

3er. CONGRESO DE DERECHO ADM. DE LA C.A.B.A.

**Autor: LILIANA AIDA SANDLER.**

MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA AMBIENTAL

-consideraciones sobre la cuestión ambiental y la obra pública-

**ABSTRACT:**

I.- Todo emprendimiento humano (industrial, edilicio, vial, etc.) puede generar consecuencias "ambientales disvaliosas".

Por eso, ciertos "instrumentos preventivos" se construyeron para atender a la tutela ambiental desde las acciones judiciales.

No podemos pretender el mismo acercamiento al sopesar los derechos de particulares enfrentados que cuando hablamos de cuestiones ambientales y se encuentra involucrado el Estado, hacedor de una Obra Publica, no es el derecho del particular enfrentado al mero derecho del Estado.

El Estado, somos todos, incluso el mismo que reclama por su derecho particular.

Por eso la medida cautelar no puede decretarse sino bajo consideraciones especiales diferentes a cuando se dirime la cuestión entre particulares o por otro tipo de cuestiones con el Estado.

II.-Otras cuestiones que generan disonancia y nos hemos planteado:

1.- ¿Es posible y prácticamente realizable la incorporación sin mas de todos los tratados internacionales como integrantes de la legislación nacional, llanamente y sin redimensionarlos? Cuantificar y calificar previamente las cuestiones que introducen, para exigir previo a todo un agiornamento, ajuste o puesta a punto de nuestras normas internas?

2.- No se corre el riesgo de paralizarse ante un déficit sobredimensionado y con consecuencias peores a las que se trata de subsanar.

3.- Hay más de una manera de cumplir con cuestiones ambientales o con los derechos sociales, económicos y culturales. La Obra Publica no podría ser una de esas maneras alternativas para cumplir con los DESC

4.-¿ al incorporar los derechos ambientales y los DESC, cual es la actual escala de valores de los bienes juridicos, ha cambiado o es la misma?

## **MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA AMBIENTAL**

### **-consideraciones sobre la cuestión ambiental y la obra pública-**

**por Liliana Aida Sandler**

#### **I.-INTRODUCCION**

El profesional del derecho se entusiasma con estos Tribunales de la Capital, que resultan más permeables a los reclamos de los particulares por vía del amparo o de medidas precautorias innominadas.

Cuando se escucha a los Jueces, según ellos no hacen mas que aplicar las disposiciones normativas constitucionales, de nuestra ya no tan nueva Constitución Municipal, que establece una amplia protección de los derechos individuales y los colectivos por medios mas que innovativos.

Y, entonces, ¿porque aparece la tensión, la confrontación? O no son los abogados de la Administración además de auxiliares de la Justicia, tal como lo pregona la doctrina procesal sino también los defensores en los Tribunales de la meritoria función del Interés Público.

Todos los factores de este sistema, el derecho público, el derecho administrativo y la administración pública no pueden mirar un solo lado, tienen la carga de velar por los intereses de la comunidad. Esta entelequia llamada sociedad que se diferencia no solo de cada uno sino también del conjunto de individualidades.

La manera de respetar y hacer respetar la Constitución no solo es ejecutar sus principios sino también es, hacerlos operativos. La modernidad le ha dado una vuelta de tuerca a la democracia. A pesar que los detractores confesos o no, conscientes o no, que continúan su persistente campaña en su contra, desde los tiempos de Platón, hasta nuestros días<sup>1</sup>. Su nuevo lema: la democracia es un mito<sup>2,3</sup> –o un timo-

Estos detractores del menos malo de los sistemas políticos hasta ahora conocido, suelen plantar una de sus banderas más indiscutible, ahí, en el

---

<sup>1</sup> SOCIEDAD ABIERTA Y SUS ENEMIGOS. POPPER KARL R. Editorial: Paidós Ibérica

<sup>2</sup> IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004 ¿El mito de la democracia participativa?: reflexiones desde el congreso peruano. Panel: El Mito de la Democracia Participativa? - Coordinador del Panel: Guillermo García Jaime Montoya y Guillermo García

<sup>3</sup> Germán Bidart Campos .El mito del pueblo como sujeto de gobierno, soberanía y representación.

monte Everest de la verdades reveladas y manifiestas, porque cada día conocemos más y más casos de corrupción; y cada gobierno es reemplazado por otro que genera casos mas escandalosos. Nada dicen que se sabe más porque la información es más democrática, porque más personas sabemos y conocemos cada vez más.

