bienes que componen la herencia cultural; c) Los aspectos característicos del paisaje y los bienes y valores colectivos, categorías éstas últimas muy amplias inclusivas de numerosos supuestos, cuyo análisis exhaustivo excede los confines del análisis ahora abordado.-

²³ Esain, José, Alberto “El Daño Ambiental de Incidencia Colectiva en el caso del derrame de petróleo de Magdalena” Suplemento de Derecho Ambiental “LL” del 29/4/2003, pag.27

según lo expone éste autor - del daño ambiental de incidencia colectiva, en el que importa el perjuicio a la naturaleza, más allá de los particulares²⁴.

Es claro que en el caso del daño al ambiente, se genera daño al medio, alterándolo o destruyéndolo, lo que necesariamente conlleva afectación a la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente.

Bien señalan aquí Daniel Sabsay y María Eugenia Di Paola²⁵, que “(...) cuando existe daño al ambiente, no debe necesariamente concretarse un daño específico, o puntual a las personas o sus bienes particulares. Por el contrario, en la órbita del derecho clásico de daños, el daño es producido a las personas o sus cosas, por un menoscabo al ambiente. En consecuencia el ambiente es un medio a través del cual se le ocasiona una lesión o daño a una persona, o a su patrimonio. En muchas circunstancias ambas categorías de daño (al ambiente y a las personas) coexisten.

El daño ambiental *per se*, al reunir características distintas al daño a los individuos a través del ambiente, merece otro tratamiento que presente soluciones a su complejidad conceptual. En este sentido, es fundamental la consideración de nuevas herramientas por parte de la LGA, que recoge algunos aportes de la experiencia jurisprudencial, doctrinaria y comparada en la materia”

La LGA adopta el principio objetivo de responsabilidad en su artículo 28, regla ésta que debe ser concordada por el principio de responsabilidad²⁶ que implica que “el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas *de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan*”.

Otro elemento relevante a destacar es el carácter colectivo del daño ambiental. Cabe señalar que en éstos supuestos, la afección es expansiva. Los sujetos dañados constituyen una pluralidad sistémica de agraviados. En este marco puede hablarse de legitimación grupal para demandar²⁷

Muy distinto es el daño que se da en la esfera individual. En ese daño, típico de la legislación civil clásica, los bienes jurídicos sobre los que se alega lesión no

²⁴ Walter Pelle, *El Daño ambiental en el derecho civil argentino y comparado*, de nuestra coordinación, Ed. Ediar, 2004, pp.374.

²⁵ De los autores citados “Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental/ Recomendaciones para su reglamentación. Edit. FARN, en conjunto con UICN, Buenos Aires, 2003.-

²⁶ Art. 4 LGA.-

²⁷ Para profundizar la cuestión respecto a las legitimaciones, ver, de nuestra autoría, “La legitimación ciudadana en materia de daño ambiental colectivo”, Suplemento Constitucional La ley, Noviembre 2003, pp.73. También Gozaíni, Osvaldo *Responsabilidad Ambiental*, Editorial de Belgrano, BsAs. 1999.

son socialmente compartidos en función del daño producido, sino que pertenecen de modo exclusivo a personas determinadas. Allí renacen las herramientas decimonónicas, vinculadas con las prerrogativas de la primera generación de derechos²⁸.

Así, la LGA incluye normas vinculadas a los litigios por daño ambiental, que deben ser tenidas en cuenta en todos los ámbitos provinciales, como un “piso normativo obligatorio” en todos los juicios relacionados a esta materia. -

Si se trata de reclamos judiciales por recomposición, la LGA instituye que la legitimación será para la persona que habita el lugar, o la “zona” ya que dice expresamente “el afectado”. Luego también legitima a las asociaciones así como al defensor del pueblo, agregando - y en esto la ley innova respecto al artículo 43 de la Constitución nacional - al Estado nacional, provincial y municipal²⁹ (primer párrafo del art. 30 LGA).

Establece además la prohibición del litisconsorcio activo, ya que establece que cuando se presente una demanda por un afectado las demás personas legitimadas ingresarán como terceros y no como parte, (art. 30 2º párrafo LGA).

Completa el panorama de las legitimaciones el artículo 31, que se refiere a la denominada responsabilidad de grupos o demandas complejas, las que son dirigidas contra un grupo contaminante sin definir con exactitud la fuente concreta de la alteración. En estos casos la ley regla que serán responsables frente a los afectados por el evento en el juicio por daño ambiental todos los que integran el grupo, sin perjuicio de las repeticiones que luego puedan darse. Luego además se establece en la misma norma la responsabilidad de los directivos cuando el condenado sea una persona jurídica.

El legislador establece aquí también nuevas pautas procesales respecto al juicio por daño ambiental, declarando su Art.32, que el acceso a la jurisdicción en nuestra materia, no admite restricciones de ningún tipo o especie, en una clara exhortación a los jueces, al activismo ambiental. Esta indicación se enfatiza aún más cuando la ley faculta a los jueces para adoptar todas las medidas necesarias para conducir o probar los hechos dañosos en éste tipo de procesos, o adoptar en cualquier

²⁸ Para seguir la evolución de éstos derechos fundamentales, y profundizar sobre los de tercera generación, ver también de nuestra autoría, “*Los derechos de la Tercera Generación*, Ed. Ediar, 1995”.

