

## La defensa jurisdiccional del ambiente

Dr. Daniel Fernando Soria<sup>1</sup>

He de organizar un esquema sobre la base de algunos precedentes jurisprudenciales en la Argentina, relativos al acceso a un juicio ambiental, por un lado y, por otro lado, al rol del juez frente al proceso ambiental.

Con la legitimación activa en esta materia —en tanto compromete bienes públicos, bienes destinados a la salvaguarda del interés general, a la fruición colectiva—, se genera la necesidad de que la defensa judicial no sólo se confiera a quien experimenta un perjuicio individual concreto y directo en su círculo de intereses. Por ello, existe una legitimación expandida de la protección del Derecho ambiental, de un bien patrimonial de valor histórico, del mundo natural y el mundo cultural, que forman parte del entorno en el cual vivimos. Es posible llevar a cabo la protección por los propios afectados o, también, por terceros, entes exponenciales de esos intereses colectivos.

No cabe duda que esos entes exponenciales —**ONG**, asociaciones de vecinos, etcétera— o las personas que promueven acciones *uti cives* —por ejemplo, el vigente en Colombia, con la acción colectiva, o en Brasil, con el *mandado de segurança*—, cumplen un papel primordial en esta materia. Sin embargo, en algunos casos tampoco escapan a cierta mirada crítica. En una conversación que tuve hace más de quince años con Martín Mateo, hablando del rendimiento efectivo que había tenido la acción popular para la defensa de la juridicidad urbanística, a partir de la vieja ley de suelo español de 1956 —mantenida hasta hoy día por la nueva ley 38/2007—, el catedrático español me señaló que la experiencia indicaba que, en algunos casos, era un buen negocio de los especuladores. Es decir, existe una patología de la acción popular urbanística, un manejo egoísta de pretensión popular; no siempre se acude a ella con propósito altruista.

Coincidiendo, pues, en la necesidad de reafirmar las legitimaciones expandidas, se deben prevenir esos malos usos. En segundo lugar, muchos de los casos urbano-ambientales no tienen un afectado o un conjunto de afectados linealmente en posición adversa a otro sujeto o factor que los perturba. Existen controversias “triangulares”; en ellas hay intereses contrapuestos de más de dos partes. Algún beneficiado con la decisión puede alegar un interés ambiental predominante u otro interés tutelado constitucionalmente en rango equivalente. De modo tal que, cuando se plantean pretensiones invocando a la ciudadanía contra otros —que pueden invocar ciudadanía con el mismo amparo constitucional—, se presentan complejidades que, en general, el planteo inocente de la legitimación amplia ambiental no satisface.

Algunas iniciativas, como el código modelo para procesos colectivos, realizado por el procesalista brasileño Guidi, encomienda al juez evaluar la seriedad de la **ONG**, incluso la seriedad del planteamiento del caso, considerar los antecedentes de litigios anteriores, entre otros, a la hora de abrirle o no la puerta de la legitimación. Es una buena directiva a tener en cuenta a la hora de proponer textos normativos.

Para las pretensiones en las cuales hay “contra interesados” pueden seguirse los lineamientos de la regla 23 de las Normas del proceso civil de Estados Unidos, que establece la *class action*. Ello, en relación a que establece la necesidad de notificar, debidamente, con un proceso bastante pesado de notificaciones y de avisos públicos

---

<sup>1</sup>Magistrado de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

a todos los potenciales interesados o contra interesados o beneficiados por la medida que se cuestiona. Con eso, se puede generar un litigio con suficiente densidad, con riqueza de matices, de forma tal que el juez dicte una decisión útil, susceptible de generalizarse, y, por lo tanto, dotada de eficacia real.

