

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI

La tutela efectiva del medio ambiente

*¿Es el amparo la vía idónea para la tutela judicial efectiva del
medio ambiente a la luz del principio precautorio de la ley
general del ambiente?*

Moreno María Fernanda
ABOGACIA

TUTORES:

RENELLA, Laura

CARBALLO, Juan

TRABAJO FINAL DE GRADUACION
2014

RESUMEN

En 1994 se incorpora a la Constitución Nacional el derecho a un medio ambiente sano y se instaura la acción de amparo como vía de tutela de los derechos constitucionales.

Posteriormente en 2002 se dicta la ley n° 25.675 conocida como ley general del ambiente que contiene una serie de principios de política ambiental, entre ellos el principio precautorio.

Siendo que este principio obliga a un actuar y determina la prevención de daños potenciales aun cuando no exista certeza científica de que estos puedan ocurrir, es en donde se presenta el interrogante de estudio de este trabajo a la hora de determinar cómo funciona el amparo como vía para la tutela efectiva del medio ambiente ante el principio receptado.

PALABRAS CLAVES: Tutela efectiva-Medio ambiente-Principio de Precaución-Amparo.

ABSTRACT

In 1994 is incorporated into the National Constitution the right to a healthy environment and the action of protection is restored as a way of guardianship of the constitutional rights.

Later in 2002 it is dictated the law N° 25.675 known as general law of the environment that contains a series of beginnings of environment policy, between them the precautionary beginning.

Being that this beginning forces one to act and determines the prevention of potential hurts even if it does not exist scientific certainty of which these could happen, it is where one presents the question of study of this work at the moment of determining how the protection works as a route for the effective guardianship of the environment in front of the incorporated beginning.

KEY WORDS: Enforcement-Environment-Precautionary Principle-Action of protection.

Dedicatoria

A mis padres, Silvana y José Luis por haberme acompañado en cada logro y en cada momento difícil de mi carrera y de mi vida. Por ser quienes sembraron en mi persona todos los valores y principios de los cuales me enorgullece decir que hoy soy la mujer que soy gracias a ellos. Gracias por cada noche de desvelo mientras preparaba materias para rendir, gracias porque cada vez que salía de casa a la Universidad para dar un examen nunca me faltaron sus palabras de aliento y porque confiaron en mí en cada paso que di.

A mi hermana Agostina por alentarme siempre a seguir, por su apoyo incondicional y por su paciencia; por estar siempre presente y más aun este último tramo de mi carrera apoyándome para no bajar los brazos y alcanzar la meta.

A mi compañero de vida, mi amigo incondicional y el hombre que amo, German Cooreman porque siempre creíste en mí, porque nunca me dejaste caer y siempre me sostuviste para seguir adelante. Gracias por estar presente en otro momento importante de mi vida.

Gracias a todos y cada uno de ustedes por estar siempre, por hacer posible que mi sueño se haga realidad.

Agradecimientos

A mis Amigas del alma Valeria, Virginia y Jesica porque juntas transitamos lo bueno y lo malo de la vida, reímos y lloramos cada logro y cada fracaso y nos alentamos a seguir adelante a pesar de todo.

A las personas que tuve el privilegio de conocer en esta carrera y hoy puedo decir que son mis Amigas de la Vida: Verónica Sosa, Verónica Sacchetta y Natalia Monton. Gracias por enseñarme a ser mejor persona, por permitirme compartir con ustedes cada momento de su vida, por estar siempre presente y brindarme su Amistad incondicional.

A la familia Cooreman por ser parte de mi vida, a Jorge y a Mónica porque al igual que mis padres estuvieron presentes en cada momento brindándome aliento para llegar a la meta.

A todos los que de una u otra manera fueron parte de este caminar y sé que este cierre de etapa los alegra de corazón: Duilio, Rosa, Oscar.

INDICE

Introducción.....	7
Objetivos.....	11

CAPITULO 1: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL MEDIOAMBIENTE

1.1	Derechos fundamentales: Derecho al ambiente.....	12
1.2	Receptación Internacional del Derecho al medio ambiente.....	14
1.3	Receptación Constitucional del Derecho al medio ambiente.....	17
1.3.1	La evolución legislativa en el derecho positivo argentino.....	17
1.3.2	Receptación Constitucional del Medio Ambiente.....	22
1.4	Tutela judicial efectiva.....	25
1.4.1	El alcance del derecho a la tutela judicial efectiva.....	27

CAPITULO 2: EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

2.1	Principio de precaución.....	30
2.1.1	Cuestiones preliminares: caracteres del derecho ambiental-los principios jurídicos.....	30
2.2	Principio de precaución y Principio de prevención- Diferencias.....	33
2.3	Concepto.....	34
2.4	Génesis y desarrollo del principio precautorio.....	35
2.5	Receptación legislativa en Argentina.....	39

2.5.1	Ley general del ambiente.....	39
2.6	Repercusiones doctrinarias del principio precautorio.....	42
2.7	Elementos del principio precautorio.....	44
2.7.1	Incertidumbre Científica.....	45
2.7.2	Nivel de Gravedad del Daño.....	48
2.8	Receptación jurisprudencial del principio precautorio.....	50

CAPITULO 3 : AMPARO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO PRECAUTORIO

3.1	Amparo: concepto.....	55
3.2	Origen de la acción de amparo.....	58
3.2.1	Jurisprudencia.....	58
3.2.2	Legislación anterior a 1994.....	60
3.2.3	Reforma constitucional.....	61
3.3	Perfiles constitucionales del Amparo.....	61
3.4	Requisitos de admisibilidad del Amparo.....	65
3.4.1	Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.....	65
3.4.2	Contra actos u omisiones que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace.....	66
3.4.3	Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.....	67
3.5	Jurisprudencia seleccionada.....	68
3.5.1	Fonseca, Ricardo y otros c/ Dipas.....	68
3.5.2	Castellani, Carlos E. y otros c/	70

3.5.3 Intendente de Ituzaingó y otro c/ E.B.Y	73
Conclusión	76
Bibliografía	81

INTRODUCCION

En los últimos años ha adquirido notable relevancia la problemática ambiental, producto del desarrollo económico, de la falta de controles adecuados por parte de los órganos públicos responsables, del uso irracional que se hace de los recursos naturales renovables y no renovables, del avance tecnológico e industrial. Consecuencia de esta falta de conciencia ambiental, el planeta está expuesto a la deforestación, la desertificación, la pérdida de la biodiversidad y de espacios naturales; en suma, ante el riesgo de convertir al planeta en un espacio poca apto para la supervivencia humana y de las demás especies naturales.

La cuestión de la preservación ambiental, a su vez, ha adquirido relevancia en casi todos los países del mundo. No sólo desde los tratados internacionales, sino también a partir de sus legislaciones nacionales, se advierte la presencia del medio ambiente como bien jurídicamente protegido para las actuales y futuras generaciones.

Expresamente, en la Constitución Nacional -reforma del año 1994 mediante- se consagra el derecho al medio ambiente sano desde el artículo 41, ubicándolo en un nuevo capítulo de la parte dogmática al que se lo denominó “nuevos derechos y garantías”.

Este artículo 41 introduce el derecho de todos “los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.”¹ A esto se suma la obligación y el deber de preservarlo; deber que como reza el

¹ Constitución Nacional, 2004, p 7.

artículo compete no sólo a todos los habitantes del país sino también a las autoridades al imponer en el mismo articulado que deben proveer a la protección de dicho derecho, además de dictar las normas necesarias a tal fin. (Constitución Nacional, 2004)

Asimismo, la reforma del '94 en materia de medio ambiente, a través del artículo 124² otorga a las provincias el dominio originario de los recursos naturales, marcando nítidamente una potestad concurrente entre la Nación y las Provincias; la primera dictando normas que contengan presupuestos mínimos de protección y las últimas, normas necesarias para complementarlas.

Ahora bien, establecido el derecho-deber que surge del texto reformado de la Constitución Nacional, se agrega una vía expedita y rápida para la tutela de los derechos reconocidos en la misma; esto es, la acción de amparo. Así, en su artículo 43³ admite su

² Constitución Nacional, artículo 124 “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

³ Constitución Nacional, artículo 43:”Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas

procedencia en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, siendo –por esto- una de las vías más idóneas a los fines de la tutela del medio ambiente que permite un acceso a la justicia, ágil y dinámica, despojada de formalismos.

Posteriormente, en 2002, se sanciona la ley general del medio ambiente n° 25.675 que postula principios de política ambiental para la interpretación y aplicación de la normativa en esta materia. Particularmente, en su artículo 4° incluye el principio precautorio, entre otros, que junto al principio de prevención establecen con claridad que no existen razones para postergar la implementación de medidas eficaces cuando la amenaza de daño al medio ambiente se presente como grave o irreversible. Por esto, no deberá utilizarse como fundamento la falta de información o certidumbre científica en pos de impedir la degradación del ambiente.⁴

No obstante, el rango constitucional de este derecho, como así también la acción de amparo y los principios tutelares de ley general del medio ambiente, la jurisprudencia demuestra que no siempre se accede a la acción de amparo ante el peligro ambiental. Entonces ¿cuál debe ser el rol de los jueces cuando enfrentan una solicitud de amparo ambiental ante la confrontación del principio precautorio y los requisitos de admisibilidad del amparo? ¿Deben rechazarla de acuerdo a la necesidad de la generación de prueba? ¿Deben aceptarla ateniéndose exclusivamente al rango constitucional del derecho a un

corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

⁴ Ley General del Medio Ambiente, 2002, pp 1-2.

ambiente sano y a los principios de la ley del ambiente? ¿Cuál es el alcance real de la tutela efectiva del medio ambiente?

Dado el rango constitucional del derecho a un medio ambiente sano, así como la vigencia del principio precautorio del artículo 4° de la ley general del ambiente, la acción de amparo aparecería como una de las vías más idóneas a los fines de la tutela efectiva del medio ambiente permitiendo un acceso a la justicia, ágil y dinámica. Sin embargo, la realidad demuestra que como vía procesal la acción de amparo se desvirtúa en la necesidad de la generación de prueba. De acuerdo a lo expresado, el problema de investigación se plantea como sigue: determinar si la regulación actual de la acción de amparo constituye una vía idónea para la tutela judicial efectiva del medio ambiente a la luz del principio precautorio.

Esta temática adquiere una relevancia particular, teniendo en cuenta que los tratados internacionales a los que ha adherido la Argentina establecen con claridad meridiana la tutela efectiva del medio ambiente. Por esto, debe abrirse un debate fecundo a nivel social y una discusión profunda en el ámbito académico dado que el daño ambiental vincula no sólo a las actuales generaciones de ciudadanos, sino a las por venir y, en este sentido, la protección del medio ambiente es un derecho que debe ejercerse plenamente más allá de los tiempos y realidades jurídicas que se advierten en la actualidad.

OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar si la acción de amparo es una vía procesal idónea para la tutela judicial efectiva del medio ambiente a la luz del principio precautorio.

Objetivos Específicos

Analizar la receptación de la tutela judicial efectiva, determinando su contenido y sus alcances.

Analizar la legislación internacional y nacional que consagra los postulados del principio precautorio en miras de la tutela efectiva del ambiente.

Analizar la receptación jurisprudencial del principio Precautorio y las derivaciones doctrinarias de la misma.

Describir el sistema normativo ambiental argentino de acuerdo a los principios de prevención y precautorio de la ley general del ambiente N° 25.675.

Presentar las reglas de admisibilidad del amparo y a la luz del principio precautorio analizar fallos jurisprudenciales en donde se ha denegado el acceso a la tutela medioambiental mediante esta vía.

CAPITULO 1

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL MEDIO AMBIENTE

1.1- DERECHOS FUNDAMENTALES: DERECHO AL AMBIENTE

En el presente capítulo se abordará la temática que hace a uno de los ejes centrales de este trabajo final de graduación: el derecho al medio ambiente. Para ello será necesario ubicarnos cronológicamente en la receptación constitucional de este derecho, delimitar qué se entiende por él, para luego analizar el tratamiento de la tutela judicial efectiva de los derechos.

La Constitución Argentina establece los derechos fundamentales del hombre en su primera parte titulada “declaraciones, derechos y garantías”, conceptualizados por Jiménez Eduardo como:

Aquellas facultades o prerrogativas de la persona o el grupo social que, enmarcada dentro del contexto del Estado de derecho, regulan la dignidad y la existencia misma de la persona humana, permitiendo a sus titulares exigir de la autoridad respectiva la satisfacción de sus necesidades básicas allí enunciadas. (Jimenez, 2008, pág. 9)

En doctrina se diferencian tres generaciones de derechos fundamentales, clasificación realizada en función de su aparición cronológica, encontrándose en la última de ellas el reconocimiento del derecho al medio ambiente.

Los derechos de primera generación tratan esencialmente de la libertad y de la participación en la vida política, surgieron como respuesta a los principales reclamos revolucionarios de finales de siglo XVIII en occidente con la revolución liberal burguesa de Inglaterra 1688-1689, la revolución de las colonias inglesas en Norteamérica 1776 y de la revolución francesa 1789; se caracterizan porque imponen al Estado el deber de

respetar la autonomía personal del individuo ,funcionando como una autolimitación de los Poderes Públicos. Son ejemplos de estos derechos de primera generación el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, entre otros. (Sagües, 2001)

Los derechos de segunda generación están relacionados con la igualdad. Se gestaron en la revolución industrial a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX con el quiebre del modelo capitalista y de la ideología liberal-individualista. En esta etapa el hombre exige del Estado que cumpla con ciertas obligaciones de dar o hacer a fin de obtener los medios para satisfacer sus necesidades. Se consagran así los derechos económicos, sociales y culturales siendo su principal objetivo garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y la cultura. Son ejemplos de estos derechos de segunda generación el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación. (Sagües, 2001)

Los derechos de tercera generación surgen después de la segunda guerra mundial y se encuentran vinculados principalmente con la solidaridad. El sujeto protegido no es ya el individuo en sí mismo sino las personas como integrantes de una comunidad con conciencia de identidad colectiva. Esta tercera generación de derechos no tiene su contenido totalmente determinado ya que están en proceso de definición; se conocen como ejemplos de estos derechos, el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación, derecho al consumo. (Sagües, 2001)

Es en esta tercera etapa cronológica en donde se inserta el derecho a un medio ambiente sano, consagrado como un derecho humano fundamental y donde la titularidad

ya no reside estrictamente en una persona individual, sino en un grupo social y consecuentemente habilitado para exigir la tutela del mismo.