²⁹ Ver, para el caso, al Art. 30, 2º párrafo de la LGA.-

estadio del proceso ambiental a adoptar las medidas de urgencia que crea convenientes a fin de proteger efectivamente el interés general³⁰

Por último, la LGA determina también que la sentencia favorable en esta materia hará "*...cosa juzgada y poseerá efecto erga omnes, a no ser que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.*"³¹.-

El efecto *erga omnes* "*in bona parte*" de éste tipo de sentencias, se vincula a la proyección social del agravio derivado del daño ambiental, cuyo tratamiento excede la relación entre el demandante y demandado para alcanzar al resto de la comunidad³².

Abordando ahora la cuestión vinculada a la responsabilidad civil ambiental, señala Jorge Bustamante Alsina³³ que dado que la expresión "daño ecológico" o "daño ambiental" comprende a la vez los daños sufridos por el medio natural y los perjuicios derivados de la polución, contaminación o destrucción del medio ambiente sobre las personas o los bienes, es necesario establecer el fundamento jurídico de esta responsabilidad por el daño particular, lo cual comporta el reconocimiento del derecho subjetivo del damnificado a obtener del responsable la reparación del perjuicio.

El artículo 2618 del Código Civil estipula que las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos [inmisiones, de corte urbano], no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas. La norma establece aquí que según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de

³⁰ Aunque la ley expresa también claros límites al magistrado actuante, cuando indica que corresponde al Poder Judicial el control de la actividad de los otros dos poderes, pero no su sustitución. Debe indicar la omisión y necesidad de actuación que hubiere que llevar a cabo, o la modificación de conducta respectiva, mas no podrá suplir al estado ausente, ya que su tarea no puede reemplazar la de la Administración. Es que: La actividad oficiosa del magistrado puede suplir la omisión de las partes en su defensa del ambiente, pero nunca suplir actividad del poluyente, dada la obligación de las autoridades de proveer a la protección del ambiente

³¹ Art.33 de la norma. Este artículo resalta una vez más el doble rol del juez, en sus fases reparatoria y preventiva cuando de la tutela ambiental se trata. El alcance de la "Cosa Juzgada" se presenta aquí no solamente en su modo formal, cuanto también en el material, vedando abordar la cuestión en el mismo proceso, o aún la generación de uno nuevo en el que se la trate, con la limitación del rechazo por cuestiones probatorias

³² Siguiendo ésta línea de pensamiento, ha sostenido la Cámara Nacional Civil, en su Sala "H", en el caso "Subterráneos c/ Shell", que (...) "*la solución que se proponga desbordará el marco bilateral del proceso debido a que al dar una respuesta a lo peticionado por la actora se hará lo propio con la comunidad toda, cuando la condena se mande a reparar el daño ecológico*", llegando a reconocer el precedente la existencia de un "orden público ambiental"

³³ Jorge Bustamante Alsina (1995) "Derecho Ambiental" Fundamentación y Normativa. Ed. Abeledo-Perrot

los daños o la cesación de tales molestias, y que en la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.

Aún así, y, conforme se lo ha sostenido³⁴, este artículo resultaría insuficiente para el supuesto de daño ambiental a las personas, por lo que a falta de otras disposiciones legales que contemplen la reparación del daño ambiental fuera de los límites de vecindad territorial, la tutela de los sujetos no comprendidos en ella debe ser concordada con las normas generales sobre responsabilidad civil.-

Respecto a las vías procesales para obtener la protección de estos derechos, cabe destacar que este tipo de responsabilidad en el ámbito nacional, y debido a la reforma que el Código Procesal Nacional sufrió en el año 2001³⁵, existen dos clases de procesos, a saber, el ordinario y el sumarísimo a los fines de incoar los respectivos reclamos.-

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece la figura del daño temido en su artículo 623 bis³⁶, en consonancia con lo establecido por el Código de Fondo en el artículo 2499.³⁷

Creímos de importancia referir ciertos precedentes judiciales, compilados oportunamente por nuestro colega y amigo José Esain, que fueron dictados antes de la sanción de la LGA y que versan sobre este tipo de responsabilidad, considerados en doctrina como “hitos” vinculados al reconocimiento de legitimación para demandar a los particulares en cuestiones de derecho ambiental.-

Así, en autos "Maceroni, Francisco y otros c/Dirección general de Fabricaciones Militares s/Daños y perjuicios", la Cámara Federal de La Plata resolvió un caso de contaminación atmosférica y ruidos molestos derivado de un establecimiento industrial, condenando a la demandada a indemnizar a los actores y al cese de la contaminación y las molestias. Se trataba de un matrimonio que por derecho

³⁴ Stiglitz, G.A. “Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente”, La Ley, 1983-A, pág. 783.

³⁵ Ver al respecto ley 25.488 modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. B.O. 22/11/2001.

³⁶ El art. 623 bis dispone que “quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave o inminente a sus bienes, puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no mediare anterior intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo. Recibida la denuncia el juez se constituirá en el lugar y si comprobare la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro. ...”