O aquellos, que nos explican convencidos de su carácter de “politólogos” de café o de multimedios: que lo que determina el éxito de la gestión de un gobernante, es lo que hace, la obra y no como lo hace, lo que popularmente durante mucho tiempo escuchamos, “no importa que robe... lo que importa es que haga. Que robe pero que deje algo para el pueblo”

**La única razón por la que existe la corrupción es porque hay democracia.** Si no fuera así, si no viviéramos en un sistema democrático, la corrupción no sería tal, si miramos la historia, es cuando algunos no pudieron ser los dueños y señores de los bienes y personas, debieron hacer trampa, para recuperar lo perdido.

El hombre **no** es **naturaleza** y en este no ser y diferenciarse de ella, ha competido, y en tanto, supuso que la sometió, al menos en un sentido bíblico y hoy día, científico.

**Homo habilis** que se industrializo convertido en **homo faber**, que se entendió a si mismo, y aparece como homo sapiens. Finalmente, el **zoon politikon**: el germen de la democracia, el bien común y el interés público.

Gurúes como Samuelson<sup>4</sup> y otros economistas, en su momento entendieron que los motores de esa evolución, resultaba de la guerra o de la obra pública. En cuanto a la inflación ni nos acordaremos que existe, hagamos como el INDEC.

Oh!, queridos años 1950 ¡Que simple que era todo! Buenos o Malos, capitalismo o comunismo, blanco o negro. Si la obra publica era solución para tanto... como resorte del crecimiento, el pleno empleo, la industrialización, el desarrollo. Parafraseando a **Edward Franklin Albee**: ¿Quién le teme a la Obra Pública....? La naturaleza contestó esta pregunta, los hombres comprendimos que debíamos temerle y que podemos encontrarnos con la caja de Pandora, cuando construyamos un puente o hacemos una represa.

---

<sup>4</sup> El libro de Samuelson "Curso de economía moderna" (publicado por primera vez en 1945 y ampliado en 1983) es considerado su *magnum opus*

Con estas elucubraciones intentamos comprender la preocupación de tantos y en consecuencia, la necesidad de la escrupulosidad y de la transparencia y rigurosidad del procedimiento en la gestión pública. Que además, es requisito republicano, una de las formas de gobierno que ha demostrado mayor eficiencia para ejercer esta soñada democracia.

Y, en este orden de ideas, encontramos jurisprudencia que por lo menos nos pone a pensar.

## **II.-PRIMERA PARTE**

### **1.-EL CO-GOBIERNO DE LOS JUECES:**

Alguna jurisprudencia nos hace mirar con cierto recelo el exceso pretoriano de algunos magistrados. Un fallo sobre una cuestión controversial, sumamente publicitada –y vapuleada- como es la solución de las inundaciones por el emprendimiento de la canalización del Arroyo Maldonado que su paralización se dirime ante el Juzgado de 1ra Instancia en lo contencioso administrativo y tributario N° 1, del Dr. Juan Vicente Cataldo en autos “PEÑA MILCIADES FLOREAL Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)” EXP 33801 /0. Se plantearon cuestiones tales como el instituto de AMICUS CURIAE”, instituto de aplicación especialmente valorada en las cuestiones ambientales.

Lo que nos ocupa en esta ponencia, es una cuestión más pedereste: la articulación de la Constitución de la Ciudad con las leyes de reglamentación del art. 30 y conc. así como los intereses más terrenales de los vecinos de la Ciudad. En casos como este, se dirime la frustración del interés público materializado en esos intereses chiquitos, los individuales, aquellos que cuando se malogran hacen llorar a los chicos, porque se le mojaron los juguetes, a la madre que no tiene mas que un colchón empapado para acostarlos, el comerciante que perdió su mercadería o el hijo de la vecina a la que se le arruino el auto.

Pareciera que se enfrentan dos contendientes; de este lado del rincón los mecanismos judiciales de tutela urgente y del otro, la función administrativa que intenta ser eficiente y eficaz.

El trascendente interés público insta al Legislador a crear un sistema

diferenciado y más complejo que el vigente que dirime cuestiones de este tipo entre particulares.

No es jurídicamente admisible que se utilice los mismos parámetros de juzgamiento para lidiar con entidades de derecho tan disímiles.

