

**El Amparo Ambiental:**  
**Su actualidad luego de la Regulación de la Ley General**  
**del Ambiente y de la doctrina Corte Suprema de Justicia**  
**de La Nación.-**

Por José Esain

“El wallmapuche – territorio mapuche –  
sangra por sus cuatro partes mientras el  
depredador winka impulsa la ideología del  
lucro y el consumismo extremo, explotador de  
la naturaleza”  
(Documento d Trabajo Primer Taller Local  
región sur sobre Mapuches)

“Ya te hartaste de peces,  
frutos y panes  
Que comes sin suerte  
Y el andén espera por ti...  
Y que dirás,  
cuando termines el bocado  
de tu propia piel.  
(Luis Alberto Spinetta “Jardín de Gente”1995)

**I.-**

**PRIMER SECCIÓN - MARCO GENÉRICO**

**1.-Nuevo vientos, nuevos aires:** Desde el año 2002 - como si la crisis de los cacerozozos y el helicóptero escapando por la terraza de la terraza de la casa rozada hubieran sido detonantes - hemos asistido a tiempos de cambio en materia ambiental. No hace falta que explique la algarabía con que todos hemos recibido la fuerte impronta que del poder legislativo de la Nación ha impuesto en la materia con la sanción de las primeras leyes de presupuestos mínimos. Al mismo tiempo, la brisa se venía anunciando desde la orilla del poder judicial pues el día 11 de julio del año 2002 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia que para muchos ha pasado desapercibida pero sobre la que creo deberemos poner énfasis. Ella

representa un viraje importantísimo en temas de capital importancia y a ella haremos referencia<sup>1</sup>. El paso siguiente vino desde el poder legislativo, nos referimos a la sanción de la Ley General del Ambiente 25.675 la que contiene normas específicas sobre procesos constitucionales – concretamente el amparo - reglándolo de manera expresa en el artículo 30 y delineando sus aspectos procesales en el resto de sus normas de manera indirecta.

Como vemos soplan nuevos vientos, y los mismos merecen una reflexión y este será el objeto del presente trabajo. Analizaremos el amparo ambiental y su tipología específica luego de los citados acontecimientos jurídicos, y luego daremos una lectura de futuro, sobre la influencia de la autonomía de ésta herramienta en materia ambiental.

**2.- El proceso constitucional de protección ambiental:** Entendemos que el proceso constitucional es aquel cuyo centro de acción se encuentra en dicha materia, más especialmente para *guarecer inmediatamente* los derechos fundamentales y el correcto desempeño de la dinámica de los Poderes del Estado Democrático<sup>2</sup>.

Como vemos no todos los procedimientos serán procesos constitucionales, sino que sólo incluiremos dentro de ésta definición a los que protejan de manera *rápida y eficaz* los derechos fundamentales. Esto traducido a lenguaje ambiental significa que no todos los procesos tendientes a proteger al ambiente de las alteraciones externamente producidas serán procesos constitucionales; sino que sólo merecen éste calificativo aquellos que de manera inmediata tengan ese objeto. En éste punto estamos convencidos la disciplina ambiental se conecta con el derecho procesal constitucional<sup>3</sup>.

El derecho al ambiente sano aparece reglado en la carta magna en el artículo 41 por lo que no caben dudas de que estamos ante una derecho humano fundamental. Dentro del derecho ambiental existen diversas herramientas tuitivas de éste bien jurídico de muy variada naturaleza<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Nos estamos refiriendo a la sentencia en la causa de la Comunidad “Wichi Hoktek” que será analizada en el presente en los acápites finales. Con ella nuestro más alto tribunal termina de delinear los contornos que estaban poco precisos en materia de procesos constitucionales de protección del ambiente además dándole a éstos rasgos particularizados.

<sup>2</sup> Seguimos en éste sentido la definición dada por Sánchez Viamonte cuando dice que las garantías son en realidad instituciones creadas a favor del individuo, para que, armado con ellas, pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos que constituyen en su conjunto, la libertad civil y política. En ese sentido sólo merecerá el nombre de garantía aquella institución jurídica que constituye el amparo máximo de un derecho, la protección jurídica que la sociedad ofrece al individuo, para asegurar la efectividad de algún derecho (citado por Eduardo P. Jiménez, Garantías constitucionales, ed. Suárez, Mar del Plata, 1997, p. 29).

<sup>3</sup> A éste tema hemos hecho referencia en oportunidad de las VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional y Primer Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en la ponencia presentada en el panel “El amparo. Presente y perspectivas. Intereses Difusos contrapuestos. Consecuencias expansivas de la sentencia” bajo el título “El amparo ambiental y la Medida Autosatisfactiva como Procesos Constitucionales de protección del ambiente. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Comunidad Wichi” y la regulación de la Ley General del Ambiente 25.675”

<sup>4</sup> Entre ellas podemos citar los incentivos fiscales; la investigación y enseñanza ambiental; el procedimiento administrativo de Evaluación del Impacto Ambiental; la Planificación del territorio; los Registros e inventarios

Cada una de las formas procesales jurisdiccionales de protección del ambiente se presentan como diferentes en cuanto a la inmediatez de la tutela. Ello es así porque frente a una violación de difícil probanza, será necesaria una “batería” de actividades probatorias para lograr dilucidar la causalidad necesaria para responsabilizar por la conducta lesiva al demandado. Allí la única solución será un *proceso ordinario por daño ambiental* en el que la tutela se dará pero de manera más mediata, menos expedita y urgente. Será un proceso más complejo y más largo pero adecuado para ese tipo de pretensión. En cambio cuando la violación es manifiesta, y además necesita de una *urgente* solución para restablecer la indemnidad del ambiente dañado, el proceso más adecuado será el de naturaleza constitucional. Allí es donde aparece el proceso de amparo como medio de protección inmediato y eficaz del derecho de naturaleza constitucional que aparece evidentemente violado. Luego habrá tiempo para incoar la pretensión por recomposición en la vía ordinaria posterior.

La acción posee base en el artículo 43 primer y segundo párrafo de la Constitución y será entonces una *acción de protección inmediata del derecho reglado en el artículo 41*. Por lo tanto será un proceso que tiene por objeto la protección expedita de un derecho humano fundamental particularizado. Esto nos llevará a hablar de proceso constitucional ambiental, o amparo ambiental<sup>5</sup>. Tendrá características bien determinadas y no será cualquier tipo de amparo. Esto lo decimos porque en realidad todos los procesos ambientales deben abreviar en los principios de ésta disciplina, los que antes se desprendían tanto del mismo artículo 41 de la Constitución Nacional, como de los instrumentos internacionales que reglaban la materia y que poseían rango suprallegal. Hoy con la sanción de la ley 25.675 el proceso constitucional de protección del derecho reglado en el artículo 41 de la Constitución Nacional no puede ser un amparo ordinario, sino que deberá tener en consideración los diferentes elementos que trae la citada ley y la restante normativa específica de desarrollo.

Será entonces interesante verificar cómo influyen las directrices de ésta norma de desarrollo en el aspecto procesal para poder establecer pautas sobre ésta acción de amparo específica.

---

ambientales; las Autorizaciones y licencias; los Controles o inspecciones; las Subvenciones, préstamos, exenciones y bonificaciones; las actuaciones de salvaguarda; los Cánones; el sistema de Impuestos Ambientales; las Eco – Auditorias, Eco etiquetas; el Control integrado de la contaminación, etc. Además de éstos mecanismos existe una vertiente del derecho ambiental que pone énfasis en el proceso jurisdiccional como herramienta tutiva. Así aparecen herramientas protectoras jurisdiccionales ya sea en el ámbito Civil, Penal, Administrativo o Constitucional.

<sup>5</sup> Seguimos en éste punto la denominación utilizada por Germán Bidart Campos (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Nueva edición ampliada y actualizada al 2000-2001, tomo I-B, ed. Ediar, p. 236); y Daniel Sabsay (El Amparo como Garantía para la Defensa de los Derechos Fundamentales Publicado en: *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes* N°6, 1996; Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, pp. 28-34); Mario Valls (Derecho Ambiental Quinta Edición, Ed. Mario Valls, Bs.As. 1997, p. 204). Asimismo recordemos que Quiroga Lavié y Augusto Mario Morello hablan de Amparo Colectivo, pero nosotros pretendemos que en realidad dentro de ésta especie se pueda distinguir ésta subespecie, una clase diferente de amparo colectivo.

**3.- El amparo Ambiental:** Prima entonces entender que el amparo ambiental tiene base en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional. Pero además de esa norma la acción ha sido “integrada” por las nuevas disposiciones de la ley 25.675 General del Ambiente. Allí expresamente en el tercer párrafo del artículo 30 se ha reglado una especie específica de acción urgente frente al daño ambiental y dentro de la vía procesal del amparo. Esto quiere decir que – desde el punto de vista del derecho procesal constitucional - estamos ante una acción de amparo para restablecer de manera inmediata y urgente la alteración producida sobre derecho reglado en el artículo 41. En cambio si viramos el timón y lo analizamos desde el punto de vista del derecho ambiental será una acción de cese de daño ambiental. Profundicemos la cuestión.

Comencemos por entender de qué trata ésta acción de cese del daño ambiental. La recomposición del ambiente se debe abordar de manera holística, lo que implica tomar partido desde dos vectores diferentes, con dos acciones que se complementan:

- La petición de *cese* del agente dañador.
- La petición por *recomposición* propiamente dicha.

Como vemos el resultado de adoptar ésta postura es un *esquema bicéfalo*. Dos fases son necesarias para obtener la protección del bien jurídico frente al daño ambiental. Hoy nos interesa la primera de ellas: la acción de cese, que se basa en la regla general biológica que sostiene que ante un estímulo negativo que se introduzca en el ambiente, el mismo sistema genera respuestas para inhibirlo. Esto quiere decir que la mejor forma de comenzar la recomposición del ambiente será eliminando el agente contaminante pues ésto generará que ante la inexistencia de nuevos estímulos negativos la naturaleza comience la depuración natural. Por ello la primer etapa de la recomposición se centrará en *cesar* al agente dañador para que el mismo ecosistema comience su actividad de recomposición.

En esta línea de investigación se debe poner énfasis de manera fundamental en lo preventivo, pues lo que aquí cuenta es evitar, prohibir, actuar antes de que, para no llegar cuando “ya no importa” (Juan Carlos Onetti). Lo preventivo, la anticipación de la tutela, un juego más acorde con la propia funcionalidad de las medidas cautelares, y la obtención de parte de la justicia de resultados adecuados y útiles en tiempos razonables, son las grandes coordenadas que signan el rostro del Servicio (Poder Judicial), al cruzar la frontera del siglo XXI<sup>6</sup>.

Es en éste contexto en que debemos analizar la *acción de cese* reglada por la ley general del ambiente 25.675. La misma incluirá entonces pretensiones suspensivas que irán desde la detención de la polución causante de daño ambiental colectivo, de las agresiones al paisaje,

---

<sup>6</sup> Augusto Mario Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, editora Platense, La Plata, 1999..

llegando hasta la supresión de medidas que importen agravios al patrimonio cultural. En éste sentido es que la mecanización de ella se presenta como clave en la ejecución del vector preventivo que acabamos de mencionar. Actuar después de que el daño se perpetró es “como no haber actuado”. Por ello la vertiente *preventivo procesal* en éste aspecto resulta tan importante.