³⁷ El art. 2499 CC. expresa “Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sea de la clase que fueren, la posesión de éste sufriera un menoscabo que cediase en beneficio del que ejecuta la obra nueva. (Párrafo agregado por la ley 17.711, art. 1 inc. 98). Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar un hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.”

propio y en representación de sus dos hijos menores promovió acción judicial contra la Dirección General de Fabricaciones Militares en razón de los daños y lesiones y que les producía el complejo fabril vecino "Fabricaciones Militares de Acido Sulfúrico", con el objeto de que se condenara a la indemnización de daños y perjuicios por los efectos contaminantes y al cese de la contaminación y molestias³⁸.-

El fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Sala H en autos "Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado c/ Propietario de Estación de Servicio Shell s/Daños y Perjuicios", afirma que :“(...) cuando lo que se encuentra discutido puede referirse a la protección del medio ambiente, el proceso debe ofrecer soluciones que permitan la implementación de los nuevos institutos constitucionales, sin que en estas circunstancias puedan primar rigorismos formales que atenten contra categorías tales como el derecho a la vida, a la salud y la dignidad, entre otros de igual envergadura, en consonancia con un desarrollo sustentable, lo que garantizará la protección de los mentados derechos.” (...) “La responsabilidad derivada del daño ambiental producido por filtraciones de hidrocarburos se rige por la norma del Art. 1113 2ª parte Código Civil, operándose la inversión de la carga de la prueba, bastando al accionante con demostrar la producción del daño por el contacto con la cosa.”

No puede dejar de señalarse aquí también el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que en autos "Almada c/Copetro", en cuanto señala que "el órgano judicial debe desplegar técnicas dirigidas a evitar que el daño temido que prenuncia el riesgo se torne real, o en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que puedan producirse con su advenimiento".³⁹

VI

³⁸ El tribunal entendió en éste caso que en el daño ambiental por contaminación sufrida en el pasado el monto era reparatorio y compensador, fundado en la equidad y con el fin de "internalizar" los costos de un daño ambiental que ha perjudicado el desarrollo humano, la calidad de vida y el bienestar general de los actores, impidiéndoles gozar de un ambiente sano y equilibrado. Asimismo estableció que el daño ambiental provoca una lesión a la calidad de vida, por cuanto impide gozar de un ambiente sano y equilibrado; agregando que dicha lesión se causa a todos y cada uno de los sujetos a quienes se haya deteriorado su hábitat más allá de que existan daños derivados, particularizados y fragmentarios para cada actor en su salud, propiedad y moral. El resarcimiento del daño ambiental en sí se funda en criterios de equidad y justicia (art. 907 parágrafo 2º CC), debiendo consistir en la internalización de los costos que la actividad dañosa ha ahorrado, transfiriéndolos o "externalizándolos" hacia el entorno.-

³⁹ CSJBA autos "Almada c/Copetro" Fallo del 19/5/98, "JA" 19991259.

LA CUESTIÓN EN DETERMINADAS LEYES ESPECÍFICAS
EN MATERIA AMBIENTAL

La ley 24.051 agrava particularmente la responsabilidad civil en materia de residuos peligrosos. En tal sentido, la ley, en su capítulo VIII sobre responsabilidades, establece que se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, modificado por la Ley N ° 17.711.

Respecto del ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos. El dueño o guardián de un residuo peligroso tampoco se exime de responsabilidad demostrando la culpa de un tercero de quien no debe responder. La responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos tampoco desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final.

La propia LGA presenta en su texto diversos aspectos fundamentales en relación al juicio por daño ambiental. Estos se relacionan esencialmente con los conceptos de factor de atribución, legitimación activa y pasiva, jurisdicción, prueba, efectos de la sentencia y reparación.

La responsabilidad por daño ambiental es aquí en el marco de la responsabilidad objetiva, desprovista de la necesidad de aspectos subjetivos de atribución⁴⁰.-

Es que ésta fue la tendencia presente en diversos precedentes. Sin embargo, no existirían obstáculos para considerar conjuntamente la imputación objetiva y la subjetiva en este tipo de casos⁴¹. La LGA determina que la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no

⁴⁰ Como fuera mencionado, la LGA establece un capítulo relativo al daño ambiental que rige los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción o omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva y establece que quien cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción y para el caso de que no sea factible, la indemnización sustitutiva.

⁴¹ Conforme lo expresa el Dr. Mosset Iturraspe en la cita realizada en el fallo "DD. y otros c/Fábrica de Opalinas Hurlingham S.A." de la Cámara Nacional Civil, Sala I, Junio 30, 1994. La Ley, 1995-C. (p. 362).

debe responder, expresando asimismo, que la responsabilidad civil y penal por daño ambiental es independiente de la administrativa y establece que se presume *iruis tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas.

La Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicio 25.612⁴² establece el régimen legal aplicable a los residuos industriales, instaurando desde su articulado una nueva clasificación de residuos y determinando en otras disposiciones la responsabilidad administrativa y de fondo. Su principal antecedente es la Ley de Residuos Peligrosos 24.051⁴³. Un aspecto a tener en cuenta aquí, es que esta última es una ley de adhesión que incluía a los residuos biopatogénicos mientras que la actual los excluye por los que no le serán aplicables las normas sobre responsabilidad civil que instituye.--

La ley 25.612 establece que se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo industrial es una cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711. Resalta luego, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que no es oponible a terceros la transmisión del dominio o abandono voluntario de los residuos industriales y de actividades de servicio. El dueño o guardián de un residuo no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso. La responsabilidad del generador, por los daños ocasionados por los residuos, no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos, salvo los casos de: a) daños causados por el mayor riesgo que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un manejo o tratamiento inadecuado o defectuoso, realizado en cualquiera de las etapas de la gestión integral de los residuos industriales y de actividades de servicio; b) cuando el residuo sea utilizado como insumo de otro proceso productivo conforme lo determine la reglamentación.

