



- Germán Gabriel Grahek
- D.N.I. N° 27.255.281
- Legajo ABG07542
- Año 2019
- Profesor Dr. Carlos Isidro Bustos
- Nota a fallo: Derecho Ambiental-Derecho Constitucional

El Recurso de Amparo: Su aplicabilidad en situaciones concretas o abstractas.

- Tulián, Mariela Jorgelina y otros C/Prov. de Córdoba (Poder Legislativo)-Amparo (Expte. N°3561349 Iniciado El 28/03/2017)
- Cámara Contencioso Administrativa de 2° Nominación de la ciudad de Córdoba.
- Abogacía
- Universidad Empresarial Siglo 21

Sumario I-Introducción de la nota. II- Hechos de la causa, historia procesal y resolución del tribunal. III-Identificación y reconstrucción de la Ratio Decidendi. IV-Análisis y comentarios. a) Control de constitucionalidad. b) Control de constitucionalidad a priori en el derecho comparado. c) Control de constitucionalidad a posteriori. V-El Amparo ambiental. VI-Posición del autor. VII-Conclusión. VIII- Referencias bibliográficas.

I-Introducción de la nota

Aquellos, quienes consideraron la necesidad de resguardar de la posible embestida de la mano del hombre moderno y apático del medio ambiente, y a la vez, de los eventuales avances urbanísticos y desarrollistas, la integridad de, al menos, una porción de aquella opulenta fuente de vida que representan los bosques, estimando encontrar en las normas que rigen la conducta de los hombres en sociedad, la panacea a un futuro y factible padecimiento.

Es por ello que, de los hechos analizados, se desprende el rol protagónico que jugó un heterogéneo grupo de interesados en impedir la continuidad de la elaboración y consecuente puesta en marcha, por parte del Poder Legislativo provincial, del que, en ese entonces, era el proyecto de ley sobre ordenamiento territorial de bosques nativos y regulación de bosques exóticos de la provincia de Córdoba, y por la otra parte, el rol conductor de las autoridades que representan al poder judicial de nuestra provincia, envistiendo sus atavíos de contralores de las normas que procuran un desarrollo armónico y sosegado respecto de las conductas de la colectividad cordobesa.

II. Hechos de la causa, historia procesal y resolución del tribunal

La Sra. Mariela Josefina Tulián, integrante y representante de la comunidad Comechingón Sanavirón Tulián, la Fundación Tercera Generación y la Fundación para la defensa del ambiente (FUNAM), manifiestan su necesidad de ser protegidos en su derecho de ser partícipes en los asuntos que atañen a la defensa del medio ambiente, su consecuente participación en la metodología de administración de los recursos naturales, como así también, de cualquier otra implicancia que amerite ser relacionada con sus derechos reconocidos constitucionalmente.

Como consecuencia, se constituyen a los efectos de promover acción de amparo ambiental en concordancia con la ley provincial N° 4915, por

entenderse activamente legitimados, de conformidad con el art. 43 de la Carta Magna, tratados internacionales con jerarquía constitucional y normas relativas, tal es, la ley de ambiente de Córdoba (N°10.208), contra el Poder Legislativo de la provincia de Córdoba, solicitando la nulidad del proyecto de ley sobre ordenamiento territorial de bosques nativos (OTBN), y la regulación de bosques exóticos de la provincia de Córdoba que se hallaba en proceso de elaboración en el seno del mencionado órgano, fundados en qué, toda medida legislativa que pueda llegar a afectarles directamente, debe ser obligatoriamente consultada a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados, a su vez que, promueven solicitud de medida cautelar innovativa contra el tratamiento legislativo de dicho proyecto por considerar que la promulgación de este, conlleva al menoscabo de intereses colectivos, a la lesión de derechos ambientales y de los recursos naturales, por considerar vulnerados los presupuestos mínimos de protección ambiental y de bosques nativos conforme lo establecido en la ley n°26.331, a la vez que alegan que el escrito propone el manejo y aprovechamiento sustentables de los bosques nativos, lo que a criterio de la parte actora, analógicamente, representa desmonte o aprovechamiento desmedido del recurso.