1.2- RECEPCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO AL MEDIO

AMBIENTE.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano⁵ celebrada en 1972 en Estocolmo, Suecia, fue la primera gran conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre cuestiones ambientales y marcó el punto de origen de las posteriores políticas ambientales adoptadas a nivel mundial. En la misma se acordó una Declaración que contiene siete puntos y veintiséis principios relacionados con el medio ambiente humano y resaltando primordialmente la responsabilidad del hombre en su conservación y preservación.

Los siete puntos de la Conferencia reconocen que la ciencia y la tecnología le brindan herramientas al hombre para transformar el medio en el que habita, esta capacidad humana aplicada correctamente genera incontables beneficios a la sociedad, pero también puede ocasionar serios perjuicios si no hay un actuar diligente por parte del hombre, por ello estima necesario tomar medidas para la conservación y preservación del medio ambiente que los rodea y de las personas. En esta tarea invita a actuar atendiendo a las consecuencias de las acciones y decisiones tomadas en torno a la capacidad transformadora del hombre para con el medio ambiente y pone de manifiesto que la

⁵ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Recuperado el 02/02/2013 de <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=-.&ArticleID=1503&l=en>

responsabilidad en esta ardua tarea está en manos no solo de los gobiernos sino también de los pueblos.

Los veintiséis principios de la Conferencia son declaraciones a modo de bases que requerirán la correspondiente articulación en textos aprobados en forma de leyes por los distintos gobiernos nacionales. Establecen un derecho al hombre a vivir en un medio de calidad que le permita desarrollarse en condiciones dignas y complementariamente establece el deber de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. Determinan obligaciones de cuidado especial en cuanto a los recursos naturales, a la flora y fauna, y condenan la contaminación por sustancias tóxicas liberadas en exceso. Estipulan además que los Estados deben planificar sus políticas económicas para equilibrar desarrollo y medio ambiente; incentivar el uso de la ciencia y la tecnología en la búsqueda de la prevención de daños ambientales como también en la solución de los actuales problemas, resaltando la importancia de la educación e información ambiental en la toma de conciencia de los individuos y por último solicitando cooperación de los Estados internacionalmente para mitigar los efectos perjudiciales que recaen sobre el medio ambiente.

Posteriormente la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁶, emitida en Rio de Janeiro de 1992, plasma una serie de principios reafirmando y tomando como base la Declaración de 1972.

Los principios enunciados en la Declaración de Rio de Janeiro determinan el derecho a una vida saludable y productiva estableciendo la idea de desarrollo sostenible,

⁶ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Recuperado el 13/10/2013 en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

es decir un desarrollo ejercido en forma tal que propenda al equilibrio entre las actividades productivas y la naturaleza en cuidado de las generaciones presentes y futuras, en donde el Estado deberá fomentar políticas que contemplen estas directivas. Por otro lado alienta a los Estados a promulgar una legislación ambiental efectiva en cuanto responsabilidad e indemnización a las víctimas por daños ambientales, a fomentar el desarrollo de los saberes científicos y tecnológicos en materia ambiental, a cooperar solidariamente para la conservación y restablecimiento de la salud de la Tierra; también alienta a los ciudadanos a adoptar una actitud activa en la participación de la toma de decisiones relacionadas con el medio ambiente. Por último es importante señalar que dentro de los principios se establece la necesidad de precaución, las evaluaciones de impacto ambiental, el criterio que postula el principio del que contamina paga, resalta el papel de las comunidades indígenas en la ordenación del medio ambiente y establece el deber a los Estados y personas de cooperar de buena fe y con solidaridad en la aplicación de los principios consagrados.

Finalmente la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible⁷ realizada en Johannesburgo, Sudáfrica en el 2002 recoge las experiencias de diversos encuentros internacionales y hace suyo el desarrollo sustentable como elemento fundamental, menciona una serie de problemas que se reconocen a nivel mundial entre ellos el deterioro continuo del medio ambiente manifestándose en el cambio climático, la desertificación, la contaminación del aire, agua y tierra; las políticas de producción en franca contraposición con la naturaleza; la amplia división entre pobres y ricos producto del sistema económico que incide en la calidad de vida de los más necesitados. En base a

⁷ Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible. Recuperado el 13/10/2013 en http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm

la problemática reconocida se pacta un compromiso para garantizar el desarrollo sustentable haciendo un llamamiento a la solidaridad y cooperación entre todos los pueblos del mundo a generar una serie de acciones que procuren reducir las disparidades existentes entre países desarrollados y subdesarrollados, como el abastecimiento de agua potable o una vivienda adecuada, la lucha contra el hambre o los desastres naturales en miras de la dignidad humana, reconociendo la necesidad de una participación en la formulación de políticas y toma de decisiones por parte de los Estados y los particulares para el logro de los objetivos planteados en la Cumbre.

Estas declaraciones no tienen efectos vinculantes para los Estados, precisamente por su carácter declarativo, pero desde la primer Conferencia organizada en 1972 en Estocolmo, que marca el inicio del reconocimiento del medio ambiente como una problemática a considerar por todos los pueblos, se han firmado numerosos tratados en donde las partes firmantes asumen compromisos jurídicos para velar por el cuidado de la Tierra y de los recursos naturales y han incorporado en sus Constituciones el derecho a un medio ambiente sano.

1.3- RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL MEDIO

AMBIENTE.

1.3.1- La evolución legislativa en el derecho positivo argentino

Primeramente antes de hablar de la recepción como derecho fundamental del medio ambiente en la Constitución Argentina es necesario considerar la evolución legislativa del sistema jurídico ambiental argentino. Siguiendo a Zeballos de Sisto María

Cristina (2001) distinguiremos cinco etapas a fin de conocer la actividad legislativa en materia ambiental.

Primer Periodo: 1853-1949

Se caracteriza por ser una etapa con escaso desarrollo legislativo en materia ambiental. Sin embargo se encuentran: la ley n° 3959 del año 1900 que crea la policía sanitaria y algunas disposiciones en cuanto a lucha contra plagas. Posteriormente en la década del '30 se inicia el Sistema Nacional de Parques con la ley n° 12.103. En 1946 Argentina ratifica la Convención firmada en Washington en 1940 para la protección de la flora, la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América como también el Convenio de Londres de 1937 que reglamenta la caza de la ballena. En 1886 se sanciona el Código de Minería estableciendo algunos principios de conservación de los recursos mineros.

Básicamente esta etapa se caracterizó por un ejercicio del derecho de propiedad de carácter absoluto por lo que la escasa normativa ambiental giró en torno a la conservación del suelo y a las vedas de caza.

Segundo Periodo: 1949-1956

Se sanciona la ley n° 13.246 de arrendamientos y aparecerías rurales estableciendo algunas restricciones en cuanto al uso irracional del suelo. En 1950 mediante la ley n° 13.908 se busca la conservación de la fauna silvestre prohibiéndose su caza en jurisdicción nacional y en aéreas protegidas.

En 1949 se reforma la Constitución en donde se comienza a hacer hincapié en la función social de la propiedad, con lo que esto conlleva en materia de conservación y explotación racional de los suelos, y recursos naturales.

Tercer Periodo: 1956-1983

Este periodo es en el que comienza a avizorarse una receptación de la cuestión ambiental.

En 1968 con la reforma del Código Civil mediante la ley n° 17.711, se introducen dos artículos claves que inciden en lo ambiental: 2513⁸ y 2514⁹ que en materia de dominio absoluto limitan este carácter del derecho a la propiedad utilizando como parámetro el ejercicio regular de los derechos.

En 1981 se sanciona la ley nacional n° 22.421 regulatoria de la conservación de la fauna y su comercialización tipificando delitos relacionados con la caza y el comercio de los mismos.

En 1973 se sanciona la ley n° 20.284 de preservación de los recursos del aire; en 1981 la ley n° 22.428 de conservación y recuperación de la capacidad productiva de los suelos.

Pero sin lugar a dudas el acontecimiento más importante de este periodo es la participación de Argentina en la Conferencia sobre el Medio Humano realizada en Suecia, en la ciudad de Estocolmo, donde comienza a tratarse por primera vez a nivel

⁸ Código Civil, artículo 2513: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.”

⁹ Código Civil, artículo 2514:” El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.”

mundial la problemática ambiental y a reconocer al medio ambiente como un derecho fundamental de los hombres para llevar una vida digna.

Cuarto Periodo: 1983-1994

Este es un periodo de intensa actividad legislativa en materia ambiental evidenciada desde lo institucional con la creación de diversas autoridades e instancias de coordinación federal, como la Red Nacional de Cooperación en Áreas Naturales Protegidas y el Consejo Federal de Medio Ambiente, entre otras. En 1985 en la legislación nacional se regula el transporte de sustancias peligrosas, posteriormente en 1991 la ley n° 24.051 de residuos peligrosos.

Se registra una intensa actividad internacional al ratificar Argentina diversos Convenios en materia ambiental; entre ellos: ley n° 23.724 que ratifica el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono; ley n° 23.778 del protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono; ley n° 23.922 que ratifica el Convenio de Basilea sobre el control del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos.

En 1992 Argentina participa en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y desarrollo en Rio de Janeiro; donde el desarrollo sustentable irrumpe en el escenario de la Conferencia a fin de garantizar a las generaciones presentes y futuras que el desarrollo económico no perjudique el medio ambiente en el que viven.

Quinto Periodo: 1994-2000

Es en esta etapa que con la reforma constitucional de 1994 se introducen dos artículos relacionados con la cuestión ambiental: el artículo 41¹⁰ que consagra el deber a un medio ambiente sano y faculta a la Nación el dictado de la normativa de presupuestos mínimos respetando las jurisdicciones locales; y el artículo 43¹¹ que incorpora la garantía del amparo para la protección del nuevo derecho consagrado.

En este periodo continúa el compromiso internacional de Argentina al ratificar nuevos convenios como por ejemplo la Convención de protección de la Biodiversidad de las Naciones Unidas y el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático.

Posteriormente en 2002 se sanciona la ley general del ambiente , que contiene los presupuestos mínimos de política ambiental dando cumplimiento a la establecido en el

¹⁰ Constitución Nacional, artículo 41: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.”

¹¹ Constitución Nacional, artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

artículo 41 de la Constitución Nacional "...Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección..."(Constitución Nacional, 2004, p 7).

Luego de haber realizado un breve recorrido de la evolución legislativa argentina en cuestiones ambientales corresponde ahora analizar la constitucionalización de este nuevo derecho fundamental.

1.3.2- Receptación Constitucional del Medio Ambiente.

En 1994 se produce la reforma constitucional que incorpora el derecho al medio ambiente en el catálogo de derechos fundamentales reconocidos a los habitantes argentinos.

Dispone el artículo 41 de la Constitución Nacional:

Todos los habitantes gozan del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generara prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos. (Constitución Nacional, 2004, pág. 8).

Se incorpora en el citado artículo un derecho denominado de “tercera generación”, generación de derechos que engloba aquellas prerrogativas que no se encuentran en cabeza de un titular diferenciado sino que recaen sobre la sociedad en conjunto, por lo que se habla de derechos de incidencia colectiva.

Argentina en cumplimiento con las recomendaciones y declaraciones de las distintas Conferencias realizadas por la Organización de las Naciones Unidas, asigna la importancia que le ha sido reconocido al medio ambiente a nivel internacional y consagra este vital derecho reconocido a las personas en la Constitución Nacional.

Será necesario conceptualizar qué se entiende por medio ambiente para luego desglosar las características enumeradas en el artículo 41 con respecto a la calidad del medio de vida garantizado constitucionalmente.

Para Dromi y Menem el ambiente “es un conjunto interrelacionado de componentes de la naturaleza y la cultura” (Dromi y Menem, 1994, p 134), se encuentra integrado no solo por los recursos naturales, sino también por aquellos factores creados por el hombre, por ello la redacción del artículo 41 menciona el patrimonio cultural.

Es un sistema dinámico caracterizado por la complejidad de las relaciones que se establecen entre los elementos naturales (aire-agua), artificiales (aquellos transformados

por la sociedad) y culturales (los creados por la sociedad) en donde se desarrolla la vida del hombre de manera equilibrada.¹²

En cuanto a las calificaciones contenidas en la Constitución Nacional del ambiente al que todos tenemos derecho, será menester considerar cada una de ellas de manera individual para una comprensión acabada de este derecho reconocido.

El texto constitucional alude a un ambiente “sano”, indudablemente el término se asocia con ausencia de enfermedad y particularmente en relación al medio ambiente lo sano implica que debe ser un entorno que presente características que no pongan en riesgo la salud o la vida de las personas y que permitan al hombre lograr un desarrollo pleno no solo físico, sino también mental y social (Dromi y Menem, 1994).

Otra de las características que debe presentar el ambiente es ser “equilibrado”, este término debe ser analizado comprendiendo que existe una interrelación entre los componentes del ecosistema, entre los factores bióticos y abióticos, de modo que cualquier modificación puede alterarlo (Zárate, 2008). Lo que la palabra equilibrio refiere es lograr una conjunción entre el ambiente y el hombre que permita un desarrollo de éste sin destruir el entorno en el que habita (Bidart Campos, 1998).

Por último el texto constitucional indica un tercer atributo que debe poseer el medio ambiente, y es la calidad de ser “apto para el desarrollo humano”. Es un concepto que tiene en miras un fin, es decir, un derecho orientado a permitir el desarrollo humano

¹² Garrido Cordobera, Lidia M. R. y Cordobera de Garrido, Rosa . Protección al Medio Ambiente y a la Calidad de Vida en la Constitución. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado el 12/02/2014 en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/proteccion-al-medio-ambiente-y-a-la-calidad-de>)

no solo en relación a la salud de las personas, sino también vinculado a la posibilidad de progreso de la sociedad a través de las actividades productivas (Dromi y Menem, 1994).

Ahora bien, reconocido explícitamente el derecho al medio ambiente, con las adjetivaciones anteriormente descritas surge del artículo 41 de la Constitución Nacional un deber de preservar y conservar el medio humano puesto no solo en cabeza del Estado “... Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales...”¹³ sino también y principalmente a cargo de todos los integrantes de la sociedad “... todos los habitantes gozan del derecho a un medio ambiente sano....; y tienen el deber de preservarlo...”¹⁴

1.4- TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En el marco de la Reforma de 1994 mediante el artículo 75 inciso 22 se incorporan una serie de tratados humanos otorgándole jerarquía constitucional, determinando que “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deberán entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (Artículo 75, Inciso 22 Constitución Nacional).