De reciente sanción, existe también la ley 26.331⁴⁴ de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos. Dispone en su Art. 3, la prevalencia de los principios precautorio y preventivo, manteniendo los bosques nativos cuyos beneficios ambientales, o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no puedan demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad.-

⁴² B.O. 29/07/2002.

⁴³ B.O. 17/01/92.

⁴⁴ Sanción: 28/11/2007. Promulgada de hecho el 19/12/2007.-

Luego de determinar en sus artículos 10 y 11 las respectivas autoridades de aplicación⁴⁵, establece en su Art. 20 que para el caso de verificarse daño ambiental presente o futuro que guarde relación de causalidad con la falsedad u omisión de los datos contenidos en los Planes de Manejo Sostenible de Bosques Nativos y en los Planes de Aprovechamiento de Cambio de Uso del Suelo, *las personas físicas o jurídicas que hayan suscripto los mencionados estudios serán solidariamente responsables junto a los titulares de la autorización.*

Respecto de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que hubiesen sido infractoras a regímenes o leyes, forestales o ambientales, nacionales o provinciales, en la medida que no cumplan con las sanciones impuestas, no podrá obtener autorización de desmonte o aprovechamiento sostenible.

En un capítulo especial, se destaca que las sanciones al cumplimiento de ésta ley y de sus reglamentaciones, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieran corresponder, serán las que se fijen en cada una de las jurisdicciones conforme el poder de policía que les corresponde, las que no podrán ser inferiores a las establecidas en ésta ley⁴⁶

VII

LA ACCIÓN PENAL AMBIENTAL

Es sabido que la expresión “desarrollo sostenible” o “sustentable” representa la generación de un conflicto de términos y políticas muy difícil de contextualizar, toda vez que pretende articular debidamente las ideas de crecimiento económico y desarrollo de las sociedades, sin generar exclusión y marginalidad. Bien

⁴⁵ Dispone el Art. 10 de la Ley, que será autoridad de aplicación “(...) el organismo que la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires determinen para actuar en el ámbito de cada jurisdicción”, aclarando el Art. 11 que “(...) será Autoridad de Aplicación en jurisdicción Nacional, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, o el organismo de mayor jerarquía con competencia ambiental que en el futuro la reemplace”.-

⁴⁶ Refiere el Art. 29 de la Ley, que las jurisdicciones que no cuenten con un régimen de sanciones, aplicarán supletoriamente las siguientes sanciones que corresponden a la jurisdicción nacional, y que son a) Apercibimiento; b) Multa y c) Suspensión o Revocación de las autorizaciones. Es importante resaltar aquí que para la aplicación de las sanciones que fuere menester, la ley instituye expresamente, tanto la regla de actuación local en materia ambiental, cuanto el resguardo del derecho de defensa en juicio, en la siguiente forma: “Estas sanciones serán aplicables previo sumario sustanciado en la jurisdicción en donde se realizó la infracción y se regirán por las normas de procedimiento administrativo que corresponda, asegurándose el debido proceso legal, y se graduarán de acuerdo a la naturaleza de la infracción”

ha indicado en el punto José Esain⁴⁷, con cita a Santiago Bahamóndez, que “(...) estas dos palabras sintetizan un conflicto difícil de resolver. Se trata de lograr un crecimiento progresivo y constante a nivel económico, tal como requieren las economías capitalistas en las que estamos insertos, tratando de respetar al mismo tiempo el medio ambiente, factor indispensable para que el ser humano pueda seguir viviendo. Hace tiempo ya que el Estado, con mayor o menor fortuna, ha asumido la tarea de lograr ese equilibrio, hecho que se demuestra claramente si tenemos en cuenta que en los últimos años la inflación legislativa sobre esta cuestión se ha disparado a niveles sin precedentes. No puede negarse que en estos momentos resulta impensable concebir un Estado cuya política de desarrollo haga caso omiso de la cuestión ecológica. Al utilizar el Derecho penal, el legislador puede hacer uso de múltiples técnicas de tipificación, cada una de las cuales inclinará la balanza hacia alguno de los dos extremos en conflicto. La forma en que se legisle en materia penal ambiental por tanto, y más allá de que siempre implique reconocer la importancia valorativa del bien que se protege, permite reconocer la verdadera trascendencia que se le ha otorgado a la protección del medio ambiente”.⁴⁸

Antonio Gustavo Gomez⁴⁹ expresa que el concepto de acción penal ambiental en la República Argentina no es distinto al de cualquier acción penal que se intente en el marco de los códigos procesales en donde se investiguen otro tipo de delitos. Lo que le da una diferenciación propia es la posición que asumen los legitimados en el proceso, la actitud de quienes resultan sujetos del proceso y, el alcance y repercusión que genera en la sociedad, orientada en estos casos por un bien jurídico protegido [el medio ambiente, o la salud ciudadana en el contexto del medio ambiente]. Las normas penales que tipifican las conductas comprometidas como delito se encuentran dispersas en muchas leyes y eso hace que varíen los sujetos procesales, en cada caso.