En los referidos autos se dijo:

*I. “Milcíades Floreal Peña, Sergio Abrebaya y Facundo Martín Di Filippo interponen acción de amparo contra el GCBA. a fin de que*

**1** *se ordene suspender la obra que se ejecuta...*

**2** *como también para que se establezca que cualquier modificación del proyecto de obra original aprobado por la Ley 1.660, sea intervenido en forma previa por la Legislatura de la Ciudad Autónoma. Asimismo,*

**3** *solicitan el cumplimiento de las previsiones establecidas en el Art. 6º de la Ley 25.688 respecto de cualquier acción que se emprenda sobre el “Acuífero Puelche”.*

**4** *... requieren que se declare la nulidad de la audiencia pública llevada a cabo el 30 de abril y continuada el 5 de mayo, ambos de 2009.*

**5** *Piden que en forma cautelar se suspenda la prosecución de la obra y la de todas las actuaciones... Relatan que en 2005 la Legislatura sancionó la Ley 1.660,... “Programa de Gestión de Riesgo Hídrico de la Ciudad de Buenos Aires”, que consiste en la readecuación de la red de desagües pluviales de la cuenta del Arroyo Maldonado. ... Estiman que este cambio del proyecto importa un incremento en el costo de la obra... Consideran que el nuevo esquema de la obra implica la necesidad de rever el estudio de su impacto ambiental... (que) el estudio no obra en el expediente. ... impugnan el procedimiento... (porque) la Administración se apartó unilateralmente de lo dispuesto en la Ley 1.660... ”*

*III. S.S. dijo: “... y teniendo en cuenta la importancia relativa de la obra que se trata, se corrió traslado al Gobierno de las pretensiones de los actores, en términos del Art. 15 de la Ley 2.145 de Amparo... El Gobierno... señala que no se encuentran reunidos los requisitos para su procedencia, toda vez que no existe verosimilitud en el derecho... Señala además, que se ha dado cumplimiento con la Ley 123 al realizarse en dos oportunidades el pertinente estudio de impacto ambiental. En cuanto a la modificación de la obra, indica que tal circunstancia se encuentra prevista por los Arts. 38, 53 y cc. de la Ley 13.064, que autorizan una variación no mayor del 20% respecto del proyecto original; que en el caso de autos la modificación es inferior a ese porcentaje y que no*

*se ha modificado la Ley 1.660, sino que se implementó una adecuación al proyecto original de acuerdo con los estudios técnicos realizados al momento de ejecución. Destaca que tampoco media... peligro en la demora. ... por el contrario, la suspensión de la ejecución de la obra importaría un real peligro. ... la obra cuya suspensión se requiere es la más importante en ejecución en el ámbito de la Ciudad, por lo que de acuerdo con lo previsto por el Art. 15 de la Ley 2.145, el interés público comprometido es evidente. ... ” (subrayado de mi autoría)*

Así continúa diciendo: “...VII. abocarse al análisis de la medida cautelar peticionada,... su procedencia está sujeta a la verificación de dos extremos: la verosimilitud del derecho invocado, o *fumus bonis iuris*, y el peligro de un daño irreparable en la demora, o *periculum in mora*.... La norma regula la suspensión de la ejecución de hechos, actos o contratos administrativos, y sujeta su procedencia al presupuesto ineludible de que esa ejecución cause o pueda causar graves daños al administrado, siempre que de la suspensión no resultare grave perjuicio para el interés público (Inc. 1), o bien que ese hecho, acto o contrato ostente una ilegalidad manifiesta o su cumplimiento produzca mayores perjuicios que su suspensión (Inc. 2). ... Por su lado, el Art. 15 LA reproduce esos recaudos, aunque parece poner un acento mayor en cuanto hace a la preservación del interés público... ”

Toda esta enunciación, cuando después conocemos el decisorio, no deja de sorprendernos, lo que parecía que iba a dar sustento al rechazo de la medida, por malabarismos termina fundando su otorgamiento. Tanto doctrina como jurisprudencia, en cuanto al otorgamiento de este tipo de remedios, entienden que es ineludible la evaluación del interés público, y en tanto ello, el Juzgador debe emprender un concienzudo juicio de previsibilidad, que le permita anticipar las consecuencias de su decisión.

Las leyes 93 y 1660 tienen un objetivo concreto: preservar a la comunidad de las inundaciones. Y, en tal entendimiento, el Gobierno, adoptó medidas para la readecuación de la red de desagües pluviales de la cuenca del Arroyo Maldonado con el fin de proteger a los vecinos contra las inundaciones y amparando derechos y cumpliendo obligaciones de raigambre constitucional.