Otra cuestión concerniente a la legitimación activa tiene que ver con la potestad que ciertas legislaciones le encomiendan a determinados órganos de base no electiva, vale decir, órganos burocráticos, para promover acciones en defensa del ambiente; por ejemplo, determinados casos de los Ombudsmen, defensores del pueblo o equivalentes, defensores ambientales, algunos ministerios públicos especializados o no en ambiente. Aquí, la preocupación se relaciona con el modo como se ejerce el control de oportunidad para la selección del caso a plantear ¿Quién tiene el control de porqué se promueve una cuestión ambiental y otra no? Cuando el que acciona es un órgano burocrático o de base no electiva, dotado de estabilidad, suele ser complejo escudriñar por qué se adopta la decisión de judicializar y, eventualmente, neutralizar cautelarmente una iniciativa pública o cuestionar una omisión de autoridad pública con implicancia, o alegando implicaciones o efectos adversos al medio ambiente. ¿Por qué lo hace en algunas causa y no lo hace en otras? Es relevante conocer por qué se toma semejante decisión, dados los efectos masivos que cabría asignarle al despacho favorable de su acción. Estos son temas que la justicia empezando a ver y a analizar. Se están tomando más en cuenta las potenciales acciones no altruistas, sobre el litigio de estructura compleja y sobre el alcance de las acciones iniciadas por órganos burocráticos. Ello en razón de que, en todos estos casos, el juez no debiera transformarse en irreflexivo instrumento de políticas decididamente contramayoritarias.

Otro pilar del modelo de acceso a la jurisdicción atiende a la pregunta, ¿cómo actúa el juez? Del proceso ambiental se dice frecuentemente que ha abandonado las aguas del principio dispositivo, del proceso puramente adversarial, y que la litigación ambiental es una litigación compleja, multifacética, dialógica. Entonces, ¿esto significa que el juez va a pasar por alto todos los pilares estructurales del proceso, que incluso rigen en el proceso penal, con un modelo acusatorio expandido que “bilateraliza” la pretensión y que sitúa parte de dicha pretensión “bilateralizada” en cabeza del Ministerio Público fiscal?

### **Casuística**

Voy a plantear algunos casos que muestran un fuerte dinamismo en la solución concreta, y otros que muestran una dosis de prudencia de los mismos tribunales que exhiben dinamismo en otras situaciones.

Una primera batería de conflictos se dio en la ciudad de Buenos Aires hace unos tres o cuatro años. La necesidad de reanimación de la economía y la desconfianza en el sistema financiero, originaron la construcción de vivienda multifamiliar, uno de los canales de ahorro e inversión más transitados. Así, muchos edificios de gran altura y superficie fueron construyéndose en distintos barrios de las principales ciudades. En Buenos Aires, las edificaciones observaban los estándares urbanísticos, de densidad, de altura, etcétera, que el plan de construcción —antiguo pero vigente— autorizaba. Esto, técnicamente hablando, en esa ciudad se denomina “uso conforme”. Todos los proyectos empezaron a desarrollarse, pero algunos comenzaron a generar impactos en lo que se podría denominar, el “derecho de incidencia colectiva a una identidad barrial”, a un entorno urbano sustentable o una ciudad planificada armónica; “el derecho a la ciudad”, en suma. Varios ciudadanos-vecinos promovieron acciones contra los permisos de obra, buscando paralizar las edificaciones o evitar que

comenzaran. Fueron, en general, pretensiones cautelares suspensivas, en el caso de permisos que no estaban en curso de ejecución, o innovativas, tratándose de permisos de ejecución para que no se continuara con las obras.

El caso, “Oybin”,<sup>2</sup> que resolvió una jueza de lo contencioso administrativo de primera instancia, y que luego derivó en un cambio normativo —que exigió que cada permiso de obra estuviera precedido de un estudio de factibilidad hidráulica— se ponderó muy especialmente que, si bien cada proyecto constructivo estaba en regla, el agregado, o conjunto de edificaciones proyectadas, debía ser valorado con respecto a la “verdad jurídica objetiva”. Es decir, más allá de lo que inicial y formalmente aparece como correcto, en el fondo, en una misma zona de planeación urbanístico, habría de producirse una incorporación de metros cuadrados de viviendas multifamiliares que podrían provocar, previsiblemente, un impacto ambiental no evaluado.

Con gran activismo, la jueza tuvo amplitud de mirada y activó las medidas cautelares necesarias para todos los permisos del caso. Lo hizo sin declarar la invalidez de ninguna norma ni de ningún acto, si no precaviéndose del posible impacto ambiental negativo que el agregado de edificios iba a tener. Es un muy buen ejemplo de aplicación de las guías de dinamismo de intervención activa de los jueces.