En tal sentido, nuestro ordenamiento cuenta con disposiciones que establecen la responsabilidad penal en esta materia tanto en el Código Penal, como en la ley de fauna y en la ley de residuos peligrosos.

En materia de delitos al medio ambiente, se ha polemizado en doctrina la posibilidad de “penalizar o no el derecho ambiental”. Nosotros consideramos que la

⁴⁷ Del autor citado en la obra colectiva antes mencionada “Indicadores sobre Justicia y Ambiente” Edit. FARN, Capítulo IV.-

⁴⁸ Santiago Bahamondes, “20 años de delito ecológico en España” artículo inédito.

⁴⁹ Antonio Gustavo Gomez, “La Acción Penal Ambiental”, Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina, Aplicación de la Normativa Ambiental, pag. 171. Septiembre 23 y 24 2003, ed. FARN.

acción penal [de mínima, pero eficiente imposición], debe estar precedida de una garantizadora actuación del proceso administrativo, enfatizando la persecución a la “infracción ambiental”⁵⁰.-

El Código Penal establece tipos penales que protegen la salud pública y que resguardan el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los funcionarios públicos, en los artículos 200, 202 y 203 y, 248 y 249 respectivamente. Así, tenemos la figura penal de envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos o medicinas y propagación de enfermedades, o aún la sanción del abuso de autoridad o incumplimiento de los deberes del funcionario público.

Establece además que las sentencias condenatorias pueden ordenar la reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias; indemnización del

⁵⁰ Enseña en éste punto Mario Gustavo Costa “Ambiente, Delito y Proceso Penal”, Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación de la Normativa Ambiental, pág. 175. Septiembre 23 y 24 2003, ed. FARN., que las legislaciones parten de reconocer que la intervención penal en materia penal se haya estrechamente relacionada con el ordenamiento administrativo, que de modo necesario le debe anteceder. El derecho penal en este tipo de Estado se encuentra restringido por los principios de mínima intervención y última ratio, por lo que la determinación de los actos que se tipificarán como pasibles de pena no puede estar librada al capricho del legislador sino pasada por el tamiz de la afectación significativa de bienes jurídicos. Añade el autor citado que, parece claro que si lo relativo al ambiente reviste la característica de ser transversal a todo el quehacer social, rechinaría como incongruente un paralelismo de absoluta independencia entre lo regulado en el ámbito administrativo y lo que se sanciona penalmente. La pugna, por ello, se da entre quienes propician una protección penal ambiental totalmente accesoria y los que la entienden admisible como relativa, de modo tal que los casos de mayor gravedad, aquellos aquéllos en los cuales la vulneración del bien jurídico es mayúscula, queden al margen de la dependencia derivada de lo que disponen las normas administrativas y la aplicación del sistema penal no resulte bloqueada por éstas”. Con cita a Santiago Mir Puig expresa luego éste reconocido autor, “que para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el derecho penal antes de acudir a éste, y que en este sentido, el derecho penal debe constituir un arma subsidiaria, una *última ratio*. Es así que deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada *política social*. Seguirán a continuación las *sanciones no penales*: así, civiles (por ejemplo, impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil huida al derecho penal”.

daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba y; el pago de las costas.

La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito. Sabido es que el que por título lucrativo participa de los efectos de un delito, está obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

La ley sobre protección y conservación de la fauna silvestre⁵¹, dedica un capítulo específico relativo a los delitos y sus penas. Según Federico J. Irribarren y Victoria Lichtschein⁵², éste presenta las disposiciones penales especiales destinadas a reprimir la caza furtiva, la depredación de la fauna silvestre y el uso de armas prohibidas, así como el comercio, transporte, acopio e industrialización efectuadas sobre piezas o productos provenientes de estas actividades ilícitas

Sin embargo, las normas mencionadas remiten a las disposiciones de las autoridades de aplicación de la ley, estableciendo la técnica de tipos penales en blanco⁵³, que requieren la contravención de la normativa protectora del medio ambiente como requisito para afirmar la tipicidad del hecho.⁵⁴ En tal sentido, si bien la ley establece disposiciones de fondo en materia de responsabilidad penal, se supedita en su efectividad a la regulación de las diferentes autoridades de aplicación, lo que incide en que determinada conducta sea punible en un tipo de localidad y en otro no, o en su caso, en el vacío legal en el caso de no existir la regulación pertinente.-

⁵¹ N ° 22.421, BO. 12/03/81; Decreto Reglamentario N ° 691/81.

⁵² Federico J. Irribarren y Victoria Lichtschein (2004) "Ley de conservación de la fauna comentada" Centro de estudios sobre Agricultura y Recursos Naturales (CEARN). Añaden éstos autores que la caza furtiva y la depredación es uno de los problemas, aunque no el más grave, que afecta actualmente a la fauna, constituyendo uno de los factores perturbadores de la protección de la fauna que la ley pretende remover, instituyendo sanciones penales especiales e intentando definir con adecuado tecnicismo las conductas antijurídicas a ser reprimidas.