Definir lo que se entiende por tutela judicial efectiva, implica referir al derecho de toda persona de acceder a los tribunales en busca de Justicia, de acuerdo a lo que fue proclamado en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

“Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la

¹³ Constitución Nacional, artículo 41

¹⁴ Constitución Nacional, artículo 41

determinación de sus derechos y obligaciones para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”¹⁵

Mientras que el artículo 8º¹⁶ de la citada Declaración establece el derecho a un recurso efectivo para amparar los derechos fundamentales de las personas.

Argentina ha incorporado tratados en los que se consagra el derecho de acceso de toda persona a la jurisdicción en defensa de sus derechos. Así cabe citar en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, en donde se regula este derecho fundamental, en el Artículo 8 Inciso 1 del pacto citado, se reconocen los siguientes derechos:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”¹⁷

A su vez, en el Artículo 25 Inciso 1 de la citada Convención se dispone:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.”¹⁸

Además, la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a once tratados internacionales de protección de derechos humanos, cuatro de los cuales tutelan ampliamente el derecho de acceso a la justicia. Estos pactos son los siguientes: a) la Declaración de Universal de Derechos Humanos de 1948, b) la Declaración Americana

¹⁵ Constitución Nacional, 2004, p 70.

¹⁶ Artículo 8, Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.” (Constitución Nacional, 2004, pág. 70)

¹⁷ Constitución Nacional, 2004, pp 77-78.

¹⁸ Constitución Nacional, 2004, pp 82-83.

de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En este marco se inscribe la acción de amparo receptada constitucionalmente en el artículo 43¹⁹ de la Constitución Nacional mediante la Reforma de 1994 para la defensa de los derechos fundamentales del hombre, entre ellos el derecho a un medio ambiente sano, instituida como un recurso ágil y sencillo que procura tutelar de manera urgente los derechos lesionados.

Para lograr esa protección, el acceso a la justicia tiene que ser real procurando que el exceso de formalismos procesales no implique un impedimento al interponer la acción de amparo en busca de una tutela adecuada y urgente de los derechos amenazados evitando así que la índole de la acción erigida en expeditiva y rápida se desvirtúe al no cumplir la finalidad para cual fue establecida y en consecuencia se negara la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales. (Klekailo, 2013)

1.4.1- El alcance del derecho a la tutela judicial efectiva.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que se requiere de su observación no sólo al acceder a la justicia, sino también, durante el desarrollo del proceso y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia en miras de que

¹⁹ Constitución Nacional, artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la forma en que se funde el acto u omisión. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organización.”

no se torne ilusorio la protección de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente.

Por lo que en primer lugar implica la libertad de acceso a la justicia, el derecho a poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del estado siendo parte de un proceso; donde los jueces deben posibilitar ese acceso a la justicia permitiendo a los ciudadanos la defensa de sus derechos fundamentales, sin restricciones irrazonables, ya que el rechazo de la acción basada en interpretaciones restrictivas o con exceso de rigor formal en cuanto a la legitimación importa una vulneración al derecho de la tutela judicial efectiva (Grillo, 2004).

En segundo lugar, la tutela judicial efectiva se manifiesta en la observación del debido proceso que se comprende como un conjunto de garantías procesales que deben ser observadas en el desarrollo de la instancia judicial. La Constitución Nacional consagra en el artículo 18²⁰ las siguientes garantías procesales: Juicio previo; Juez natural; Ley anterior al hecho del proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio.

En otras palabras, el debido proceso implica que debe existir una ley anterior al hecho que desencadena el accionar judicial que prevea y sancione el hecho; la sustanciación del proceso debe ser ante un juez natural, es decir ante tribunales designados previamente por ley, asegurándose una justicia imparcial al impedir la

²⁰ Constitución Nacional, Artículo 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinar en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

creación de comisiones especiales o sustraer la causa de la competencia de un juez para asignársela a otro; durante la tramitación del proceso debe garantizarse el derecho de defensa, es decir la posibilidad de ser escuchado, de producir pruebas y de contradecir (Ferreya de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2004).

Por último, la tutela judicial efectiva se manifiesta en el derecho a obtener una sentencia que cumpla con los requisitos que toda resolución judicial debe tener, es decir, ser motivada y fundada; y no solo esto sino además que la sentencia se cumpla otorgando así la plena satisfacción del interés de quien pretendió el reconocimiento de sus derechos y la tutela de los mismos. (Grillo, 2004).

La aplicación de la tutela judicial efectiva está a cargo de los jueces, que son quienes en el marco de un proceso deben procurar hacer efectivas las garantías establecidas constitucionalmente para que éstas puedan cumplir con su finalidad de asegurar a los ciudadanos el respeto de sus derechos encontrando en la justicia la satisfacción de sus intereses cuando estos han sido conculcados, permitiendo el acceso a la justicia no solo para determinar si los derechos han sido lesionados sino también para determinar los medios para remediar tal situación, tramitándose la causa en el marco del debido proceso para obtener la sentencia definitiva y velar por el efectivo cumplimiento de la misma.

CAPITULO 2

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

En el capítulo anterior se introdujo la temática relativa al medio ambiente como un derecho fundamental receptado en la Constitución Nacional , se abordó su génesis internacional, el proceso evolutivo de la legislación argentina en materia de leyes relacionadas a la conservación y preservación del medio ambiente para llegar al análisis del artículo 41 que constitucionaliza el derecho-deber de todos los ciudadanos a un medio ambiente sano y la correlativa tutela constitucional plasmada en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

En el presente capítulo se considerará al principio precautorio como uno de los principios de política ambiental contenidos en la ley n° 25.675²¹ conocida como ley general del ambiente sancionada en el año 2002 con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 que introduce la cuestión ambiental en el capítulo de “declaraciones derechos y garantías”, para conocer su origen, su receptación doctrinaria, sus elementos y la aplicación jurisprudencial del mismo.

2.1 – PRINCIPIO DE PRECAUCION.

2.1.1- Cuestiones preliminares: caracteres del derecho ambiental- los principios jurídicos

²¹ Ley 25.675-Sancionada 06/11/2002 Recuperada el 11/10/2012 en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

Para adentrarnos en la temática del principio ambiental objeto de tratamiento en el presente capítulo será necesario hacer algunas aclaraciones que permitan una mejor comprensión del mismo.

El derecho ambiental, como toda rama autónoma del derecho, presenta una cierta estructura que se caracteriza por la delimitación del objeto que pretende regular y la existencia de principios jurídicos e instrumentos normativos que permitan concretar esa regulación. En la rama ambiental el bien jurídico protegido, que constituye el objeto a regular, es la defensa del derecho a la calidad de vida reconocido en distintos instrumentos internacionales y particularmente en la Constitución Nacional. (Zárate, 2008)

Ahora bien, “los principios son ideas directrices que sirven de justificación racional a todo el ordenamiento jurídico, son pautas generales de valoración jurídica” (Cafferatta, 2004, pág. 30). La doctrina actual coincide en señalar que los principios son normas jurídicas ligadas más al deber ser y con la realidad, sin el tinte de exigibilidad propio de las reglas jurídicas, pero deben ser cumplidos en la medida de lo posible (Cafferatta, 2004).

Los principios de derecho ambiental son universales ya que trascienden los ordenamientos jurídicos internos de los países. A modo de enumeración de tales principios ambientales encontramos en la doctrina: Principio de igualdad, Principio de sustentabilidad, el Principio de que el que contamina paga, el Principio de restauración del daño ambiental. (Zárate, 2008)

La principal función de los principios es la de orientar a los legisladores al momento de dictar las leyes y la de servir de guía de interpretación al operador jurídico al momento de aplicar el derecho, como en los casos en los que existen vacíos normativos en una materia determinada es común recurrir a los principios para resolver un caso particular brindando además seguridad jurídica al sentenciar ya que permite conocer en qué se basa la deliberación prudencial que realizan los jueces al momento de tomar la decisión de la sentencia (Cafferatta,2004).

Uno de los principios del derecho ambiental que ha sido explícitamente receptado en ley general del ambiente es el principio precautorio, ya consagrado en distintas legislaciones y tratados ambientales. Este principio adquiere importancia en la actualidad debido a que en las cuestiones ambientales se generan situaciones de riesgo o peligro producto del gran avance tecnológico, científico e industrial que ha acontecido en los últimos años y que exige por parte de los Estados un mayor esfuerzo a fin de preservar y conservar el medio humano. Sin lugar a dudas que el avance científico y tecnológico trae consigo al progreso, tal como es el caso de la energía, la genética o la producción de alimentos como así también el desarrollo social y económico como lo es en el caso de los mega emprendimientos relacionados a la utilización de recursos naturales (minerías, extracción de agua, cultivo de la tierra); pero es innegable la contracara de ese progreso, el deterioro de suelos, agua y aire, la polución, la contaminación, lluvias ácidas, el efecto invernadero, la deforestación, la desertificación; todo ello producto de la actividad humana o empresarial que en busca de maximizar beneficios no tiene miramientos para con el medio ambiente, sumado a las falencias existentes en el poder de policía ambiental

que detentan los poderes públicos y que parecieran mirar hacia otro lado cuando de materia ambiental se trata.

Ante la situación descrita el derecho ambiental contiene dos dimensiones claramente definidas: 1) En la fase previa a que ocurra el daño ambiental, donde manifiesta su faz precautoria y preventiva y 2) En la fase, en la que una vez que ha ocurrido el daño ambiental, se manifiesta con los tintes reparatorios y cesatorios si es que hablamos de un daño en proceso o con una función resarcitoria si se tratara de un daño irreparable (Martinez, 2008).

2.2- PRINCIPIO DE PRECAUCION Y PRINCIPIO DE PREVENCION- DIFERENCIAS.

Al momento de brindar una definición del principio precautorio, será necesario determinar las diferencias existentes con el principio de prevención, habida cuenta que ambos principios funcionan en la esfera de prevención de daños ambientales sobre la base de estudios científicos, pero al momento de llevarlos a la práctica se evidencia el campo de acción de cada uno.

El principio de prevención persigue “prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”²² a fin de evitar que se consume el daño ambiental, entendiendo por éste a “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”²³. Este principio impone el deber de tomar todas las medidas necesarias para evitar algún menoscabo al medio ambiente, basándose en el conocimiento de los efectos

²² Artículo 4°, Ley General del Ambiente n° 25.675

²³ Artículo 27°, Ley General del Ambiente n° 25.675

que una determinada actividad puede generar. En otras palabras persigue evitar un daño futuro cierto, es decir, aquel que indudablemente va a ocurrir si se dan las causas necesarias para que así sea, por lo que se encuentra en el marco de la certidumbre científica, ya que la ciencia puede objetivar y mensurar las posibles consecuencias.

El principio de precaución se encuentra definido en el artículo 4° de ley general del ambiente:

“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”.

Este principio, a diferencia del principio de prevención, busca impedir la creación de un riesgo cuyos efectos son desconocidos e imprevisibles, opera en el marco de la incertidumbre científica sobre los daños potenciales que podrían generarse.

Estas diferencias sustanciales determinan en la práctica distintas medidas de acción; en el caso de conocerse los efectos con certeza el principio de prevención habilitara medidas tendientes a evitar un menoscabo ambiental; mientras que cuando se opera en el ámbito de la incertidumbre, aun cuando se desconozcan los efectos y posibles daños podrían tomarse medidas restrictivas e incluso prohibitivas.

2.3- CONCEPTO.

Debido a la falta de consenso que existe al momento de brindar una definición de alcance universal, el Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y de la Tecnología elaborado

en 2005 recoge en breves líneas los elementos claves que hacen al principio precautorio estableciendo una definición práctica:

Cuando las actividades humanas pueden acarrear un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño.²⁴

El daño moralmente inaceptable comprende las amenazas a los seres humanos o al medio ambiente que se presenten como graves e irreversibles, y cuya imposición pueda afectar no solo a las generaciones presentes sino también a las futuras.

La plausibilidad alude a hipótesis de posibles daños basadas en un análisis científico previo que le brinden sustento a la incertidumbre que el daño potencial presenta.

En consecuencia, ante la presencia de actividades humanas que puedan ocasionar este tipo de daños deberán tomarse medidas para evitarlo o disminuirlo.

2.4 – GENESIS Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

Siguiendo en este punto la Dra Drnas de Clément²⁵ a los fines de identificar el origen internacional de este principio.

Luego de la segunda guerra mundial en los países afectados por las consecuencias que toda guerra implica (muertes humanas, daños materiales, daños en plantas industriales con la consecuente disminución de la producción, la infraestructura vial

²⁴ Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (2005) Pág. 14. Recuperado el 15/11/2013 en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>

²⁵ Drnas de Clément, Zlata. Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado el 26/06/2013 en <http://www.acaderc.org.ar>

colapsada implicando la merma en el comercio, entre otras consecuencias) se comienza con la etapa de reorganización de Europa para recuperar su antigua hegemonía. Se inicia un período de bonanza para los países europeos que tuvo como rasgos distintivos el surgimiento de las sociedades de consumo. Es en este contexto que durante la década de los '60 surge una puja entre los desarrollistas y los ecologistas; entre las ideas del crecimiento sin límites y aquellas que propugnaban la destrucción de la humanidad de seguir con las medidas llevadas para asegurar el rápido crecimiento económico.

La Asamblea General de la ONU mediante la resolución 2398/XXIII²⁶ convocó a una Conferencia Internacional para 1972 debido a las transformaciones observadas en las relaciones entre el hombre y el medio ambiente y advirtiendo especialmente el deterioro constante y acelerado de la calidad del medio humano producto de diversos factores.

Es así que en el derecho internacional tímidamente comienzan a delinearse las ideas de precaución en la Conferencia de Estocolmo que tuvo lugar en 1972 en Suecia del 5 al 16 de junio. Esta fue la primera gran conferencia de la ONU sobre cuestiones ambientales internacionales, de donde surge una declaración de siete puntos y una resolución de veintiséis principios; en los puntos primero, tercero, quinto y sexto de la Proclama se reconoce la capacidad del hombre de transformar su entorno, debido a los avances científicos y tecnológicos esta capacidad se acentúa aún más por lo que recomienda que debería ser “utilizada con discernimiento” ya que “aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente”; se plasma asimismo en la Proclama la necesidad de orientar las

²⁶ Resolución 2398/XXIII del 3/12/1968 .Recuperado el 06/03/2014 en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/247/12/IMG/NR024712.pdf?OpenElement>

acciones humanas atendiendo primordialmente a las consecuencias que ellas puedan tener para el medio ambiente y exige un “conocimiento más profundo y una acción más prudente “a fin de resguardar la supervivencia no solo de las generaciones presentes sino también de las generaciones futuras.”²⁷

Posteriormente el principio precautorio se encuentra por primera vez contemplado explícitamente en la Carta Mundial de la Naturaleza²⁸ de 1982, en el principio 11²⁹ que determina que las actividades que puedan causar daños irreversibles al medio humano deberán ser precedidas de un examen a fondo, y que en caso de no conocerse sus posibles efectos perjudiciales no deberán proceder.