Ello implicará una mutación en los *medios procesales* protectores del derecho. Porque la *idoneidad* de los mismos ahora, radicará en tanto y en cuanto puedan satisfacer éste vector preventivo - precautorio. Esa será la meta de éstos elementos procesales, los que deberán proporcionar una protección *adecuada* del bien jurídico. Como vemos, la vinculación entre el derecho humano fundamental y las herramientas tuitivas del mismo es evidente.

**\* El bien jurídico protegido por el derecho humano fundamental será lo que calificará la idoneidad del medio procesal protector:** Se predica que el acceso y la tutela no pueden ser solamente formales, sino que tienen que ser reales y útiles, liberados de trabas y bloqueos como son los que empecen al acceso de personas desculturizadas, carentes de recursos económicos, etc<sup>7</sup>. Esto implica que el acceso a la justicia que se dé al ciudadano para cobijar este bien jurídico deba ser tal que logre el resultado de protegerlo con las características que ha sido reglado, y no con otras. De lo contrario, se estaría negando la efectividad de la tutela del derecho fundamental, elemento que hoy cobra significativa importancia a la luz del acceso efectivo a la misma<sup>8</sup>. Por lo tanto la inidoneidad del medio protector implicará una negatoria del efectivo acceso a la justicia.

Si la herramienta delineada para proteger el bien jurídico no es la apta porque no llega a tiempo en su protección, será lo mismo si se puede acceder a ella o no, porque en definitiva, aunque se logre una sentencia de resultado positivo, en éste punto igualmente resultará ineficaz. Si por ejemplo la sentencia declara que se debe proteger un bosque nativo contra una tala indiscriminada suspendiendo la actividad; pero recién se lo resuelve a cinco años de iniciado el pedido, cuando la tala ya se realizó (como ha sucedido con la sentencia en el caso de la Comunidad Wichí resuelta recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la que volveremos más adelante) la protección entonces es como si no llegara, y el bien jurídico resulta violado doblemente, porque por un lado se reconoce judicialmente el derecho del actor a la petición, pero por el otro se demuestra al mismo tiempo cabalmente la ineptitud del medio procesal para proteger el derecho que se acaba de conceder al ciudadano. Hoy más que nunca la tutela anticipatoria y las medidas cautelares - en el ámbito jurisdiccional ambiental - se

---

<sup>7</sup> Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza Normativa*, Ed. Ediar, Bs.As., 1995, p. 335/6.

<sup>8</sup> Recordemos que el derecho de acceso a la justicia hoy ya no posee fines sólo formales sino que debe materializarse de manera tal de ser *efectivo*. Ver Ángela Figueruelo Burrieza, “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva”, Ed. Tecnos, Madrid 1990.

presentarán como elementos fundamentales para brindar protección frente a éstos potenciales vectores poluentes.

En éste sentido, la *acción de cese* será un elemento gravitante para lograr la detención del daño ambiental de manera previa a que éste se produzca. Su objetivo es hacer cesar al agente dañador en tiempo anterior a la consecución del agravio. Dentro de éste panorama la *acción de cese* implicará éste anticipo de tutela pues mediante un análisis sumario de elementos cognoscitivos y sobre todo a través del juego de determinados principios de derecho ambiental, se puede rápidamente disponer de la protección preventiva del derecho ordenando la cesación del daño potencial. De esto se trata la acción reglada en el artículo 30 último párrafo de la ley 25.675.

En éste contexto jugarán un rol importantísimo los principios ambiental reglados del artículo 4 de la ley 25.675. Ello modificarán la morfología de éste proceso, delineando su contorno. Profundizando en éstos elementos específicos será la mejor manera de entender el concepto de amparo ecológico o amparo ambiental<sup>9</sup>.

El primer principio que debemos hacer operativo es el de *prevención*<sup>10</sup> junto con los de *precaución*<sup>11</sup> y de *sustentabilidad*<sup>12</sup>. Hoy *sustentabilidad* implica la posibilidad de entender que la viabilidad futura de la especie humana está en juego y el derecho de las generaciones futuras a gozar de los mismos bienes que hoy dan las condiciones para desarrollar la vida humana. Por ello es que no hay más un derecho al desarrollo sin límites. La idea del abuso del derecho deberá ser superada desde la instauración de éste elemento, pues ya no se puede pensar que el ejercicio del derecho individual tiene sólo fronteras en el abuso del mismo. Hoy se vislumbra una franja por encima de las prerrogativas individuales la que representará el espacio donde la comunidad hará jugar sus intereses plurindividuales. Así la *sustentabilidad* implicará éste límite externo al ejercicio de los derechos individuales, un espacio por encima de los derechos individuales que estará cubierto por la esfera en que se ejercen los derechos de la sociedad global (derechos de incidencia

---

<sup>9</sup> Tomamos ésta doble denominación del maestro Germán Bidart Campos, tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Nueva edición ampliada y actualizada al 2000-2001, tomo I-B, ed. Ediar, p. 236.

<sup>10</sup> Definido por el artículo 4 cuando dice: “Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. He profundizado éste principio en el artículo “De la prevención ambiental en la provincia de Buenos Aires” revista La Ley Buenos Aires, en el número de febrero de 2003.

<sup>11</sup> Definido por el artículo 4 cuando dice “Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. Hemos profundizado sobre éste principio en Revista Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, nota a fallo titulada “El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los Feed Lots. La Suprema Corte de Justicia de Bs. As. aplica la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Consejo de Estado Francés tomando al principio de precaución como elemento para apreciar la razonabilidad de un acto administrativo en el marco del poder de policía ambiental, vinculada a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos “Ancore SA c/Municipalidad de Daireaux s/daños perjuicios”, JA 6.11.2002 JA 2002-IV, fascículo nro. 6 p. 34.

<sup>12</sup> Definido por el artículo 4 cuando dice: “Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras”.

colectiva, entre ellos el medio ambiente). En éste nuevo esquema, el derecho a ejercer la industria y a utilizar los recursos naturales tiene un claro límite: la viabilidad futura del entorno<sup>13</sup>. Esto permite fundamentar decisiones suspensivas de actividades que antes no se podrían justificar.

Procesalmente el esquema descrito desde el punto de vista axiológico, implica una fuerte impronta ya que hoy el derecho procesal constitucional *debe* anticipar la protección antes de la polución, y el legislador es el que pretende que éste “partido” lo juegue la *acción de cese*. Analicemos la regulación que hoy posee la misma. Dice el artículo 30 de la ley 25.675:

“Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”

Como queda en claro, ésta acción tendrá por objeto detener la actividad generadora de “daño ambiental colectivo” de manera inmediata. Es una acción *común* a las dos previstas en los primeros párrafos del artículo 30 pues se presenta frente a un determinado caso de daño ambiental de incidencia colectiva. Puede que ante un caso de ésta naturaleza, la solución no sólo sean las acciones por recomposición e indemnización sino que - mediante el procedimiento de amparo - se pretenda petitionar de manera *urgente* el *cese* del agente contaminante. Procesalmente ésta petición será *independiente* de las dos anteriores tipologías de acción ya que la misma prevé otro carril judicial. Esto quiere decir que la petición de cese se puede presentar de manera independiente del resto de las acciones<sup>14</sup>. Estamos evidentemente en el supuesto clásico de amparo ambiental en el que se esgrime una pretensión sólo de cese a efectos de mantener incólume el bien jurídico alterado. Con ella los Magistrados podrán impedir la continuidad del daño ambiental en un punto temporal inicial.

**\* Legitimación amplísima para interponer la acción de cese - Acción Popular:** La legitimación activa es la posición en que se halla la persona que demanda en relación al bien jurídico protegido por la norma que se pretende actuar. La entrada al proceso en la primer etapa de los derechos (la etapa clásica o de primer generación), venía determinada por alguien a quien se conocía, se personalizaba y sobre el que se proyectaban los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado. Asimismo sobre él se requería que la pretensión lo encontrara en una relación de causalidad suficiente y adecuada con los hechos presentados<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Aquí juega un papel fundamental el “Principio de 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” (conforme el art. 4 ley 25.675).

<sup>14</sup> Ver José Alberto Esain, La Ley, suplemento ambiental del martes 29.4.2003, p. 2/7.

<sup>15</sup> Osvaldo A. Gozaíni “La legitimación para obrar y la Defensa procesal del ambiente y demás derechos difusos”; en el texto colectivo “Responsabilidad Ambiental”, Editorial de Belgrano Universidad de Belgrano, Bs.As., 1999, p. 10.

Respecto a las acciones en defensa del ambiente, la norma que regula las diferentes pretensiones es el artículo 30 de la ley 25.675<sup>16</sup>. Allí se desarrolla un esquema en el que se diferencia el nivel legitimatorio según el tipo de pretensión que se incoe. La norma legitima para “la recomposición del ambiente dañado” al afectado, al Defensor del Pueblo a las Asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental y al estado nacional. Luego, agrega para el caso de *daño personalizado una legitimación resarcitoria individualizada*, donde el titular del *derecho subjetivo* lesionado en su esfera individual puede demandar. En éste último supuesto estamos ante la primer generación de derechos y la legitimación resulta ser no sólo anulatoria (cese) sino que también el actor tiene el poder de imponer una obligación en el legitimado pasivo en beneficio de su propio patrimonio. Finalmente, en el tercer párrafo, se establece una *legitimación amplísima* - “*toda persona – para una pretensión solamente anulatoria por violación a la legalidad*, contraviniendo la manda constitucional en materia de derechos humanos de tercera generación (legitimación solamente anulatoria)<sup>17</sup>”.

Lo que la ley 25.675 ha instaurado con la fórmula acuñada en el artículo 30 se podría sintetizar así: cuando la acción se dirige simplemente a *restablecer la legalidad constitucional* (pretensión de cese del daño ambiental) la legitimación resulta ser amplísima. Por ello se elige la fórmula “toda persona”. Con esa redacción quedan incluidas en la acción de cese todas las personas de existencia ideal, las personas jurídicas, las personas de derecho público, de derecho privado, las sociedades del estado, los habitantes del lugar, los habitantes del país, e incluso los simples ciudadanos de todo el país, las Municipalidades, Gobiernos provinciales, Nacionales, reparticiones administrativas, todos ellos se encuentran legitimados en el último párrafo del artículo 30.

La jurisprudencia nunca había hecho legitimaciones diferentes para diferentes tipos de pretensiones o por lo menos no había diferenciado en la terminología la legitimación respecto a quien demanda por recomposición del daño ambiental de quien demanda por el cese. En realidad los tribunales desde un comienzo entendieron que la mención “afectado” se refería específicamente al *habitante del lugar* (acción de clase), diferenciando las legitimaciones del artículo 43 en el primer párrafo de las del segundo, y negando la legitimación amplísima o popular.

---

<sup>16</sup> Dice la norma: “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.”

<sup>17</sup> Ver en éste sentido Eduardo Pablo Jiménez, en *Los derechos de la tercera Generación*, Ed. Ediar, BsAs. 1995 y Eduardo Pablo Jiménez *La legitimación ciudadana en materia de Daño ambiental colectivo*.