Un segundo caso fue el fallado, en mayo de 2008, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>3</sup> Los actores, vecinos de una zona patagónica aledaña a la cuenca del río Puelo, próxima a una reserva de la biosfera transfronteriza, entre Argentina y Chile, en donde también se encuentra el área del parque nacional del lago Puelo, responsabilizaron a los entes públicos nacionales y provinciales por diversos hechos, a saber: la omisión de tareas de gestión de la cuenca; la falta de coordinación interjurisdiccional de distintas provincias para un plan de la cuenca; la realización de obras sin planificación adecuada ni evaluación de impacto ambiental; la ausencia de providencias urgentes mediante la implementación de sistemas de alerta temprana frente a posibles inundaciones, etcétera. Se trataba, por cierto, de una pretensión absolutamente compleja, calificada bajo rótulo de acción de “recomposición ambiental”.

La Constitución Nacional de Argentina (artículos 41 y 43) alude al amparo en defensa del ambiente. He aquí una pretensión sumarisima, de plazos exiguos y restricción cognoscitiva. En ocasiones, empero, la solución de la contienda requiere de la producción de material de convicción complicado, con el aporte de la tecnología, la técnica, es decir, de una labor interdisciplinaria suficiente en su capitulo probatorio. A ello se añade la necesidad de dar suficiente audiencia para controlar las pruebas. El amparo no es el proceso más adecuado en tales casos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación que había utilizado dos años antes, en el precedente “Mendoza”, el amparo como vía para dar respuesta a la necesidad de elaborar y poner en práctica un plan de manejo de la cuenca del Riachuelo, en la causa “Pla” sostuvo que no era el carril pertinente. Ahora bien, en lugar de desecharlo, dispuso que el proceso así incoado fuese tramitado en un juicio ordinario, con amplitud probatoria suficiente, la participación de terceros, el régimen de incidencias procesarles, etcétera. La necesidad de dar respuesta meditada a un problema ambiental complejo prevaleció sobre la celeridad inherente al amparo.

---

<sup>2</sup>Causa “Oybin Mario Jorge c/GCBA sobre Amparo (art. 14 ccaba)” - Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Res. del 06/11/2006.

<sup>3</sup>Causa “Pla, Hubo contra la Provincia de Chubut”.

El tercer caso muestra una mirada de restricción.<sup>4</sup> En esta ocasión, un bien declarado monumento histórico nacional, la vieja estación de ferrocarriles de la capital de la provincia de Chaco, Resistencia, corría riesgo frente al proyecto que el Poder Judicial del Chaco había promovido para la construcción de edificios de oficinas judiciales. La Secretaría de Cultura de la Nación, en cuya esfera actúa la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos, promovió una pretensión, que rotuló como “interdicto” —acción sumarisima que tiende a la defensa de la posesión o de la tenencia frente a turbaciones en esas situaciones o actos de afectación en las relaciones reales—, en la que requirió la protección de un bien patrimonial, integrante del patrimonio cultural de la Nación. Así lo hizo, a pesar de no ser titular de la propiedad ni de la posesión del inmueble, la que era provincial.

Sin mayor consideración que la derivada de una mirada procesal del asunto, la Corte rechazó *in limine* la demanda, por falta de legitimación del demandante, en tanto, al no ser tenedor o poseedor no podía entablar la pretensión interdictal. Aún más, recordó que las prerrogativas administrativas que posee esta entidad nacional sobre los monumentos históricos no constituían un derecho real. El tribunal, en definitiva, no reencausó ni recalificó la pretensión, como lo hiciera en el caso “Plá”; al contrario, cerró la vía, sin dar primacía a la tutela del bien cultural en riesgo.

El cuarto caso de la Corte, también fallado en 2006, es la causa “Asociación de Superficiales de la Patagonia”, promovido contra las principales empresas petroleras que operan en yacimientos de la Provincia de Neuquén. La entidad accionante planteó un reclamo por daño ambiental, a raíz de los efectos degradantes que las compañías del área neuquina de yacimientos de hidrocarburos, que explotaban el recurso, provocaban en el entorno. Demandó indiferenciadamente a todas ellas, y también al Estado nacional y a otros entes públicos, por falta del debido control y del cumplimiento de las concesiones petroleras y demás contratos, y por otras prerrogativas de policía administrativa que poseen y que, reprochaban, no se había ejercido.