III-Identificación y reconstrucción de la Ratio Decidendi

No obstante lo expuesto precedentemente, la Cámara Contenciosa Administrativa de 2° nominación a cargo de las Sras. juezas, Dras. María Inés Ortiz de Gallardo y Cecilia María de Guernica, coincidieron en rechazar la demanda fundamentando la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad conforme a la ausencia de un caso, (C.S.J.N. Fallos 321:1352), tal como lo expresaran, "...el fin y las consecuencias del control encomendado a la Justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que este requisito de la existencia de caso o controversia judicial sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes"; Aducen además que, "de admitirse la configuración de un caso o causa frente a una acción de amparo que cuestiona un proyecto de ley, y no una ley sancionada y promulgada, en nuestro sistema constitucional, podría dar lugar a la situación claramente descrita por la C.S.J.N. en el sentido que el "generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno...", "...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares" ("Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War", 418 U.S. 208, espec. págs. 222, 226/227, 1974)- (Fallos: 321:1252), a la

vez que fundaron su decisión manifestando que, de no existir un límite de poderes que amojone su autoridad, la justicia “dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la república, y podría llegar el caso, en que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental”(Fallos: 156:318) y qué, de conformidad con la doctrina nacional y el derecho comparado, surge el impedimento del ejercicio de control constitucional por vía del amparo ante la ausencia de un “caso o causa judicial madura”.

Es por ello que, en consecuencia, se resolvió no hacer lugar a la acción de amparo por ser manifiestamente inadmisibile (conforme art 3, ley 4915); no obstante, se exhortó a las autoridades político-electivas de la provincia de Córdoba a que aseguren del modo más amplio posible los presupuestos de participación ciudadana.

IV-Análisis Y Comentarios

a) Control de constitucionalidad

El propósito del control de constitucionalidad es el de comprobar la congruencia o concordancia existente entre normas jurídicas de distintos estratos; Gregorio Badeni (2006), menciona que, “sin un efectivo control de constitucionalidad, el ejercicio del poder se torna autocrático al estar desprovisto de límites efectivos para su desenvolvimiento.” (Badeni,2006, p.287).

Respecto de los procedimientos de control de constitucionalidad, existen, el control político, que consiste en asignar a un órgano de naturaleza política, la función de velar por la supremacía de la Constitución.

Badeni (2006) expresa que

Si bien el análisis de la concordancia entre una norma inferior y otra superior es una tarea técnica y esencialmente jurídica, los efectos de una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad son de naturaleza política por las consecuencias que deparan para la conformación del orden jurídico. Tal circunstancia avalaría la razonabilidad del control político. (Badeni,2006. p.288).

El control judicial es el que le corresponde a un organismo jurisdiccional, el que podrá ejercerse de manera concentrada o de manera difusa, conforme exista o no, pluralidad de órganos encargados de ejercer la función; a la vez

que, de acuerdo a la forma en que se plantea la cuestión, pueden ser de manera incidental o por vía principal.

b) Control constitucionalidad a priori en el derecho comparado

El profesor francés Frank Moderné (1993) destaca que el control de constitucionalidad preventivo, tiene lugar durante la elaboración de las normas, o, en caso de referirse a convenios o tratados internacionales, previo a su ratificación.

Moderné (1993) explica qué,

el control previo de constitucionalidad (el llamado control a priori o ex ante o preventivo) es una técnica de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas (esencialmente de las leyes y de los tratados internacionales, pero también de otros actos eventualmente sometidos al juez constitucional) que tiene algunas aplicaciones relevantes en la Europa actual (Francia, Portugal, varios países de Europa Oriental) y otras de menor importancia como en España, Italia y Austria. (Moderné, 1993.p.409).

Este tipo de control proviene de un sistema de control concentrado, ajeno al sistema de tipo difuso que impera en nuestro país.