Pues bien, eso es lo que hoy ha hecho el legislador en el artículo 30 de la ley 25.675 cuando legitimó de manera diferente según la pretensión, dando derecho a accionar a “toda persona” (acción popular) y no sólo al “afectado” (acción de clase), tomando expresamente para amparos en defensa del ambiente (acción de cese) la fórmula legitimatoria que el constituyente había colocado en el primer párrafo y no la del segundo. Sabemos que allí donde el legislador ha hecho una diferencia (por un lado se habla de “afectado” y por el otro de “toda persona”) el intérprete no está llamado a igualar. La expresa separación hecha por el legislador implica un nivel diferente de legitimación según la pretensión incoada. Esta es la realidad en el plano normológico, resta ahora verificar la realidad material - jurisprudencial, es decir verificar cuál es la aplicación que la justicia hace de ésta nueva fórmula legitimatoria.

En conclusión, conforme el texto de la ley 25.675 - que desarrolla en el plano legal las instituciones ambientales del artículo 41 y 43 de la Constitución - podrán interponer la *acción de cese* (hipótesis asimilable a la pretensión anulatoria) “toda persona” y no sólo “el afectado” del lugar, que es quien la misma norma dispone será el legitimado en la acción de recomposición e indemnización) regladas previamente.

Axiológicamente la interpretación que se le puede dar a ésta fórmula es que el legislador ha entendido que para *detener* el daño ambiental (restaurar la legalidad ambiental modificada) se debe ampliar la legitimación porque el peligro es más grave, y por lo tanto no importa si el que viene a solicitar la detención vive en el lugar donde el daño se produce o no, pues será más gravitante comprobar si existe o no el agravio<sup>18</sup>. Claramente lo que se ha querido en cuanto a la *acción de cese* es una legitimación más amplia, superadora de la que la doctrina judicial había interpretado en relación al concepto de “afectado” reglado en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Creemos aquí el legislador ha interpretado a la acción de cese como una especie de *acción popular*<sup>19</sup>, en la que toda persona, y no sólo el habitante del lugar podrán demandar por la detención de la actividad con potencial dañador.

En cambio pareciera que el legislador ha entendido que era justo restringir la legitimación para los casos de recomposición ambiental (petición de restauración del ambiente en la que el

---

<sup>18</sup> Dice Kane “La Producción y repartición de riesgos ambientales se está convirtiendo por primera vez en un problema de escala mundial. Los riesgos nocivos derivados de la contaminación del agua, la radiación y los efectos de invernadero afectan por iguala todos nosotros. No están limitados desde el punto de vista geográfico o sociológico. Cruzan las fronteras nacionales o atacan por igual a ricos y pobres, a poderosos y menos poderosos...” (Keane J. La Democracia y los medio de comunicación. En Revista internacional de Ciencias Sociales nro 129 septiembre 1991, pp. 549-568 citado por Conrado Ugarte en Hermeneutica de la crisis ecológica, Ed.UNIDA BsAs. 2000, p. 159).

<sup>19</sup> La acción popular recibe éste nombre porque puede ser interpuesta por “cualquiera del pueblo”, o sea, sin necesidad de que el acto alegue a su favor un derecho o interés propios que considere lesionados. Es un ejemplo generoso de legitimación procesal activa. Normalmente la acción popular es considerada tal porque legitima a cualquiera, aunque no alegue derecho o interés personales comprometidos por la norma que impugna (Germán Bidart Campos, El derecho de la Constitución y su fuerza Normativa, Ed. Ediar, Bs.As., 1995, p. 335/6).

particular solicita una indemnización colectiva que se aplica a un fondo público de recomposición) otorgando legitimación sólo al “afectado” (en tanto integrante de un grupo o sector social<sup>20</sup>), a las “asociaciones”, al “Defensor del Pueblo” y al Estado Nacional Provincial y municipal (creemos al Ministerio público se lo debería incluir dentro de ésta categoría), utilizando la fórmula del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

En síntesis, luego de la sanción de la ley 25.675 para detener el daño se ha extremado el nivel participativo admitiendo la legitimación de “toda persona” sin que necesariamente sea el habitante del lugar donde el daño se produjo. El concepto de afectado en tanto habitante del lugar ha quedado restringido para la acción de recomposición.

En cuanto a la dinámica de ésta norma y su real vigencia sociológica éste dato lo tendremos cuando los tribunales tengan que analizar peticiones de cese de personas que no poseen domicilio en el lugar donde el daño ambiental se produjo. Allí el Juez normológicamente se encontrará sujeto al análisis que precedentemente hemos hecho. Axiológicamente deberá merituar si se presenta como justo que alguien que no vive en el lugar pueda advertir sobre la presencia de una alteración ambiental y solicitar su cese. Por nuestra parte entendemos que en muchos casos es justo que el ciudadano de la Argentina pueda demandar por el cese del daño ambiental de cualquier punto de nuestro mapa, a pesar de que no tenga domicilio en el lugar. No creemos que sea un requisito para denunciar el daño ambiental y solicitar su cese el domicilio en la localidad donde éste se ha generado. Ponemos un ejemplo: la tala del bosque de Yungas en el norte que afecta la biodiversidad de toda la República Argentina. Creemos allí cualquier ciudadano que verifique se produce la alteración del ecosistema argentino, puede concurrir al Juez del lugar para pedir el cese sin más. No podemos dejar pendiente del activismo del lugareño el cese del daño de un bien de pertenencia de toda la república. La recomposición será otra cuestión, y allí sí estamos perfectamente de acuerdo con que sea sólo el habitante del lugar. No creemos se justifique el límite legitimatorio en el caso del cese. La duda se presenta cuando el caso es de un interés eminentemente local, como por ejemplo sería la tal de los árboles de una plaza de un pueblo del interior. Podría demandar un habitante de una localidad lejana. Creemos nunca está mal la apertura legitimatoria para que los jueces ejerzan el control de constitucionalidad frente a la legalidad alterada. En todo caso será el Juez quien verificará si se ha dado o no la alteración del bien, frente a la demanda. De todos modos vale la pena recordar que en éste aspecto siempre juega un rol importante el principio *pro omine*<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Esta figura es más cercana a la tipología denominada acción de clase, la que incluye una legitimación más restringida que la antes mencionada acción popular, pues sólo puede demandar el integrante del grupo o clase, en éste caso el habitante del lugar donde el daño se produjo, es decir: el porteño, el marplatense, el barilocheño, etc.

<sup>21</sup> Ver Germán Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Nueva edición ampliada y actualizada al 2000-2001, tomo I-B, ed. Ediar, p. 388/392.

En éste punto será interesante ver si se modifica - a partir de la sanción de ésta norma - la doctrina judicial del *leading case* "Schroeder" en que se entendía que estaban legitimados para demandar por cese del daño al ambiente sólo los habitantes del lugar. Recordemos que ésta regla gozaba de cierta estabilidad, siendo un parámetro pacífico de aceptación jurisprudencial. Ahora la norma obligará a replantear el criterio. Serán tiempos interesantes los que vendrán.

\* **Reglas procesales propias del amparo ecológico - Inversión de la carga probatoria – precaución:** El principal efecto de la especificidad de éste tipo de amparo es que al mismo se le aplicarán una serie de elementos particularizados que se encuentran presentes en normas ambientales generales o específicas. Estos elementos dotarán al proceso de amparo de características propias. Uno de los principales efectos será la novedosa apreciación de la prueba<sup>22</sup> lo que por imperio de los principios ambientales enumerado dará ingreso a las cargas dinámicas en ésta materia. Ello porque desde el punto de vista axiológico (por imperio del principio de solidaridad social) es justo que sea el poluyente quien tenga la obligación de probar la inocuidad de su emprendimiento<sup>23</sup>.

Vale aclarar que las cargas dinámicas probatorias en realidad constituyen una regla de apreciación y valoración de la prueba colectada en el proceso. En éstos tiempos se entiende que el derecho de *acceso a la justicia* no se puede limitar sólo al paso inicial de incoar la pretensión, porque de lo contrario nos estaríamos quedando con un sólo aspecto del mismo. En éste sentido jugará un rol determinante la forma de valorar las probanzas colectadas.

Es importante entender que en materia ambiental la inversión de la carga probatoria no deriva de una interpretación doctrinaria-jurisdiccional, sino de los principios expresamente reglados por el legislador, los que las partes no pueden desconocer, pues son derecho vigente.

---

<sup>22</sup> Para profundizar ver Augusto Mario Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, editora Platense, La Plata, 1999.

<sup>23</sup> "Solidarismo que -como dijera Bidart Campos- "sólo puede, pues, significar una posición que, articulando al hombre con la sociedad, supone al derecho como hecho social emplazado en la vida individual. O, en otros términos, que el derecho existe 'por' el hombre, 'con' el hombre y 'para' el hombre, en cuanto este hombre convive en una estructura social políticamente organizada. Exponiendo una tesis solidarista, Joaquín Azpiazu asocia en un principio básico de ella, el fin personal de la vida social y el fin social de la vida personal ("El Estado Corporativo", Madrid, 1940, p. 57) o como dice Sánchez Agesta, el bien común da a la persona una nueva especificación como bien de la persona en la vida social ("Principios de teoría política", p. 47). Sin el último -el fin social- estaríamos en el individualismo; pero sin el primero, ignoraríamos el valor eminente del hombre y nos plegaríamos a cualquier "ismo" denigrante —colectivismo, totalitarismo, etc.- (Germán J. Bidart Campos, "Individualismo y Solidarismo", en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille", Ed. Depalma, Bs. As., 1968, p. 97). Y que, como prosigue diciendo el mismo autor más adelante "nos guía a pensar la obligación de reparación no solamente como efecto de la responsabilidad por un hecho ilícito, sino como resultado de la solidaridad social (que eso es, a la postre, lo que se deriva del principio: 'quien goza el commodum debe sufrir el periculum correlativo')" "Tributo, al fin que se paga a la comunidad por las ventajas que al hombre le reporta la convivencia, y con la convivencia, el progreso técnico, el trabajo ajeno prestado en su favor, los recursos del maquinismo, del transporte, etc. No se pueden asumir las facilidades sin los riesgos... la responsabilidad acusa también el impacto de eso que aun con nombre impreciso y hasta dudoso, llamamos solidarismo" (id. id., p. 106) (Germán J. Bidart Campos, "Individualismo y Solidarismo", en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille", Ed. Depalma, Bs. As., 1968, p. 97) (del voto del Dr. Pettigianni en S.C.J.B.A., Acuerdos 60.094, 60.251, 60.254, autos "Almada Hugo c/COPEYRO", LLBA 1996-46).

Esto se debe a que en materia ambiental la complejidad de los datos que se pretende ingresar al expediente mediante los medios tradicionalmente previstos implican una actividad probatoria colosal para un simple ciudadano. Si seguimos el clásico paradigma de que el que alega debe probar, será el actor (afectado) quien tendrá la obligación de acreditar la contaminación por parte de la empresa poluyente, lo que evidentemente resultará una prueba diabólica e injusta. Es seguro que en la mayoría de los casos será imposible para las personas “comunes” hacer análisis químicos, contratar geólogos, ecólogos, y sobre todo tener acceso a los lugares donde se asientan las actividades (predios por lo general privados) para poder cumplir con el *onus probandi*. Como vemos, la clásica atribución probatoria apriorística nos lleva a una serie de actividades en cabeza del simple ciudadano casi imposibles de realizarse y costosísimas, lo que provocará que éste no pueda acreditar la alteración de los sistemas ambientales; no porque éste hecho no se haya producido, sino porque se carece de medios para enfrentar tal tarea<sup>24</sup>.