La Corte Suprema en Fallos 314-1206 se expidió de manera clara e indubitable que a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, tratándose de la suspensión de una obra pública, debe

agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público.-

Sin embargo, así continuó el A-quo: “... *la condición de peligro en la demora se justifica, a más de para preservar el carácter útil y oportuno de la sentencia, por los riesgos que la situación contra la que se pide la medida implican tanto para los derechos del actor como para los de la comunidad toda, en particular cuando el objeto de la acción tiene incidencia colectiva, como en este caso; se trata de evitar daños irreversibles que tornen ineficaz la intervención judicial.*”

A pesar que el GCBA puso en conocimiento del sentenciante, todos los peligros ambientales que resultarían de la paralización, y de lo abstracto de la medida misma de no hacer un pozo que ya estaba hecho, no se represento el Juez, el peligro verdadero que resultaba de esta decisión.

## **2.-PALOS PORQUE BOGAS, PALOS PORQUE NO BOGAS.**

A más de las consideraciones técnico jurídicas el Dr. Cataldo realizó consideraciones sociológicas y dijo: “**Finalmente, tampoco puede pasarse por alto la repercusión mediática** que ha tenido la obra, que –casualmente- se ha acrecentado en los últimos días. ...” (subrayado de mi autoria)

El GCBA fue condenado en innumerables ocasiones, a reparar los daños y perjuicios que las inundaciones generaron a los vecinos de la ciudad por falta de servicio. La falta de obras que diera lugar a estos eventos fue considerada de manera reiterada por el Fuero, como fundamento para responsabilizar al Estado Municipal por los daños y perjuicios ocasionados.

La Administración fue convencida de su rol ejecutor del interés público, y por lo tanto, encaró los procedimientos para llevar a cabo su cometido, y de manera inexplicable se la paraliza.

En el fallo que comentamos se dijo: “... **genera dudas el trámite que recibió el nuevo estudio de impacto ambiental**,..., (ídem), *y pese a su considerable extensión, es analizado y aprobado en un solo día, el 11/3/2009, por más de un organismo...no se ha podido ubicar ningún acto administrativo que autorice esa modificación.* (ídem)”. Continúa: “*Todo ello sin perjuicio de señalar que, aun cuando se hubiese habido el acto que contuviese esa decisión, sería más que discutible su validez...*” Las palabras huelgan, la mera reproducción de la sentencia alcanza para asombrarnos.

Y, finalmente en nudo de la cuestión: “X.4. En suma: en el caso se plantean dos controversias: una que tiene eje en cuestiones jurídicas (validez de la modificación verificada) y la otra con contenido técnico en materia ambiental (la eventual afectación del Acuífero Puelche). ...” (ídem) “...el cambio... no aparece debidamente aprobado por autoridad competente, y contradice a una ley y a un decreto, lo que... lo torna en una... **vía de hecho**, de la que la Administración debe abstenerse.” Esta asimilación de un acto administrativo, cuyos vicios no se han demostrado, y por lo tanto aun gozan de presunción de legitimidad, reputándolo como vía de hecho, es más cercana a la pasión de la parte que de la medida del sentenciante.

Es facultad del Poder Ejecutivo el gestionar, administrar y ejecutar los contratos de obra pública (Conf. arts. 80, 102 y 104, inc. 23, CCABA).

Y, siendo que hay presunción, es el accionante quien debe probar la ilegitimidad que alega; ya que esta es la única manera de suspender provisoriamente los efectos de aquella presunción.<sup>5</sup>

Hutchinson escribió: *"la presunción de legitimidad de los actos administrativos no necesita ser declarada por autoridad alguna; el Estado tiene a su favor esta presunción por mandato de la ley. Por ello el particular tiene que alegar y, excepto que sea manifiesta, probar la ilegitimidad"* (aut. cit., ob. cit.)

