

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SU ARMONIOSA CONCRECIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL

Por Leonardo Villafañe

Sumario: 1.- La noción de “Derecho Ambiental Constitucional”. 2.- El principio de supremacía de la Constitución y el orden jerárquico a partir de las leyes de presupuestos mínimos. 2.a.- Las Leyes de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental. 2.b.- Orden público ambiental y principio de congruencia. 3.- El principio “alterum non laedere” y su nuevo alcance a partir de las funciones preventiva y precautoria del daño ambiental. 3.a.- La máxima expansión del alterum non laedere: el principio precautorio. 4.- El principio de “tutela judicial efectiva” en los procesos colectivos de la Ley General del Ambiente. 5.- Conclusión.

1.- La noción de “Derecho Ambiental Constitucional”

Los principios constitucionales constituyen la piedra fundamental de todo el ordenamiento jurídico y expanden sus efectos e influencias sobre todas las ramas jurídicas como presupuestos de validación de las mismas. La integración y armonización entre todas las materias con la Constitución y sus principios es la manifestación de coherencia necesaria en cualquier sistema jurídico.

Los principios irradian sus efectos múltiples hacia todo el ordenamiento cumpliendo muy variadas funciones: informadora a los efectos de cubrir lagunas de derecho, de interpretación para la resolución de tensiones y conflictos entre normas, compaginadora y aglutinante, líneas de expansión, etc.¹

1 Néstor A Cafferata, “Reformulación del principio de progresividad a diez años de la ley 25.675 general del ambiente. Avances y novedades.” Rev. De Derecho Ambiental N°31. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2012. p. 1-21.

El derecho ambiental posee principios propios que se caracterizan por una aplicación y un valor muy relevante en su funcionamiento como disciplina jurídica, tanto en lo sustancial como en lo procesal.

Ahora bien, trataremos en el presente trabajo, de verificar la congruencia teórica entre los principios de origen constitucional y los principios y normas específicos del derecho ambiental.

Esta correspondencia intrínseca es un mandato constitucional que prevé la jerarquía normativa con supremacía constitucional en su art. 31 y de alguna manera, construye una serie de estándares constitucionales para todas las materias.

Sobre la concordancia entre el sistema jurídico infraconstitucional con el previsto en la Ley Suprema ya dijo la Corte: "...la interpretación de las leyes debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial".²

La reforma constitucional del año 1994 es sin dudas un hito muy relevante para el desarrollo del derecho actual ya que expandió la cima del ordenamiento³. Pero, en particular, resulta fundacional para el derecho ambiental nacional por cuanto a partir de la incorporación de los artículos 41, 43 y 124 in fine podemos hacer referencia al nacimiento de dicha especialidad y a la existencia de un "derecho constitucional ambiental".

Esta expresión la extrajimos de una obra de Horacio Rosatti⁴ sobre el tema, y refiere a la mirada que se hace desde la Carta Magna a la nueva y polifacética rama del

2 CSJN Fallos: 302:1284; 311:255

3 Ver. Patricio Maraniello, *"Declaración de inconstitucionalidad de oficio"*. Librería del Turista. 1° ed. Buenos Aires. 2008.

4 Horacio D. Rosatti, *"Derecho Ambiental Constitucional"*. 1° ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2007.

ordenamiento jurídico, que hinca sus raíces en el derecho público pero que expande sus efectos en el derecho privado, con alcances en el derecho sustancial (como el Código Civil y Comercial) tanto como en el derecho procesal.

Por nuestra parte, consideramos alentadora la incorporación del derecho ambiental al Código Civil y Comercial, reconociendo la influencia que posee la cuestión de la sustentabilidad en relación a los derechos particulares y a la propiedad y disfrute de las cosas. Vaticinamos que el derecho civil ambiental puede evolucionar en una especie de Civil VII en los programas de estudios de las universidades.

El derecho ambiental a partir de los artículos mencionados y, en especial, desde la sanción de la Ley General del Ambiente N° 25.675 posee principios, institutos y normas que responden muy adecuadamente a la lógica constitucional con fundamento en la supremacía de la Carta Magna y en los demás principios y garantías. Existe una derivación armoniosa de los principios constitucionales en las normas y aplicación del derecho ambiental. Nos avocaremos a algunos de ellos para su demostración.