Ello hace que en materia ambiental se vea claramente como la parte más débil se encuentra con una valla imposible de franquear, la que le impedirá el acceso, lo que implicará la negación del derecho a la jurisdicción si extendemos éste concepto no sólo a la apertura de la instancia. Todo esto irá en desmedro del bien jurídico protegido porque en muchos casos se caerá la instancia, provocando una solución tardía, *no oportuna* y hasta puede que se llegue a la absolución por falta de pruebas respecto a la responsabilidad cuando ésta en los hechos existe, llevando a un estancamiento del fenómeno procesal en materia ambiental. Por lo tanto lo que se deberá tener en cuenta para atribuir la carga de acreditar los hechos será la posición dominante respecto al material probatorio. La mejor posición probatoria respecto de la contraria determinará lo difícil que puede ser para la parte débil producir las mismas.

En éste sentido la ley trae principios procesales ambientales fundamentales que provocarán una fuerte modificación en el proceso colectivo por daño ambiental - tanto en su faz ordinaria o como amparística - dando ingreso claramente a institutos que modificarán el contorno del mismo, y afiliando definitivamente la inversión de la carga probatoria:

1. **Precaución:** La solidaridad social impone que el que se beneficia de los adelantos tecnológicos sea quien enfrente la carga de probar la inocuidad de su emprendimiento. Aquí el principio de precaución solventa ésta postura pues regla que ante la falta de probanzas sobre la inocuidad de una actividad o producto se permite adoptar medidas protectoras del entorno limitando el

<sup>24</sup> En éste punto el proceso tradicional se presenta como un instrumento no eficaz para lograr la verdad – fin último del mismo - pues pone en cabeza de alguien la responsabilidad de probar algo que – a priori – se sabe le es imposible. Se podría decir que si no se modifica éste contorno estaremos ante un instrumento que – también apriorísticamente – sabemos resultará ineficaz para proteger el derecho y el bien jurídico reconocido por la norma. Sobre todo porque del otro lado tenemos a la empresa que cuenta con las mejores condiciones respecto al material probatorio: acceso al predio (de su propiedad) grupo de especialistas que constantemente le van elaborando informes privados para justificar las autorizaciones administrativas o las políticas internas, operarios y trabajadores especializados, etc.

derecho de quien no despejó la incertidumbre sobre su inocuidad. En éste sentido siempre el rol de probar caerá sobre el poluyente y no sobre el afectado. Esto se justifica en lo dificultoso que resultará - para quien no es el titular de la actividad - la prueba de la contaminación. La aplicación de éste elemento producirá una modificación en el régimen de la carga de la prueba. Decimos esto porque con la adopción de éste principio la carga de acreditar la inocuidad de la actividad recaerá en el titular de la misma y no en el afectado, modificándose así el principio de que quien alega un daño deberá probarlo.<sup>25</sup>

2. Acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales (art. 32): Se debe asegurar el acceso a la jurisdicción “por cuestiones ambientales” lo que implica una especie específica del derecho genérico de acceso a la justicia tantas veces estudiado. Ello generará nuevos criterios procesales:
  - a. idoneidad del proceso para proteger el bien jurídico ambiental. Si el proceso es una institución que no brinda una justa división de las tareas probatorias, que no respeta las condiciones en que llegan las partes al mismo, entonces la herramienta no será de protección frente al daño ambiental y por lo tanto se le estará negando el efectivo acceso al ciudadano (conf. art 19 y concordantes de la ley 25.675).
  - b. acceso no sólo a formas sino a resultados: Hoy – como sostiene el maestro Augusto Morello - el esquema procesal del acceso a la jurisdicción no sólo es garantístico de las *formas* sino de los *resultados* valiosos y efectivos de la tutela, impidiendo la frustración de los derechos de mayor potencial<sup>26</sup>.
  - c. tutela más enérgica y efectiva a favor del ciudadano. Por la situación subjetivamente omnicomprendiva quienes se encuentran afectados en éstos intereses colectivos cuentan o deben contar con una más enérgica y efectiva tutela, la que deberá contar con formas más específicas de prevención, *injunctiions* o mandatos de prohibición, o de contención o impidientes de la propagación o continuación de los daños de honda repercusión social<sup>27</sup>. A favor de éste criterio la ley “trata” al ciudadano de manera diferente de las empresas, pues regula instituciones participativas permitiéndole el ingreso a éste a la defensa del ambiente (art. 19, 20, 21, 16), mientras respecto al sector “poluyente” coordina sistemas de gestión (autogestión) preventiva y propugna límites a los derechos antes ilimitados de uso de los recursos naturales. Este es el marco axiológico que por encima de la regulación nos sirve como elemento interpretativo de los objetivos de la ley.

<sup>25</sup> Demetrio Loperena Rota, *Los principios del Derecho Ambiental*, ed. Civitas, España, 1998, p. 93.

<sup>26</sup> Augusto Mario Morello, op. cit., p. 105.

<sup>27</sup> Augusto Mario Morello, op. cit., p. 114

- d. Subsidiaridad: La ley contiene un principio de subsidiariedad que en nada se condice con la clásica regla incluida en los instrumentos internacionales<sup>28</sup>. En nuestra ley General éste principio pone énfasis en que la Administración “tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales”. Como vemos éste es otro elemento interpretativo a favor del particular, parte débil sobre la que se debe reforzar la protección.
- e. Presunción moderna a favor del actor: Los jueces en muchos casos parten de la presunción de que en todo juicio la adjudicación de autorías o de responsabilidades y de probabilidades, está a favor del demandante en una gran dosis de verosimilitud en razón de que éste acude por voluntad propia a someter su derecho a la decisión de la sentencia mientras el demandado lo hace, en cambio, a su pesar<sup>29</sup>. Esto en materia ambiental es doblemente importante porque aquí el interés que mueve al demandante no redundará en beneficio personal. Además, en caso de que la empresa no haya cumplido con las obligaciones preventivas administrativas podremos presumir que estamos ante una parte que actúa con desidia por la normativa en comentario.
2. Interés General en la valoración de la actividad probatoria y en la atribución de las reglas de producción de la misma: El interés general está por detrás de los datos que penden de la actividad probatoria en el proceso por daño ambiental. Los elementos que ingresarán al proceso tienen por objeto acreditar un *factum* en el que está en juego la protección de un bien colectivo. Por ello no le está permitido al Juez utilizar las clásicas reglas probatorias del “proceso adversarial”<sup>30</sup>, sino que se deberán establecer modalidades novedosas en consonancia con las diferentes realidades de las partes en juicio. El artículo 32 dice que “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*” (el destacado nos pertenece) lo que implica que los Magistrados tendrán la posibilidad de utilizar un abanico de novedosas herramientas internas dentro del proceso. Así aparecerán nuevos criterios a tomar en consideración:
- a. Valoración diferenciada de las partes según como se encuentran posicionadas respecto a hechos de interés colectivo. La idoneidad de los medios en relación a la calidad personal de esas partes vinculadas con su capacidad para desarrollar esa

<sup>28</sup> Art. 8 y segundo párrafo del preámbulo del Convenio de Biodiversidad de Río 5.6.92.

<sup>29</sup> Muñoz Sabaté Luis La prueba de la insolvencia del deudor en las acciones subsidiarias para la defensa del crédito, Revista Jurídica de Catalunya 1989-4,p.227, la cita corresponde a p.228 y nota 4 donde reenvía a Bentham, Tratado de las pruebas judiciales, t.2,p.12, todo citado por Augusto Mario Morello, op. cit., 116.

<sup>30</sup> El maestro Augusto Mario Morello, (op. cit., p. 119) define de ésta manera al clásico proceso escriturario, plagado de cuestiones de competencia, incidentes y demasías recursivas.

actividad probatoria para introducir los datos al sistema será fundamental a la hora de calificar el incumplimiento de una parte con una carga probatoria.

- b. El deber de colaboración procesal en cabeza de la empresa, y a favor de la colectividad. Se debe tener en cuenta que la industria está en mejores condiciones de asumir el deber primero de colaborar con el buen resultado de la Justicia, porque es ella la que está cargada (carga subjetiva, no objetiva) en exculparse de aquello que, por habitualidad, estructura el funcionamiento empresarial que recoge los avances de la actividad, los logros de la evolución tecnológica<sup>31</sup>.
  - c. Nivel cultural, de información y asesoramiento superior. La empresa posee un nivel técnico jurídico totalmente desigual al que puede tener un hombre común, el pacífico y anónimo habitante del medio en que la actividad “se hace sentir”, “se sufre”. Por ello la empresa está obligada a más, en un litigio o controversia del tipo que concierne a los denominado intereses públicos colectivos.
3. Juez activo En éste sentido la ley exige un juez activo que ordene medidas de prueba por fuera de las pedidas por las partes, y también exigirá que el Magistrado se aleje de la valoración derivada del período decimonónico en la que estaban en juego dos partes con intereses personales contrapuestos. Esto conllevará a:
- a. Mayores obligaciones al sector que se beneficia con los avances tecnológicos – igualdad material: Hoy el Magistrado no puede ser valorativamente neutro respecto a la posición de las partes en la nueva sociedad. Debe acceder a nuevos balances y pesos en la actividad probatoria teniendo en cuenta los beneficios que en ésta obtiene el sector poluente y su mejor posición respecto a esos hechos.
  - b. Nuevas funciones procesales: Dice Augusto Mario Morello que son tres las funciones que el Juzgador hoy deberá tomar en consideración, para arribar sin tribulaciones en todos éstos problemas de complejidad probatoria a un estado espiritual de serena convicción sobre los hechos y sobre su trascendencia en el caso: la *conducta de las partes*, una más delicada contribución en el *empeño probatorio* por el lado de aquella parte que tiene conocimientos, experiencia o aptitudes (competencia específica) de acreditar mejor las circunstancias controvertidas conducentes; y un *juez socialmente más comprometido*. Esto trae como consecuencia un diferente trato procesal a la parte más débil.
  - c. Mayor colaboración: Se entiende en éste sentido que en numerosos supuestos se requiere flexibilizar la distribución de la carga probatoria, exigiendo una mayor

---

<sup>31</sup> Augusto Mario Morello, op. cit., p. 113.

colaboración, según que sean las condiciones en que se encuentran las partes frente a la prueba. El apotegma de ésta doctrina será: la carga probatoria se hace recaer sobre “quien está en condiciones mejores de probar”<sup>32</sup>.

\* **La acción de cese como proceso de amparo:** Como se desprende del texto del artículo 30 la acción de cese por daño ambiental es un amparo, y esto además por varias razones: porque posee la tipología clásica del amparo con todos sus elementos, ya que tiene por objeto tutelar de manera directa los principios valores o derechos constitucionales, desplazando al proceso ordinario por ser vía más idónea frente a un acto manifiestamente arbitrario y violatorio del derecho reglado en éste caso en el artículo 41.