En medio de este escenario internacional, la primera inclusión jurídica del principio de precaución irrumpe en Alemania, en 1974 en una ley que se refería al saneamiento del aire en donde se lo denominó “Vorsorgeprinzip”. Sin embargo la consagración del principio se expresó en una fecha posterior en los siguientes términos:

²⁷ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano Recuperado el 16/08/2013 en

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>

²⁸ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n° 37/7 del 28/10/1982 Recuperado el 16/08/2013 en [http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/432/47/IMG/NR043247.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/432/47/IMG/NR043247.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/432/47/IMG/NR043247.pdf?OpenElement)

²⁹ Principio 11: Se controlarán las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejoras técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales; en particular:

- a) Se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza;
- b) Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales;
- c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales;
- d) La agricultura, la ganadería, la silvicultura y la pesca se adaptarán a las características y posibilidades naturales de las zonas correspondientes;
- e) Las zonas que resulten perjudicadas como consecuencia de actividades humanas serán rehabilitadas y destinadas a fines conformes con sus posibilidades naturales y compatibles con el bienestar de las poblaciones afectadas.

La responsabilidad hacia las generaciones futuras obliga a preservar las bases naturales de la vida y a evitar las formas irreversibles de daño, como el menoscabo de los bosques.' Por consiguiente: 'El principio de precaución ordena que los daños ocasionados al medio natural (que nos rodea a todos) deben evitarse por adelantado y en función de la posibilidad y la oportunidad. Vorsorge significa además que se detecten a tiempo los riesgos para la salud y el medio ambiente gracias a investigaciones completas, sincronizadas (armonizadas), en particular en cuanto a las relaciones de causa a efecto; significa también actuar cuando la ciencia no haya llegado aún a resultados establecidos de manera concluyente. Precaución supone desarrollar, en todos los sectores de la economía, procesos tecnológicos que reduzcan de manera significativa la carga que soporta el medioambiente, especialmente la resultante de la introducción de sustancias nocivas.' (Bundesministerium des Innern, 1984)³⁰.

La inclusión del principio en el sistema de las Naciones Unidas le otorgó proyección internacional cuando en la Declaración de Rio de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo en su Principio 15 expresa:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación en el medio ambiente.

³⁰ Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (2005), pág. 10. Recuperado el 15/11/2013 <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>

Es aquí donde podemos encontrar una definición del principio precautorio, definición que es recogida posteriormente por la Ley General del Ambiente Argentina en su artículo cuarto, que se analizará en el apartado siguiente.

No obstante, el principio de precaución ha sido receptado en diversas Convenciones Internacionales desde que en 1972 la Conferencia de Estocolmo manifestó a nivel mundial la preocupación por las cuestiones ambientales y contempló, sin hacer mención explícita del principio, la necesidad de una actitud de cautela en la toma de decisiones relacionadas con las acciones humanas a fin de contemplar las consecuencias de las mismas. Ejemplo de algunas Convenciones que han receptado el principio han sido las Conferencias sobre Protección del Mar del Norte de 1984 y 1987, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, entre otras.

2.5- RECEPCION LEGISLATIVA EN ARGENTINA

2.5.1- Ley General del Ambiente

El Congreso Nacional sanciona el 6 de noviembre de 2002 la ley n° 25.675³¹ conocida como ley general del ambiente en cumplimiento con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional “... Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección...”

Esta ley funciona como ley marco ya que establece la línea rectora a seguir en torno de la cual deberían amoldarse las futuras normas ambientales que se dicten en

³¹ Ley 25.675 Política Ambiental Nacional disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

Argentina, permitiendo la uniformidad normativa a raíz de la delegación de facultades que las provincias realizan a la Nación con la reforma de 1994, pero reconociendo en aquéllas “el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios” conforme lo establecido en el artículo 124³² de la Constitución Nacional (Bellorio Clabot, 2004).

La ley presenta una estructura que permite identificar la política ambiental, los principios que deberán observarse por la política ambiental nacional, los instrumentos de gestión ambiental para el logro de los objetivos establecidos, como así también normas de derecho procesal ambiental relativas a la competencia, al alcance de la sentencia y al rol de los jueces en los procesos ambientales.

Los objetivos que la ley consagra tienden a lograr una “gestión sustentable y adecuada del medio ambiente”, como así también la “preservación y protección de la diversidad biológica” en miras de implementar el desarrollo sustentable, esto es, que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (Artículo 1º, Ley 25.675), en concordancia con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, definiendo así el bien jurídicamente protegido.

Para la interpretación y ejecución de la ley, se indica la observación de una serie de principios que la ley titula como “Principios de Política Ambiental” contenidos en los artículos 4º y 5º; ellos son:

³² Constitución Nacional, artículo 124:” Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.”

Principio de congruencia: a los fines de que las normas provinciales y municipales se adecúen a lo establecido en la ley 25.675;

Principio de equidad intergeneracional: determina que las actuales generaciones deben velar por el cuidado del medio ambiente para permitir a las generaciones futuras disfrutar de un medio ambiente de calidad;

Principio de progresividad: para el dictado de normas de manera gradual y progresiva a los fines de su aplicación uniforme en todo el territorio nacional;

Principio de responsabilidad: determina la responsabilidad en el costo de acciones preventivas y correctivas del generador de efectos degradantes para el ambiente;

Principio de subsidiariedad: asignando un rol activo a los habitantes en cuanto a la preservación y protección ambiental, a la par del compromiso del Estado de manera complementaria;

Principio de sustentabilidad: pregona una gestión apropiada del ambiente para no comprometer las generaciones futuras;

Principio de solidaridad: determinando la responsabilidad solidaria del Estado nacional y provincial respecto de los efectos ambientales transfronterizos;

Principio de cooperación: para la utilización equitativa y racional de los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos;

Principio de Integración: el artículo 5° de la ley n° 25.675 determina que todos los poderes del Estado al momento de tomar decisiones deberán tener en cuenta las previsiones de carácter ambiental.

Dentro de los principios contenidos en el artículo 4°, los legisladores incluyeron de modo explicito los Principios de Prevención y de Precaución.

En cuanto al principio de prevención determina que “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada” (Artículo 4º, Ley 25.675), para evitar con anticipación que se generen efectos perjudiciales sobre el ambiente. En apartado seguido se refiere al principio precautorio, brindando un concepto similar al contenido en la Declaración de Rio de Janeiro de 1992:

Quando 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 (Artículo 4º, Ley 25.675).

De este modo se observa cómo Argentina incluye en su sistema normativo ambiental las directrices fijadas por las Convenciones en las que participó y los convenios a los que adhirió, receptando para su política ambiental los principios de derecho ambiental universalmente consagrados, particularmente el principio de precaución.

Presentado a modo de síntesis el contenido de la ley general del ambiente y la receptación legislativa del principio objeto de análisis en el presente capítulo, corresponde ahondar en las repercusiones que la inclusión del principio precautorio ha generado, como también el análisis de los elementos que lo definen y distinguen del principio de prevención

2.6- REPERCUSIONES DOCTRINARIAS DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO.

La irrupción del principio precautorio y del principio de prevención en el campo del derecho sustancial se observa particularmente en el ámbito de la responsabilidad civil erigiéndose como los nuevos fundamentos de ésta.

Observa Néstor Cafferatta que la doctrina civilista postula el principio precautorio en el ámbito de la prevención de los daños siendo su función la de “neutralizar amenazantes riesgos de daños” (Cafferatta, 2004, p 163). Se amplía así la noción de daño, abarcando no solo el daño causado sino también la amenaza de daño, modificándose los fundamentos tradicionales de la responsabilidad que ante el daño causado pone en funcionamiento la tutela resarcitoria dando lugar a la tutela preventiva.

En el ámbito del derecho procesal se genera principalmente un replanteamiento en cuanto al rol del juzgador. Es que el principio precautorio caracterizado por la incertidumbre genera un desafío en la mentalidad tradicional; implica dirimir una contienda judicial ya no en base a la certeza que adquieren habitualmente en un proceso tradicional a través de la prueba y el derecho aplicable, sino ante la ausencia del conocimiento (Kamada, 2012). En este aspecto la ley general del ambiente contiene especificaciones dirigidas al juzgador en su artículo n° 32³³ otorgándoles facultades que lo posicionan en un rol activo, conduciendo el proceso con un mayor compromiso social en virtud de los intereses en juego.

Otra cuestión relevante que genera el principio precautorio es la de provocar una modificación en la carga probatoria, ya que la incertidumbre que encierra lleva a la necesaria inversión de la carga de la prueba sobre quien se encuentra en mejor posición

³³ Ley 25.675, artículo 32: “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.”

para arrimar material probatorio al proceso, y en este ámbito se entiende que semejante tarea probatoria no debe recaer en los ciudadanos comunes sino en manos de quien pretende generar una actividad que se presume peligrosa o pretende introducir un producto del que se desconoce si puede generar daños a la salud o al medioambiente (Martinez, 2008)

2.7- ELEMENTOS DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

Luego de haber considerado el concepto receptado por el artículo 4° de la ley y de haber analizado las repercusiones doctrinarias existentes con respecto al mismo, corresponde ahora interiorizarnos en el análisis de los elementos que se encuentran presentes en el principio precautorio.

Existen distintas interpretaciones doctrinarias al momento de definir sus elementos distinguiendo: 1) la incertidumbre científica; 2) la evaluación científica del riesgo de producción del daño; 3) la gravedad del daño.

Por su parte la Dra Drnas de Clément ³⁴ distingue tres elementos del principio de precaución: 1) previsión razonable de posible daño 2) incertidumbre sobre la existencia de riesgo 3) emergencia de un deber de acción frente a las dos situaciones previas.

Como entiende Bestani Adriana (2013), comparto con la autora que los elementos que caracterizan al principio precautorio se reducen a dos : incertidumbre científica; y nivel de gravedad del daño, ya que el tercer elemento considerado por la doctrina, la evaluación científica del riesgo, se halla necesariamente contemplada en la incertidumbre

³⁴ Drnas de Clement, Zlata. Elementos del principio de precaución ambiental. *www.biblioteca.clacso.edu.ar* Recuperado el 02/05/2013 en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4599.dir/sec10003b.pdf>

o en la gravedad del daño; en el primer caso porque para determinar que un riesgo es incierto debe previamente haberse realizado un estudio científico al respecto; en el segundo caso porque la determinación de la gravedad de un daño surge de la misma evaluación científica. Por otra parte, lo que la Dra. Drnas de Clément entiende como un elemento, la emergencia de un deber de acción frente a la previsión de un posible daño y la incertidumbre de existencia de riesgo, implicaría una derivación práctica del principio precautorio, una obligación de actuar o no actuar, pero no configura un elemento que determine su aplicación.

2.7.1- Incertidumbre Científica

Es un elemento esencial del principio precautorio, que claramente lo diferencia del principio de prevención. Aunque no existe acuerdo en la delimitación de los contenidos de este elemento, siguiendo a Bestani Adriana (2013) se intentará precisar el alcance de lo que por incertidumbre científica se comprende en la comunidad jurídica.

El principio precautorio opera cuando existe peligro de daño grave e irreversible y no haya certeza científica acerca de la peligrosidad que encierra determinada actividad o algún producto. Esta expresión permitirá precisar el alcance que debe tener la incertidumbre, ya que un simple temor infundado o la ignorancia no son suficientes para poner en funcionamiento las medidas preventivas o eventualmente prohibitivas que puedan surgir de la aplicación del principio en examen.

Para la Real Academia Española, la incertidumbre es la falta de certeza, definiendo a ésta como “el conocimiento seguro y claro de algo”³⁵.

La incertidumbre claramente denota una imperfección en el conocimiento existente acerca de algo (un producto, una actividad); puede manifestarse como la inexistencia de información, como simple ignorancia admitiendo el desconocimiento respecto de algo o como indeterminación en donde el nivel de incertidumbre presenta una dimensión de tal magnitud que difícilmente pueda reducirse.

De las distinciones realizadas oportunamente cuando se trató acerca de las diferencias existentes entre el principio de prevención y el de precaución, es menester tener presente que el principio en análisis opera ante el riesgo potencial, aquél que es incierto o hipotético, debido a que no hay certeza científica acerca de la peligrosidad misma de la cosa o la actividad en cuestión, lo que determina que no sea empíricamente posible determinar la probabilidad de que ocurra un daño eventual (Bestani,2012; Drnas de Clément)

Por riesgo se entiende “una contingencia o posibilidad de pérdida o de consecuencias negativas”³⁶, suponiendo la posibilidad de un daño grave e irreversible al medio ambiente; en otras palabras, el riesgo pone de manifiesto las relaciones causales existentes entre las acciones humanas y sus efectos, dejando en evidencia que pueden

³⁵ www.lemma.rea.es

³⁶ Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (2005) , pág. 28,UNESCO

existir efectos adversos debido a la falta de certeza en cuanto a la probabilidad de que ocurran.³⁷

“El riesgo entendido como una posibilidad de que se produzcan daños implica que debe haber algo que pueda causarlo: el peligro; y algo que pueda ser dañado: el objeto vulnerable” (De Benedictis, 2005, pág. 168). En el principio precautorio se está en el ámbito de los riesgos inciertos, ya que no se sabe con certeza si algo puede causar daño, si hay probabilidad de que ocurra ese daño o bien se desconoce la relación de causalidad existente entre la conducta del hombre y el daño que se teme. (De Benedictis, 2005)

La ausencia de certeza científica, como indicara anteriormente, no surge de un mero temor de que un daño puede derivarse de una actividad o de un producto; se requiere que esas sospechas sean científicamente fundadas en cuanto a que el riesgo en cuestión sea digno de ser tenido en cuenta, para ello es necesario realizar una evaluación científica de los mismos, que consiste en un proceso que consta de cuatro componentes³⁸:

1- Identificación del peligro: en donde se determinarán los agentes biológicos, químicos o físicos que puedan tener efectos adversos. Una nueva sustancia o agente biológico puede revelarse a través de sus efectos sobre la población (enfermedad o muerte), o sobre el medio ambiente, y puede ser posible describir los efectos reales o potenciales sobre la población o el medio ambiente antes de que se identifique la causa de forma indudable.