La Dra. Elena Highton alecciona respecto del efecto que producen las sentencias de amparo en nuestro sistema, manifestando que el resultado tiene sus efectos solo entre las partes intervinientes en el conflicto, lo que no obsta de que, y según sea el caso tratado, los efectos de la sentencia, puedan servir de antecedente, fundamentado en procurar evitar dilaciones o derroche de recursos. (Highton, Elena I./s/f).

c) Control de constitucionalidad a posteriori

El precepto que contempla la obligatoriedad de la existencia de un caso o causa concreta para que proceda el control de constitucionalidad por vía del amparo, emana del artículo 43 de nuestra Carta Magna; parafraseando a Morello (1989) explica qué, en reiteradas oportunidades, la Corte se ha manifestado al respecto, oponiéndose a los pronunciamientos sobre cuestiones abstractas, lo que no obsta a que los haga con fines académicos.

A su vez, para el correcto funcionamiento del control de constitucionalidad, Laplacette (2001) expresa que existen una serie de requisitos para su

procedencia, tales como una disputa derivada de un caso concreto, considerado este, como eje o base para la intervención del poder judicial, y este caso concreto, a su vez, deriva de la existencia de una contraposición de intereses legales y de que este planteo sea contemporáneo.

Según manifiesta Laplacette (2011),

La exigencia de actualidad en el conflicto se vincula con ambos extremos de un planteo; en primer lugar, éste no puede ser llevado a conocimiento del Poder Judicial antes de que verdaderamente tenga lugar el conflicto (planteos prematuros o not ripe). La Corte Suprema de la Nación ha señalado que no le corresponde establecer reglas para casos aún no litigados, ni resolver planteos o agravios hipotéticos o conjeturales. (Laplacette, 2011, p.5).

La Constitución de la provincia de Córdoba, también regula la admisibilidad de este recurso al expresar, en su primer artículo, las condiciones para su procedencia. (Ley N° 4915).

V-El Amparo ambiental

En primer lugar, cabe destacar la prevalencia del derecho al ambiente sano conforme aparece reglado en el artículo 41 de la Constitución Nacional, configurándose este, de manera indubitable, como un derecho humano fundamental, y es a raíz de ello que surge la necesidad de su protección y de disponibilidad de herramientas jurídicas ante eventuales quebrantamientos.

Cuando este quebrantamiento o violación se torna ostensible, y la indemnidad del ambiente afectado amerita una impostergable solución, emerge, como medio de protección eficaz e inmediato, el proceso de amparo; recurso que tiene su origen pretoriano en nuestro ordenamiento jurídico conforme a dos emblemáticos casos (“Ángel Siri” de 1957 y “Samuel Kot” de 1958) para luego tornarse, con la reforma constitucional de 1994, una garantía implícita. (Art 43 Constitución Nacional). A la vez que Orihuela (2008) nos refiere a los requisitos para su procedencia: la legitimación activa y la existencia de un perjuicio.

El amparo ambiental tiene génesis constitucional en los arts. 41 y 43, pero, no obstante, ha sido añadida por las disposiciones de la ley 25.675,

conforme reza el art. 30... “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.” (Ley N° 25.675).

VI-Posición del autor

Adhiero a la postura del tribunal respecto al fundamento denegatorio del recurso en cuestión. La justificación de mi posición radica en diversos puntos que paso a detallar

Si bien es vital la importancia que evidencia el resguardo de los recursos naturales, considerando a la naturaleza, como un bien escaso o en situación de peligro, la legislación no ha sido ajena al reconocimiento de esta importancia, por cuanto, en los últimos años, ha surgido un fortalecimiento en materia de defensa del medio ambiente y esto se ha visto traducido en la redacción del plexo normativo nacional e internacional.

Del mencionado plexo normativo, surgen, de manera clara y contundente, herramientas idóneas para la tutela de los derechos de incidencia colectiva referentes al medio ambiente, tomando como ejemplo, la obligación de recomposición del bien jurídico afectado; situación a la vez, considerada por la ley general de ambiente, o, incluso, lo establecido al reglar el amparo en defensa del derecho al ambiente y de los derechos de incidencia colectiva en general, tornándolo natural en su aplicabilidad ante daños o afectaciones consumados, y también de manera preventiva; todo ello, sin dejar de mencionar la garantía de preservación y recuperación que expresa nuestra carta magna provincial; además, tampoco se ha dejado de lado la oportunidad de aplicar una indemnización sustitutiva ante la imposibilidad de recomponer la situación.