Contrario a doctrina, el Juez entendió que: *"el planteo de la demanda sobre la ilegitimidad del actuar administrativo... cubre el requisito de verosimilitud de la pretensión."*

### **3.-ANTECEDENTES DEL FALLO ANALIZADO**

Ante el Juzgado de 1ra Inst. en lo Contencioso Adm. y Trib. Nº 7 (Exp 16185 /0), autos: "Asociación Vecinal Lago Pacifico y Otros contra GCBA S/ Amparo (art. 14 ccaba), tramitara una cuestión vinculada con el fallo analizado. Se intentó acción de amparo, requiriendo: *"... que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 30 de la CCABA, así como su ley reglamentaria 123, y (con la) ... audiencia pública (de) la evaluación de impacto ambiental del emprendimiento denominado "Proyecto de Gestión de Riesgo Hídrico de la Ciudad de Buenos Aires" ... (de las*

---

<sup>5</sup> Conf. Hutchinson, T., "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional", ED 124-6777 y ss., esp. Pág. 682; CNCiv., sala C, reg. 160.346, in re "Arrietti C. c/ MCBA s/ Amparo", del 21-2-1995 y sus citas.

*obras de readecuación de la red de desagües pluviales de la cuenca del arroyo Maldonado y medidas complementarias que forman parte del proyecto de protección contra inundaciones aprobado por las leyes 93 y 1660 ... Solicitaron ... se decrete la suspensión ... de la ley 1660 ...”*

En este expediente, **la juez de grado rechazó la solicitud de la medida cautelar.** Apelada, dijo la Sala: “*resulta subordinada a la verificación de dos extremos insoslayables, a saber, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora*”. Embrionaria posibilidad jurídica del proceso que permitiría que prospere la acción principal.

*“... De conformidad con la Ley 123 el procedimiento previsto para las obras con relevante efecto... la Administración justifica la omisión de la audiencia durante el procedimiento técnico de estudio de impacto y su celebración a posteriori. De este modo la insuficiencia argumental de la presentación de los actores se convierte en un obstáculo para evaluar la procedencia de la medida... no es procedente el otorgamiento de tutela cautelar. ...Por lo expuesto, y en atención a la superficialidad de las impugnaciones apuntadas, no es posible, en el limitado marco cautelar, deducir lesiones al derecho de participación de los actores que justifiquen el dictado de la medidas solicitadas, que por otra parte son de una **amplitud desproporcionada** en relación con la entidad de las razones esgrimidas.”* (ídem)

A diferencia del otro magistrado, éstos han entendido claramente, que en cuanto a cuestiones de Derecho Publico y de Interés General, como es la Obra publica, la proporcionalidad y la proyección de las consecuencias de sus resoluciones, han de ser meritadas profundamente, especialmente las medidas precautorias.

#### **4.-CONSIDERACIONES FINALES PRIMERA PARTE**

Cualquier emprendimiento humano (industrial, edilicio, vial, etc.) puede generar consecuencias "ambientales disvaliosas" de muy diverso calibre e importancia y es por ello que se han dado ciertos "instrumentos preventivos" para atender a la tutela ambiental desde las acciones judiciales, tal como las medidas precautorias a las que debe reconocerse la mayor especificidad en su

efecto por cuanto potencian el requisito que se torna imprescindible en un caso como el de marras consistente en la prevención ambiental.<sup>6</sup>

"...La Constitución de la Ciudad refleja la decisión de prevenir prioritariamente deterioros ambientales antes de tener que encarar su reparación, por cierto más costosa y a veces imposible de lograr..."<sup>7</sup>

No podemos pretender el mismo acercamiento al sopesar los derechos de particulares enfrentados que cuando hablamos de cuestiones ambientales, y se encuentra involucrado el Estado, hacedor de una Obra Publica, no es el derecho del particular enfrentado al derecho del Estado. El Estado, es todos, incluso el mismo que reclama por su derecho particular. Por lo que evidentemente, lo que hay que plantear es un nuevo equilibrio que tenga en cuenta que hay posibilidades, que todos ganen, tanto el particular como el Estado.<sup>8</sup>

### **III.-SEGUNDA PARTE**

#### **OTRA MANERA DE PENSAR, OTRA MANERA DE HACER:**

##### **Medidas cautelares “con” sustanciación previa**

Las diligencias precautorias se despachan “*inaudita et altera pars*”; pero este supuesto “secreto estratégico” es conducente para los casos de interés público en que esta involucrado el Estado. El Estado se insolventaría u ocultaría sus bienes? Es acaso, ¿el modelo clásico de medida cautelar la única manera? ¿Porque privar al destinatario de la oportunidad y del derecho de ser oído antes?<sup>9</sup>

Por un proyecto de modificación del Código de Rito de la Nación, el “Estado nacional, entes descentralizados y autárquicos y empresas o sociedades del sector público se excluirían del trámite *in audita parte* de la medida cautelar” y dice: “El juez dará vista de la petición a la administración demandada por el plazo de 3 días, vencido el cual resolverá la solicitud.” ... en