2- Caracterización del peligro: donde se determinará en términos cuantitativos o cualitativos la naturaleza y gravedad de los efectos adversos asociados con los agentes o la actividad que los causa. En esta fase debe establecerse la relación entre la cantidad de sustancia peligrosa y el efecto que produce. No obstante, a veces es difícil o imposible probar la relación, por ejemplo porque el vínculo causal no haya podido determinarse de manera indudable.

³⁷ Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (2005) UNESCO

³⁸ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución,(2000) Bruselas 2/02/2000

3- Evaluación de la exposición: consiste en evaluar cuantitativa o cualitativamente la probabilidad de exposición al agente estudiado. Aparte de la información sobre los propios agentes (fuente, distribución, concentraciones, características, etc.), se necesitan datos sobre la probabilidad de contaminación o exposición al peligro de la población o el medio ambiente.

4- Caracterización del riesgo: donde se realiza una estimación cualitativa o cuantitativa, teniendo en cuenta las incertidumbres inherentes, la probabilidad, la frecuencia y la gravedad de los potenciales efectos adversos que pueden incidir sobre el medio ambiente o la salud. Esta caracterización se establece basándose en los tres elementos anteriores y depende en gran medida de las incertidumbres, variaciones, hipótesis de trabajo y conjeturas que se hayan formulado en cada fase del proceso.

La evaluación científica de los riesgos permitirá determinar entonces “la incertidumbre sobre el riesgo y la potencial peligrosidad de la actividad o producto”³⁹

2.7.2- Nivel de Gravedad del Daño

El segundo elemento esencial del principio precautorio, y relacionado con el primero, es el nivel de gravedad del daño que surge del análisis científico de los riesgos que determina la incertidumbre no solo en cuanto a los posibles efectos adversos de una determinada actividad o producto, sino también en cuanto a la probabilidad de ocurrencia de un daño potencial que se caracteriza por no poder constatarse la existencia misma del daño por no existir la certeza necesaria para ello.

Por un lado es menester aclarar que los riesgos deben ser graves, ya que la aplicación del principio precautorio lleva a los responsables políticos o a los operadores jurídicos a tomar medidas de por sí limitativas a fin de proteger el medio ambiente y la salud humana, medidas que muchas veces implican restricciones que confrontan con derechos tales como la libertad, el trabajo, el comercio; y al momento de dictar medidas de cautela es preciso buscar un equilibrio entre los derechos que podrían verse afectados

³⁹ Drnas de Clément, Zlata .Elementos esenciales del principio de precaución ambiental, p. 337. www.biblioteca.clacso.edu.ar .Recuperado el 02/05/2013 en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Argentina/cijs-unc/20110717064927/sec10003b.pdf>

con la misma y la necesidad de prevenir o reducir los riesgos al ambiente y salud humana.
(Bestani, 2012)

Para Roberto Andorno “es grave el daño que pone en peligro la vida y la salud de la población, o que altera en forma seria el equilibrio del ecosistema, al afectar las especies vegetales o animales, o los recursos naturales en general o el clima” (Andorno, 2004, pág. 7) resaltando la dificultad de definir en forma adelantada qué debe entenderse por grave, ya que deberá circunscribirse a cada caso particular.

En cuanto al calificativo de grave el Informe de la Unesco en el concepto práctico que brinda del principio precautorio refiere a aquellas actividades humanas que puedan ocasionar un daño moralmente inaceptable, en tanto entiende que las formulaciones referidas en torno al principio tienen en común que emplean términos basados en escalas de valores y “expresan un juicio de valor acerca de la admisibilidad del daño”⁴⁰. Es que no existe consenso en la aplicación de este calificativo con respecto al daño que se busca prevenir.

Por otro lado, lo irreversible del daño se relaciona con el derecho a un medio ambiente sano, en miras no solo de las generaciones presentes sino también de las futuras, ya que el bien jurídico tutelado es un bien que ante un menoscabo en la mayoría de los casos permite su recomposición, pero esta renovabilidad acarrea muy altos costos para la sociedad e incluso pérdidas que son definitivas y traen aparejados la ruptura del equilibrio ambiental. Por ello al momento de determinar lo irreversible del daño, deberá tenerse en cuenta, no solo el carácter renovable o no renovable de los recursos naturales,

⁴⁰ Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio, pág. 13

sino también primordialmente la obligación de no afectar a las generaciones futuras en su derecho a un medio en el cual puedan realizar plenamente su vida.

2.8- RECEPCION JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO-

A nivel nacional podemos mencionar algunos fallos relevantes que han ido definiendo los contornos del principio en cuestión, habida cuenta que al tratarse de un principio es en la interpretación y aplicación de las normas en la resolución de casos particulares donde los jueces van dándole un perfil.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expresarse en algunas causas, de las que se extraen los siguientes lineamientos:

-“Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo”, en el fallo del 26/03/2009

Antecedentes: se trata de un amparo promovido por un grupo de personas solicitando el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en Salta; piden además una medida cautelar por la que solicitan el cese provisional del desmonte durante la sustanciación del juicio. La Corte hace lugar a la cautelar, por lo que posteriormente el Estado provincial solicita que se deje sin efecto la cautelar dictada.

” Que la medida adoptada por esta Corte se funda en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente...” “En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones.”

“Se configura entonces una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima de la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio de producirse, sería

además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior.”

“Existe entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicha perjuicio.”

“El Principio Precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público...”

“Que la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución....hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos.”⁴¹

“Werneke, Adolfo G y otros V. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo-med. cautelar”

Antecedentes: A raíz de la ley n° 13.366 que excluyo la Bahía de San Blas de la prohibición de pesca prevista en la ley n° 10.907, se solicitó que se suspendiera la pesca artesanal en la zona declarada reserva natural. El juez de primera instancia rechaza el amparo por cuestiones de competencia llegando a la Cámara Federal de apelaciones, que hace lugar a la medida. Posteriormente el fallo llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un Recurso Extraordinario Federal al que la Corte declarara mal concedido, aunque de los votos en disidencia de los Dres. Maqueda y Zaffaroni, basándose en el dictamen del fiscal , confirmando la sentencia de la Cámara se alude expresamente al principio precautorio.

Del fallo de la Cámara:

“En este campo, rige el principio precautorio o de cautela. La regla es “ante la duda abstenerse”. Este principio se caracteriza por invertir la carga de la prueba, la que recae sobre aquél que pretende alterar el status quo por medio del desarrollo de un proyecto o actividad industrial”

⁴¹ CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo”, 26/03/2009, consid. 2 a 3. www.csjn.gov.ar. Recuperado el 14/03/2013 de www.csjn.gov.ar/data/sda.pdf

“Puede afirmarse en estos autos (señalamiento correcto de la apelación y la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, FARN), que el informe del Licenciado Hugo Castelo del Museo de Ciencia Bernardino Rivadavia (fs. 936&945) y el informe del Dr. Ricardo Bastida Investigador principal del CONICET (fs. 947/951), se manifiestan en el sentido de que la pesca artesanal e industrial es fuente de daño ambiental en la zona objeto del amparo, correspondiendo por ello a la contraparte – principio precautorio, art. 4, LGA, la prueba de que ello no es así.”⁴²

Del dictamen del Procurador General de la Nación:

“...Cuando se afirma que el principio de precaución implica una "inversión de la carga de la prueba" no debe entenderse esta exigencia en su sentido literal o estricto. Es decir, ello no supone que el introductor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un "riesgo cero". Precisamente, en un terreno dominado por las incertidumbres científicas sería contradictorio exigir la prueba científica de que no existe ningún riesgo, porque ello supondría reclamar una prueba imposible...”

“Pues bien, a partir de tales pautas, en mi opinión, la aplicación que la cámara efectuó del mencionado principio para resolver los temas que le fueron sometidos a su conocimiento, es una de las interpretaciones posibles de aquella directriz legal en el marco de una contienda judicial. Ello es así, porque, sobre la base de los informes técnicos existentes en la causa -cuya apreciación no puede ser revisada por las razones antes expuestas-, el a quo consideró que estaba probada la degradación ambiental en la zona objeto del amparo, aunque falten evidencias incontrastables de que aquélla se produzca por efecto de la pesca artesanal, entendió que el principio del derecho ambiental al que se está aludiendo le imponía el deber de actuar de modo consecuente con la obligación de no seguir produciendo aquel daño, al menos hasta que existan estudios científicos que demuestren lo contrario.”⁴³

Sobre la base de los argumentos expuestos del Procurador General de la Nación se basan las disidencias de los Dres Maqueda y Zaffaroni en la sentencia del 14/10/2008.⁴⁴

⁴² Cam. Fed. Apel. Bahía Blanca Sala 1-Secretaría 2, “Werneke Adolfo Guillermo y otros c/Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo – med. cautelar”, 11/05/2006, consid. 7 a 8. www.jose-esain.com.ar. Recuperado el 01/03/2014 en http://www.jose-esain.com.ar/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=183:werneke-sentencia-de-camara-final&catid=34:sentencias-y-resoluciones-judiciales&Itemid=7

⁴³ CSJN, “Werneke, Adolfo G y otros V. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo-med. cautelar”, 17/12/2007, del Procurador General de la Nación, apartado IV. www.csjn.gov.ar. Recuperado el 01/03/2014 en <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=637236>

⁴⁴ CSJN, “Werneke, Adolfo G y otros V. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo-med. cautelar”, 14/10/2008, disidencias. www.csjn.gov.ar. Recuperado el

“Alarcón, Francisco y otro V. Central Dock S.A y otro” 28/09/2010-

Antecedentes: Se trató de una acción ordinaria de daños y perjuicios a raíz de la instalación de un electroducto de alta tensión, en donde se pidió una medida cautelar, rechazándose la misma en primera instancia y en segunda instancia la Cámara modifica de oficio la medida cautelar solicitada por otra distinta, llegando a la Corte por un Recurso Extraordinario Federal que se deniega ya que no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal. El fallo muestra los límites del principio precautorio: el principio de congruencia, el debido proceso y la defensa en juicio. De todos modos los votos en disidencia de los Dres. Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti son destacables en cuanto al principio precautorio.

“Que esta Corte ha sostenido que, como regla, las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten el carácter de sentencias definitivas. Sin embargo, también ha dicho que cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente, autónomo y definitivo, (causa “Mendoza” Fallos: 331:1622). De tal modo, hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la ley general del ambiente”

“Que la aplicación del principio precautorio-el cual, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta-establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o de certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces...”” Que sin embargo, el límite de dichas facultades está dada por el respeto del debido proceso y a la defensa en juicio”⁴⁵

-“Asociación Multisectorial del Sur en defensa del desarrollo sustentable V. Comisión Nacional de Energía Atómica”.

01/03/2014 en

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=655028>

⁴⁵ CSJN, “Alarcón, Francisco y otro V. Central Dock S.A y otro”, 28/09/2010, consid. 5-7-8 de la disidencia de los Dres. Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. www.csjn.gov.ar. Recuperado el 25/02/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=24>

Antecedentes: se trató de una acción declarativa de certeza tenía por finalidad que se establezca si la Comisión debía adecuar su accionar en los términos de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional y regirse por la ley 25.675 debido a que es un ente generador y manipulador de residuos peligrosos, solicitando además una medida cautelar para obtener durante la sustanciación del proceso el cese de los efectos dañosos. En primera instancia hacen lugar a la cautelar, posteriormente la Cámara la revoca, llegando a la Corte en queja ante la denegación del Recurso Extraordinario Federal. El Máximo Tribunal la desestima en base a que no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal. En este fallo el voto del Dr Lorenzetti es importante en cuanto a las consideraciones realizadas en relación el principio precautorio.

“Que la aplicación de principio precautorio.... No puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa.

El primero es un principio jurídico de derecho sustantivo, mientras que la segunda es una regla de derecho procesal. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga actuar aún cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose ejecutar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego. El principio es una guía de conducta...Para la acción meramente declarativa se requiere, como se dijo, la demostración de una falta de certeza jurídica que pudiera producir un perjuicio a quien demanda, lo que no puede confundirse con la falta de certeza científica a la que alude el principio precautorio. En efecto, esta última no es sobre la relación jurídica, sino sobre el curso de eventos próximos a suceder y si estos causaran un daño grave e irreversible, no al interesado de modo individual sino al ambiente como bien colectivo”⁴⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse acerca del principio precautorio, comprender su alcance y sus elementos y los casos en los que debe operar definiendo los contornos del mismo al momento de su aplicación.

⁴⁶ CSJN, “Asociación Multisectorial del Sur en defensa del desarrollo sustentable V. Comisión Nacional de Energía Atómica”, 26/05/2010, Dr. Lorenzetti, por su voto, consid. 8. www.csjn.gov.ar. Recuperado el 02/02/14 en <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=684879>

CAPITULO 3

AMPARO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO

PRECAUTORIO

3.1 – AMPARO: CONCEPTO

Para introducirnos en la temática del amparo y más específicamente del amparo ambiental, deberemos dejar sentado que nos hallamos en el marco de los procesos constitucionales, es decir aquellos que tienen por finalidad inmediata la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y como se analizó en el primer capítulo de este trabajo el derecho al goce de un ambiente sano, reconocido por el artículo 41, es un derecho humano fundamental integrante de la tercera generación de los derechos humanos.