⁵³ El art. 24 del capítulo VII de la ley 22.421 dispone "Será reprimido con prisión de un mes a un año y con inhabilitación especial de hasta tres años, el que cazare animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización establecida en el artículo 16, inciso a)." El art. 25 establece: "Será reprimido con prisión de dos meses a dos años y con inhabilitación especial de hasta cinco años el que cazare animales de la fauna silvestre, cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional de apelación. La pena será de cuatro meses a tres años de prisión con inhabilitación especial de hasta diez años cuando el hecho se cometiere de modo organizado o con el concurso de tres o más personas o con armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación" El art. 26 determina: "Será reprimido con prisión de dos meses a dos años y con inhabilitación especial de hasta cinco años el que cazare animales de la fauna silvestre utilizando armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación. El art. 27 expresa: "Las penas previstas en los artículos anteriores se aplicarán también al que a sabiendas transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o de cualquier modo pusiere en el comercio piezas, productos o subproductos provenientes de la caza furtiva o de la depredación"

⁵⁴ Conforme lo describe Santiago Bahamondes en el artículo "20 años de delito ecológico en España", artículo inédito.

La ley nacional 24.051⁵⁵ sobre residuos peligrosos contiene disposiciones que mantienen hoy su vigencia pese a haber sido sancionada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Se trata de una ley caracterizada como “mixta”⁵⁶, que contiene normas de carácter administrativo y normas de fondo, relativas a la responsabilidad civil y penal. En consecuencia, en casos de contaminación hídrica o atmosférica con residuos peligrosos sus disposiciones penales y civiles deben ser observadas por todas las provincias.

Esta norma se aplica a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella, o cuando, a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas.⁵⁷

La disposición legal en cuestión establece un régimen legal que contiene tipos penales dolosos y culposos, y la extensión de la responsabilidad a la persona jurídica, determinando que *será responsable penalmente quien envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general*, con agravación de la figura si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona.-

Asimismo, establece un tipo penal para el caso de que alguno de los hechos previstos fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas. En los casos en que el delito se hubiera producido por decisión de una persona jurídica, la pena se *aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o, representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir*. Cabe

⁵⁵ B.O. 17/01/92.

⁵⁶ Nos hemos referido en detalle a ésta cuestión en un trabajo de nuestra autoría, denominado “Sistema Constitucional Argentino y Distribución de Competencias Ambientales” en Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina – 23

⁵⁷ Ver al respecto Decreto Ley 831/93.

destacar que aquí también se presenta uno de los análisis más finos de este tipo de procesos en lo que hace al alcance de la responsabilidad penal y su atribución.

El Código Procesal penal de la Nación, establece que los delitos que puedan afectar al medio ambiente son de acción pública.⁵⁸ En consecuencia, toda persona puede denunciarlos no exigiéndose capacidad especial alguna para ello y los funcionarios públicos tienen la obligación de denunciar la comisión de éstos delitos, ya que de no hacerlo incurrir en otro delito autónomo⁵⁹. Cabe diferenciar en éste punto, la figura del denunciante conlala de parte de un proceso penal, ya que cualquier persona que tenga capacidad puede efectuar una denuncia penal, pero no constituirse en querellante y ser parte del proceso.

También establece la legislación procesal penal vigente que para los delitos de acción pública la acción penal es ejercida por el Ministerio Fiscal, quien deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.

En cuanto a la legitimación activa y pasiva en los procesos penales⁶⁰, cabe destacar que con relación al rol de los particulares en las causas por delitos contra el medio ambiente, el Código Procesal Penal tradicionalmente exigió como requisito para su intervención que los mismos deben acreditar un derecho particular afectado⁶¹.

Ahora bien, en lo que respecta a la legitimación procesal para delitos contra el medio ambiente existe una tendencia a que se amplíen estas reglas como consecuencia de la naturaleza de la materia investigada, ello atento las nuevas previsiones impuestas por el Art. 43 CN, 2 ° párrafo, en materia de legitimación activa ambiental.-

Actualmente se admite y propicia la extensión de las reglas constitucionales a cualquier tipo de acción, y no sólo al amparo. Es por ello que respecto a la figura de afectado con la del particular ofendido que brinda el Código Procesal Penal de la Nación, se entiende que no se puede aplicar en este tipo de delitos la óptica tradicional de derecho subjetivo, lo que es beneficioso para el acceso a la

⁵⁸ Conforme al art. 174 del CPPN.

⁵⁹ Expresa el autor citado que el art. 277 inc. 1 del Código Penal tipifica como delito la omisión, y sin embargo no se entiende que existan funcionarios públicos integrantes de cualquiera de los tres poderes que integran el Estado que, ante un presunto hecho ilícito contra el medio ambiente no lo denuncien.

⁶⁰ Al respecto ver el artículo del Dr. Mario Gustavo Costa citado.

⁶¹ Esto implica que para ser parte en una causa penal, un particular deberá acreditar la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo, gozando de capacidad civil y encontrarse "particularmente ofendido por un delito de acción pública"

justicia ya que las asociaciones pueden contar con otras posibilidades para intervenir en procesos judiciales, y trabajar con técnicos y profesionales que pueden coadyuvar a una mayor profundización de la temática objeto de la acción.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, es decir, contra quienes se dirigen las acciones judiciales por este tipo de delitos, si bien aquí rigen los principios tradicionales, debe tenerse también en cuenta la aplicación de las normas específicas en esta materia. En tal sentido, la ley 24.051 establece disposiciones que son aplicables en materia de responsabilidad penal.