2.- El principio de supremacía de la Constitución y el orden jerárquico a partir de las leyes de presupuestos mínimos

El Dr. Rivera sobre el rol de una Constitución en el ordenamiento decía "...que la Constitución es una norma jurídica que constituye el sustrato de todo derecho que se desarrolla a través de la legislación ordinaria. De lo que deriva que la legislación infraconstitucional no puede contradecir a la Constitución, así como que de ésta emanan derechos que son directamente operativos y, por ende, reclamables tanto frente al Estado como a los particulares"⁵. Queda claro entonces el rango jurídico de la Carta Magna.

5 Julio César Rivera, *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. 1° ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2012. p. 4

El principio de la supremacía constitucional es, al decir de Maximiliano Toricelli, “un presupuesto del sistema que exige al ordenamiento jurídico su establecimiento en forma jerárquica, encontrándose su vértice ocupado por la Constitución”⁶.

La jerarquía superior de la Constitución incluye, claramente, el plexo de Tratados de Derechos Humanos incorporados a partir del art. 75 inc. 22 y los que se agregaron con posterioridad a la reforma con el mismo grado.

Es decir que el principio de supremacía de la Constitución se constituye en su cúspide tanto por la Constitución propiamente dicha como por los Tratados de Derechos Humanos que, por imperio de la misma Constitución, gozan de igual jerarquía, así como aquellos que obtengan similar rango por decisión del Poder Legislativo⁷. Esto sin perjuicio del carácter complementario que poseen, es decir, que en ningún caso derogan los derechos y garantías previstos en la primera parte de la Constitución.

De la misma manera debe entenderse a la interpretación de los tratados, que como pauta insoslayable, resultan aplicables a las cuestiones jurídicas internas y el control de convencionalidad imperativo para magistrados. Todo esto, ahora y actualmente, bajo los novedosos y aún no determinados efectos del fallo conocido como “Fontevéchia”.⁸

6 Maximiliano Toricelli, *El sistema de control constitucional argentino*, 1° ed. Depalma. Buenos Aires. 2002. p. 37.

7 Jorge Alejandro Amaya “Diálogos entre tribunales internacionales y tribunales internos. Tensiones e interrogantes en materia de derechos políticos que surgen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en obra colectiva *“Tribunales supranacionales y tribunales nacional”*. Coordinadores Pizzolo, Colagero- Mezzetti, Luca, 1° ed. Astrea. CABA. 2016. T.1. p. 22.

8 CSJN. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 14/02/2017. La Ley 20/02/2017 , 9, La Ley LEY 2017-A , 396 La Ley 23/02/2017 , 1 con nota de Alberto F. Garay; Roberto Gargarella; María Angélica Gelli; Calogero Pizzolo; Alfonso Santiago; Juan Vicente Sola, Lorena González Tocci y Pedro A. Caminos; Alberto L. Zuppi y Rodrigo Dellutri. La ley 2017-A , 446 con nota de Alberto F. Garay; Roberto Gargarella; María Angélica Gelli; Calogero Pizzolo; Alfonso Santiago; Juan Vicente Sola, Lorena González Tocci y Pedro A. Caminos; Alberto L. Zuppi y Rodrigo Dellutri. La Ley 08/03/2017 , 5 con nota de Silvia B. Palacio de Caeiro. La Ley 2017-A , 575 con nota de Silvia B. Palacio de Caeiro. La Ley

En definitiva, el principio se traduce en la necesaria adecuación de los hechos y las normas a la Constitución Nacional y sus mandas. Este ajuste normativo y fáctico exige un análisis de arriba para abajo y viceversa.

2.a.- Las Leyes de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental

Uno de los más importantes aportes que la Constitución del año 1994 hizo a la disciplina ambiental, además de reconocer el derecho, fue asignarle un tipo de legislación específica, que actúa como cuña entre la mismísima carta magna y la restante legislación, tanto ambiental como la restante normativa. Es decir, modifica la estructura de la jerarquía normativa infraconstitucional, exclusivamente para el derecho ambiental.

Las leyes de presupuestos mínimos son normas de una existencia limitadas exclusivamente a las cuestiones ambientales. Son un tipo de normas que solo “valen”⁹ en esta materia. Son preceptos que por sus características podremos denominar “peculiares” y “exclusivos” en razón de que no se encuentran en el resto del sistema.