Implícitamente, la legislación nacional consiente la posibilidad de esgrimir medidas autosatisfactivas; utilizables ante la inminencia de la producción de un daño.

No obstante, la preeminente relevancia que se le otorga a la tutela preventiva del ambiente, o la contemplación que se realiza respecto a la posibilidad de efectuar acciones correctivas, considero que, la acción de amparo pretendida por los actores del caso en análisis, resulta en primer lugar, improcedente, dado que, las exigencias que esgrimen, no encuadran en los parámetros contemplados en la ley que

regula el instituto para su admisibilidad, parámetros tales como, una posible restricción, alteración, amenaza o lesión de derechos o garantías constitucionales, sea de manera arbitraria o de notoria ilegalidad, dado que, el amparo se constituye como una vía de resguardo contra acciones concretas o contundentes, que efectivamente generen violación de derechos subjetivos que la C.N. contempla, o también, alguna amenaza inminente; y, a su vez, esta improcedencia tiene su génesis en la imposibilidad, por parte del poder judicial, de expedirse o pronunciarse ante situaciones abstractas, tal es, el proyecto de ordenamiento de bosques en cuestión, entendido el termino , como la mera idea de una cosa que se piensa hacer, aún sin concreción, algo abstracto .

VII-Conclusión

Del análisis del fallo Tulián, Mariela Jorgelina y otros contra el Poder Legislativo de la provincia de Córdoba (Expte. N°3561349, iniciado el 28 de marzo de 2017), se desprende el evidente y amplísimo abanico de herramientas jurídicas con que se cuenta para la protección de los derechos ambientales. La importancia de la protección del medio ambiente, surge a partir del entendimiento de que este, auspicia como sustento para el desarrollo, no solo económico, sino social e incluso, espiritual del ser humano.

Existe un denotado crecimiento poblacional a nivel mundial, y las disparidades socio-económicas son manifiestas conforme el grado de desarrollo que presente cada país. Estas diferencias tienen repercusión directa con la lesividad al medio ambiente; a modo de ejemplo, en países en vías de desarrollo, donde las prioridades de la población radican en alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas, se tiende a desentender la relación inmediata que existe entre un medio ambiente sano y una mejor calidad de vida; y a su vez, en aquellos países con desarrollo económico prominente y altamente industrializados, donde alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas ha dejado de ser una meta, desplazada por el objetivo de alcanzar el rédito económico y ampliar las utilidades, se tiende a subestimar, e incluso, en oportunidades, a despreciar el entorno natural, lo que se traduce en resultados de índole nocivo para el medio ambiente.

Desde hace décadas, se contempla la necesidad de resguardo del medio ambiente, entendiéndolo como sinónimo de evolución; evolución

que se vislumbra como consecuencia de la capacidad que ostenta el hombre para la transformación del medio y los recursos que lo rodean, y qué, tal aprovechamiento, ejercido de manera racional y mesurada, conlleva el incremento de su calidad de vida, y antagónicamente, la utilización, aprovechamiento y/o explotación desmedida e insensata, acarrea resultados dañinos, en oportunidades, irreparables.

Sin embargo, y a pesar de la prevalencia reinante por la protección del medio ambiente, el ejercicio de su defensa a través de los instrumentos jurídicos- protectores que emanan de nuestro plexo normativo, se funda en la existencia de situaciones concretas, determinadas, actuales o inminentemente pasibles de lesión.

Son amplios los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales a nivel nacional, que, en materia de procedencia de recursos de inconstitucionalidad, supeditan su principio a la existencia de una causa concreta, limitando, e incluso, restringiendo, la competencia de los jueces para la realización de declaraciones generales o abstractas, fundamentando a su vez, la incompatibilidad de pronunciamiento respecto de situaciones en las que no exista una efectiva colisión de derechos.

VIII- Referencias bibliográficas.

Doctrina:

- Badeni, Gregorio. (2006) *Tratado de derecho constitucional TOMO I*, 2da ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Argentina. Editorial La Ley.
- Bidart Campos, German J. (2013)- *Manual De La Constitución Reformada – Tomo II*- Buenos Aires. Argentina. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Cafferatta, Néstor A. (2004) *Introducción Al Derecho Ambiental*. México, D.F. México. Instituto Nacional de Ecología (INE-SEMARNAT).
- Ekmekdjian, Miguel Ángel (1999). *Tratado de Derecho Constitucional*. TOMO IV (Arts. 42 al 86). Buenos Aires. Argentina. Editorial Depalma.
- Highton, Elena I. en *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. Recuperado de <http://old.csjn.gov.ar> , el 28/05/2019.