Aquí se debe aclarar que las vías de tutela existentes para la protección del medio ambiente no solo se canalizan mediante los procesos constitucionales, sino también mediante los procesos ordinarios, como sería el caso de una demanda por daño ambiental, en donde la tutela transitará un camino seguramente más lento debido a que será necesario generar una actividad probatoria exhaustiva a fin de acreditar la eventual responsabilidad que pudiera pesar sobre el demandado por daños; pero en lo que tutela urgente y eficaz se refiere es el amparo regulado en el artículo 43 de la Constitución Nacional el remedio procesal que garantizará el derecho ambiental tutelado.⁴⁷

⁴⁷ Esain, José, 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. www.profesorjimenez.com.ar .Recuperado el 16/10/2013 en <http://www.profesorjimenez.com.ar/2009/E1%20amparo%20ambiental.pdf>

Con la reforma constitucional operada en 1994, no solo se introdujo la temática ambiental como un nuevo derecho reconocido explícitamente por el texto constitucional en su Primera Parte, Capítulo II, destinado a Nuevos Derechos y Garantías, sino que también se receptó la figura del amparo. El artículo 43 de la Constitución Nacional establece:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y forma de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio. (Constitución Nacional, pág. 7)

La redacción del artículo citado representó en 1994 la receptación de las garantías constitucionales del amparo, y del habeas corpus que venían manifestándose jurisprudencialmente primero y luego fueron consagrados legislativamente en la ley n° 16.986⁴⁸ tutelando derechos y garantías amenazados por actos u omisiones de autoridades públicas y en la ley n° 23.098⁴⁹ tutelando la libertad física y corporal de las personas respectivamente, e introdujo además la garantía del habeas data para la

⁴⁸ Ley de Acción de Amparo B.O 20/10/1966

⁴⁹ Ley de Procedimiento de Habeas Corpus B.O 25/10/1984

protección de los datos personales, el honor y la intimidad de las personas como también el acceso a la información existente sobre las mismas.

Entienden Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya (2001) que lo que la reforma de 1994 ha constitucionalizado es el amparo como género de tutela y que el artículo 43 incluye las distintas especies de amparo: el habeas corpus, el habeas data y el amparo propiamente dicho para la protección de los derechos individuales y colectivos.

Bidart Campos define al amparo como “la acción destinada a tutelar los derechos y libertades que, por ser diferentes de la libertad corporal o física, escapan a la protección judicial por vía del habeas corpus” (Bidart Campos, 1998, pág. 371); por su parte Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya lo definen como:

Una acción judicial sumarísima de contralor de constitucionalidad que pone en movimiento los respectivos juicios (de amparo, habeas data, habeas corpus, declarativo de certeza) por la cual se remueve el obstáculo que impide, de manera irregular y manifiesta, el ejercicio de un derecho o garantía” (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001, p. 580)

Mientras que Mario Midón lo define como “la garantía destinada a proteger, a través de un proceso expedito, rápido y sencillo, los demás derechos lesionados que no son alcanzados por el Habeas Corpus” (Midón, 2004, pág. 443)

Es de destacar que el amparo es una acción y no un recurso como habitualmente se lo mal denomina, ya que mediante el amparo se pone en marcha el órgano jurisdiccional para tutelar un derecho o garantía conculcados, a diferencia de lo que ocurre con los recursos que son remedios procesales interpuestos en un proceso para lograr la revisión de las decisiones de los órganos judiciales. Tiene la característica de ser

una acción provista de un trámite sumarísimo para obtener una protección rápida del derecho lesionado con la finalidad de mantener la supremacía constitucional al buscar restablecer o modificar la situación que impide el pleno ejercicio de un derecho contemplado en la Constitución Nacional (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001)

3.2- ORIGEN DE LA ACCION DE AMPARO

3.2.1 - Jurisprudencia.

Para hablar de los orígenes del amparo es necesario remontarse a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 1957, oportunidad en que se admitió vía pretoriana como un medio para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, a excepción de la libertad ambulatoria que encontraba su cauce de protección mediante el Habeas Corpus.

En la etapa anterior a 1957 las personas que veían avasallados sus derechos fundamentales, distintos a la libertad, intentaban mediante el procedimiento del Habeas Corpus la protección de los mismos, lo que generaba como respuesta de la Corte Suprema el rechazo de la medida solicitada ya que el remedio protectorio articulado sólo tenía por finalidad la protección de la libertad física y se esgrimía que fuera de dicho remedio procesal no existía en el ámbito federal herramienta que amparara los demás derechos constitucionales (Midón, 2004). El alegato más frecuente de los tribunales era que “los jueces no pueden, a falta de ley procesal, crear vías ni procedimientos no previstos” (Bidart Campos, 1998, pág. 372), lo que implicaba que los afectados debieran recurrir a otros mecanismos menos eficaces en cuanto rapidez para la tutela de sus derechos.

En 1957, la Corte revierte esta situación de negación de la vía procedimental ágil otorgada por el Habeas Corpus dando lugar a la creación jurisprudencial del amparo con el caso “Siri”. Aquí el amparo fue promovido por el director y propietario de un diario de la Provincia de Buenos Aires cuestionando la clausura del mismo sin fundamentación alguna por parte de la autoridad policial, lo que lesionaba las libertades de imprenta y de trabajo; la demanda fue rechazada en primera y segunda instancia y la Corte falló haciendo lugar y dejando atrás su postura tradicional al reconocer que debía otorgarse protección ante la situación aunque no existiera una norma reglamentaria que lo contemplara (Midón, 2004).

Del fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso Siri al modificar su tradicional postura: “...las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias...”⁵⁰

El caso “Siri” permitió la protección de derechos constitucionales distintos de la libertad física pero solo contra actos de poder público.

Posteriormente en 1958, el caso “Kot” extendió la protección para actos emanados de particulares. En el caso en cuestión se trataba de una fábrica textil que fue tomada por los empleados que habían sido despedidos, la Corte admitió el amparo tutelando los derechos de propiedad y el derecho a trabajar. La Corte entendió que la protección de los derechos del hombre no está circunscripta a los actos de autoridad pública solamente, ya que la realidad y los avances de la sociedad llevan también a

⁵⁰ CSJN, “Siri Angel s./ interpone recurso de habeas corpus” (27/12/1957),Fallos : 239:463.Recuperado el 10/03/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/microfichas/jsp/consultaTomosFallos.jsp>

contemplar situaciones que impliquen ataques por parte de los particulares. Del fallo de la Corte en este caso:

“...lo que primordialmente tienen en vista el habeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados...”⁵¹

3.2.2 - *Legislación anterior a 1994.*

Hasta 1966 el amparo fue transitando por la vía jurisprudencial hasta que se dictó durante el gobierno de facto autodenominado Gobierno de la Revolución Argentina la ley n° 16.986 que contemplaba solo el amparo contra actos de autoridades públicas. Posteriormente en 1967 se incorporó en el artículo 321 inciso 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el amparo para lesiones de derechos constitucionales provenientes de particulares. (Bidart Campos, 1998)

El artículo 1° de ley n° 16.986 estableció los requisitos materiales de procedencia de la acción contra actos u omisiones de autoridades públicas, exigiendo de los mismos que de forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías constitucionales reconocidos de manera explícita o implícita.

El artículo 2° de la referida norma, por su parte, estableció que la acción no sería procedente cuando existiera otra vía judicial o administrativa más idónea; si el acto atacado emanaba del Poder Judicial; si la intervención judicial afectaba la prestación de servicios públicos o de actividades del Estado; si se requería una mayor actividad

⁵¹ CSJN, “Kot Samuel S.R.L s/recurso de habeas corpus” (05/09/1958), Fallos: 241:301. Recuperado el 10/03/2014 en <http://www.csjn.gov.ar/microfichas/jsp/consultaTomosFallos.jsp>

probatoria o declarar la inconstitucionalidad de normas; y si la demanda no se presentaba dentro del plazo de caducidad establecido.

La regulación legal de la acción de amparo caracterizada por establecer de manera minuciosa la improcedencia de la misma hizo que en doctrina se la conociera como la ley del desamparo (Midón, 2004) , generando entre quienes interponían la misma en defensa de sus derechos una situación de inseguridad jurídica ya que muchas veces la procedencia o no del amparo dependía del criterio del juez que dirimiera en la causa.

3.2.3 - Reforma Constitucional

La reforma de 1994 consagra constitucionalmente este remedio procesal que nació vía pretoriana y luego encontró su regulación legal en un gobierno de facto; adquiriendo la misma jerarquía de los derechos que protege.

Como entiende Mario Midón (2004), los constituyentes debían resolver la situación de los amparistas protegidos por una ley de amparo que se convirtió en una traba al momento de acceder a la garantía. Como se indicó anteriormente, en la etapa de reconocimiento legislativo de la acción, era muy dificultoso lograr el acceso por la vía del amparo ya que la regla era la improcedencia de la acción como estaba plasmado en el artículo 2° de la ley n°16.986.

3.3 – PERFILES CONSTITUCIONALES DEL AMPARO

Luego de la reforma de 1994 que establece la garantía constitucional del amparo, la ley n°16.986 se convierte en una regulación infra constitucional, lo que obligó a la

doctrina y jurisprudencia a dejar definidos los nuevos lineamientos establecidos por el artículo 43 para la acción de amparo.

De un análisis comparativo entre la actual redacción de la garantía constitucional contenida en el artículo 43 de la Constitución Nacional y de la regulación legal contenida en la ley n° 16.986 se pueden establecer nuevos parámetros que fueron delineados por los constituyentes en 1994.

En primer lugar la reforma constitucional define a la acción de amparo como “acción expedita y rápida”, caracteres no contemplados por la ley de amparo de 1966; esto implica que la acción debe tramitarse sin ningún tipo de obstáculo durante el proceso, es decir en su apertura, tramitación e inclusive después de la sentencia a fin de que se mantenga el carácter expeditivo de la misma; por otra parte la calificación de “rápida” obedece a la idea de un trámite sin dilaciones temporales en razón de los derechos tutelados (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001).

Luego de dar los caracteres del proceso de amparo, el artículo 43 establece que podrá interponerse la acción “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”, dejando derogado implícitamente lo normado por el inciso a) del artículo 2° de la ley, que establecía la necesidad de agotar la vía administrativa para acceder al amparo. Esta modificación hace que “se elimine una traba legal y jurisprudencial que originaba daños irreparables a quien promoviera la acción “ (Bidart Campos, 1998, pág. 376). La reforma solo mantiene el requisito de procedencia supeditado a que no exista una vía judicial más idónea, es decir que procederá el amparo si la utilización de ellas puede acarrear un daño grave e irreparable a los derechos tutelados.

La reforma constitucional establece que podrá interponerse la acción “contra actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares”, receptando así la jurisprudencia nacida del caso “Kot” que no se encontraba plasmado en los requisitos materiales del artículo 1° de la ley de amparo que solo receptaba la procedencia ante actos u omisiones de autoridades públicas.

Una cuestión importante introducida en el artículo 43 fue establecer que “el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva” dejando derogado el inciso d) del artículo 2° que establecía como requisito de improcedencia de la acción de amparo la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; así permitirá la procedencia del amparo ante actos u omisiones basados en normativas, por lo que mal podría predicarse la calidad de arbitrario o ilegal de los mismos, en donde el amparista cuestione la constitucionalidad de las mismas, ejerciendo así el control de constitucionalidad que corresponde en un proceso (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001).

La reforma también extendió la protección de los derechos o garantías reconocidos de manera explícita o implícita en la Constitución a los reconocidos también por tratados o leyes. Se amplía el alcance de la protección y conforme a lo establecido en el artículo 75 inciso 22 que otorgo jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, gozaran también de protección mediante la vía del amparo los derechos y garantías en ellos reconocidos.

En el segundo párrafo del artículo 43 se introduce la figura del amparo colectivo como subespecie del género de tutela contenido en el primer párrafo que viene a proteger

a los derechos de incidencia colectiva consagrados en los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional donde encontramos el derecho a un medio ambiente (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001).

La introducción en el texto constitucional de los derechos colectivos y del amparo como vía de tutela que los contempla ha generado dificultades de distinta índole, producto de la receptación de una categoría de derechos que repercute primordialmente en materia procesal rompiendo los esquemas tradicionales de los procesos basados en defensas individuales para dar lugar a los procesos colectivos, aún no regulados en Argentina; sin dejar de mencionar las dificultades que generó la determinación de la legitimación activa para establecer quiénes eran las personas habilitadas para promover las acciones en defensa de los derechos de incidencia colectiva.⁵²

En estas dificultades se instala el amparo colectivo que a la fecha no posee una reglamentación específica, teniendo en cuenta particularmente las cuestiones ambientales que poseen características específicas buscando principalmente prevenir los daños al ambiente valiéndose para ello de los principios preventivo y precautorio que en su aplicación práctica implican cambios en las lógicas tradicionales jurídicas y lleva a los jueces a utilizar vías de tutela no pensadas para esta clases de problemas.

A continuación se presentarán los requisitos de admisibilidad del amparo para luego analizar cómo la jurisprudencia los pondera al momento de resolver causas

⁵² Ávila Paz de Robledo, Rosa Angélica. (2009). El amparo colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente-Algunas propuestas para una armonización en Mercosur, www.biblioteca.clacso.edu.ar. Recuperado el 12/04/2014 en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Argentina/cijs-unc/20110707111033/sec11003a.pdf>

ambientales en las que se presentan las condiciones que hacen aplicable el principio de precaución.

3.4 – REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL AMPARO

Luego de haber realizado una exposición acerca de los orígenes del amparo, y de haber puesto de manifiesto los perfiles que adquiere la acción a raíz de su consagración constitucional, corresponde analizar los requisitos de admisibilidad del amparo que se desprenden del texto del artículo 43 en armonía con los presupuestos establecidos en la ley 16.986.

3.4.1 - *Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.*

Procederá el amparo “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo” que permita obtener la protección de los derechos que se pretenden afectados. La actual redacción constitucional deja derogado implícitamente en parte uno de los requisitos de inadmisibilidad establecido por la ley 16.986 en su artículo 2° inciso a)⁵³, al no postular la exigencia de la necesidad de agotar la vía administrativa para interponer la acción de amparo.

La improcedencia se limita entonces a la existencia de vías judiciales idóneas que brinden protección a los derechos conculcados. La expresión “más idóneo” indica que en caso de existir en la legislación un trámite procesal más apropiado conforme a la naturaleza de las pretensiones, que permita la tutela necesaria de los derechos en juego, no procederá la acción de amparo (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001).

⁵³Ley 16.986, artículo 2°: “La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.”

Si bien la reforma constitucional fue acertada al no exigir la necesidad de agotar las vías administrativas, entiendo con Mario Midón (2004) que hubiera sido más apropiado, a los fines garantistas de la acción eliminar este recaudo, ya que al momento de acceder a la justicia muchas veces queda librado a la discrecionalidad de los jueces la determinación de lo que debe comprenderse por vías más idóneas.

3.4.2 - Contra actos u omisiones que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace.

En cuanto a las formas de afectación de los derechos que determinan la procedencia del amparo, el artículo 43 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo establecido por el artículo 1º de la ley de amparo prescriben :”contra todo acto u omisión (...) que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace...”