---

<sup>6</sup> ver "Medios Procesales para la tutela Ambiental por Guillermo Peyrano, J.A. 21/03/01

<sup>7</sup> Sabsay, Daniel y Onaindia, José "La Constitución de los porteños", Ed. Errepar, Bs.As., 1997, pag. 89

<sup>8</sup> Solución para juegos estratégicos no cooperativos, "el equilibrio de Nash". El punto de equilibrio de Nash es una situación en la que ninguno de los jugadores siente la tentación de cambiar de estrategia ya que cualquier cambio implicaría una disminución en sus pagos. Von Neumann y Oskar Morgenstern habían ya ofrecido una solución similar pero sólo para los juegos de suma cero. Para la descripción formal del problema y su solución, Nash utilizó funciones de mejor respuesta y el teorema del punto fijo de los matemáticos Brouwer y Kakutani. Soluciones para algunos problemas matemáticos y de la teoría de juegos, destacando la "solución de regateo de Nash" para juegos bipersonales cooperativos. O "el programa de Nash" para la reducción de todos los juegos cooperativos a un marco no cooperativo.

<sup>9</sup> Conf. Tendencias Pretorianas En Materia Cautelar. Por Jorge W.Peyrano

orden a la presunción de legitimidad que gozan los mismos, la medida sólo podrá ser ordenada una vez cumplido el procedimiento establecido en el artículo precedente (es decir la vista) y cuando medien las siguientes circunstancias: no se afecte gravemente el interés público y se acredite sumariamente que la ejecución del acto generaría perjuicios más graves que los que eventualmente genere la suspensión del mismo.”

Ha dicho el legislador, “En la inteligencia de que esta materia debe tener una regulación específica en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación para así evitar situaciones en las que eventualmente se cause un daño irreparable al interés colectivo, so pretexto de legítima protección del interés particular...”<sup>10</sup>

En este sentido, el Art. 15 de la Ley N° 2.145, Ley de Amparo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Segundo Capítulo regula las medidas cautelares. En este artículo, se deja claro los fines que inspiran a la tutela cautelar en el proceso amparista y los presupuestos que se estructuran.

El tercer párrafo del referido artículo establece como requisitos necesarios para la traba de una medida cautelar la concurrencia simultánea de los siguientes presupuestos: a) verosimilitud del derecho; b) peligro en la demora; c) No frustración del interés público; d) Contracautela.

“De este modo se incorpora al ordenamiento local un nuevo subsistema cautelar. ... , en los procesos de amparo los requisitos generales de procedencia para todas las medidas cautelares que se pudieran dictar en un juicio de amparo, son los establecidos por el art. 15 tercer párrafo de la Ley N° 2145”.<sup>11</sup>

#### **IV.-TERCERA PARTE**

##### **1-LA VINCULACION DE LA OBRA PUBLICA Y LOS DESC**

El derecho a un ambiente sano incluye el acceso a los recursos naturales esenciales que aseguren una vida humana sana. En tanto que la situación de indigencia impide acceder a recursos esenciales, el Estado debe facilitar y hacer posible ese acceso, y debe ser pro-activo en propiciar los

---

<sup>10</sup> Fuente: <http://www.colabogados.org.ar/la-hoja/articulo.php?id=126>

<sup>11</sup> El proceso de amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Reflexiones sobre la intensidad del control y el alcance de la protección en la reciente Ley N° 2.145 Por Patricio Marcelo E Sammartino, ponencia del 2º Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires

medios para eliminar o restringir esta situación económica-social. El Estado, aun con remedios excepcionales como el amparo debe intervenir eliminando las condiciones de carencia de las necesidades vitales perentorias, siendo que la espera podría ocasionar daños –en algunos casos irreversibles- a la salud.-

En un sentido positivo, con acciones que tiendan a reparar, brindando posibilidades concretas, de distinta índole y grado de acción, según sea la urgencia y la imposibilidad de los sujetos víctimas. (art. 1113 del Cod. Civil, 2° parte, 2° párrafo: responsabilidad objetiva por riesgo creado)

La operatividad de estos derechos constitucionales indispensables a la vida humana son vitales, y por lo tanto, la vía judicial son un recurso viable, a fin que se reviertan situaciones de peligro y se ponga inmediato. Muchos de estos requerimientos se subsanan a través de la obra pública de manera directa, al solucionar cuestiones como inundaciones o de manera indirecta brindando trabajo y motorizando la economía.