Su peculiaridad se define por su naturaleza jurídica, es decir, por ser una norma de presupuesto mínimo, categoría de norma que no existía hasta 1994, y que no encuentra normas de similar característica en el resto del ordenamiento. Ante cualquier conflicto o desarrollo de políticas ambientales prevalece jerárquicamente la aplicación

15/03/2017 , 4 con nota de Emilio A. Ibarlucía. La Ley 2017-B , 60 con nota de Emilio A. Ibarlucía. La Ley 20/03/2017 , 5 con nota de Pablo L. Manili. La Ley 2017-B , 115 con nota de Pablo L. Manili. La Ley 28/03/2017 , 4 con nota de Mariana Catalano y Walter F. Carnota. La Ley 2017-B , 194 con nota de Mariana Catalano y Walter F. Carnota. La Ley 2017-B , 222 con nota de María G. Ábalos. Sup. Const. 2017 (marzo) , 3 con nota de María G. Ábalos. DFyP 2017 (abril) , 147 con nota de Alfonso Santiago. La Ley 27/04/2017 , 4 con nota de Hernán V. Gullco. La Ley 2017-B , 512 con nota de Hernán V. Gullco. La Ley 08/05/2017 , 7 con nota de Alberto R. Dalla Via. Sup. Adm. 2017 (mayo) , 7 con nota de Enrique A. Regueira y Belén E. Donzelli.

⁹ Mario Francisco Valls, “Derecho Ambiental” ob. cit. p. 81 le asigna únicamente valor y jerarquía de ley de presupuestos mínimos a aquellas que efectivamente protejan el ambiente. Las que no, aunque se titulen de presupuestos mínimos no poseen dicho valor.

de estas leyes. Los presupuestos mínimos, los umbrales básicos y uniformes de protección, rigen en todo el país y por encima de toda la legislación infra constitucional.

Esta “**solución constitucional**” tiene fundamento en la necesidad de mantener un poder central fuerte que permita la consecución de objetivos ambientales, solo alcanzables con una actuación única y descentralizada¹⁰. La naturaleza colectiva del ambiente, que comparten todos los estados (Nación, Provincias y Municipios) viene a servir de fundamento para la solución adoptada.

Entendiendo que existe concordancia entre el sistema constitucional y la expresión normativa de la LGA nos dice el Dr. Sabsay que la misma “...es una Ley marco en materia de presupuestos mínimos de protección ambiental, que el Congreso ha sancionado en virtud del mandato del tercer párrafo del artículo 41, reúne en su texto aspectos básicos de la política ambiental nacional, en consonancia con diversas contribuciones de la comunidad jurídica y de la sociedad en general. La norma abreva en nuestra organización federal, considerando el concepto de presupuesto mínimo y su determinación en virtud de la distribución de competencias Nación - Provincias, proveyendo por ende el andamiaje institucional básico sobre el cual deben sancionarse e interpretarse las leyes sectoriales de presupuestos mínimos”¹¹.

Aunque resulte paradójal, es la una ley de presupuesto mínimo la que define qué debe entenderse por presupuesto mínimo. La Ley de Presupuestos Mínimos N°25675 Ley General del Ambiente en su artículo 6° dice: “Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental...”

10 Raúl Canosa Usera, “*Constitución y Medio Ambiente*” Ciudad Argentina Dykinson, Madrid, 2000, p. 209, citado por Díaz Ricci, Raúl y De la Vega de Díaz Ricci, Ana. Ob. Cit. p. 153.

11 Daniel A. Sabsay, “El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la reforma”. Sup. Const. 2014 (octubre) , 143; La Ley 2014-E , 1173.

Hubiésemos preferido que, en vez de “condiciones necesarias” hubiera utilizado el término “condiciones básicas”, pero se entiende que, jurídicamente, las leyes de presupuestos mínimos actúan como normativa estándar que establece un piso mínimo que no puede ser trasvasado. Si así lo fuere se estaría vulnerando el orden jerárquico de las leyes y por lo tanto no es válida ni vigente en esa aplicación.

Esta “preeminencia” se completa con el orden público ambiental y el principio de congruencia que operan como vectores de control de la congruente aplicación y legitimidad de las normas ambientales.

2.b.- Orden público ambiental y principio de congruencia

El art. 41 de la Constitución Nacional establece este nuevo orden de competencias legislativas estableciendo la competencia del Congreso de dictar leyes de presupuestos mínimos que se encuentran definidos en una ley de presupuestos mínimos (que paradójicamente no fue la primera ley de presupuestos mínimos) denominada Ley General del Ambiente N°25675.