La lesión a los derechos tutelados puede provenir de un “acto”, entendido este como hechos o acciones humanas; como así también pueden lesionarse los derechos mediante “omisión”, entendida esta como inactividad.

En cuanto a las modalidades del agravio es menester aclarar de qué se trata cada una de ellas.

La “lesión” hace alusión a la imposibilidad de ejercer un derecho, ya sea en forma absoluta o transitoria (Midón, 2004)

El término “restricción” es una forma de agravio que alude a una disminución o limitación en el ejercicio de un derecho (Midón, 2004)

La “alteración” de un derecho implica un cambio en el ejercicio del mismo (Midón, 2004)

En cuanto al término “amenazar” se comprende a la inminente lesión, restricción o alteración del derecho, bastando la sospecha de que van a tomarse medidas restrictivas en el ejercicio de un derecho (Midón, 2004)

La exigencia de que la lesión a los derechos deba provenir de actos u omisiones que en forma “actual” o “inminente” perjudiquen mediante las distintas modalidades analizadas, expresa la necesidad de que exista una actualidad temporal en el perjuicio o la situación próxima de que el suceso este por ocurrir. Por ello “no se admiten en el amparo los riesgos futuros o meramente conjeturales” (Falcón, 2008, pág. 884).

3.4.3 - Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta

Para la promoción del amparo el artículo 43 exige además la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta al igual que el artículo 1° de la ley n° 16.986 determinando así que no procede ante cualquier violación de un derecho. Lo “manifiesto” indica que la agresión debe ser patente, evidente, indubitable. Adquiere significación cuando en el artículo 2° de la ley de amparo declara inadmisibile la acción cuando se requiera “mayor amplitud de debate o de prueba” (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001).

La “arbitrariedad” implica una aplicación irrazonable, caprichosa de una norma basada en la discrecionalidad de quien la ejecuta. Mientras que la “ilegalidad” se refiere a una aplicación contraria a lo reglado por el derecho (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001).

3.5 – JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

Presentados los requisitos de admisibilidad del amparo, corresponde el análisis del principio precautorio a la luz de los mismos; si bien jurisprudencialmente ha tenido acogida para la resolución de cuestiones ambientales, se encuentran fallos en donde el criterio del juzgador no considera que el principio precautorio cumpla con los requisitos de admisibilidad de la vía elegida: el amparo.

Ejemplo de ello serán los siguientes casos testigos seleccionados por Bestani Adriana (2012), donde presenta una selección de jurisprudencia en donde muestra como los tribunales de todo el país van tomando el principio precautorio para la resolución de sus fallos. Dentro de la selección de la jurisprudencia también puede verse que esto no siempre es así.

3.5.1 - *Fonseca Ricardo y otros c/ Dipas (Amparo) 16/09/2008*⁵⁴

Un grupo de vecinos interpuso una acción de amparo contra la Provincia de Córdoba para que se declare la nulidad de la resolución por la cual la Dirección de Agua y Saneamiento disminuyó el caudal de un dique, por considerar que esa medida ponía en peligro la provisión de agua potable y un grave perjuicio al medio ambiente.

El juez de primera instancia rechazó la acción interpuesta con fundamento en la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto debido a que el DIPAS se encuentra habilitado a tal efecto a fijar políticas hídricas; que para determinar si la cota fijada para el Dique San Roque tiene aptitud para poner en riesgo cierto la provisión de

⁵⁴ Cam 2° Apel. de Córdoba, “Fonseca Ricardo y otros c/ Dipas”, 16/09/2008, L.L Cita online: AR/JUR/7536/2008. Recuperado el 10/04/2014 de www.laleyonline.com

agua y ocasionar perjuicios al medio ambiente es necesario realizar estudios científicos específicos lo que revelan que la cuestión a tratar requiere mayor debate y prueba; y que la acción de amparo está prevista para una verdadera certeza fundada de agravio y no para casos donde exista mera probabilidad de perjuicio.

La Cámara por mayoría confirmó la sentencia apelada, los argumentos del rechazo de la acción giraron en torno al presupuesto de arbitrariedad e ilegalidad del cuestionado acto, al considerar que no reunía estos requisitos habida cuenta que la decisión emanaba de autoridad competente y que al ser un acto de la Administración Pública rige el principio de legitimidad de sus actos, traduciéndose esto en una inversión de la carga de la prueba correspondiendo a los accionantes probar la invalidez del acto. Por otra parte no se consideró arbitrario ya que el acto fue dictado dentro del margen de discrecionalidad que es propio de la Administración, con el objetivo de controlar las crecientes, por lo que la irrazonabilidad predicada no surge de modo manifiesto. Otro de los argumentos del rechazo de la acción se centro en que no se encontraba probada por parte de los interesados la amenaza cierta de daño, no se había acreditado con un grado de certeza suficiente la probabilidad cierta de que ocurra un perjuicio ambiental a raíz del acto administrativo.

La Doctora Palacio de Caeiro, votó en disidencia entendiendo que debía proceder la acción de amparo, realizando una exposición interesante, poniendo de manifiesto que el amparo deducido en el presente caso es dentro del paradigma ambiental, resaltando la importancia del medio ambiente para la vida de las personas y el nuevo rol de los jueces en estos procesos debiendo superar todo obstáculo formal para decidir en cuestiones de vital trascendencia para la sociedad. Alude al principio de precaución y que en virtud del

mismo se invierte la carga probatoria, debiendo ser la Administración la que demuestre los motivos o razones por los que dicto el cuestionado acto. Asimismo promovió la aplicación del principio precautorio, entendiendo que ante la posibilidad de un daño ambiental se tomaran medidas urgentes, y que no es posible rechazar la acción con fundamento en que es necesario generar mayor prueba y debate, que determinar que corresponde un proceso de mayor conocimiento no se condice con una tutela efectiva del medio ambiente.

3.5.2- Castellani, Carlos E., y otros (Amparo)⁵⁵ 11/03/2003

Se interpuso una acción de amparo tendiente a que se suspenda y se disponga la erradicación de cuatro antenas de telefonía celular en la localidad de Oncativo, hasta que se certificara científicamente la inexistencia de todo riesgo o peligro a la salud de las personas o al derecho al medio ambiente sano. El amparista manifiesta que se violan los derechos constitucionales de propiedad, a la salud y a un ambiente sano. La acción fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia llegando al Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba que rechazó los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos.

Los fundamentos de la mayoría del Tribunal Superior de Justicia se centraron en el análisis de los requisitos de admisibilidad del amparo. Por un lado indican que no se cumple con el requisito de ilegalidad manifiesta ya que no se han logrado pruebas fehacientes que permitan arribar a la conclusión de que la exposición a campos

⁵⁵ TSJ Córdoba, “Castellani, Carlos E., y otros s/amparo”, 11/03/2003, L.L Cita online: AR/JUR/1813/2003. Recuperado el 12/04/2014 de www.laleyonline.com

electromagnéticos produce consecuencias negativas o perjudiciales para la salud o el medio ambiente, no surgiendo de manera ostensible como lo exige la vía elegida; argumentan que tampoco se observa una amenaza o peligro inminente ya que no se encuentra acreditada la lesión manifiesta a la vida o salud o al medio ambiente, la amenaza debe ser cierta de modo tal que ponga en “peligro efectivo o inminente” a los bienes protegidos constitucionalmente, por lo que indican que no basta alegar una mera probabilidad de daño para que proceda el amparo, es menester acreditar la efectividad del peligro y que eso no ocurre en el caso planteado “toda vez que las probanzas arrimadas al proceso no logran demostrar la potencialidad del electromagnetismo para producir los daños a la salud o al medio ambiente aducidos por los accionantes. Este hecho torna el planteo de amparo meramente conjetural, y por ende, carente de base fáctica.” (Considerando VII.2.). Por último consideran que no es el amparo la vía idónea debido a que la complejidad de los hechos hace necesario un proceso que permita mayor debate y prueba habida cuenta que científicamente no existe consenso acerca de los efectos perjudiciales que pueden ocasionar los campos electromagnéticos.

El Doctor Cafferata votó en disidencia haciendo lugar a la demanda de amparo. Entendió que la falta de certeza en cuanto a los potenciales efectos dañinos que pueden derivarse de las antenas que pretendían instalarse implica un riesgo para la salud y el medio ambiente, ese riesgo configura para Cafferata la amenaza requerida para la procedencia del amparo; observa con acierto que esa incertidumbre no es producto de faltas de pruebas o una cuestión que pueda resolverse en un procedimiento que, a diferencia del amparo, permita generar mayor debate para determinar los efectos nocivos o no de las antenas; la incertidumbre del caso se encuentra aún pendiente de resolver en

el ámbito científico, por lo que derivar la resolución aun proceso ordinario tampoco evacuaría las dudas científicas.

Por otra parte, el Dr. Cafferata advierte de la sentencia recurrida que no se han ponderado los intereses en juego, es decir no se ha planteado qué actitud tomar ante el riesgo, si ante la falta de certezas no debe ser tenido en cuenta o si ante la importancia de los derechos que puedan ser lesionados sea necesario “adoptar medidas precautorias aun sin pruebas concluyentes de la efectividad de la lesión, pero ante la posibilidad más o menos cierta de que dicha lesión finalmente se produzca”(Considerando 5 del voto en disidencia). En este punto postula la necesidad de tomar medidas preventivas que responden al principio de precaución cuando se presentan la incertidumbre científica y la amenaza de daño al medio ambiente o a la salud, dos circunstancias presentes en el caso. Señala que “la esencia del principio de precaución es que la sociedad no puede esperar hasta que se conozcan todas las respuestas, antes de tomar medidas que protejan la salud humana o el medio ambiente de un daño potencial” (Considerando 7 del voto en disidencia).

Por último, alude a la idoneidad del amparo como vía procesal para obtener la adecuada tutela de los derechos amenazados ya que si la cuestión debiera resolverse mediante un proceso ordinario el transcurso del tiempo propio de esos procesos podría derivar en perjuicios mayores.

3.5.3 - *Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yaciretá (E.B.Y.)*

(Amparo) 23/11/2004⁵⁶

En el fallo citado el Intendente y el Presidente del Consejo Municipal de Ituzaingó promovieron acción de amparo contra la Entidad Binacional Yaciretá pretendiendo que no se eleve la cota del embalse hasta que no se realizaran los estudios de impacto ambiental correspondientes debido a que esta medida podría originar daños ambientales irreversibles con impactos en el microsistema del Iberá.

La demandada esgrimió que no se dan los requisitos de procedencia de la acción intentada, ya que no se encuentra demostrado que exista un acto u omisión que lesione los derechos tutelados y tampoco que la paralización de la medida cuestionada pueda evitar un daño concreto e irreversible.

El caso llegó a la Corte Suprema, luego de que el juez federal interviniente declarara su incompetencia, rechazando la acción de amparo. A tal efecto la Corte argumenta que:

Que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos: 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097, entre muchos otros).(Considerando 3°)

Que de acuerdo a ello, debe ser rechazada la acción (art. 3°, ley 16.986). No se advierte que se esté en presencia de actos del poder administrador que evidencien arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que justifiquen su procedencia (arts. 43 de la Carta Magna, y 1° de la ley citada) (Considerando 4°).

⁵⁶ C.S.J.N, “Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yaciretá “, 23/11/2004 ,L.L Cita online AR/JUR 13756/2004.Recuperado el 15/04/2014 de www.laleyonline.com

Por otra parte, los propios dichos de los actores revelan la ausencia de certeza en la que se encuentran -situación efectivamente opuesta a la exigida por este tipo de procesos- al considerar que "las explicaciones científicas no son coincidentes entre sí ni concluyentes en cuanto a las razones por las cuales se produce el aumento de los niveles de agua en los esteros del Iberá jurisdicción territorial de Ituzaingó" (fs. 7). Asimismo, la documental técnica aportada a su vez por la EBY, y relacionada en el punto VI "Hechos y fundamentos científicos" de su contestación, revelan la complejidad del tema y la improcedencia de considerar en este marco, la eventual decisión de la entidad como manifiestamente ilegal o arbitraria" (3º párrafo del considerando 4º).

En el fallo presentado, la Corte no solo no aplico el principio precautorio encontrándose reunidos los requisitos necesarios para su consideración como surge del tercer párrafo del considerando cuarto, sino que fundándose en el carácter excepcional de la acción de amparo rechazo la acción intentada sin sopesar los derechos tutelados comprometidos, desconociendo que las cuestiones ambientales presentan matices particulares.

Presentado a modo de casos testigos los fallos comentados, surge de forma manifiesta las dificultades y las diferentes posturas que se suscitan al momento de habilitar la instancia del amparo para que los interesados obtengan la pronta respuesta a sus problemas.

La crítica habitual es que no se cumple con los requisitos de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y que en caso de otorgarse la acción será necesario realizar pruebas para la demostración de la incerteza, cuestión que excede el proceso de amparo, derivando la acción intentada a procesos de conocimientos ordinarios; esto con la consecuente demora en la resolución de cuestiones que ante la mas mínima dilación temporal puede generar daños catastróficos al medio ambiente afectando la calidad de vida de las personas, e incluso poniendo en riesgo la vida misma de las personas.

Estas diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales son producto del impacto de la receptación de una nueva categoría de derechos, los derechos colectivos que se manifiesta en un cambio de las lógicas jurídicas tradicionales repercutiendo en el ámbito procesal, particularmente en la aplicación e interpretación de las normas ambientales por parte de los jueces.

CONCLUSIÓN

La receptación constitucional del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano ha sido un gran acierto de los constituyentes en 1994 al otorgarle el carácter de derecho fundamental, no solo por la importancia que encierra para las generaciones presentes al garantizar un medio en el cual poder desarrollar su vida o sus actividades productivas, sino también porque la protección tiene en miras a las futuras generaciones acentuándose el compromiso solidario por parte de quienes en el presente tenemos el derecho-deber de velar por el cuidado del medio ambiente. Este derecho además se encuentra íntimamente relacionado con los demás derechos constitucionales y en cierto modo funciona de sustento de estos, ya que el derecho a la vida o el derecho a trabajar o el derecho a la salud solo podrán ser ejercidos plenamente si encuentran un medio ambiente apto en donde desarrollarse. En este marco de reconocimiento constitucional se dimensiona al hombre como parte del medio ambiente, permitiendo por ello la posibilidad no solo de procurar el resarcimiento de los daños sino también de reclamar ante la justicia por cuestiones ambientales que requieran de una tutela preventiva; es que lo primordial en materia ambiental es la prevención y evitación de daños que puedan afectar el derecho reconocido, llegar antes de la consumación del mismo.