En éste sentido la ley impone respecto a ésta acción el carril procesal del amparo. Esto quiere decir que quien pretenda solicitar la cesación del daño ambiental tendrá que interponer ésta pretensión por medio de éste proceso. En éste punto la ley remite al procedimiento que tiene raíz constitucional<sup>33</sup>, que ha sido normado tanto por la Carta Magna (art. 43 y completado en su tipología por los apuntes de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional 75 inc. 22) como por leyes nacionales (para los Tribunales Federales la ley 16.986) y leyes provinciales (en cada provincia existe una norma específica de amparo para los tribunales locales). En éste aspecto la complejidad del sistema procesal no se agota allí, porque en realidad aparte de los amparos ordinarios, en materia ambiental recordemos existen numerosas leyes que prevén amparos específicos de protección de éste derecho, los que enriquecen el panorama procesal constitucional.

Para poder comprender cabalmente el sistema global entonces deberemos analizar lo que sucede en cada provincia, pues en cada una de ellas existen normas complementarias respecto a la remisión realizada por el legislador nacional, las que nos abren un abanico de posibilidades diferentes. En consecuencia, en cada subsistema provincial<sup>34</sup> se preverán procedimientos de

---

<sup>32</sup> Sergio j. Barberio, op. cit., p. 3.

<sup>33</sup> Creemos la remisión a un proceso constitucional hecha por el legislador se hace por la naturaleza constitucional que la petición de cese del daño ambiental posee, fundada en la protección del derecho reglado en el artículo 41 de la Constitución Nacional, protección frente a una violación manifiesta, que requiere una decisión urgente, todo conforme a los requisitos típicos establecidos para el proceso de amparo por el art. 43 de la Constitución Nacional..

<sup>34</sup> Decimos subsistema porque el producto final deseado por el constituyente en el tercer párrafo es una normativa de “protección ambiental”, para el que son llamados a la formación de éste complejo tanto el orden federal como el provincial. Por ello es que entendemos estar ante un sistema que se compone de la conjunción de dos centros territoriales de poder para la regulación legislativa global de una misma materia, regulación global que ha de nutrirse de normas de ambas procedencias. La *regulación final* es siempre el resultado de la actividad concurrente del Estado central y de las provincias, una regulación bifronte que no es ni derecho intrafederal ni derecho común: será lo que denominamos *sistema de legalidad ambiental*. El resultado de todo éste proceso descrito precedentemente será el Sistema de Legalidad Ambiental, un *compuesto normativo de fuente diversa*, integrado a partir de una relación determinada en la Constitución Nacional, y que *congloba* en cada provincia la normativa federal *única* reguladora de los *presupuestos mínimos de protección* para todo el territorio de la nación, con aquella *normativa complementaria sustantiva*, de origen provincial (ver Daniel Eduardo Vicente, en el texto coordinado por Germán Bidart Campos “Economía Constitución y Derechos Sociales”, Ed Ediar 1995, p. 366), la que sólo será eficaz dentro de los límites provinciales.



*amparo ambiental* distintos, amparos específicos que protegen el derecho reglado en el artículo 41<sup>35</sup>. Estas *leyes complementarias* han reglado elementos procesales de manera diferente para cada provincia. Esto hará que la acción de cese procesalmente sea diferente en cada una de ellas. Como ejemplo podemos citar normas sobre cosa juzgada, subtipologías de acciones, etc.. Esto se vincula con que en materia de presupuestos mínimos recordemos que la cuestión no se agota en la regulación ambiental de fondo, sino que el esquema abarca también los elementos procesales. Por ello en éste punto el legislador de nación ha dictado presupuestos mínimos los que ya han sido complementados por las leyes que en muchas provincias ya existían.

Esto implica que procesalmente, el ciudadano de cualquier lugar de la nación podrá interponer la acción de cese que de manera uniforme regla el art. 30 tercer párrafo de la ley 25675, pero para saber cómo será el proceso deberá verificar - siempre que el daño no posea efectos interprovinciales o internacionales que desplacen la competencia al fuero federal - las normas que reglan el amparo ambiental en “su” provincia. Supletoriamente, para el supuesto de que no exista norma específica de amparo ambiental provincial, se le aplicarán las directrices del amparo ordinario de esa provincia. Esto porque la pura técnica de interpretación obliga a que ante la incompatibilidad de normas especiales y normas generales las primeras desplacen a las segundas. En caso de ser competente la justicia federal el procedimiento será el de amparo ordinario pues en éste fuero no existe ley específica de amparo ambiental.

## II

### Segunda parte (MARCO ESPECÍFICO)

#### UNA CLASE ESPECÍFICA DE AMPARO AMBIEMNTAL: EL QUE SE INICIA PARA DETENER ACTIVIDADES SIN PROCEDIMIENTO PREVENTIVO AMBIENTAL.- LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA COMO PROCESO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN D EL AMBIENTE.-

---

<sup>35</sup> Como ejemplo podemos ver la ley 55 de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la que en el artículo 16/19 regla un amparo específico de protección del ambiente; o el caso de la ley 1352 de la provincia de La Pampa que regla la acción de “amparo de los Intereses Difusos o derecho colectivos relacionados con la defensa del ambiente” (art. 1). Luego profundizaremos en éstas normas.

**1.-El amparo ambiental (acción de cese) para actividades iniciadas sin contar con el mecanismo de prevención ambiental:** Existen diferentes tipos de *acciones de cese* (amparo ambiental). Una de las especies disponibles más típicas será la que tiene por objeto detener una actividad en ciernes de ejecución – o que ya se haya iniciado - sin que haya cumplido con el procedimiento administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Recordemos que el no haber tramitado de manera satisfactoria el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental implicará para la actividad que se inicia en su ejecución la *clandestinidad*<sup>36</sup>.

El claro texto del artículo 11 de la ley General del Ambiente 25.675 que en el capítulo de Evaluación de Impacto Ambiental impone la obligación estricta de tramitar el procedimiento de EIA antes de iniciar la ejecución se conjuga con el tercer párrafo del art. 30 que regla la acción de cese. Aquel mandato es el que crea la obligación de la realización del EIA, y el incumplimiento de éste deber determinará la suspensión del proyecto, sin necesidad de probar verosimilitud en el derecho o peligro en la demora. Esto implica una derogación de los clásicos requisitos de las medidas cautelares por la especificidad de la medida de suspensión.

El trámite para éste tipo de petición será la acción de cese, como procedimiento constitucional de amparo. Ello porque ya se dan todos los requisitos ordinarios del amparo ya que se pretende la suspensión de una actividad clandestina sobre la que ya existe un derecho arbitraria y manifiestamente violado (la actividad no ha probado que no dañe el ambiente), y además al haberse iniciado su ejecución de manera clandestina el caso se presenta ávido de una resolución urgente por el potencial daño ambiental que se está perpetrando<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> En éste sentido seguimos la calificación que hace la doctrina y jurisprudencia española respecto a las actividades que se inician respetar el principio de prevención. Para profundizar ver René Javier Santamaría Arinas, *El régimen jurídico de los vertederos de residuos, estudio jurisprudencial*, Universidad de La Rioja, Cuadernos Cívitas, Madrid España, 1998, p.102/104.

<sup>37</sup> Sentencia interesantísima es la que se dio en el caso conocido como “Oro Esquel” por la instalación de un emprendimiento minero en esa localidad, en el que se utilizaría cianuro para la extracción del mineral. En la sentencia de primer instancia se trabajó justamente el principio de prevención para ordenar la prohibición de la actividad hasta que la misma complete el procedimiento de Estudio de Impacto Ambiental conforme lo ordena la ley provincial, incluyendo la realización de una audiencia pública. Allí el Juez de Primer Instancia dijo en las más destacadas líneas: “...4. Que la preservación del medio ambiente no puede restringirse a una mera tutela nominal y la previsión normativa resulta inequívocamente operativa y consagra una tutela especialmente privilegiada en orden a la protección ambiental.-5. Que lo preventivo de la protección y lo *efectivo de la tutela* que debe dispensar la jurisdicción son las notas que en la década actual profundizan la evolución de los principios y nuevas fronteras, impulsadas por las señeras lecciones de Couture y Calamandrei, primero y, más tarde, intensificadas por el pensamiento de Cappelletti y Trocker (conf. S.C.B.A., Ac. 77608 5 19-2-2000), por lo que la tutela del medio ambiente, patrimonio de todos, justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia (conf.S.C.B.A. Ac. 60.094,19/5/98).- 6. Que siendo ello así, 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 continuar produciendo el perjuicio (Ac. 54.665).- 7. Que la prevención en este terreno tiene una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya 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 por la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable.- (...) 15. Que finalmente la cautela solicitada dentro de este proceso de amparo ambiental no puede tildarse de tardía, toda vez que conforme se desprende de las constancias de la causa los hechos, procesos o

Esto conllevará a que la actividad pueda ser suspendida por violación del *principio de prevención* sin más. La mecanización de éste vector supondrá la posibilidad de solicitar ante la justicia la suspensión del emprendimiento que se haya iniciado sin haber completado el procedimiento preventivo ambiental derogándose la regla de derecho común que obliga al que inicia éste tipo de peticiones el acreditar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora<sup>38</sup>. Esto hace que la petición en éste punto se presente como de puro derecho, porque carecerá de actividad probatoria, por no pender la suspensión de datos fácticos. Este es el criterio que se esbozara ya en las primeras sentencias de la historia del derecho ambiental argentino<sup>39</sup>. La fecha de algunos fallos nos habla de lo antiquísimo de éste mecanismo. Fue el primer tema que se planteó en materia ambiental.

Los supuestos por los que se podría petitionar ésta pretensión de cese, por falta de prevención ambiental sería concretamente tres:

a) Cese de ejecución de actividad por falta de procedimiento preventivo ambiental
---

prácticas se están realizando en la actualidad por lo que el acto para utilizar la terminología de la Constitución Nacional o el hecho producido o previsible a que alude la Constitución Provincial, debe ser concreto, colocando en riesgo cierto y en plazo de eventual inmediatez la supervivencia del derecho protegido, evitando su materialización dañosa, tanto más cuando aún no se ha dado cumplimiento a los mecanismos legislados a tal fin (doctrina arts. 43, 41 C.N.; 57, 109, 111 C.P.; 22, 23 y concs. ley 4572, 6º y 7º y cctes. Ley 4032 y 17º, 19º y 22º del decreto 1153/95).- Por ello, consideraciones efectuadas, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, RESUELVO: 1) Disponer de manera urgente la paralización de toda obra, acto o hecho a ejecutarse en el Emprendimiento Minero Cordón Esquel por parte de Minera El Desquite S.A. así como la prohibición de ejecutar nuevas obras, actos o hechos relacionados con ello en cualquiera de las etapas del proyecto hasta tanto se de cabal cumplimiento con lo establecido por los arts. 6º y 7º y cctes. de la ley 4032 y arts. 17º, 19º y 22º del decreto 1153/95.- (El destacado nos pertenece) (Autos: "VILLIVAR, Silvana Noemí c/PROVINCIA DEL CHUBUT Y OTROS s/ AMPARO" - Expte N0 1365- F0 390- Año 2002; Juzgado de Primer Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Esquel, 19 -2- 2003, Interet). En el mismo caso resulta interesante la sentencia que se diera por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel. Allí se dijo: "La solución la encontramos en la debida flexibilización de las normas procesales que autoriza el principio constitucional de prioridad del ambiente, que permite relativizar el interés individual de la empresa ante el interés superior de la comunidad. En esta dirección apunta la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al decir: "La tutela del medio ambiente, patrimonio de todos, justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia ya que el deterioro ambiental progresa de modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo, por lo que interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia y justificar cierto grado de trasgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad no debe entenderse como una indebida limitación a las libertades individuales, pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno ni para restringir la libertad que tiene todo individuo de usar y gozar del ambiente" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19/05/98, Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro; Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro, LLBA, 1998-943, con nota de Gabriel Stiglitz - RCyS, 1999-530). Por otra parte, "si hoy el derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano, está constitucionalmente garantizado para todos los habitantes y para las generaciones futuras (art. 42 [41], Constitución Nacional), el mandato preventor brinda la solución jurídica adecuada y habrá de tenerse en cuenta que la misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables se cuenta entre las atribuciones implícitas que debe ejercitar el juez con responsabilidad social de hogaño" (Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, 09/02/95, Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro; Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro, LLBA, 1996-46 - JA, 1995-IV-175)." (El destacado nos pertenece) (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel, 25 de abril de 2003, autos "Villivar, Silvana Noemí C/ Provincia del Chubut y Otros s/ Amparo s/ Incidente de Apelación" Jurisprudencia Argentina en Internet).