Los problemas ambientales afectan a todos pero especialmente a las personas con menos recursos. La temática ambiental se imbrica en los principios de equidad y solidaridad, y tiene en cuenta los derechos de las generaciones futuras como los condiciones de la generación presente.

“El Derecho ambiental supone, indisolublemente, el derecho a la vida, a la salud; implica una gran aproximación de lo privado a lo público”, “la vida privada se tiñe de pública”.<sup>12</sup>

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: “...*El ser humano es la figura basilar en un medio ambiente conformado por su adyacente natural físico y social, que le presta las condiciones esenciales para alcanzar un desarrollo pleno. Todo acontecer que altere esos factores desequilibrándolos produce un menoscabo en uno de sus derechos fundamentales, lo que aparece agravado cuando la disminución de la función biótica se proyecta no ya sobre el ser humano, sino sobre un conjunto de ellos.*”<sup>13</sup>

Como humanos erramos y nuestro camino no es mas que un constante aprender y aprehender, para que nuestros hijos no comentan nuestros mismos yerros y este concepto de vida es aplicable al derecho: “El Derecho ambiental

---

<sup>12</sup> Augusto Morello “-El Principio de Prevención en el Derecho Ambiental Néstor Cafferata. Rev. De Der. Ambiental LexisNexis.”

<sup>13</sup> J :A : 1999-1277

se caracteriza por ser un correctivo de los errores y deficiencias de todo el sistema jurídico común.”<sup>14</sup>

“El Estado como responsable de la vigencia del derecho, no debe limitarse a proteger los derechos de quienes ya los ejercen, sino que debe promover la realización de los mismos en quienes no han podido acceder a ellos. Esta obligación, exige acciones positivas en favor de los excluidos del sistema político-social. Sistema que al subordinar la demanda de trabajo a vaivenes del mercado, deja a buena parte de la población en la indigencia”.<sup>15</sup>

Es totalmente cierto que: “... los gobiernos solicitan un tiempo de espera, porque no es posible solucionar una situación avanzada de miseria en forma inmediata en razón de falta de presupuesto, reformas estructurales, secuencia de implementación, pago de la deuda externa etc.”<sup>16</sup>

## **2.-Responsabilidad del Estado por la falta de acceso a un ambiente sano.**

### **2.1.-Derecho Constitucional:**

Nuestro país suscribió el Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales que dice: “*Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...*” (art. 11).<sup>17</sup>

### **2.2.-Aplicación Progresiva**

En la parte II, art. 2, dice: I-“*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los*

---

<sup>14</sup> Mario Valls Derecho Ambiental. Abeledo Perrot

<sup>15</sup> VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS POR UNA SOCIEDAD MAS EQUITATIVA Protección de la persona - Consumidores y Usuarios Medio Ambiente - Nuevas Tecnologías.- 9 y 10 de Junio de 2005- Facultad de Derecho – UBA.- Derecho a un medio ambiente sano

Responsabilidad del estado por falta de acceso al mismo. Alicia Silvia Messuti

<sup>16</sup> idem

<sup>17</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

*medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”.-<sup>18</sup>*

Esta cláusula, ha sido denominada de aplicación progresiva, se ha interpretado en su Observación General N° 3, si bien el artículo 11 dice: “... *lograr progresivamente la plena efectividad*”, debe haber un límite, sin el cual el derecho se encontraría vacío de contenido, resultando un mero enunciado teórico. O sea que, no importa el nivel de desarrollo económico del Estado, éste debe garantizar los derechos mínimos de subsistencia.

En el mismo sentido aclara la Observación General N° 14, del año 2000, sobre el Derecho a la Salud -art. 12 del Pacto- :*“Si bien el Pacto establece la obligación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato...Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud.”* Este derecho es un derecho inclusivo de otros, tales como alimento adecuado, agua potable, condiciones sanas en el trabajo, vivienda digna.

Las resoluciones de la O.N.U. parecían las precursoras del camino de un nuevo derecho de la Comunidad de Estados, - *“an international redistribution of Wealth and Power”*. Pero en realidad, con el transcurso del tiempo hubo un empeoramiento de las condiciones objetivas. La esperanza de gobernantes, diplomáticos y políticos del Tercer Mundo y de juristas de este ancho mundo que pergeñaron la idea de un *derecho internacional del desarrollo* terminó en frustración. Sin embargo, la brecha que divide a los países ricos y pobres continúa agigantándose, el posmodernismo y la globalización, empeoraron las condiciones de los países menos desarrollados, *“el que menos tiene, cada vez tiene menos”*. Comprobable acotación, observando la evolución negativa de cualquiera de los más corrientes indicadores de pobreza, también llamados de desarrollo humano y social.