Cuando se instauran derechos también deben establecerse las vías de tutela adecuadas para la protección de los mismos. En el caso del derecho al medio ambiente, y en cumplimiento con los recaudos establecidos por las Convenciones a las que Argentina les ha otorgado jerarquía constitucional, que pregonan que los Estados partes deben contar con recursos sencillos y ágiles para la protección de los derechos fundamentales

establecidos en las leyes, constituciones, tratados o convenciones a los que los estados adhieren, los constituyentes de 1994 incorporaron el artículo 43 que insta la acción de amparo para la protección de los derechos constitucionales extendiendo su procedencia para cuestiones ambientales.

La Ley General del Ambiente, dictada con posterioridad a la reforma constitucional, es una ley mixta que regula presupuestos mínimos de protección ambiental, y cuestiones de derecho de fondo y de forma para ser aplicados en todo el territorio de la Nación buscando una uniformidad de criterio en esta materia. Por su parte ha establecido principios de política ambiental dirigidos tanto a legisladores, como al poder ejecutivo y también a los órganos judiciales; principios que en materia judicial deben servir de guía de interpretación a los operadores jurídicos al momento de aplicar el derecho; y además en materia procesal estatuyó lineamientos específicos en cuanto al rol que deben cumplir los jueces en los procesos ambientales otorgándoles amplias facultades en el marco del proceso en miras de proteger efectivamente el interés general.

No obstante en la práctica judicial se encuentran dificultades para conciliar los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo con situaciones fácticas en las que se hace aplicable el principio de precaución cuando se presentan situaciones de posible daño ambiental, caracterizadas por la ausencia de certeza científica que determine la probabilidad cierta de ocurrencia de un menoscabo al medio ambiente, generándose distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales en cuanto al juicio de admisibilidad del amparo realizado por los órganos jurisdiccionales, entre aquellos que se atienen a la letra de la ley y realizan un examen atento y riguroso de los presupuestos de procedencia de la acción, entendiendo que el carácter eficaz del medio protector reside precisamente en la

observación de manera inflexible de los requisitos de admisibilidad, razón por la cual no encuentran acreditada la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o el peligro inminente de la amenaza de daño o por considerar que la necesidad de generación de mayor prueba o debate que se presenta en los casos de incerteza científica de daño hace necesario su derivación a procesos ordinarios ; y por otro lado entre quienes pregonan en pos del paradigma ambiental una flexibilización de las formas procesales tradicionales evitando caer en los excesos de rigor formal, ponderando los bienes jurídicos tutelados en juego, viendo acreditada en la incertidumbre del riesgo la amenaza actual que habilita la procedencia de la acción y haciendo especial hincapié en que la derivación de los amparos a las vías ordinarias implica no solo una dilación temporal que puede ocasionar grandes perjuicios al medio ambiente sino también una denegación de acceso a la justicia en busca de soluciones expeditas.

Estas diferencias se originan precisamente en el reconocimiento de un derecho fundamental cuyo objeto de protección, el medio ambiente, se presenta como un bien colectivo e indivisible, es decir que pertenece a la sociedad en su conjunto, siendo esencialmente limitado y altamente vulnerable; y en el surgimiento del paradigma ambiental que vino a modificar las estructuras tradicionales de los procesos pensados para casos de litis individual, donde el daño se presentaba como cierto, donde los bienes a tutelar eran divisibles; paradigma en donde la tutela preventiva comienza a tomar mayor protagonismo por que la defensa de la sociedad y de los derechos caracterizados como colectivos imponen otro modo de pensar y actuar en el derecho.

Es innegable que cada vez se suscitan mayores situaciones a tutelar en relación al medio ambiente, producto no solo de la actividad del hombre que en miras de obtener un

mayor desarrollo económico u otras ventajas no sopesa las consecuencias de su comportamiento, sino también de los avances tecnológicos y científicos que generan seudos beneficios a corto plazo sin tener certeza de los probables riesgos o consecuencias que pueden ocasionar a largo plazo.

Esta realidad exige un cambio de gran magnitud en las estructuras políticas, sociales y económicas en pos de conciliar el desarrollo económico y el bienestar humano en miras de la preservación del ambiente, y el derecho no puede permanecer indiferente frente a esto. Es sabido que el derecho no siempre acompaña los cambios vertiginosos de la realidad social, viene por detrás de los nuevos conflictos sociales a regularlos, pero mientras esto ocurre, mientras se generan las regulaciones o las reformas pertinentes los jueces no deben permanecer indemnes o apegados a las tradicionales formas procesales o ritos formales. Por lo contrario deben flexibilizar su proceder, adoptar una actitud protagónica y comprometida con la realidad social, interpretando de manera armónica lo establecido en el plexo normativo.

Por lo expuesto y de la lectura de la actual regulación normativa en materia ambiental surge de manera manifiesta que la acción de amparo ha sido instaurada como una vía idónea para la tutela de los nuevos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994, porque la tutela del ambiente requiere necesariamente de soluciones expeditas si se tiene en cuenta que el bien jurídico protegido presenta características que justifican una pronta tutela, máxime cuando se trata de prevenir daños ambientales; y es que lo preventivo debe aplicarse no solo cuando existe certeza de daño ambiental sino asimismo en caso de duda o incertidumbre ante el riesgo de que el mismo pueda producirse para poner en funcionamiento la vía procesal

del amparo. Indudablemente que esta concepción requerirá de jueces proactivos capaces de dejar de lado las concepciones estrictas ligadas a formalismos rigurosos que terminen conduciendo a la frustración de derechos que han sido reconocidos constitucionalmente; jueces que sean capaces de comprender que el paradigma ambiental los invita a tener una actitud comprometida y responsable con la realidad social en la búsqueda constante de expandir el acceso a la justicia para dar efectiva vigencia a los principios preventivo y precautorio, comprendiendo que la finalidad primordial es preservar el medio ambiente, teniendo en cuenta que el fin del proceso y en particular de la acción de amparo, es la inmediata protección del derecho amenazado para dar cumplimiento a la tutela judicial efectiva del mismo.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina.

Andorno, R. (2004). Validez del principio de precaucion como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos. *Recuperado el 28/11/2013 de www.infojus.gov.ar* . ID Infojus: DACF050060

Bellorio Clabot, D. (2004). *Tratado de Derecho Ambiental-Tomo II*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bestani, A. (2012). *Principio de Precaucion*. Buenos Aires: Astrea.

Bidart Campos, G. (1998). *Manual de la Constitucion Reformada-Tomo II*. (1° reimpresión). Buenos Aires: Ediar.

Cafferatta, N. (2004). *Introduccion al Derecho Ambiental*. Mexico: Editorial del Deporte Mexicano.

De Benedictis, L. (2005). El Principio Precautorio y la Defensa del Ambiente. Consideraciones para su aplicacion razonable. *Riesgo y Precaucion. Pasos hacia una Bioetica Ambiental* (págs. 167-182). Recuperado el 27/10/2013 en http://www.ub.edu/fildt/ProyectoAlfa/archivos/Libro_Riesgo_y_precaucion.pdf

Drnas de Clément, Z. Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental. www.acaderc.org.ar. Recuperado el 26/06/2013 en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/artprincipioprecaucion%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/artprincipioprecaucion%20(3).pdf)

Drnas de Clément, Z. Elementos del principio de precaución ambiental. www.biblioteca.clacso.edu.ar Recuperado el 02/05/2013 en

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4599.dir/sec10003b.pdf>

Dromi, R y Menem, E.(1994). *La Constitucion Reformada*. Buenos Aires: Ediciones Ciudadanas Argentinas.

Esain, J.A .(2008). *Competencias Ambientales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Esain, J. A. 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.

www.profesorjimenez.com.ar .Recuperado el 16/10/2013 en

<http://www.profesorjimenez.com.ar/2009/El%20amparo%20ambiental.pdf>

Falcón, E. M. (2008). *El ejercicio de la abogacia-Derecho procesal teórico-práctico en lo civil, comercial, concursal, constitucional y administrativo-Tomo II* (2°ed.) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Ferreya de la Rúa, A. y Rodriguez Juarez, M. (2004). *Manual de Derecho Procesal Civil I*. Córdoba: Alveroni.

Garrido Cordobera, L. M. R. y Cordobera de Garrido, R. Protección al Medio Ambiente y a la Calidad de Vida en la Constitución. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado el 12/02/2014 en

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/proteccion-al-medio-ambiente-y-a-la-calidad-de>

Grillo, I. I. M. (2004). El derecho a la tutela judicial efectiva. *Recuperado de www.infojus.gov.ar el 12/09/2013*. ID Infojus: DACF040088

- Jimenez, E. P. (2008). El derecho a vivir en un ambiente sano en el marco del desarrollo sostenible. En J. A. Esain (Ed.), *Competencias Ambientales* (págs. 7-39). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kamada, L. E. (2012). Del paradigma de la certeza al paradigma de la incertidumbre como criterio de decision judicial en materia ambiental . *Recuperado de www.infojus.gov.ar el 28/11/2013*. ID Infojus: DACF120104
- Klekailo, M. G. (2013). El amparo como garantia real y efectiva de nuestros derechos. *Recuperado de www.infojus.gov.ar el 15/02/2014*. ID Infojus : DACF130304
- Martinez, P. (2008). Principio precautorio y principio preventivo en el derecho ambiental. En Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba(Ed.). *Tutela Juridica del Medio Ambiente* (págs. 353-388). Córdoba: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Midón, M. A. (2004). *Manual de Derecho Constitucional Argentino* (2° ed.). Buenos Aires: La Ley .
- Paz de Robledo, R. A., El amparo colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente- Algunas propuestas para una armonización en Mercosur. www.biblioteca.clacso.edu.ar. Recuperado el 12/04/2014 en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Argentina/cijs-unc/20110707111033/sec11003a.pdf>
- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. A. y Cenicacelaya, M. N. (2001). *Derecho Constitucional Argentino-Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Sagües, N. P. (2001). *Elementos de Derecho Constitucional- Tomo II* (3° ed). Buenos Aires: Astrea.

Zárate, E. A. (2008). *Manual de Derecho Ambiental* (2° ed.). Rosario-Santa Fe: Nova Tesis.

Zeballos de Sisto, M. C. (2001). Hacia la creacion de un sistema juridico ambiental en la Argentina. En Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Ed.). *Humanismo Ambiental 3° Jornadas de Reflexion-Volumen XXVI* (págs. 143-162). Córdoba: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba.

Legislación.

Código Civil de la Republica Argentina, 2004, Editorial Zavalía.

Constitución Nacional, 2004, Editorial La Ley.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (1972).

Recuperado el 02/02/2013 de

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&1=en>

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992). Recuperado el 13/10/2013 en

<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002). Recuperado el 13/10/2013 en

http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm

Ley 25.675 Política Ambiental Nacional, Sancionada 06/11/2002

Ley 16.986 Ley de Acción de Amparo, Sancionado 18/10/1966

Resolución 2398/XXIII del 3/12/1968 .Recuperado el 06/03/2014 en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/247/12/IMG/NR024712.pdf?OpenElement>

Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n° 37/7 del 28/10/1982 Recuperado el 16/08/2013 en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/432/47/IMG/NR043247.pdf?OpenElement>

Jurisprudencia.

CSJN, “Alarcón, Francisco y otro V. Central Dock S.A y otro”, 28/09/2010, consid. 5-7-8 de la disidencia de los Dres. Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti.
www.csjn.gov.ar. Recuperado el 25/02/2014 de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=24>

CSJN, “Asociación Multisectorial del Sur en defensa del desarrollo sustentable V. Comisión Nacional de Energía Atómica”, 26/05/2010, Dr. Lorenzetti, por su voto, consid. 8.
www.csjn.gov.ar. Recuperado el 02/02/14 en <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=684879>

C.S.J.N, “Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yaciretá “, 23/11/2004, L.L Cita online AR/JUR 13756/2004. Recuperado el 15/04/2014 en www.laleyonline.com

CSJN, “Kot Samuel S.R.L s/recurso de habeas corpus” (05/09/1958), Fallos: 241:301.

Recuperado el 10/03/2014 en

<http://www.csjn.gov.ar/microfichas/jsp/consultaTomosFallos.jsp>

CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo”, 26/03/2009,

consid. 2 a 3. www.csjn.gov.ar. Recuperado el 14/03/2013 de

www.csjn.gov.ar/data/sda.pdf

CSJN, “Siri Angel s./ interpone recurso de habeas corpus” (27/12/1957), Fallos :

239:463. Recuperado el 10/03/2014 de

<http://www.csjn.gov.ar/microfichas/jsp/consultaTomosFallos.jsp>

CSJN, “Werneke, Adolfo G y otros V. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la

Provincia de Buenos Aires s/amparo-med. cautelar”, 17/12/2007, del Procurador General

de la Nación, apartado IV. www.csjn.gov.ar. Recuperado el 01/03/2014 en

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=>

637236

CSJN, “Werneke, Adolfo G y otros V. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la

Provincia de Buenos Aires s/amparo-med. cautelar”, 14/10/2008, disidencias.

www.csjn.gov.ar. Recuperado el 01/03/2014 en

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=>

655028

TSJ Córdoba, “Castellani, Carlos E., y otros s/amparo”, 11/03/2003, L.L Cita

online: AR/JUR/1813/2003. Recuperado el 12/04/2014 en www.laleyonline.com

Cam. Fed. Apel. Bahía Blanca Sala 1-Secretaria 2, “Werneke Adolfo Guillermo y otros c/Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo – med. cautelar”, 11/05/2006, consid. 7 a 8. www.jose-esain.com.ar. Recuperado el 01/03/2014 en http://www.jose-esain.com.ar/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=183:werneke-sentencia-de-camara-final&catid=34:sentencias-y-resoluciones-judiciales&Itemid=7

Cam 2º Apel. de Córdoba, “Fonseca Ricardo y otros c/ Dipas “, 16/09/2008, L.L Cita online: AR/JUR/7536/2008. Recuperado el 10/04/2014 en www.laleyonline.com

Páginas Web.

Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución, (2000) Bruselas 2/02/2000. Recuperado el 15/03/2014 en <http://old.eu-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:ES:PDF>

Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (2005), pág. 10. Recuperado el 15/11/2013 <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>

Diccionario de la Real Academia Española www.lemma.es.