<sup>38</sup> Ver Jesús Jordano Fraga, *Revista electrónica de Derecho Ambiental*. Universidad de Sevilla, <http://www.cica.es/aliens/gimadus/index.html>, p. 1.

<sup>39</sup> Las primeras sentencias que adoptaron éste criterio fueron "Quesada R. c/MCBAs/amparo", LL 1980-D, pag. 130; y el 14.10.1983 en autos "Katan A.E. y otro c/Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo)", LL 1983-D p. 582.

Sólo se necesita probar la inexistencia de EIA para que sea obligación de la autoridad judicial decretar la suspensión de la actividad. Esta medida posee base en normativa constitucional (art. 41 CN), y regulación específica en la normativa federal de presupuestos mínimos que regula su núcleo central (tercer párrafo del art. 30, y art. 4 y art. 11 de la ley 25.675).

b) Falseamiento u ocultación de datos en el procedimiento de evaluación.

Es lógico que si la actividad ha falseado los datos dentro del marco del procedimiento, la posibilidad de prevenir los daños será inútil. Esto se relaciona con la máxima de la lógica que dice que si partimos de premisas falsas las conclusiones correrán la misma suerte. Ningún mecanismo de mitigación de impactos ambientales será genuino si los presupuestos no se ajustan a la realidad. Por ello se impone la suspensión de la actividad

c) Incumplimiento de las condiciones ambientales impuestas para la ejecución del proyecto.

Si se concluye el EIA satisfactoriamente y la empresa se ha comprometido a realizar su actividad de determinada manera, no puede luego cambiar y violar su compromiso porque con esa desviación se provocará una nueva violación al vector preventivo ambiental, ante la falta de control de la actividad de la potencial poluente.

**\* Derogación de los clásicos requisitos de las medidas cautelares - Cargas específicas de ésta tipología de acción de cese por falta de mecanismos preventivo ambientales:** Los requisitos para iniciar la acción de suspensión de proyectos por falta de trámite preventivo ambiental son muy simples. El accionante deberá acreditar:

- La necesidad de que la actividad deba completar el procedimiento de EIA.
- La inexistencia de EIA o el falseamiento de los datos en el procedimiento o el incumplimiento de la DIA, es decir, el núcleo fundante de la petición: la violación del vector preventivo ambiental.
- La ejecución de la actividad.

Como vemos estamos ante una tipología específica de medida cautelar en la que se releva al actor de acreditar los clásicos requisitos de peligro en la demora y verosimilitud en el derecho, los que han mutado por los que hemos descripto precedentemente y sobre los que volveremos a continuación para explicar el porque de éste cambio.

**2.-La medida autosatisfactiva como opción de trámite de la acción de cese de las actividades iniciadas en su ejecución sin mecanismo preventivo ambiental:** Se llama medida autosatisfactiva a aquel requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota – de ahí lo de autosatisfactiva – con su despacho favorable, no siendo entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que a veces se la haya calificado erróneamente como cautelar autónoma<sup>40</sup>.

La petición objeto de la medida autosatisfactiva deja de estar supeditada a la suerte de una pretensión principal, porque ella es esa petición principal. De allí que se las denomine cautelares materiales, por esa virtud de contener la petición principal dentro de su objeto. Ello significa que su despacho favorable no se corresponde con el despacho de una medida cautelar clásica, sino que será una resolución definitiva, la sentencia que le ponga fin al proceso, ya que la aceptación de la autosatisfactiva torna innecesario el trámite posterior del hipotético proceso principal: porque ella es la petición material de fondo.

**\* Las medidas autosatisfactivas como medio procesal idóneo para incoar la acción de cese de actividades iniciadas sin procedimientos preventivo ambientales**<sup>41</sup>: En principio diremos que nada impide que en una acción de cese para actividades iniciadas sin mecanismos preventivo ambientales (la que tramitará mediante amparo) el actor solicite la detención del daño ambiental como objeto principal y asimismo como medida cautelar. Esto provocaría que la pretensión cautelar sea idéntica a la principal. Con el despacho favorable de la medida precautoria se estaría resolviendo la cuestión principal, agotándose todo el trámite.

Pensemos lo que sucede con un caso como el de Oro Esquela, en que una empresa que pretende trabajar el oro que se obtiene de una mina con cianuro, inicia la ejecución de su actividad sin haber previamente concluido el trámite de EIA. Nos preguntamos ¿deberá el presentante - "afectado" por la actividad clandestina - esperar la terminación del proceso para que se ordene su cese, si la misma ley dice que es su obligación terminar el proceso de EIA previamente a iniciar la ejecución de la actividad?

---

<sup>40</sup> El principio que rige ésta materia novedosa es lo que se denomina *jurisdicción oportuna*, que implica no solo dar a cada uno lo suyo sino hacerlo cuando corresponde, es decir en *tiempo útil*. Será fundamental para poder apreciar esto entender que la medida autosatisfactiva tiene por principal característica la completa identificación de su objeto pretensional con el que sería hipotéticamente el objeto de la petición principal. Esa es la diferencia entre ésta medida y las cautelares clásicas. Las medidas autosatisfactivas no son cautelares instrumentales, porque no sirven para garantizar la efectividad de una sentencia; son cautelares materiales.

<sup>41</sup> La idea original de la inclusión de la medida autosatisfactiva dentro de ésta acción de prevención por falta de EIA se la debemos a la Dra. Gabriela García Minella, quien sostuvo ésta tesis en oportunidad de celebrarse el Primer Coloquio Ambiental de la Asociación Marplatenses de Estudios Ambientales Integrales AMEAI, en agosto del año 2000. En aquella oportunidad la autora comentaba la posibilidad refiriendo al art. 23 de la ley 11.723.

Además, procesalmente todas las leyes de amparo (provinciales, nacionales) permiten solicitar medidas cautelares que aseguren la sentencia final. Entonces nos preguntamos ¿qué sucede si la solicitud cautelar es la misma que la principal?. La respuesta es clara: estaremos ante una medida autosatisfactiva dentro del proceso de amparo. Con la decisión cautelar se agotará todo trámite sin quedar pendiente ningún trámite ulterior. Será una medida autosatisfactiva que servirá como medio judicial idóneo para proteger de manera inmediata un derecho fundamental, es decir un proceso constitucional.

Entendemos entonces que la acción producto de la conjunción de la manda obligatoria del art. 11 y 30 de la ley 25.675, se la puede identificar con lo que se viene denominando Medida Autosatisfactiva por la similitud de posibilidades procesales que ésta figura brinda como instrumento de protección del ambiente. Creemos esto es importante entenderlo pues tendrá incidencia en relación al trámite que a la acción se le dé, y en relación a los requisitos que se le exijan para su procedencia. Será fundamental entonces explicar porque entendemos que con ésta pretensión se está frente a un pedido de medida autosatisfactiva.

\* **Acción de puro derecho:** En éste aspecto el amparo ambiental goza de un privilegio: por imperio de los principios de precaución y de prevención la acción de cese por falta de EIA es una acción – como ya lo hemos dicho – de *puro derecho*. Ésto porque con la sola acreditación de la falta de DIA autorizante (más la prueba del comienzo de la ejecución y de la necesidad de que se realice el trámite de EIA) se podrá solicitar el *cese* sin más del emprendimiento clandestino. En esto se ha introducido una verdadera *regla derogatoria del derecho común* pues la ausencia de Estudio de Impacto Ambiental en los supuestos que sea obligatorio es suficiente para que la jurisdicción común<sup>42</sup> acceda una demanda por cese-suspensión, dispensando de la doble obligación de probar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, de la manera clásica. Esto es lo que hace que el amparo se presente como medio idóneo para incoar éste tipo de pretensiones de cese.

La actividad procesal probatoria - en éste sentido - será reducidísima y al mismo tiempo, por el juego de las presunciones derivadas de los principios enunciados se puede llegar rápidamente a un alto nivel cognocitivo tanto a favor o en contra de la pretensión incoada. Decimos esto porque en caso de que se acredite la obligación del proyecto de contar con la DIA, la falta de la misma, y además el comienzo de la ejecución de la actividad - todo por medios fehacientes - no se necesitará más actividad procesal para ordenar la detención. Como vemos será un *proceso de puro derecho*. Si el actor acredita los extremos enunciados con la misma presentación de demanda, estaremos evidentemente ante una petición que inexorablemente se agotará desde el inicio.

---

<sup>42</sup> Esta jurisdicción será la común porque el Magistrado competente es el que ejerce el control constitucional ambiental (conf. art. 7 ley 25.675).

Ello es lo que nos convence sobre la medida autosatisfactiva dentro de ésta *acción de cese (o suspensión) de proyectos que se han iniciado en su ejecución sin haber completado el correspondiente proceso preventivo ambiental*. Para ello analizaremos cómo se produce éste fenómeno de modificación de los requisitos en ésta medida.

**\* Relevamiento de los clásicos requisitos de las medidas cautelares en el caso de la medida autosatisfactiva de cese por falta de mecanismo preventivo ambiental:**

Analicemos ahora cómo se produce el fenómeno por el cual se derogan las reglas clásicas del régimen de las medidas cautelares y cómo se modifican los requisitos para que se pueda incoar una medida autosatisfactiva dentro del proceso de amparo reglado en el artículo 30 de la ley 25.675 en los casos de suspensión del proyecto por falta de EIA.

\* Alta probabilidad del derecho: En el caso de las medidas autosatisfactivas se exige para su procedencia ya no sólo la mera verosimilitud sino niveles más intensos de convicción, entre los que anotamos por ejemplo la fuerte probabilidad de que los planteos sean atendibles<sup>43</sup>, o la acreditación de la existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto<sup>44</sup>. En el caso específico de la acción de cese por violación de la prevención ambiental el juego de éste principio junto al de precaución llevan a crear la carga de probar la inocuidad del emprendimiento en cabeza del potencial dañador. Ello implica que con la sola demostración de la mora del titular del proyecto en tramitar el EIA y de la administración en detenerlo tendremos por acreditada la verosimilitud en el derecho con fuerte probabilidad. Por ello creemos la principal cuestión en éstos casos es – como ya lo hemos analizado previamente - trabajar esa mora en el trámite previo al inicio de la actividad jurisdiccional. Con ésta prueba el actor se encuentra relevado de acreditar la clásica verosimilitud en su derecho o si se quiere ver de otra manera, será ésta actividad suficiente para tenerle por acreditado éste requisito.