Esta ley se erige como la norma de mayor jerarquía entre las de presupuestos mínimos (particularmente las que regulan los recursos en forma fragmentada), pues establece los presupuestos mínimos para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, fija los objetivos y principios de toda la política ambiental, entre otras cuestiones relevantes que la ubican en la cúspide del ordenamiento ambiental, sólo por debajo de la Constitución Nacional.

Es tan relevante esta norma que establece qué debe entenderse por **orden público ambiental**, así en el art. 3° establece: “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, **operativas**¹², y se utilizarán para

12 En forma llamativa, las leyes ambientales en muchos casos han sido vetadas parcialmente, pero las ediciones de los textos ordenados mantienen la parte que fue observada. En el caso del art. 3° la operatividad fue observada por el Poder Ejecutivo, sin embargo se mantiene en su texto, con una minúscula aclaración sobre su situación, trayendo aparejado todo tipo de confusiones. Lo mismo ocurre

la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la que mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”.

Este artículo viene a complementar lo que habíamos expresado sobre presupuestos mínimos, estableciendo la jerarquía normativa en materia ambiental: la Nación dicta los presupuestos mínimos y las provincias pueden complementar optimizando los umbrales básicos de protección.

El principio de congruencia del art. 4° de la Ley General del Ambiente también lo establece: “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: **Principio de congruencia:** La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga...”

La correcta interpretación de estos preceptos nos permiten colegir que la Ley General del Ambiente ostenta una jerarquía normativa superior al resto de las leyes ambientales, incluso respecto de las leyes de presupuestos mínimos, por cuanto todas ellas deberán adecuarse a la política ambiental prevista en la ley mencionada.

La Constitución Nacional es, al decir de Dalla Vía, el “techo ideológico”¹³ de todo el ordenamiento, incluyendo el ambiental; mientras que las leyes de presupuestos mínimos (y en especial la N°25675) constituiría el “piso ideológico” del andamiaje ambiental.

con la Ley de Presupuestos Mínimos de Gestión Integral de residuos industriales y de actividades del servicios Ley N° 25612.

13 Roberto R. Dalla Vía, “Aspectos constitucionales del Anteproyecto del Código Civil y Comercial” La Ley 22/04/2014 , 1 - La Ley 2014-B , 913.

El sistema creado por la Constitución basado en la operatividad de las leyes de presupuestos mínimos constituye una expresión concreta del principio de supremacía, pues exige la permanente adecuación de abajo hacia arriba en todos los niveles del ordenamiento jurídico ambiental.

3.- El principio “*alterum non laedere*” y su nuevo alcance a partir de las funciones preventiva y precautoria del daño ambiental

La primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados”) distingue las acciones humanas en dos partes a las que Rosatti denomina ámbito jurídico y ámbito irrelevante para el derecho¹⁴. Para nuestro tema nos referiremos al ámbito jurídico, o siguiendo la distinción, el ámbito relevante de las acciones humanas que perjudiquen a un tercero.

Este principio general de *alterum non laedere* refiere a una máxima enraizada, desde siempre en todos los sistemas jurídicos, en forma expresa o tácita, que implica que todo daño causado a otro se presume antijurídico (salvo que existan causas de justificación).

En el mismo sentido se manifestó hace tiempo ya la Corte Suprema en varios casos jurisprudenciales: “El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el código civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”¹⁵.

14 Horacio D Rosatti, “*El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*”. 1° ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2016. p. 201.

15 CSJN., 5-8-86, “Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos”, J.A. 1986-IV-625, E.D. 120-649 y “Fallos” 308:1160; CSJN., 5/8/86, “Gunther c/ Gob. Nac.”, Fallos: 308:1118, J.A. 1987-IV-653 y E.D. 120-524, con

Tradicionalmente este principio se traducía en que el daño producido generaba una especie de derecho a la reparaci n¹⁶. Hoy se ha superado esa interpretación que atendía a las consecuencias y el principio exige la prevención del daño como primera obligación en cabeza de cada ciudadano.

“En la actualidad, tanto desde el derecho constitucional como desde el derecho de daños, se ha destacado la importancia de no esperar a que el menoscabo se produzca para luego repararlo; en lugar de ello, se procura cada vez con más fuerza su prevención”¹⁷ y esta es el nuevo paradigma en materia de daños desde la perspectiva del derecho privado, cada vez más influenciado por el derecho público, eliminando las fronteras, otrora infranqueables.

La prevención del daño –cualquiera fuera- es un principio immanente del derecho, lo contrario sería admitir que se puede dañar en la medida en que se pague por ello¹⁸.