En el ámbito nacional el proceso penal se divide en dos etapas: la instructoria y la correspondiente al juicio oral, y en ésta última se produce la sentencia definitiva. Allí, y con relación a los costos y costas del proceso se aplican los artículos 403, 429 y 530 del Código de Forma que establecen que “la sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad y resolverá sobre el pago de las costas. Dispondrá también cuando la acción civil hubiere sido ejercida ... la indemnización del daño causado” y, “En todo proceso el Estado anticipará los gastos con relación al imputado...” y “Toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente deberá resolver sobre el pago de las costas procesales”.

Con respecto al Ministerio Público en particular, la Ley Orgánica 24.946 estipula que éste es el encargado de representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera y de promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales. El art. 26 de la Ley del Ministerio Público establece una herramienta de suma importancia para la investigación de delitos ambientales, al disponer que los fiscales ante la justicia penal, anoticiados de la perpetración de un hecho ilícito –sin perjuicio de las directivas que el juez competente imparta a la policía o fuerza de seguridad interviniente- deberán requerir de éstas el cumplimiento de las disposiciones que tutelan el procedimiento y ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal.

En consecuencia, y de acuerdo a lo específicamente normado por el Código Procesal y la Ley Orgánica del Ministerio Público, el rol que asumen los fiscales en el proceso penal seguido contra delitos que afectan el medio ambiente es de vital importancia por las facultades y obligaciones que la misma normativa les encomienda.

VII

LA ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA FEDERAL

La Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal tiene competencia para conocer en las cuestiones derivadas de la aplicación del derecho administrativo. Entre otras, impugnación de actos administrativos, cuestiones relacionadas con la Administración Federal de Ingresos Públicos, entes reguladores de servicios públicos, ejecuciones fiscales, contratos administrativos, empleo público, sanciones administrativas, acción de amparo, amparo por mora de la administración.

El fuero Contencioso-Administrativo Federal no cuenta hasta la fecha con un código procesal especial que regule el proceso administrativo en el ámbito nacional. En consecuencia, se aplica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, que establece los requisitos y procedimientos previos necesarios para habilitar la instancia judicial. En cuanto a la acción de amparo nos remitimos al acápite respectivo de esta obra.

Ley de procedimientos administrativos, dispone como pauta general, y previo a la interposición de la demanda judicial, el agotamiento de la vía administrativa, que puede ser expreso o ficto, mediante el instituto del "silencio" de la administración, a partir del cual se presume como negativa del reclamo interpuesto por el particular.

Una vez agotada la vía administrativa, la demanda deberá ser interpuesta dentro del plazo de noventa días hábiles judiciales, contados a partir de la notificación del acto administrativo que resuelva la cuestión.

Las normas procesales admiten la petición de medidas cautelares contra la Administración Pública, debiendo cumplirse los requisitos para la admisión de aquellas: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela. Asimismo, los tribunales del fuero suelen ser estrictos al otorgar medidas cautelares de suspensión de actos administrativos, como consecuencia de la aplicación del principio de presunción de legitimidad del acto administrativo, contenido en la ley de procedimientos administrativos. Esa circunstancia exige la demostración -dentro de los límites del instituto cautelar- de la ilegitimidad del acto administrativo que se pretende suspender.

Debemos resaltar aquí, el hecho de que en reiteradas ocasiones, la Administración Pública Nacional es la que genera hechos lesivos del ambiente, lo que

amerita considerar el dictado de una específica regulación del proceso administrativo ambiental, incorporando al mismo aquellas cuestiones propias de su tutela.-

VIII

COLOFON:

LAS ACCIONES DE TUTELA EN EL CONTEXTO DE LA APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA AMBIENTAL

Con la breve reseña expresada en los párrafos anteriores, creemos haber dado cuenta de una extensa gama de herramientas judiciales que el ciudadano posee a su disposición para el resguardo de sus prerrogativas ambientales.-

Ello no empece a resaltar las grandes dificultades que existen a la fecha en materia de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, que si bien resulta hoy profusa y actualizada, debe enfatizarse que la implementación de los contenidos normativos que de ella surgen resulta de absoluta necesidad a fin de fortalecer las instituciones de la democracia. En el decir de Daniel Sabsay, “se trata, nada menos que de ir logrando una cultura de respeto a la ley que permita que rijan el principio de legalidad, tan relegado en nuestras latitudes.-

Es que la construcción de un modelo de “desarrollo sustentable”, en general, y las consideraciones de su componente ambiental, no se agota en la elaboración de normativa, por más precisa y actualizada que ella sea. Ha manifestado Daniel Sabsay en éste punto, que en realidad “(...) éste es solo el primer paso a tener en cuenta a la hora de planificar la cuestión”⁶²