En la demanda no determinaron qué tipo de daño concreto atribuían a cada una de las concesionarias petrolíferas, tampoco qué vinculación tenía el impacto negativo en el ambiente con la actividad que ellas desarrollaban, ni cuál era el daño, en términos de certidumbre, provocado, o el daño pronosticable o el riesgo de agravamiento ambiental. Ante ello, una de las compañías demandadas opuso la defensa previa de defecto legal. Cuando la pretensión está mal postulada, el Código Procesal permite que la demandada se oponga a la acción por la oscuridad de los planteamientos.

La Corte hizo lugar al defecto legal. De su pronunciamiento se desprende que la tutela de los derechos supraindividuales y colectivos al ambiente, en nada excluye ni retacea la exigencia de exponer “cómo tales derechos han sido lesionados” —esto parece obvio, pero hay una enorme cantidad de amparos ambientales presentados, en términos casi inentendibles, y que han recibido medidas cautelares—, cómo los derechos reivindicados han sido lesionados por una conducta antijurídica, “en qué consiste esta actividad lesiva, cuál es la omisión”, qué norma imponía el deber de actuar a un ente público para configurar una omisión antijurídica, quién es el autor del daño, en qué medida contribuye, cuál es “el daño en concreto o el daño a futuro que desea legítimamente evitar” quien demanda.

De no despejarse ese tipo de cuestiones mal puede progresarse en el litigio. El fallo enarbola la idea de evitar el pleito liviano y poco serio. En este orden, la Corte

---

<sup>4</sup>Expediente E. 496-XLI, Estado Nacional C/Provincia del Chaco S/Interdicto de Obra Nueva), Sent. de 29/08/2006.

aludió a un “estándar de diligencia exigible” a una asociación que actúa en procura del medio ambiente, algo similar a la idea recogida en el Código de Modelo Iberoamericano para los procesos colectivos. Cabe presumir que la ONG especializada es una entidad que posee suficiente información sobre la temática propia de su objeto y, por ende, que no ha de obviar los debidos resguardos a la hora de formular una demanda de recomposición ambiental.

Para terminar, cabe aquí plantear una preocupación más de índole organizacional. En primer lugar, la inquietud apunta al órgano encargado de dirimir las controversias ambientales: ¿ante quién incoar el proceso ambiental? ¿Ante tribunales especializados o ante tribunales generales? Si se trata de un atentado grosero y ostensible a los derechos ambientales, entiendo que cualquier juez puede dirimir el conflicto por vía de amparo. Basta la confrontación del acto o la omisión, con un mínimo de actividad cognoscitiva probatoria, a la luz de las normas que se aducen vulneradas. Si, en cambio, lo que se busca es la protección del ambiente en causas complejas, sería preferible la estructuración de tribunales con competencias especializadas. Por lo demás, el amparo no tiene que ser necesariamente la única vía.

La especialización es una tendencia hacia la que hay que ir encaminándose, en la medida en que pueda implementarse una cantidad suficiente de órganos para cubrir las demandas de acceso a la justicia, en términos de proximidad geográfica y capacidad temática.

Por otra parte, y complementariamente, una posibilidad adicional de composición de un adecuado modelo de justicia ambiental puede articularse con la creación de instancias administrativas cuasi jurisdiccionales o, incluso, arbitrales, que funcionen a modo de vías previas potestativas para las partes. Esto último puede tener la ventaja de algún nivel de participación ciudadana, de la gratuidad de los trámites, de la labor interdisciplinaria y de un mejor diálogo con los órganos activos de la Administración, generalmente involucrados en los casos ambientales.

La instancia administrativa previa, con esas particularidades de profesionalización, especialización, participación pública y técnica, y con autonomía funcional—pensando en un modelo de los tribunales administrativos del mundo europeo como los italianos, franceses, o algunos jueces administrativos del modelo anglosajón— debería estar vinculada a una instancia de control judicial suficiente ulterior, en la que se pueda producir prueba, discutir los hechos, no sólo el derecho.

## **Conclusiones**

Incumbe a quienes forman parte del área ambiental y a quienes trabajan en las orillas del Derecho ambiental—desde el Derecho constitucional y del administrativo, así como a los procesalistas— aproximar posiciones para que, en el futuro, la nueva etapa del desarrollo de nuestra materia provea instrumentos más idóneos para poder atender las crecientes demandas de justicia ambiental.

## **PREGUNTAS Y OBSERVACIONES A LOS CONFERENCISTAS**

**Pregunta:** ¿Qué opinan del control de legalidad que se está llevando a cabo, actualmente, desde el poder judicial? Los parámetros de control han ido remplazando a la administración en ese ejercicio, lo que ha sido muy cuestionado en el sistema público de separación de poderes. ¿Qué opinan ustedes de esto?