El derecho ambiental refiere a derechos personalísimos de tercera y cuarta generación, por lo que no resultan compensables o sustituibles por dinero. El Código Civil y Comercial refiere a bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva y establece el límite de la “compatibilidad” entre los derechos individuales y colectivos (art. 240). Por ello, la prevención de los daños, como expresión válida y preferible del principio rector *alterum non laedere*, en el decir de Calvo Costa,

nota de Germán J. Bidart Campos "Base constitucional del resarcimiento por daños sufridos en acto de servicio militar"; CSJN., 5-8-86, "Luján c/ Gob. Nacional", Fallos: 308:1109; CSJN., 24-8-95, "P., F. F. c/ Ferrocarriles Argentinos", LA LEY, 1995-E-17; 25/9/97, "Lew, B. J. c/ Policía Federal argentina", LA LEY, 1998-E-528 y J.A. 1998-I-97; 17-3-98, "Peón c/ Centro Médico del Sud", LA LEY, 2000-D-467, E.D. 181-489, J.A. 1999-IV-256 y R.C. y S. 1999-1106; 11-02-2003, "Finardi c/ D'Odorico Propiedades", "Resp. Civil y Seguros" 2003-494; 21-9-2004, entre otros.

16 Oscar Raúl, Puccinelli, "Derecho constitucional a la reparación", E.D. p. 167/969.

17 Carlos J. Laplacette, "Derecho constitucional a la reparación de daños". La Ley 17/09/2012, 1 – La Ley 2012-E, 1045.

18 Adela Seg , Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental, en obra colectiva *Derecho Ambiental y Daño*. Director: Lorenzetti, Ricardo L.. La Ley. 1  ed. Buenos Aires. 2009. p. 105.

“...construye a la sociedad a evitar la causación de daños; evitar la ocurrencia del perjuicio es la mejor manera de hacer justicia, ya que no siempre será posible la restitución de las cosas a su estado anterior en un posterior”¹⁹.

En el derecho ambiental, específicamente, el art. 41 CN prevé el deber de preservación del ambiente y la respuesta requerida en caso de acaecimiento del daño. Pero la primera actitud ordenada por el constituyente es la preservación.

No posee una mirada exclusivamente conservacionista, pues debe proveer al desarrollo humano, pero debe también atender al desarrollo de las generaciones futuras. Es por ello que la actitud frente al ambiente es la de la sustentabilidad, evitando generar daños que pongan en riesgo la regeneración de los recursos o un uso insostenible.

La prevención en el derecho ambiental es un mandato constitucional, que complementa el precepto del art. 19 CN, y se extiende ahora por todo el derecho de daños.

La prevención ambiental es un principio de la política ambiental y está legislado en el art. 4° de la Ley General del Ambiente, por lo tanto se aplica a toda interpretación y ejecución de políticas ambientales, es de orden público, tiene rango de presupuesto mínimo y se traduce en la necesidad de atender prioritariamente las causas y fuentes de los problemas ambientales para evitar el daño.

La propagación de la prevención hacia todo el derecho de daños (en particular a través de la acción preventiva del art. 1711 del Código Civil y Comercial) resulta un valioso aporte a la búsqueda de coherencia sistémica del ordenamiento jurídico.

19 Carlos A. Calvo Costa, “La prevención y el derecho de daños”. RCyS 2014-V , Tapa. La Ley Online AR/DOC/1240/2014.

3.a.- La máxima expansión del *alterum non laedere*: el principio precautorio

Como estuvimos viendo, el derecho actual se ordena con preferencia hacia la evitación del daño, y el sistema de la responsabilidad civil se aplica a partir de la prevención del menoscabo (etapa de pre-daño). Esto es aún más acentuado en el campo del derecho ambiental, donde la etapa del pre-daño se inicia aún antes, con la precaución.

El derecho ambiental es fundamentalmente anticipación, esto implica evitar el daño, adelantarse a su generación ya que el daño ambiental presenta como característica su irreversibilidad²⁰. El derecho a un ambiente sano entra en una exclusiva y delicada casta de derechos, aquellos “derechos que no pueden ser tutelados sino preventivamente, pues vulnerados son de difícil o imposible tutela²¹.”

El principio precautorio actúa en el campo de la incertidumbre científica y se activa concretamente cuando existe la imposibilidad de asignarle con certeza plena un efecto a determinada causa generando un deber de actuación en los responsables de tomar medidas razonables para evitar un daño. De esta manera se transforma en la frontera más amplia de la responsabilidad por daño²². Implica claramente un cambio de paradigma que mutó de la reparación a la anticipación o evitación del daño incierto.