⁶² Sabsay, Daniel, en su prólogo a la obra colectiva “1° Conferencia Internacional Sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina” (FARN, pag. 9). No puede olvidarse aquí tampoco, lo concluido en la “Evaluación de los ecosistemas del milenio, informe de síntesis”, de junio del 2005, en el sentido de que “En los últimos cincuenta años, los seres humanos han transformado los ecosistemas más rápida y extensamente que en ningún otro período de tiempo comparable en la historia humana, en gran parte para resolver rápidamente las demandas crecientes de alimento, agua dulce, madera, fibra y combustible. Esta transformación del planeta ha aportado considerables beneficios netos para el bienestar humano y el desarrollo económico. *Pero no todas las regiones ni todos los grupos de personas se han beneficiado de éste proceso - de hecho, a muchos los ha perjudicado -*” (textual del informe, el resaltado me pertenece)

Ya en la Declaración del Milenio los dignatarios estatales allí participantes, efectuaron un compromiso explícito para con la tutela del medio ambiente, en cuanto expresaron que "(...) no debemos escatimar esfuerzo alguno para liberar a todos los hombres y mujeres, y sobre todo a nuestros hijos y nietos, del peligro de vivir en un planeta al que las actividades humanas han causado daños irreparables, y cuyos recursos no son ya suficientes para satisfacer sus necesidades".-

Debemos ser claros en resaltar que si bien existen en nuestro país instrumentos legales y acciones para el resguardo de la tutela ambiental, detallados en los párrafos antecedentes, lo cierto es que la realidad cotidiana nos ofrece numerosos ejemplos de la incapacidad real de efectivizar el cumplimiento de las leyes vigentes en nuestro país. Uno de los ejemplos más conspicuos, ya presentados en 1991 por CIEDLA, y hoy lamentablemente vigentes en los hechos es el caso de la fauna y flora protegidas, que poseen su instrumento legal de resguardo, pero no existe capacidad de vigilancia (guardafaunas, guardaparques, etc)⁶³.-

Por otra parte, los efluentes industriales y aguas servidas que son vertidas, en la mayoría de los casos, sin ningún tratamiento, parecen generar hoy un único costo que se cobra a la comunidad, consistente en la pérdida de fauna, flora, calidad de agua, apareciendo cada vez nuevos problemas sanitarios que tampoco parecen haber sido debidamente cuantificados a la fecha.-

Lo antes señalado no nos inhibe de reconocer los importantes avances jurisprudenciales en el punto, entre los que cabe resaltar las recientes resoluciones interlocutorias brindadas por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al asumir el tratamiento en instancia originaria, de ciertos reclamos por daño ambiental colectivo incoados en función de la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo⁶⁴

Diremos entonces, que nos sumamos a lo que se ha considerado el "reto de la presente década del Siglo XXI", consistente en impulsar la aplicación del derecho ambiental, como una rama jurídica ya consolidada y reconocida por su trascendencia y transversalidad sistémica.-

⁶³ Cfr. CIEDLA "La situación ambiental en América Latina" Edit. Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1991, en aporte de Jorge Morello, Beatriz Marchetti y Paula Cichero, pag. 23 y ss.

⁶⁴ CSJN, M.1569; XL/Originario "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo", Resolución Interlocutoria del 20/6/2006.-

Con ello, creemos que cobrará sentido la enunciación de las acciones de resguardo ambiental, que deben incardinarse en el contexto de una normativa realmente vigente en el concierto del sistema jurídico argentino.-

Eduardo Pablo Jiménez

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- 1AAVV (Eduardo Jiménez, Coordinador) "Derecho Ambiental" Edit. EDIAR, Buenos Aires, 2004. En particular, capítulo a cargo de Gabriela García Minela "Ley General del Ambiente"
- 2CIEDLA "La situación ambiental en América Latina". Edit. Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1991.-
- 3Di Paola, María Eugenia; Sabsay, Daniel "Comentarios sobre la ley General del Ambiente. Presupuestos mínimos de protección ambiental: recomendaciones para su reglamentación" Edit. FARN, Buenos Aires, 2003.-
- 4Esain, José Alberto "El daño ambiental de incidencia colectiva en el caso del derrame de petróleo de Magdalena" "LL" del 29/4/2003, pag. 2/7.-
- 5FARN "1º Conferencia internacional sobre aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en América latina, Edit. FARN, Buenos Aires, 2002.-
- 6FARN "Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina" Edit. FAN, Buenos Aires, 2003.-
- 7FARN/ AMEAI "Indicadores sobre Justicia y Ambiente", Edit. FARN, Buenos Aires, 2006.-
- 8Gil Domínguez, Andrés "Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires" Edit. La Ley, Buenos Aires, 2001.-
- 9Jiménez, Eduardo Pablo "Los Derechos Humanos de la Tercera Generación" Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1997.-

- 10 Mosset Iturraspe y otros "Daño Ambiental" (2 Tomos) Edit. Rubinzall-Culzoni, Buenos Aires, 1999.-
- 11 Pelle, Walter; Verneti, Ana María y Martín, Mariel Cecilia "Enfoques Ambientales" Edit. Suárez, Mar del Plata, 2006.-
- 12 PNUMA "El desarrollo del derecho ambiental latinoamericano y su aplicación". Edit. PNUMA, 2001
- 13 PNUMA "La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina" Edit. PNUMA., 2003.-
- 14 PNUMA "Resúmenes de sentencias judiciales en materia ambiental. Edit. PNUMA, 2003.-
- 15 Toricelli, Maximiliano "El sistema de control constitucional argentino" Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2000.-