**Respuesta de Daniel Soria:** En el sistema argentino, el derecho público, en general, es descentralizado, así que cada uno de los estados provinciales tiene su propio derecho

administrativo, su propia ley de procedimientos optativos, su propio régimen de contratos administrativos, etcétera. La justicia administrativa también depende de cada regulación estatal, aunque también hay un sistema federal. Pero, en general, las soluciones legislativas no son demasiado disímiles entre sí. Los actos administrativos o las omisiones, si presentan las notas de ostensibilidad (arbitrariedad o ilegalidad manifiestas), pueden ser controvertidas por vía de amparo, pero el remedio natural, el remedio ordinario es la pretensión contencioso-administrativa.

El control, la intensidad del control y el “test de no sustituibilidad” son el resultado de un largo camino. En los años 60, Eduardo García de Enterría, el muy buen administrativista español, escribió su obra *La lucha contra las inmunidades del poder*. En ella se muestra cómo se fue dando, a nivel doctrinal y jurisprudencial, la expansión del control de la discrecionalidad de la administración. Desde el control de los elementos reglados del acto, hasta el de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, de lo que se trata es de ver cuál es el arbitrio contingente de que dispone la autoridad administrativa. En ese plano, se trata de examinar si el juez puede llegar a la conclusión de que la autoridad ejecutiva, al aplicar el concepto jurídico indeterminado por ejemplo, el de “oferta más conveniente o más ventajosa” en una licitación pública ha escogido la solución procedente, dado que esta clase de enunciados son reconducibles a una sola solución válida.

Otra cuestión reside en cómo se determina la validez de esa solución, si ha mediado una justificación sólida, es decir, si el obrar administrativo está motivado. Lo que le confiere racionalidad discursiva al acto administrativo es la motivación, y ésta se puede integrar en el propio texto de la resolución, o surgir por remisión a elementos previos informes, dictámenes, estudios; esto se puede dar en la medida en que el interesado haya podido tener acceso a los elementos previos. De nada serviría remitirse a dictámenes reservados o que no fueron públicos, o que no han podido ser susceptibles de conocimiento adecuado por el interesado. De esta manera, la fiscalización jurisdiccional es plena; la anulación de una decisión que se dicta invocándose prerrogativas preferentemente discrecionales no tienen ningún problema en la jurisprudencia argentina, porque cuando las potestades son discrecionales es una jurisprudencia de la Corte Federal que todos los tribunales siguen, es decir, se impone aún más la carga de motivar.

El problema serio en nuestra jurisprudencia, lo que es un desafío del derecho, se da frente a las “omisiones” no frente a los actos. Ante éstos la regla está dada; en cambio, cuando uno le imputa al Estado que no hizo lo suficiente, o que omitió, entran a escena elementos más complejos, que involucran, incluso, a la lógica presupuestaria. Hay que pensar que es el legislador quien aprueba el plan financiero anual de gobierno, el que se determina en términos de créditos presupuestarios. Entonces, cuando se atribuye omisión, hay que pensar también en la “factibilidad” financiera de las determinaciones que se reclaman. En las omisiones, la capacidad de intervención del juez puede ser más controvertida. Ello en razón de que el problema que se juega es la posibilidad de llevar a cabo la decisión. En Argentina tuvimos un caso en el que el sistema contencioso-administrativo se había organizado en una reforma constitucional, que imponía que en octubre de 1997 debían empezar a funcionar los sistemas de tribunales contenciosos administrativos descentralizados en toda la provincia de Buenos Aires. Pero ello no fue cumplido por el Estado. Hubo una omisión constitucional de la legislatura y del poder ejecutivo. Pasados determinados años, cuando ya estaban seleccionados los jueces y dictado el código pertinente, proseguía la omisión. Entonces el Colegio de abogados de la provincia de Buenos Aires promovió un amparo que finalmente lo resolvió la Corte,

condenando a la provincia a poner en funcionamiento el sistema. En la sentencia nuestro tribunal fijó plazos para que a los jueces que faltaban, se les dictara el acuerdo del senado, para concretar determinados episodios. Ello fue complejo, mucho más que si se hubiera juzgado una decisión de alcance individual o la validez de un reglamento.