Esa incertidumbre científica (incluimos aquí la falta de información) constituye la diferencia esencial y profunda para distinguir los principios que actúan en la etapa de pre-daño²³. En el caso del preventivo, en el caso de no actuarse, el daño se provocará inexorablemente; en cambio el principio precautorio exige medidas eficaces e

20 Néstor A. Cafferata, *Teoría General de la Responsabilidad Civil Ambiental*. cit. ; Valls, Mario F. *Derecho Ambiental*. Abeledo Perrot. 1° ed. Buenos Aires. 2008.. p. 220.

21 Pedro Cristóbal Doiny Cabré. El caso "Aguas Danone". Los principios preventivo y precautorio en derecho ambiental - [ED, 237-515].

22 Néstor A Cafferata. El juicio de daño ambiental. Revista de Derecho de Daños N°1. Rubinzal Culzoni. 1998. Pág. 253.

23 Aníbal J. Falbo, El principio precautorio del Derecho Ambiental y sus funciones cautelares y de interpretación. LNBA 2005 4 506.

inmediatas aún sin conocer si existirá el daño, pero hay sospechas de que puede ocurrir. Es llevar la anticipación del daño mucho más lejos.

Se ensancha notablemente el campo de la responsabilidad civil con la vigencia del principio precautorio, pues como dijo la Corte Suprema de Justicia en la causa “Salas”, el mismo “produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público”²⁴.

Es claro que éste principio lleva al límite más lejano la responsabilidad civil pues genera consecuencias por no actuar en consecuencia a la situación o circunstancia de incertidumbre científica. Aquel que introduce el riesgo a la comunidad es quien debe hacerse cargo del costo de la precaución o la prevención.

El principio precautorio en algún modo invierte el campo de la licitud, exigiendo una prudencia máxima para evitar el daño, hasta tanto se elimine la incertidumbre²⁵. La duda técnica demanda una especial atención para evitar el daño.

Al respecto Saux y Muller dicen: “... a partir de la aceptación de que el eje del sistema late alrededor de la noción de daño causado y de la falta de justificación en su causación (a la luz del principio general del non alterum laedere) hay un virar de la concepción ‘contra ius’ del ilícito (con su arrastre de priorización de la antijuricidad y la tipicidad) hacia la concepción ‘sine iure’ del daño injusto...”²⁶

La aplicación del principio precautorio y la asignación de responsabilidad civil para el caso de que su inobservancia nos permite afirmar que estamos ante una inversión en el campo de la licitud: las nuevas tecnologías y actividades deberán probar

24 CSJN Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional. 26/03/2009. LL 06/11/09.

25 Conf. Facciano, Luis. "La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000", en la obra colectiva: "*Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*" I. D. Agrario Colegio de Abogados de Rosario. Rosario Santa Fe. 2001.

26 Edgardo I. Saux,– Enrique C.Muller, El daño ambiental. Requisitos en obra colectiva *Derecho Ambiental y Daño*. Director: Lorenzetti, Ricardo Luis .La Ley. Buenos Aires. 2009. p. 217.

su licitud, y demostrar que no vulneran el deber genérico y abstracto de no dañar el ambiente²⁷. Esto, a su vez, deriva en una inversión de la carga probatoria.

El principio precautorio entonces exige una máxima prudencia, basada en los valores ambientales que prevalecen ante un conflicto con otros valores e implica la asunción de medidas eficaces para evitar los daños. Estas medidas no resultan una facultad o una atribución sino que constituyen una obligación y por ello su incumplimiento, cuando de ello derive un daño, debe estar sujeto a responsabilidades civiles y/o penales si correspondieren.

Evidencia este principio una enorme influencia en el sistema de responsabilidad civil ensanchando las fronteras y extendiendo los supuestos en los cuales se debe responder, y ello, como lo dijimos, responde a la vigencia plena del paradigma ambiental, que implica una elección valorativa fundada en moral y en la prohibición de ocasionar daños injustos.