En nuestro país, la Ley de Política Ambiental Nacional 25.675 enuncia varios objetivos, entre ellos: “... b): promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria... k): Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización los riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias

---

<sup>18</sup> ídem

ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

Dice el art. 4 de esta Ley: ...“Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.”

Asbjorn Eider sostuvo que cuando un Estado ratifica o incorpora un cuerpo jurídico de derechos económicos, sociales y culturales, adquiere lo que denomina obligaciones de resultado. Esto es, que el Estado no sólo debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pueda turbar el goce de los derechos reconocidos respecto de quienes efectivamente están en su goce y ejercicio, sino que, debe realizar acciones positivas para posibilitar su acceso a quienes están desposeídos del derecho reconocido en la norma jurídica <sup>19</sup> (Conf. reseña de Eduardo Barcesat). <sup>20</sup>

“... Las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar el goce de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados”. <sup>21</sup>

La Cámara Federal de la Plata dijo: *“Es imperativo transformar la concepciones judiciales, brindar tutela a los fenómenos de la vida colectiva, dignos de la más enérgica y anticipada protección y en este marco el derecho a vivir en un ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad. Un atributo fundamental de los individuos. Frente a ello el derecho ambiental requiere una participación activa de la judicatura, lo que en definitiva se*

---

<sup>19</sup> Revista Naciones Unidas, N° 1, enero 1992 "El derecho al alimento adecuado como derecho humano"

<sup>20</sup> LA PLENA JUDICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Ponencia

<sup>21</sup> LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS. Christian Courtis

*traducen un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos”.*<sup>22</sup>

### **3.-CONSIDERACIONES FINALES TERCERA PARTE**

Entonces, dejo planteadas algunas de las cuestiones que parece que generan disonancia:

1.- ¿Es posible y prácticamente realizable su ejecución, la incorporación sin mas de todos los tratados internacionales como integrantes de la legislación nacional, no sería necesario redimensionarlos? Cuantificar y calificar previamente las cuestiones que introducen, para exigir previo a todo un aggiornamento, ajuste o puesta a punto de nuestras normas internas?

2.- Hay más de una manera de cumplir con cuestiones ambientales o con los derechos sociales, económicos y culturales. No se corre el riesgo de paralizarse ante un déficit sobredimensionado y con consecuencias peores a las que se trata de subsanar.

3.- La Obra Publica no podría ser una de esas maneras alternativas para cumplir con los derechos que Eider de viva voz invoca, tratando de generar una consciencia mas prístina, mas New Age, de la Humanidad.

4.- Ante la escasez de recursos de la aun economía capitalista en que vivimos, ¿cual es la actual escala de valores, los derechos que deben ser relegados en aras de otros?

### **BIBLIOGRAFIA**

- Revista de Derecho ambiental – Director Néstor Cafferatta -Nov. 2004
- Rev. Dcho. Amb. Lexis-Nexis Arg.2005. Vol.1; 2006. Vol. 7; 2008. Vol. 13
- Las normas fundamentales de Derecho Privado.Rubinzal-Culzoni.1995-Ricardo Lorenzetti
- El Principio de Prevención en el Derecho Ambiental -Augusto Morello -. Rev. De Der. Ambiental Lexis Nexis. Dirección Néstor Cafferata.-
- El Derecho ambiental se caracteriza por ser un correctivo de los errores y deficiencias de todo el sistema jurídico común. Mario Valls

---

<sup>22</sup> 8/07/2003. Asociación Coordinadora de usuarios, consumidores y contribuyentes c/ ENRE- EDESUR s / cese de cableado y traslado de subestación transformadora

- La Población como Sujeto Protegido. Reconocimiento y Tutela Efectiva- Atilio Librandi
- Tratado de Responsabilidad - Civil Tº III- Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa
- Curso de economía moderna. 1945. ampliado 1983.- Samuelson
- Derecho Ambiental. –Pierini, Lorences, Comparatore.- Ed. Universidad. 2007.-
- Derecho Administrativo Ambiental. Carlos A. Botassi. Ed.Libreria Editora Platense S.R.L. 1997