- Laplacette, Carlos José. (2011) *Exigencias temporales del caso judicial los casos devenidos abstractos, situaciones limítrofes y discusión sobre su constitucionalidad.* (Disertación del Dr. Carlos José Laplacette en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, del 18 de mayo de 2011).
- Lorenzetti, Ricardo Luis (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*. México. Editorial Porrúa.
- Moderné, Franck. (1993) *El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea*. Revista Chilena de Derecho Vol. 20, No. 2/3, 24ta Jornadas Chilenas de Derecho Público: Tomo 1 (mayo-diciembre 1993). En <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/194063> , Recuperado el 12/05/2019.
- Morello, Augusto Mario, (1989). *La Corte Suprema en acción*. Buenos Aires. Argentina. Editorial Abeledo Perrot-Platense.
- Orihuela, Andrea M, (2008) *Constitución Nacional comentada*. 4ta ed. Buenos Aires. Argentina. Editorial Estudio.
- Sagüés, Néstor Pedro (2007)-*Manual De Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Argentina. Editorial ASTREA.

Jurisprudencia

- C.S.J.N. *Consumidores libres cooperativa limitada de provisión de servicios de acción comunitaria s/ amparo*. Fallos 321:1352, JA 1998-IV-38. Sistema Argentino de Información Jurídica. (1998).
- C.S.J.N. *Kot Samuel S.R.L. s/ Acción de Amparo*. Fallos: 241:291, Sistema Argentino de Información Jurídica. (1958).
- *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*, 418 U.S. 208, pp. 222, 226/227, 1974. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/208/#tab-opinion-1950899> , el 10/05/2019.
- C.S.J.N. “Siri”, Fallos 239:459 (1957), L.L. 89-531 y J.A. 1958-II-476. Sistema Argentino de Información Jurídica. (1957).

- C.S.J.N. *Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo*. Fallos: 156:318, Sistema Argentino de Información Jurídica. (2010).
- CNCont.- Adm 2° Nom. *Tulián, Mariela Jorgelina y otros c/ provincia de Córdoba (Poder Legislativo) - Amparo (Ley 4815)*", expediente n.º 3561349. Resolución: Auto n.º 122. (2017).

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. Honorable Congreso de la Nación. B.O. de la Nación del 08 de octubre de 2014.
- Constitución Nacional. Ley N° 24.430. Honorable Congreso de la Nación. B. O. de la Nación del 10 de enero de 1995.
- Ley de política ambiental de la provincia de Córdoba. Ley N° 10.208. Honorable Legislatura de la provincia de Córdoba. B.O. de Córdoba del 27 de junio de 2014.
- Ley general del ambiente. Ley N° 25.675-. Honorable Congreso de la Nación. B. O. de la Nación del 28 de noviembre de 2002.
- Ordenamiento territorial de bosques nativos y regulación de bosques exóticos de la provincia de Córdoba. Ley N° 9814. (Expte. 20811/16). Honorable Legislatura de la provincia de Córdoba. B.O. de Córdoba del 10 de agosto de 2010.
- Presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos. Ley N° 26.331, Honorable Congreso de la Nación. B.O. de la Nación del 26 de diciembre de 2007.
- Reglamentación de la acción de amparo. Ley N° 4915-Honorable Legislatura de la provincia de Córdoba. B.O. de Córdoba, 20 de enero de 1967.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Grahek Germán Gabriel
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	27.255.281
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El Recurso de Amparo: Su aplicabilidad en situaciones concretas o abstractas.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	germangrahek@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<p>Texto completo de la Tesis (Marcar SI/NO)^[1]</p>	<p>Si.-</p>
<p>Publicación parcial (Informar que capítulos se publicarán)</p>	<p>----- -----</p>

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Ciudad de Córdoba, septiembre de 2019

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