“Por eso de un rápido examen del contenido de la responsabilidad civil por daño ambiental decimos que primero está la responsabilidad precautoria por daño ambiental colectivo, segundo la responsabilidad preventiva y luego, una vez consumado el daño ambiental colectivo, la responsabilidad por recomposición o reparación en especie o in natura in situ, o en subsidio, tan sólo en el supuesto caso de "imposibilidad técnica" de esta última, la responsabilidad por compensación ambiental, y por último, la responsabilidad indemnizatoria” todo lo cual es estrictamente lo programado por el constituyente al prever “prioritariamente” la recomposición del daño ambiental en el art. 41 de la CN, estableciendo las demás modalidades recién una vez descartada la posibilidad fáctica de volver las cosas al estado anterior.

27 Benjamin, Antonio H. “¿Derechos de la naturaleza?” en obra colectiva *Obligaciones y Contratos en los Albores del siglo XXII*. Director: Ameal, Oscar J. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001. www.abeledoperrotonline2.com.

En conclusión, el principio constitucional de no dañar a un tercero no solo encuentra concordancia en el derecho ambiental, sino que logra ser optimizado, vigorizado, ampliado y reforzado a partir de la plena vigencia del principio precautorio.

4.- El principio de “tutela judicial efectiva” en los procesos colectivos de la Ley General del Ambiente

El principio de tutela judicial efectiva implica un mandato de eficacia para el legislador en relación a la determinación de procesos que tiendan a dichos fines, así como para los magistrados que deberán asegurar su cumplimiento real y concreto en la vida de los litigios judiciales.

Derivado especialmente del art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de precedentes tales como “Castillo Páez” donde se dispuso que “...el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”²⁸. Lo mismo que en los casos “Furlán”²⁹ y “Mémoli”³⁰ la eficacia se erige como un derecho humano fundamental.

Además encontramos en nuestra Constitución el art. 114 párrafo 3° inciso sexto que utiliza la frase “eficaz prestación de los servicios de justicia” que resulta una expresión vinculada al moderno derecho procesal constitucional.

El sistema judicial debe tutelar los derechos sustanciales a través de procedimientos adecuados a tales fines y en el tiempo oportuno. El proceso no puede reducirse a un esquema rígido teórico, sino que su desarrollo debe producir resultados

28 Corte IDH. sentencia del 03 de noviembre de 1997.

29 Corte IDH, sentencia del 31 de agosto de 2012.

30 Corte IDH, sentencia del 22 de agosto de 2013.

concretos y valiosos, de protección de los derechos sustanciales consagrados en la Constitución Nacional, tratados de derechos humanos y leyes de fondo.

En concordancia con lo que venimos desarrollando, deberá estarse rápidamente a la evitación del daño y posteriormente a las alternativas que vimos; pero para ello debe contarse con esquemas procesales que resulten pertinentes para la protección del derecho material del que se trata.

La tutela judicial efectiva podría resumirse en el derecho a la jurisdicción, a un proceso adecuado, a una sentencia justa y a su cumplimiento, todo ello en un momento oportuno.

La primera etapa de dicho principio constitucional y supranacional está dada por el deber del Estado de proveer de mecanismos procesales adecuados. Esto quiere decir que como primer escalón hacia la obtención del objetivo de la eficacia debería contarse con un marco procesal que sea lo suficientemente apto y útil para proteger los intereses en juego.

Estamos convencidos de que las normas de forma que contienen los arts. 30, 32 y 33 de la Ley General del Ambiente responden adecuadamente a dicho mandato constitucional. Excluimos al amparo constitucional del art. 43 ya que no hace al objetivo de nuestro trabajo.

Se trata de la protección de los derechos de incidencia colectiva sobre un bien indivisible e irremplazable, de naturaleza colectiva como el ambiente³¹. Para la protección de estos intereses y derechos el legislador estableció en el art. 30 de la Ley General del Ambiente la acción de amparo legal, que puede tener por objeto la recomposición, la reparación (colectiva e individual) e incluso el cese del daño. Asimismo

31 Ver CSJN "Halabi, Ernesto c/ P.E.N., ley 25.873, dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986" Fallos 332:111.

en los arts. 32 y 33 se establecen los lineamientos básicos que debe respetar cualquier proceso que refiera sobre el ambiente.

Creemos que estos artículos traducen fielmente las peculiaridades específicas del bien protegido y estructuran pautas generales que deberán respetarse cuando se supere la mora legislativa en sancionar un código de procesos colectivos.

Las pautas que reconocemos como aportes reales a la tutela efectiva de los derechos, están dados por una legitimación extraordinaria y amplísima; los poderes del juez en atención al interés público, las medidas precautorias, la valoración y acceso a la prueba, la cosa juzgada y la flexibilización del principio de congruencia procesal.