\* Peligro en la demora: Si estamos ante una actividad que está en ciernes de iniciar su ejecución sin haber previamente obtenido la DIA, estamos ante la inminente violación del vector prevención ambiental y el posible peligro de que se produzca un daño ambiental irreversible. Por lo tanto en éstos casos evidentemente la petición por cese posee un cariz más dramático, habilitando decisiones cautelares materiales. Repetimos lo expuesto: la acreditación del inicio de la actividad sin EIA será suficiente para entender que existe peligro en la demora y relevar de la prueba de éste requisito a la usanza tradicional.

\* Contraautela: Es importante que entendamos que en la mayoría de éstos supuestos estamos ante medidas que se otorgarán en tutela de derechos de incidencia colectiva. Esta

<sup>43</sup> Jorge Peyrano, *Informe sobre las medidas autosatisfactivas*, en LL 1996 A-999.

<sup>44</sup> CNCivil, autos *Ruiz Díaz José Santo c/Obra social de la Unión Obrera Metalúrgica s/Amparo*, inédito, 8.9.93 citado por Jorge Peyrano, *La tutela del medio ambiente a través de la medida autosatisfactiva*, JA nro.6121 del 23.12.1998, p.6/7.

cuestión no es baladí, pues será importante comprender que en los casos en que éstos intereses están en juego, la consideración de los clásicos presupuestos como la contracautela (que aparece como requisito de ejecutoriedad), operarán con una flexibilización razonable, habida cuenta de la índole y significación de los objetivos, los matices sociales y del interés general que gravitan en su estimación, en orden a las consecuencias que habrían de seguirse de su materialización.<sup>45</sup>

\* **Trámite:** La principal característica de ésta medida autosatisfactiva de cese por falta de EIA (artículos 11 y 30 de la ley 25.675) es que su despacho favorable dejará en abstracto el resto del proceso. Esto sucede porque una vez otorgada la medida se verificará que ésta se identifica con la hipotética solicitud principal del juicio. Si pedimos el cese de la actividad por falta de DIA autorizante como medida cautelar, carece de sentido que luego se pida exactamente lo mismo como medida de fondo. Por otra parte poder pedirlo sólo respecto al fondo y no como cautela implicaría un cercenamiento del derecho de acceso *efectivo* a la justicia<sup>46</sup>. Por ello creemos hoy “toda persona” puede solicitar el cese de la actividad que se inicia sin DIA autorizante como medida cautelar innovativa. Y en éste aspecto radica la clave de la tesis que hoy proponemos.

Se debe comprender que en éste supuesto se generará rápidamente la identificación entre el objeto de la cautelar y el que sería el objeto de la acción principal, lo que trae consecuencias procesales importantísimas:

- Al haberse incluido el objeto principal dentro del petitorio de la cautela, aquel queda entonces subsumido en ésta, provocando que con su despacho favorable se pierda la virtualidad de aquell, transformando en innecesaria la prosecución del proceso. De allí el nombre de medida autosatisfactiva, pues agota el proceso con el auto que la contiene.
- La resolución que se dicte acogiendo la medida– como ya se dijera – deberá ser una *sentencia definitiva*, es decir, la que ponga fin al proceso todo ello sin necesidad de interponer ningún otro tipo de acción posterior.
- El otro aspecto importante es el traslado previo a la contraparte y el derecho de defensa en juicio que se pone en jaque con ésta medida. En esto, si seguimos la doctrina cautelar más tradicional sabemos éste tipo de medidas se otorgan *inaudita pars*, es decir se las debe resolver sin dar traslado a la contraparte. En su lugar se brinda la posibilidad de

---

<sup>45</sup> Dice el maestro Augusto Mario Morello en relación a la contracautela en éstos supuestos que “de ser evidente (manifiesta) la atendibilidad de la cautela por la reforzada verosimilitud de los derechos a tutelar deberá debilitarse el peso de la garantía a fin de no frustrar el amparo jurisdiccional” (A. M. Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, editora Platense, La Plata, 1999, p. 123).

<sup>46</sup> El artículo 15 la Constitución de la Provincia de Buenos Aires prevé lo que Mauro Capelletti denominó el Movimiento por el acceso a la justicia. Dice Augusto Mario Morello que éste significa que dentro del proceso se deben replantear, reducir y eliminar los obstáculos de hecho que impiden a tantísimas personas el poder valerse de la Jurisdicción y del derecho a ser escuchado por los jueces en igualdad de armas, lo que en la Argentina llamamos: el derecho a la tutela judicial efectiva. (Augusto Mario Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, ed. Platense, p. 61/63).



impugnación posterior, mediante la concesión de un recurso de apelación. Será con éste evento procesal que se asegurará el respeto al principio constitucional de defensa en juicio.

De todas maneras, es éste el aspecto más discutido por varios autores muy importantes, los que creen en éstos casos se debe dar traslado al demandado, previo a la sentencia. Analicemos ésta doctrina.

**\* Constitucionalidad del procedimiento - Derecho de Defensa en Juicio:** Existe importante doctrina que advierte que el principio de oportunidad no puede ceder frente al de *legítima defensa en juicio*. Estos autores - entre ellos la prestigiosísima postura sostenida por Néstor Pedro Sagües - básicamente discrepan respecto a éstas figuras pues dicen que no respetan en el trámite que acabamos de explicar el derecho de defensa en juicio<sup>47</sup>.

Las respuestas que se proponen por los autores son diferentes: algunos prefieren establecer un sistema de recursos que asegure el mencionado derecho de defensa en juicio, pero en tiempo posterior al decreto de la medida. Otros autores – los enrolados en la postura más restrictiva - sostienen que siempre deberá haber contradictorio previo a la sentencia, aunque sea abreviado. Otros - que abrevan en un punto intermedio - dicen que se debe estar al caso concreto para saber como mecanizar la defensa en juicio sin establecerse reglas rígidas<sup>48</sup>.

Como vemos las fórmulas son variadas. En el caso que estamos analizando, sabemos la medida deroga los clásicos requisitos cautelares, pero esto no implicará que se la deba otorgar sin previo traslado. La casuística creemos impone el análisis particular, pues la posibilidad de relevar del contradictorio previo a la sentencia tiene que ver principalmente con dos cuestiones:

- el trámite extrajudicial anterior a la presentación del actor.
- la cantidad y calidad de pruebas que se acompañen a la demanda, en cuanto a la acreditación de una fuerte probabilidad del derecho a tutelar.

La medida – como ya lo hemos dicho –es de puro derecho, pues sólo se necesita averiguar si se ha terminado de manera satisfactoria el procedimiento preventivo ambiental (EIA). Pero será excluyente la forma y el valor convictivo de las pruebas con que el actor pretende obtener la medida autosatisfactiva.

Advertimos que además en casos de pretensiones que ofrezcan dudas en su presentación deberá la judicatura también ser cuidadosa, pues se puede correr el riesgo de ordinarizar el procedimiento autosatisfactivo, que resulta ser una medida de extrema urgencia para casos de

---

<sup>47</sup> Néstor Sagües, La medida de satisfacción inmediata (o medida autosatisfactiva) y la Constitución Nacional, ED 19.10.2000, p. 3.

<sup>48</sup> El Proyecto de Código de Procedimiento de la provincia de La Pampa prevé un contradictorio previo, pues dice “luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente la tutela pretendida en la demanda o reconvencción...”

verosimilitud y peligro extremo. Pero por supuesto, creemos en la mayoría de los supuestos será imperioso escuchar a la otra parte, lo que se puede hacer con un simple traslado de plazo muy limitado, que no tenga incidencia en el tiempo. Este último factor como vemos será fundamental al momento de analizar la idoneidad del procedimiento como herramienta protectora del derecho de fondo.

\* **Idoneidad y conducencia de las pruebas:** Otra cuestión importante será tener en consideración la idoneidad de las pruebas ofrecidas por la parte demandada cuando conteste el traslado que se le confiera, ya que en muchos casos se corre el riesgo de que en base a ellas se dilate el trámite del expediente ordenando la petición que como hemos visto en éstos casos es casi siempre de puro derecho. En éste aspecto, así como será fundamental confiar en el criterio del Juez para merituar cuándo corresponderá dar traslado a la contraparte previamente a la sentencia suspensiva y también en su juicio para limitar las pruebas que tengan evidente objetivo dilatorio en un proceso en que el tema en discusión es la falta de prevención ambiental y no los daños ambientales. Recordemos que en éstos procesos especiales se pide la detención de una actividad clandestina que no ha cumplido con la obligación legal de terminar el EIA (art. 11 ley 25.675) sin necesidad de tener que probar el daño, por efecto de la inversión de la carga probatoria.

### **III.-**

#### **TERCER SECCIÓN CONTENIDO JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA.-**

1.- **Marco jurisprudencial: Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptando el trámite autosatisfactivo en relación a las pretensiones de cese por falta de mecanismo preventivo ambiental - Antecedentes introductorios:** No han sido muchas las sentencias de nuestro más alto tribunal respecto al tema que nos convoca. La mayoría de las resoluciones que hemos analizado siempre han sido de tribunales inferiores o Cámaras de Apelación; muy pocas pertenecen a Tribunales Superiores Provinciales<sup>49</sup>, y escasísimas son las decisiones de Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto porque a pesar de que nuestro alto tribunal se ha expedido varias veces sobre la materia ambiental, en pocas ocasiones han llegado a su instancia extraordinaria cuestiones que se vinculen con la suspensión de actividades por falta de EIA. Esto tiene que ver con la urgencia de éste tipo de peticiones y los problemas de hecho que ellas contienen, los que se encuentran ajenos al debate de ésta instancia extraordinaria. Pero tomaremos las dos sentencias más importantes respecto a éste tema, las que nos mostrarán la evolución de la doctrina de la Corte.

---

<sup>49</sup> La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha desarrollado una doctrina en éste sentido importante.

**\* Causa “Louzán c/Estado Nacional”:**

El caso es “Louzán Carlos A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos)” y los hechos son los siguientes: el actor pretendía detener un proyecto que se estaba ejecutando y que incluía la poda de árboles en un área bastante extensa y su reemplazo por otras especies. Se solicita la suspensión de la actividad la que le es otorgada en primer instancia. Luego la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín revoca ésta decisión y rechaza el amparo de la actora. Esta interpone recurso extraordinario, el que es denegado. En consecuencia, el actor recurre mediante Queja y en este punto llega al análisis de la Corte Suprema el caso.

El 17 de noviembre de 1994 la mayoría de la Corte (integrada por Moliné O’Connor, Augusto Beluscio, Enrique Petrachi, Julio Nazareno, Antonio Boggiano, Gustavo Bossert), rechaza el recurso extraordinario en la causa invocando el art. 280 del CPCN (el denominado certiorari), prerrogativa que exime al Alto Tribunal de fundar la denegatoria, lo que nos impide conocer la fundamentación de ésta postura, y por lo tanto de la doctrina mayoritaria en este punto.

Lo interesante es que el voto de la minoría (integrada por Levene, Fayt y López) analiza los contenidos y no deja pasar la oportunidad para establecer una doctrina novedosa en varias cuestiones importantes.