Como nota destacada respecto a la legitimación, más allá del novedoso concepto de afectado, rescatamos la acción de cese, que constituye una acción popular, por cuanto habilita a cualquier persona a interponer la acción para hacer cesar la actividad provocadora del daño ambiental.

El juez ambiental es, como ya vimos, un juez activo que además de las habituales atribuciones ordenatorias y de dirección suma una nueva faceta: la de solicitar medidas de prueba.

Las causas ambientales suelen ser litigios de relieve social, que atienden a delicados derechos personalísimos de numerosas personas, y por lo tanto requieren de una postura protectoria del sistema normativo y judicial. El juez debe ensanchar prudentemente todos sus deberes y poderes para lograr protección eficaz del ambiente, corregir en algún punto las inmensas asimetrías que poseen las partes y generarse un real y profundo conocimiento de la situación planteada.

Se trata de una justicia de acompañamiento donde el juez resulta el garante de los derechos constitucionales en juego, y para ello, cuenta con arsenal de atribuciones que lo acercan a un instructor del proceso.

El magistrado ambiental tiene, en virtud de esta legislación, las herramientas necesarias para evitar la frustración del derecho; resultando absolutamente responsable por posibles demoras o atascamientos procesales. Posee un inmenso caudal de dirección del proceso en atención al interés general, que le posibilita incluso despachar cautelares y tutelas anticipadas de oficio.

La justicia colectiva constituye, en algún punto, una evolución concreta del constitucionalismo social pero con derechos de tercera y cuarta generación que surten sus efectos sobre los derechos sociales. El trabajo y sus modalidades, la economía, la cultura y la política en general, ven como sus estructuras deben adecuarse y, a veces, limitarse en atención a las exigencias del nuevo paradigma.³²

Sobre el tema el Dr. Berizonce dijo: "... el propio rol del juez, ensalzado y promovido a un primer plano por la necesidad de un activismo consciente y prudencial imprescindible para asegurar la efectiva protección de los derechos, singularmente "sensibles". En ese marco, el juez asume alternativamente inéditos, complejos y superadores roles de 'acompañante', 'gestor', 'controlador', ejecutor del interés general comprometido en cada caso..."³³

El respeto por el debido proceso requiere que el uso de las atribuciones se efectúe con el adecuado contralor de las partes, en particular, de la demandada. Pero lo que no podrá discutirse es la legalidad de dichas atribuciones, pues se encuentra previsto en la norma ambiental de presupuestos mínimos y se corresponde con el tipo de proceso, que tratándose de intereses colectivos debe adaptarse y flexibilizar para dar debida y justa protección al derecho constitucional.

32 Ver Alejandra B. Petrella, "La justicia ambiental a la luz del constitucionalismo social". Sup. Const. 2011 (marzo) , 19 ; La Ley 2011-B , 899.

33 Roberto Berizonce, "La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio". UNLP 2013-43 , 245.

En el mismo sentido por el cual justificamos esta actuación judicial amplificada en los procesos ambientales decía Enrique Muller: “El juez debe desarrollar un rol activo en estos procesos con sustento en la doctrina de las garantías procesales constitucionales, ya que se encuentran comprometidos derechos fundamentales y resulta imprescindible asegurar una tutela judicial efectiva, preventiva o resarcitoria. Esta conclusión no importa aceptar una actuación que exorbite su función, transformándolo en legislador para así derogar uno de los bastiones fundamentales del sistema republicano...”³⁴

En definitiva, la Ley General del Ambiente N°25675 establece normas de carácter procesal que resultan intrínsecamente adecuadas a la obtención del objetivo de máxima: la tutela judicial efectiva del derecho ambiental, sea en el ámbito de la precaución y prevención, o en la de recomposición o reparación del daño.

5.- Conclusión

El derecho ambiental, tanto en su parte normativa como en lo que refiere a su ejecución en la práctica, presenta una armoniosa relación de adecuación y correspondencia con el derecho constitucional.

El respeto absoluto de los principios constitucionales, el reforzamiento y optimización de otros así como la tutela judicial efectiva del derecho constitucionalmente consagrado, son muestras evidentes de la razonabilidad de las normas ambientales y brindan fundamento a las transformaciones que le permiten apartarse de los dogmas procesales clásicos en atención a la protección del interés general, social y colectivo.

34 Enrique C. Muller, “Los derechos e intereses de incidencia colectiva”. La Ley Online AR/DOC/3078/2015.