**a.- Legitimación:** Se admite que en materia ambiental los intereses en juego ya no son los simples intereses individuales de la primer generación de derechos. Se dijo que la cuestión ambiental comprometida en la causa “supera los intereses de las partes y conmueve a la Comunidad entera al encontrarse en tela de juicio la posibilidad cierta de preservar el medio ambiente y, en consecuencia, el presupuesto mismo del ejercicio de cualquier derecho”<sup>50</sup>

**b.- No operatividad de la inversión de la carga probatoria:** La sentencia desconoce varios principios ambientales que tendrían que haber tenido incidencia sobre el procedimiento. Sostienen los Ministros que votan de manera particular que será muy complicado para la actora probar la incidencia sobre el ambiente de la poda de los árboles que solicita se detenga, con lo que se desconoce que ese hecho debería haber sido probado por la demandada de manera previa al inicio de la actividad. Esto nos lleva a la idea de que por esos años el Alto Tribunal no hacía operativa la inversión de la carga de la prueba como la hemos estudiado, pues no exigía a la demandada la obligación de probar la inocuidad de su emprendimiento. Concretamente dice el fallo:

“Tal es la situación que – a juicio del tribunal – se presenta en la especie. En efecto la determinación de las repercusiones que sobre el medio ambiente podría acarrear la poda de

<sup>50</sup> CSJN, 17.11.1994; autos “Louzan Carlos A. c/Estado Nacional – Ministerio de Economía y Servicios Públicos s/amparo” publicado en LL 1995-2-1167.

árboles en un área por cierto extendida, la eventualidad de su reemplazo por otras especies, la ponderación de la adecuación de éstas últimas a los fines de preservar aquel medio, entre otras cuestiones requiere necesariamente de la realización de pruebas cuya complejidad excede claramente el limitado ámbito abreviado solución que se corrobora si se tiene en cuenta la repercusión de una decisión sobre el punto no puede seriamente adoptarse sin aquellos recaudos”(Louzán Carlos A c/Estado Nacional – Ministerio de economía y Servicios Públicos s/amparo CSJN, 17.11.1994; publicado en LL 1995-2-1167).

**c.- Amparo como vía excepcional desplazada por el proceso ordinario dada la complejidad de las pruebas del daño ambiental - rechazo de la acción de cese como proceso de puro derecho:** Al rechazarse el recurso de queja se dijo que el caso necesitaba de pruebas muy complejas las que no eran adecuadas para una vía excepcional. Concretamente se dijo que:

“La tutela de los derechos invocados en autos podría encontrar adecuado cauce por la correspondiente vía ordinaria y, en su caso, preservarse el cumplimiento de una eventual sentencia favorable mediante la adopción de las medidas que a ese fin ofrece la legislación procesal.

Que ésta Corte ha descartado igualmente la procedencia del amparo para cuando la cuestión requiere una mayor amplitud en el debate y la prueba óbice insalvable para el remedio sumarísimo elegido (art. 2 inc.d ley 16.986) fallos 270-69; La Ley 130-515-313-2103 entre muchos)” (Louzan Carlos A c/Estado Nacional – Ministerio d economía y Servicios Públicos s/amparo CSJN, 17.11.1994; publicado en LL 1995-2-1167).

Claramente de éste criterio se desprende que para el Alto Tribunal las acciones de cese por falta de mecanismos preventivo ambiental no son procesos de puro derecho, sino - todo lo contrario – causas que sólo tramitarán dentro del carril del proceso ordinario.

Como vemos claramente en ésta sentencia la Corte no tuvo en consideración

- ni la falta de consecución del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental por la demandada, lo que implicaba su clandestinidad,
- ni el deber procesal del titular del proyecto de acreditar la inocuidad del daño, y la consiguiente inversión de la carga probatoria.
- Ni la transformación del trámite en un procedimiento de puro derecho en que se discute sólo si la actividad posee o no DIA autorizante, y donde no hay pruebas que realizar porque la que debería haber realizado éstas pruebas es la demandada que no ha acreditado su inocuidad mediante el EIA.

**\* Causa “Comunidad Indígena del pueblo Wichi Hoktek Toi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”:**

Pero todo esto se modificó en el año 2002 cuando la Corte avanzó sobre éste tipo de principios y su influencia en las pretensiones de amparo. Nos referimos a la incidencia del principio de precaución y prevención. La sentencia se dio en autos “*Comunidad Indígena del pueblo Wichi Hoktek Toi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable*”. El caso es que la Comunidad indígena indicada solicitó la declaración de nulidad de dos actos administrativos emitidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta. El certificado 368 extendido el 23.7.1996 y válido hasta el 23.7.99 que autorizaba la deforestación indiscriminada de los Catastros rurales del Departamentos de San Martín de esa provincia y la actualización emitida por nota el 30.11.99 y válida hasta el 30.11.2002 autorizando la prórroga del permiso sobre una superficie de 120 has..

La petición fue denegada en todos los estratos provinciales y se llega a la Corte por recurso de hecho. La denegatoria en todas las anteriores instancias se fundaba en que el amparo no era la vía idónea para éste tipo de planteos, siguiendo la doctrina de la Corte esbozada en el precedente. Pero sorprendentemente el Alto Tribunal modificó su doctrina y resolvió admitiendo el recurso y revocando la sentencia del alto Tribunal de Salta. Se dijo en la sentencia.

“...Que, en el caso, la Corte local no dio suficiente respuesta a planteos conducentes de la actora tendientes a demostrar que la tutela de sus derechos no encontraría adecuado cauce por la vías ordinarias. A tal fin, debió advertir que la elección del amparo, como remedio judicial expeditivo, se sustentó en la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente provocados por la actividad autorizada por la administración – mediante los actos cuestionados -, consistentes, entre otros, en la eliminación del bosque a raíz de su deforestación como consecuencias irreparables, tales como la pérdida especies (alteración de la biodiversidad), cambios climáticos y desertización (debida a la erosión y salinización del suelo); y la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena – donde también viven algunos de sus miembros -, en las que además de hallarse un pozo de agua que la abastece, se encuentra la escuela y una represa, construidas, y destinadas al uso de sus integrantes.

5) Que, asimismo, constituye un exceso de rigor formal 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. A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las *normas* invocadas por la actora, la *autorización* y prórroga de la actividad en cuestión requería una *evaluación previa de impacto ambiental y social*, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. (CSJN autos caratulados “*Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del pueblo Wichí Hoktek Toi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable*”, 11.7.2002)

Como vemos claramente la Corte Suprema en ésta sentencia afirma el carácter netamente de derecho de éstos procesos donde bastará con verificar si la actividad posee DIA autorizante o no para saber si la misma es clandestina, y suspenderla. Además ésta doctrina establece claramente una directriz derogatoria de la regla de derecho común de acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. De la doctrina del fallo se puede desprender rápidamente varias cuestiones:

- La aceptación de que el trámite de la acción de cese por actividades iniciadas sin EIA se da ante supuestos especiales de notoria urgencia. Ello modifica los parámetros tradicionales que éste mismo tribunal había establecido. Esto queda claro cuando el decisorio se separa expresamente de sus antecedentes diciendo que “constituye un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba”, lo que implica pretenderse separarse de aquella doctrina comentada (Louzán).
- La sentencia enseña qué a fin de acreditar “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”. Por lo tanto sólo será necesario acreditar la clandestinidad para probar el agravio ambiental. Esto quiere decir que se debe probar: a) la obligación de poseer DIA autorizante, b) la no existencia de ésta (mora), y c) el inicio de la ejecución del proyecto. Este es el punto neurálgico de la sentencia, pues es aquí donde la Corte establece ésta nueva tipología procesal, que hemos denominado *acción de cese (o suspensión) de proyectos que se hayan iniciado en su ejecución sin proceso preventivo ambiental*. En ella se delinea su principal característica: la derogación de los requisitos comunes a todas las medidas cautelares y su mutación por los que acabamos de enumerar.
- En el aspecto procesal, sobre el final del decisorios el Alto Tribunal se ocupa de destacar la naturaleza de puro derecho de éste tipo de procesos. Allí claramente se dispone que éste tipo de peticiones tienen ésta característica porque – y lo dice expresamente la sentencia – “bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la

actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”. El utilizar la palabra normas significa que la Corte en éstos casos entiende que lo principal no son hechos o agravios ambientales, sino averiguar si la actividad posee autorización o no. Si no se tiene esto según la doctrina de la Corte se debe ordenar la suspensión sin necesidad de más pruebas.

- Esto implica que el amparo – para ésta doctrina de la Corte - sea el proceso más idóneo porque al ser tan escasa la actividad probatoria será muy fácil para los Magistrados tener por acreditados los extremos de la petición al momento de presentarse.
- La idoneidad del medio procesal deriva de que para la Corte en éste ámbito – la prevención ambiental – resulta operativa una inversión de la carga de la prueba, pues será el potencial poluyente quien deberá de manera previa (en el ámbito administrativo) probar su inocuidad.

Creemos esto deja abierta la puerta para interpretar ésta doctrina como anticipando la aceptación de la medida autosatisfactiva en supuestos en que el vector prevención ambiental se encuentra agraviado conforme lo hemos expuesto anteriormente.

#### IV.-

### CONCLUSIONES

Como vemos hoy claramente por la directa influencia de los principios ambientales reglado expresamente por la Ley General del ambiente se perfila una tipología específica de amparo, la que hemos denominado amparo ecológico siguiendo la nomenclatura utilizada por el maestro Bidart Campos. Esta tipología se encontraría dentro de la especie específica de los amparos colectivos<sup>51</sup>. Porque las más de éstas instituciones han partido del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo y del Derecho Civil, enlazándose con sus instrumentos tradicionales, pero al traspasarse deberán sufrir adaptaciones circunstanciales las que tendrán por objeto el éxito en la protección. El problema será tener en cuenta que éste traspaso procedimental se deberá generar con la suficiente coherencia para que esos acoplamientos tengan la posibilidad de funcionar dentro del contexto de los principios inspiradores de aquellas instituciones matrices, pero sin perder su eficacia “ambiental”. Ellas merecen un proceso de mutación en el que los principios específicos de la materia tendrán una relevancia singular.

---

<sup>51</sup> En éste punto estamos dejando de lado el amparo que podría incoar la persona *particularmente* ofendida en su derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado. Esta opción resulta por fuera de la tipología del amparo colectivo, ya que estaríamos ante una especie del amparo clásico, pero en la que se utilizarían todos los principios que acabamos de enumerar los que modificarán también la morfología de ésta sub - especie.

Asistimos a tiempos de cambios paradigmáticos, y dentro de éste nuevo esquema deberemos analizar a éstas nuevas figuras. No podemos pensar en crisis locales, deberemos ir más allá en la visión de las clásicas instituciones y comenzar a tomarlas con un sentido holístico. El tiempo corre, y lo que hoy digo ya es ayer, por ello, para que esto no sea sólo un grito en la montaña deberemos dar apertura legitimatoria a nuevos sujetos, involucrar a las generaciones nuevas, dar participación a la ciudadanía, responder en tiempo oportuno, para poder hacer realidad ente todos los derechos de los que aún no han nacido, es decir concretizar el desafío del desarrollo sostenible a escala humana.